



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ALVARO DA COSTA TEIXEIRA NETO

A ABRANGÊNCIA DOS EFEITOS SUCESSÓRIOS DO FIDEICOMISSO
EM RELAÇÃO À PROLE ADVINDA DA ADOÇÃO

SOUSA - PB
2010

ALVARO DA COSTA TEIXEIRA NETO

A ABRANGÊNCIA DOS EFEITOS SUCESSÓRIOS DO FIDEICOMISSO
EM RELAÇÃO À PROLE ADVINDA DA ADOÇÃO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior.

SOUSA - PB
2010

ALVARO DA COSTA TEIXEIRA NETO

A ABRANGÊNCIA DOS EFEITOS SUCESSÓRIOS DO FIDEICOMISSO EM
RELAÇÃO À PROLE ADVINDA DA ADOÇÃO

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Admilson Leite de Almeida Júnior.

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: _____

Orientador: Prof. Admilson Leite de Almeida Júnior - UFCG

Monnizia Pereira Nóbrega - UFCG

Petrúcia Marques Sarmento Moreira - UFCG

Ao Nosso Pai Eterno,
Senhor de Tudo e de Todos.
À meus Pais e irmãos, pelo Amor Incondicional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao Senhor Jesus Cristo, o Bom Pastor, por ter me dado o dom da vida, e ter me proporcionado chegar a este tão almejado momento.

Devo, igualmente, absoluta gratidão aos meus pais e irmãos, meu amparo, abrigo, sustentáculo e base na qual sempre encontrei apoio nos momentos difíceis desta caminhada. São um presente de Deus aqui na Terra.

Deixo aqui meu profundo agradecimento, pela amizade conquistada, aos verdadeiros amigos que conquistei no ambiente da faculdade, com os quais aprendi e aprendo a cada dia.

Aos Docentes, Funcionários e Diretores desta Instituição.

Os homens pensam que possuem uma mente,
mas é a mente que os possui. Há pessoas que
amam o poder, e outras que tem o poder de
amar.

Bob Marley

RESUMO

Adoção é um ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha, gera laços de paternidade e filiação, possui caráter irrevogável e personalíssimo. Por sua vez é o fideicomisso o ato pelo qual o fideicomitente confia ao fiduciário, entrega de herança ou legado, para ser entregue a uma prole eventual, chamada de fideicomissário. Objetiva-se analisar o instituto da adoção e seus principais aspectos e características, o instituto do fideicomisso no direito das sucessões e suas características, bem como, aprofundar-se no estudo da extensão da prole eventual no fideicomisso para os advindos através da adoção perante os direitos fundamentais nas relações privadas diante da nova hermenêutica constitucional enfatizando-se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o princípio da autonomia privada e o posicionamento doutrinário a respeito do tema proposto. O trabalho monográfico está estruturado em três seções, que são divididas em subseções, analisando-se a abrangência dos efeitos sucessórios do fideicomisso para os advindos da adoção. A metodologia utilizada na pesquisa é o método hipotético-dedutivo, já que há um problema central e possível solução, também sendo utilizada pesquisa bibliográfica. A passagem de um Estado Liberal para um Estado social ocorrida com a promulgação da constituição de 1988 refletiu no âmbito jurídico, pois o Estado passou a intervir mais nas relações privadas para garantir que a sociedade se desenvolva de forma mais justa e igualitária. Assim, foi verificado no decorrer do trabalho que a prole eventual pode advir da adoção, em consonância com o princípio da igualdade entre os filhos, e poderá ser aplicada no instituto do fideicomisso para efeitos sucessórios desde que o testador não faça nenhuma ressalva, devido ao princípio da autonomia privada.

Palavras-chave: Adoção. Fideicomisso. Igualdade entre os filhos. Autonomia privada.

ABSTRACT

Adoption is a formal legal act by which someone gets in your family, as a child, her strange person, creates bonds of paternity and filiation, has irrevocably and extremely personal. Turn is the trust act whereby the settlor gives the trustee, delivery of inheritance or legacy, to be delivered to an eventual offspring called the trustee. Objective is was to examine the institution of adoption and their main features and characteristics, the Institute of trust in the law of succession and their characteristics, as well as to deepen the study of the extent of any offspring in the Trust for coming through adoption before the fundamental rights in private relations, given the new constitutional hermeneutic emphasis on the effectiveness of fundamental rights in private relations, the principle of private autonomy and the doctrinal position regarding the proposed topic. The monograph is structured in three sections, which are divided into subsections, analyzing the extent of the effects of succession to the trust arising from the adoption. The methodology of the survey is hypothetical-deductive method, as there is a central problem and possible solution, also being used literature. The passage of a liberal state to a welfare state that occurred with the promulgation of the constitution of 1988 reflected in the legal sense, since the state began to intervene more in private affairs to ensure that society develops in a more just and equal. Thus it became evident during the study that the offspring can result from the eventual adoption, in line with the principle of equality among children, and can be applied at the Institute of trust for inheritance purposes provided that the testator does not make any exception, due to principle of autonomy.

Key words: Adoption. Trust. Equality among children. Private autonomy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 O INSTITUTO DA ADOÇÃO NO BRASIL	12
2.1 HISTÓRICO DA ADOÇÃO E CONCEITO	12
2.2 A ADOÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	17
2.3 A ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	20
3 ASPECTOS SUCESSÓRIOS DO FIDEICOMISSO	26
3.1 EVOLUÇÃO DO FIDEICOMISSO E CONCEITO	26
3.2 O FIDEICOMISSO COMO ESPÉCIE DE SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA E SEUS REQUISITOS.....	29
3.3 A SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS.....	31
4 A EXTENSÃO DA PROLE EVENTUAL NO FIDEICOMISSO PARA OS ADVINDOS PELA ADOÇÃO EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	37
4.1. A PROLE EVENTUAL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	37
4.2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS	39
4.3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	41
4.4 A POSSIBILIDADE DOS ADVINDOS NA ADOÇÃO SEREM ABRANGIDOS NO FIDEICOMISSO DIANTE DO INCISO I, DO ARTIGO 1.799 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	47
5 CONCLUSÃO	53
6 REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

A adoção é o ato jurídico solene através do qual é inserida em família, pessoa estranha, na qualidade de filho. Surge como forma de dar filhos a quem não os tem, porém com a Constituição Federal de 1988, passou a ser vista como forma de dar uma família para uma criança, no intuito de abrandar a situação de abandono que estas se encontravam. O Estatuto da Criança e do Adolescente veio corroborar com essa idéia protegendo o menor, bem como o Código Civil Brasileiro de 2002 e, ainda, recentemente, a Lei 12.010 de 2009, que alterou tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, como praticamente revogou o Código Civil no que se refere à adoção, inserindo importantes avanços no tratamento da adoção, implantando novos conceitos ou redefinindo conceitos já existentes, estabelecendo uma política nacional de adoção, assegurando ao abandonado melhores condições de vida e uma maior chance de reingresso em uma família.

O fideicomisso é uma disposição testamentária onde o testador (fideicomitente) indica uma pessoa, para que repasse para uma prole eventual (fideicomissário) sua herança. Estar inserido no Direito das Sucessões sendo única a forma de contemplar a prole eventual, pois a legislação pátria assegura apenas os direitos ao nascituro, sendo o fideicomisso uma exceção a essa regra, já que através dele pode-se alcançar os não concebidos ao tempo da abertura da sucessão, sendo por este motivo um instituto polêmico e muitas vezes repudiado por alguns países.

Os filhos, atualmente, são tratados de forma igualitária pela Carta Magna no seu artigo 227, § 6º não havendo qualquer tipo de distinção entre os filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias em relação à filiação. Assim surge a problemática da possibilidade do advindo da adoção ser considerado prole eventual do fideicomisso para fins sucessórios.

Esse trabalho abordará a abrangência dos efeitos sucessórios para a prole advinda através da adoção. Para tanto, se adentrará nos institutos da adoção, fideicomisso abordando seus principais pontos e características, seus aspectos sociais e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas,

destacando o conflito entre princípios constitucionais buscando o melhor entendimento e posicionamento doutrinário, no intuito de esclarecer qualquer controvérsia sobre o tema escolhido.

Objetivará analisar o instituto da adoção como forma de satisfazer o fideicomisso, verificar sua evolução histórica no direito, determinar se o adotado pode ser considerado prole eventual para fins sucessórios em face dos direitos fundamentais nas relações privadas. Objetiva, ainda, interpretar no ordenamento jurídico matérias que tratem sobre o instituto da adoção, a igualdade entre os filhos e o instituto do fideicomisso, determinar se os adotados podem ser considerados prole eventual para fins sucessórios e o posicionamento em relação à abrangência dos efeitos sucessórios do fideicomisso para a prole advinda da adoção. O tema é pertinente e relevante já que é aplicável tanto no direito de família como no direito sucessório o que evidencia a importância de auferir a possibilidade da prole eventual ser oriunda de adoção. Fazendo-se com que a Lei atinja seu maior objetivo, manter a paz e a justiça social.

O filho advindo de adoção poderá ser considerado prole eventual na substituição fideicomissária, será possível que o adotando seja beneficiado com testamento feito para prole eventual.

A metodologia adotada na pesquisa será o método de procedimento exegético jurídico e histórico evolutivo. Como método de abordagem aplicar-se-á o hipotético-dedutivo, pois existe uma divergência central e uma solução plausível. Como técnica de pesquisa ter-se-á a documentação indireta com o uso da pesquisa bibliográfica.

A primeira parte da pesquisa abrangerá o instituto da adoção sendo analisado sua evolução histórica no direito, os principais conceitos trazidos pela doutrina, sua abordagem no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil de 2002, as mudanças mais importantes ocorridas com a vigência da Lei 12.010/2009.

A segunda parte tratará dos aspectos sucessórios do fideicomisso no direito brasileiro, sua evolução histórica e conceito e suas principais características, o fideicomisso no direito das sucessões, os requisitos necessários para sua validade, seus efeitos na esfera patrimonial no testador e o fideicomisso como espécie de substituição hereditária.

A terceira e última parte, abordará a extensão da prole eventual no fideicomisso para os advindos pela adoção em face dos direitos fundamentais nas relações privadas, mostrando a prole eventual no Código Civil de 2002, adentrando também no princípio constitucional da igualdade entre os filhos, bem como na eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e, ainda, analisa a possibilidade dos advindos na adoção serem abrangidos no fideicomisso diante do inciso I, do artigo 1.799, do Código Civil brasileiro.

2 O INSTITUTO DA ADOÇÃO NO BRASIL

A adoção é meio pelo qual se insere no âmbito familiar uma pessoa objetivando dar-lhe um lar para que cresça e desenvolva-se de forma digna como prever todo ordenamento jurídico nacional, garantindo-lhe, dentre outras, educação, saúde, habitação, e principalmente amor, carinho, afeto, atenção evitando-se que crianças sejam esquecidas em orfanatos e não sejam repostas a sociedade.

A adoção procura dar um lar ao menor, uma família que o acolha como se fosse filho natural, sendo repudiado pela constituição qualquer tipo de discriminação referente filiação. Assim, percebe-se uma moderna tendência de proteção do adotado, pois antes da Constituição Federal de 1988 o instituto da adoção era entendido, resumidamente, como uma forma de aquisição de um filho por parte daqueles que não os podia ter naturalmente.

2.1 HISTÓRICO E CONCEITO DA ADOÇÃO

O instituto da adoção vem sofrendo modificações ao longo dos tempos, surgiu durante o período da Antiguidade e acompanha a evolução da sociedade que esta em constante mutação. Na sua atual concepção, visa dar uma família a quem não a tem, protegendo a criança, inserindo-a no âmbito familiar. Porém, no passado, os papéis eram invertidos, pois o principal objetivo do instituto era dar filhos a quem não os tinha de forma natural.

Na época pré-romana, objetivava-se a perpetuação da família, cultuando-se os antepassados mortos, pois se acreditava que os mortos protegiam os vivos e dependiam dos ritos fúnebres que seus descendentes deviam praticar, evitando a desgraça de sua extinção. Atribuía-se o critério que o adotado poderia retornar a casa dos pais originários desde que estes reclamassem os filhos antes deles serem criados pelos pais adotivos, porém se os filhos já tivessem sido criados com zelo por estes, não mais poderiam retornar tranquilamente, para casa de seus pais naturais.

Nos Códigos de Hamurábi (1728 – 1686 a.c) e de Manu, tem-se o conhecimento do emprego da adoção entre os povos orientais. Na Grécia (aproximadamente entre 500 a.c até 300 a.c) a adoção desempenhou importante função social e política (GONÇALVES, 2010, p. 364).

Somente os cidadãos podiam adotar, embora tanto os homens como as mulheres pudessem ser adotados. Nessa época havia a adoção por testamento, porém, o modo mais usado era o feito perante o magistrado por ato solene. O adotando deveria ser do sexo masculino, pertencer à mesma classe social do adotante e saber da importância das cerimônias religiosas. Desligava-se da sua família natural, não mais sendo herdeiro e desobrigando-se de realizar seus ritos fúnebres. Entrando para a família do adotante, recebia toda a sua herança, mas, se concorresse com filho legítimo, teria direito somente a sexta parte.

No direito romano, segundo entendimento de Rodrigues (2009, *apud* CARVALHO, p. 344):

A adoção mantinha o mesmo objetivo de proporcionar filhos àqueles que não possuíam prole consanguínea, perpetuando o nome do adotante, dispoñdo as Institutas (Liv. 1º, Tit. 11, § 4º) que o mais jovem não pode adotar o mais velho, imitando a natureza pois seria monstruoso um pai mais novo do que o filho.

Na civilização romana a adoção se desenvolveu e foi bastante utilizada, além da necessidade de se perpetuar o culto doméstico e dar continuidade à família, a adoção possibilitou a transformação de plebeus em patrícios e vice-versa, possuindo dessa forma, também uma finalidade política.

A adoção caiu em desuso, devido à conjuntura sócio-econômica da época, pois, ia de encontro aos interesses dos senhores feudais, já que contrariava o direito eventual destes sobre o feudo, e dos ensinamentos do Cristianismo, desaparecendo assim sua principal base, a religiosa. O instituto ressurgiu no “Código Civil francês, por orientação de Napoleão, preocupado com sua sucessão, sendo acolhido pelas demais legislações modernas, com raras exceções”. (CARVALHO, 2009, p. 345).

No Brasil, a adoção não era disciplinada antes do Código Civil de 1916, momento em que passou a ser sistematizada no intuito de atender os interesses dos adotantes que não possuíam filhos, já que só podiam adotar os maiores de 50 anos, sem prole legítima ou ilegítima. O objetivo era dar filhos a quem não podia os ter de forma natural. (CARVALHO, Op. Cit, p. 345).

A Lei 3.133/1957 mudou o instituto da adoção que segundo Rodrigues (*apud* CARVALHO, p. 345):

Passou a ter finalidade assistencial, ou seja, deixou de ser um meio de melhorar a condição do adotante remediando a esterelidade, permitindo a adoção por pessoas de trinta anos, tivessem ou não prole legítima ou ilegítima, possibilitando um maior número de pessoas adotadas.

Após a referida lei seguiram-se as Leis n. 4.655/1965, que criou a legitimação adotiva e a Lei n. 6.697/1979 instituindo a adoção plena no lugar da legitimação adotiva, sendo esta lei conhecida como Código de Menores.

Em 1988 surge a Constituição Federal equiparando os filhos sem qualquer tipo de discriminação relativa à filiação. Esse foi o marco no instituto da adoção, pois se findaram as distinções relativas aos filhos sendo todos considerados iguais perante a lei.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 veio corroborar essa idéia assegurando a finalidade social e proteção integral aos menores que será objeto de estudo no terceiro tópico deste capítulo. O Código Civil de 1916 ainda continuou regulando a adoção simples ou restrita referente aos adotandos maiores de dezoito anos. Entretanto, com o advento do Código Civil de 2002, passou-se a regular essa situação, revogando o código anterior de 1916, extinguindo ainda as espécies de adoção prevista na lei anterior, abolindo assim a adoção simples e reduzindo a idade do adotante para apenas dezoito anos.

O instituto, atualmente, é regulado basicamente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de acordo com as alterações trazidas pela Lei 12.010/ 2009 (Lei da Adoção), tendo em vista que esta revogou a maioria dos

dispositivos do Código Civil de 2002 relativos ao instituto da adoção, estabelecendo que esta fosse regulamentada, prioritariamente, no ECA.

Adotar é ato solene que obedece aos requisitos da lei estabelecendo com um estranho ou com um parente, um vínculo fictício de paternidade e filiação de efeitos ilimitados e com o desligamento de sua família biológica.

A doutrina tem definições variadas a respeito da adoção, porém, todos chegam ao mesmo conceito. Nas palavras de Carvalho (2009, p. 344) a adoção:

É um ato jurídico solene e bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas naturalmente estranhas umas às outras. Estabelece um vínculo fictício de filiação, trazendo para a sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha. É uma ficção legal que possibilita que se constitua, entre o adotante e o adotado, um laço de parentesco de 1º grau na linha reta, estabelecendo-se para toda família do adotante.

Dessa forma é a adoção ato pelo qual o adotado é acolhido como filho com todos os direitos e obrigações de um filho natural, sem distinção entre eles no intuito de estabelecer uma família. No entanto, observa-se que sua finalidade atualmente é diferente da época em que o instituto surgiu. Inicialmente, sua finalidade era de dar continuidade a família do adotante dando filhos a quem não os podia ter. Após a Constituição de 1988 essa realidade passa a ser exatamente o contrário, passando o interesse do adotante para o adotado (GAMA, 2003, p. 502):

Ao encampar no direito brasileiro as tendências verificadas no âmbito internacional e nos sistemas jurídicos de outros países em matéria de priorização dos interesses da criança e do adolescente, a Constituição deixa evidenciado que o interesse a ser protegido na adoção é prioritariamente do adotado, não do adotante. Assim, se a história da civilização demonstra que, costumeiramente nos séculos passados e até meados do século XX, os sistemas jurídicos buscaram a instituição de mecanismos e regras voltadas a atender os interesses da pessoa do adotante para permitir a continuidade da sua família na construção de normas jurídicas relativas à adoção, atualmente o enfoque é diametralmente oposto'.

A adoção manteve ao longo dos tempos seus princípios, sua versatilidade e sua vitalidade até os dias atuais. Adoção é ato de amor e de

carinho onde se busca incluir uma criança no âmbito familiar, dando um lar, um abrigo de forma definitiva aquele desprovido de uma família.

Modernamente, busca-se proteger a criança, consoante o posicionamento de Quintas (2009, p. 59),

O princípio do melhor interesse da criança deve estar presente em todas as áreas concernentes à família e à criança. Tem como consequência dar ao juiz um poder discricionário de decidir diferente da lei se melhor interessar a criança.

Adotar é muito mais do que criar e educar uma criança que não tem a mesma consanguinidade ou carga genética é antes de tudo uma questão de valores, uma filosofia de vida. A adoção é uma questão de consciência, responsabilidade e comprometimento com o próximo. É o ato legal, solene e definitivo de tornar filho, alguém que foi concebido por outras pessoas. É o ato jurídico, que tem por finalidade criar entre duas pessoas relações jurídicas idênticas às que resultam de uma filiação consanguínea. Assim (DIAS, *apud* CARVALHO, p 346):

A doutrina atual da proteção integral e vedação de qualquer forma de discriminação na filiação rompeu a concepção tradicional e a ideologia do assistencialismo e da institucionalização da adoção, extinguindo sua natureza contratual e uma paternidade de segunda classe, que privilegiava o interesse e a vontade dos adultos na busca de uma criança para uma família. A adoção, agora, significa também, e talvez muito mais, a busca de uma família para uma criança.

Adotar é ato voluntário em que se acolhe normalmente uma criança no intuito de criá-la e educá-la a semelhança de um filho, criando laços de paternidade que seria o parentesco civil, podendo até solucionar ou combater a marginalidade, a criminalidade, a violência, o abandono, a desigualdade social, o racismo. E para a sua concretização é necessário que cumpramos requisitos legais estabelecidos pelo Estatuto da Criança e Adolescente.

A natureza jurídica da adoção apresenta-se de maneira diferenciada quando da análise do Código Civil de 1916 e a partir do Texto Constitucional de

1988. Conforme o estatuto civil anterior a adoção consistia num negócio bilateral e solene, operando por meio de uma escritura pública, e tendo como pressuposto o consentimento das partes. Em outras palavras, possuía caráter iminentemente contratual.

A adoção tornou-se um ato complexo exigindo sentença judicial prevista no artigo 47 do ECA e 1.619 do Código Civil, com redação dada pela Lei n. 12.010/2009, com o advento da nova Constituição que preceitua em seu artigo 227, § 5º, que “a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”, demonstrando assim, que a adoção é matéria de ordem pública, de interesse de todos, não sendo apenas matéria de ordem privada (GONÇALVES, 2010, p. 364).

Dessa forma, sua essência contratualista do passado, de ato praticado entre adotante e adotado não existe mais, já que o legislador ordinário é quem conduz os atos de adoção assistidos pelo Poder Público. Portanto, a adoção estar sujeita a requisitos peculiares estabelecidos por lei, possuindo natureza preponderantemente institucional.

2.2 A ADOÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com o advento da Lei 12.010 de 03 de março de 2009, o novo Código Civil, praticamente, deixou de disciplinar o instituto da adoção, sendo ao Estatuto da Criança e do Adolescente conferida a tutela para regulamentar a adoção, nesse sentido aduz o artigo 1.618 do Código Civil de 2002, com redação alterada pela referida lei:

Art. 1618 - A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela lei n. 8.069. de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente

Assim, quis o novel legislador que a adoção fosse regulada prioritariamente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pois se assim não o fosse, não teria revogado os artigos do 1.620 a 1.629 do Código Civil. Porém, o novo código civil representou significativos avanços para o instituto da adoção. Ele alterou radicalmente o instituto da adoção do Código anterior, que embora só fosse aplicado à adoção de maiores de 18 anos, ainda subsistia, com suas características contratuais.

No atual código, as mesmas disposições aplicáveis aos menores, preconizadas pela Constituição Federal e explicitadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, passam a abranger também a adoção de maiores, ressalvadas algumas peculiaridades. Nesse sentido o artigo 1.619 com redação alterada pela lei 12.010/ 2009 diz:

Art. 1619 - A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se no que couber, as regras gerais da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

A natureza contratual da adoção, ou seja, a sua constituição por escritura pública e a possibilidade da sua dissolução, foram revogados. O artigo 1.623 do Código Civil de 2002 era expresso em dizer que a adoção, tanto do maior como do menor se daria por sentença, em processo judicial. Já o artigo 1.626 apregoava que a adoção atribui a situação de filho ao adotado, deixando claro que a adoção se tomara indissolúvel.

O Novo Código Civil trazia inovações referentes à legitimidade para adotar, como a referente à possibilidade dos cônjuges ou companheiros adotar o filho do seu companheiro, sem afetar o liame de parentesco, e, portanto, o poder familiar de seus ascendentes consangüíneos, a permissão de dois cônjuges divorciados ou separados judicialmente, adotarem. A condição para esta adoção, era a prova da estabilidade familiar.

Eram necessários alguns requisitos para um casal divorciado ou separado judicialmente adotar: a) provarem que antes da separação já se havia iniciado o estágio de convivência com o menor; b) que no pedido de adoção

declarem e acorde a quem caberá a guarda do adotado, fixado, desde logo, o regime de visita a que terá direito o outro, e sobre os alimentos.

O novo Código Civil trazia alguns requisitos da adoção dentre os quais se destacam: O adotante deve possuir no mínimo 18 anos de idade (art. 1.618, CC); comprovação de estabilidade familiar se a adoção se der por cônjuges ou companheiros (art. 1.618, parágrafo único, CC); A diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado (art. 1.619, CC); O consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar (art. 1.621, 1ª parte, CC); A concordância do adotando se tiver mais de doze anos (art. 1.621, 2ª parte, CC); Os divorciados e os separados, podem adotar na forma conjunta, desde que exista acordo sobre a guarda e o direito de visita, bem como, tenha ocorrido o estágio de convivência na constância da convivência (art. 1.622, parágrafo único); Se dará através de processo judicial (art.1.623, CC); efetivo benefício para o adotando (art. 1625); A adoção atribuirá a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos, desligando-se de qualquer vínculo biológico, exceção feita quando se invoca um impedimento matrimonial (art. 1.626).

A adoção produz efeitos patrimoniais e pessoais entre o adotante e o adotado e seus familiares. Segundo Diniz (2007, p. 494), os efeitos pessoais podem assim ser resumidos:

- a) rompimento automático do vínculo de parentesco com a família de origem, salvo os impedimentos matrimoniais (art. 1.626, CC);
- b) estabelecimento de verdadeiros laços de parentesco civil entre o adotado (e seus descendentes) e o adotante, abrangendo a família do adotante (art. 1.628, 2ª parte, CC);
- c) transferência definitiva e de pleno direito do poder familiar para o adotante, se o adotado for menor, com todos os direitos e deveres que lhe são inerentes CC, art. 1.630, 1.634 e 1.635);
- d) liberalidade razoável em relação à formação do nome patronímico do adotado (CC, art. 1.627);
- e) possibilidade de promoção da interdição e inabilitação do pai ou mãe adotiva pelo adotado ou vice-versa (CC, art. 1.768);
- f) inclusão do adotante e do adotado no rol das pessoas que não podem testemunhar e daquelas em relação às quais o juiz tem impedimentos;
- g) determinação do domicílio do adotado menor de idade, que adquire o do adotante..

Quanto aos efeitos patrimoniais, Diniz (op. cit, p. 497) ainda assevera:

- a) direito do adotante à administração e ao usufruto dos bens do adotado menor (CC, art. 1.689, 1.691 e 1.693);
- b) dever do adotante de sustentar a adotado enquanto durar o poder familiar (CC, art. 1.634);
- c) obrigação recíproca de prestação alimentícia entre o adotado e seus pais adotivos (CC, art. 1.694, 1.696 e 1.697);
- d) direito à indenização dos filhos adotivos por acidente de trabalho do adotante;
- e) responsabilidade civil do adotante pelos atos cometidos pelo adotado menor de idade (CC, art.932,I, 933 e 934);
- f) direito sucessório do adotado (CC, arts. 1.829, I e 1.790, I e II);
- g) reciprocidade dos efeitos sucessórios (CC, arts. 1.829,II, e 1.790, III);
- h) rompimento de testamento se sobreviver filho adotivo (CC, art. 1.973);
- i) direito do adotado de recolher bens deixados pelo fiduciário, em caso de fideicomisso, por ser herdeiro necessário (o direito é recíproco);
- j) superveniência de filho adotivo pode revogar doação feita pelo adotante (CC, art. 1.789 e 1.846).

Dessa forma observa-se que a adoção sofreu alterações significativas, evoluindo para melhor atender aos interesses do adotado que foi protegido pelo Código Civil de 2002, assim, adentrar-se-á no tópico seguinte ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.3 A ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A adoção é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90, nos artigos 39 a 52. Sofreu significativas alterações com a chamada Lei da Adoção (lei 12.010/2009). Esta Lei modificou o ECA introduzindo novos elementos no Estatuto bem como redefinindo alguns artigos e conceitos. Adentrar-se-á agora no Estatuto expondo-se seus pontos mais relevantes.

Criança são todos os menores de doze anos de idade, e adolescentes são aqueles que possuam de doze até dezoito anos incompletos.

Podem ser adotados os maiores de dezoito anos e menores de vinte e um, caso, ao tempo em que atingiram a maioridade, já estivessem sob a guarda ou tutela dos adotantes. A adoção por procuração é vedada já que aquela é um ato pessoal. Com o advento do Estatuto, a adoção simples deixou de existir, passando então a ser admitida apenas a adoção plena.

Todo ser humano tem o direito fundamental de ser formado no seio de uma família, seja a família natural ou substituta. Sendo a adoção uma medida excepcional e irrevogável, a qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa (art. 39, § 1º, Lei 8.069/90). A Família natural é aquela formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (art. 25, Lei 8.069/90). Já a família extensa ou ampliada é aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade como os tios e avós (art. 25 parágrafo único, Lei 8.069/90). Antes de ser encaminhada para adoção tenta-se a reintegração do menor na família extensa. No máximo, a criança passará dois anos sem a destituição do poder familiar.

Podem adotar os maiores de 18 anos, independentemente de seu estado civil (Art.42, Lei 8.069/90). A falta ou carência de recursos materiais não é elemento definitivo para possibilitar a adoção (art. 23, Lei 8.069/90).

As crianças e os adolescentes cujos pais biológicos ou representantes legais concordarem com a medida, ou se os pais estiverem destituídos do poder familiar, ou ainda, se estiverem falecidos serão colocadas em adoção. Porém, só será efetivamente deferida, quando expressar reais vantagens para o adotado e fundamentada em motivos legítimos.

O artigo 22 menciona o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, tendo a obrigação de cumprir e fazer as determinações judiciais de interesse do menor. Se for maior de 18 anos e capaz, deverá manifestar sua aquiescência por atos inequívocos. A adoção de maior de 18 anos não dispensa a assistência do poder público, nem processo judicial.

As grávidas, que desejem doar seus filhos, receberão uma maior assistência desde a gravidez, passando pelo parto até a entrega da criança ao adotando.

No intuito de combater o problema do chamado menor abandonado, o legislador brasileiro ampliou a incidência da adoção aprimorando o acesso ao cadastros de adoção, devido à realidade nacional. O Estatuto tem a intenção de proteger o menor, visando sempre o seu bem estar. No caso do abandonado, deverão ser realizados todos os esforços para a localização dos pais naturais tentando-se primeiramente devolve-lo a sua família originária.

Não existe qualquer restrição quanto ao estado civil do adotante. A adoção poderá ser unilateral, só por uma pessoa, ou conjunta. Na adoção conjunta é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou vivam em união estável, comprovada a estabilidade da família. Eventualmente, os divorciados, os separados judicialmente e os ex-companheiros poderão adotar conjuntamente desde que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, que o estágio de convivência tenha sido iniciado durante a convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifique a excepcionalidade da concessão. Na adoção conjunta, basta que um dos adotantes tenha dezoito anos.

Mesmo que o adotante venha a falecer no curso do processo de adoção, este poderá prosseguir caso o *de cuius* tenha manifestado de forma clara a sua vontade de adotar. É a chamada adoção póstuma.

O adotante tem que ser pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotado (artigo 42, § 3º, Lei 8.069/90), a adoção deve imitar a natureza essa e base ideológica dessa regra. Se o adotante for um casal, pelo menos um dos cônjuges, ou conviventes, deverá ser 16 anos mais velho que o adotado.

É vedada a adoção aos pais dos próprios filhos, bem como é vedada aos ascendentes e irmãos. Dessa forma procura-se evitar a confusão parental, que poderia gerar dúvidas na sucessão dessas pessoas. Porém a adoção por avós era admitida no sistema anterior, entendendo a jurisprudência que não havia proibição para a mesma.

O tutor e o curador não podem adotar o pupilo ou curatelado enquanto não prestarem contas sobre a sua administração e não pagarem o eventual saldo (art. 44, Lei 8.069/90).

A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando sendo dispensado quando os pais forem desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder de família sem que tenha sido nomeado

tutor, ou quando se tratar de órfão não reclamado por qualquer parente, por mais de um ano, o consentimento é revogável até a sentença constitutiva do vínculo de filiação. Quando o adotado tiver mais de 12 (doze) anos de idade, é exigido e necessário o seu consentimento (art.45), pois é levado em consideração o seu discernimento o que evita que seja inserido em uma família que não se enquadre com seu perfil. Em alguns casos observa-se que o menor não aceita mais sair do abrigo, pois já foi criado laços de afetividade entre os abrigados devido ao longo período que passaram à espera de uma nova família.

Ela será precedida de estágio de convivência com a criança ou com o adolescente pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso (artigo 46 do ECA). Esse estágio poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

Porém, o estágio de convivência será obrigatório quando o adotante for pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do país, que nesse caso será de no mínimo trinta dias e obrigatoriamente cumprido no território nacional. Essa é uma maneira de combate do tráfico de crianças, bem como, uma forma de proteger ainda mais o menor de futuras situações constrangedoras como a inserção de menores na prostituição internacional.

O Cadastro Nacional de Adoção foi criado em 29 de abril de 2008 pelo Conselho Nacional de Justiça, foi determinado pelo ECA no seu artigo 50 que cada comarca deve manter um cadastro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas prontas para adotar. Os interessados requerem a autoridade judiciária a sua inscrição, que somente será deferida se preenchido os requisitos legais, antes de um estudo social do interessado.

As pessoas residentes fora do Brasil terão cadastro diferente, pois aos estrangeiros só será concedida à adoção na ausência de postulantes nacionais nos cadastros disponibilizados pelos juízes das varas da infância e da adolescência. Os brasileiros residentes no exterior ainda terão preferência em relação aos estrangeiros.

Dessa forma o Estatuto da Criança e do Adolescente direciona a adoção em relação a estrangeiros, limitando-a a um grau de excepcionalidade, ao dispor que o estrangeiro pode adotar uma criança ou adolescente somente depois de esgotar todas as possibilidades da adoção por famílias brasileiras.

A adoção deve representar notáveis vantagens para o menor devendo tudo ser decidido em virtude do melhor interesse do adotado. A competência para conhecer do pedido de adoção e seus incidentes, será do juiz da Vara da infância e da juventude, quando se tratar de menores de 18 anos.

A sentença de adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. A adoção é irrevogável. Nem mesmo a morte do adotante restabelece o vínculo pretérito.

O procedimento da adoção será sempre judicial sendo que somente sentença poderá estabelecer o vínculo de filiação que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão. O registro anterior será cancelado. Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro (art. 47, Lei 8.069/90). A adoção só será deferida quando implicar em efetivo benefício para o adotando (art. 43, Lei 8.069/90).

A adoção produz efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença, salvo na adoção póstuma, quando seus efeitos retroagem à data do falecimento do adotante, justamente para que o adotado participe da sucessão.

Com a adoção, o adotado passará a usar o sobrenome do adotante, sendo possível, a requerimento do adotante ou do adotado, até mesmo a alteração do prenome, se o adotado for menor.

Após completar 18 anos o adotado terá acesso irrestrito ao processo de adoção para que saiba sua origem biológica. Nesse sentido têm-se relatos de irmãos que se reencontrarão depois de anos afastados. É por isso que hoje é preferível que caso haja irmãos biológicos a serem adotados esses sejam adotados conjuntamente para evitar a separação entre eles na tentativa que fatos desse tipo não ocorram.

Os adotantes precisam apresentar condições sociais, morais, econômicas e físicas para receberem o menor. Pois de outra forma não se justifica a colocação de uma criança em um ambiente familiar desestruturado

sem condições dignas de receber o adotado, que já se encontra em situação precária, a de abandono. O principal objetivo da adoção é dar uma família adequada a uma determinada criança, e não de dar uma criança para aqueles que querem adotar.

3 ASPECTOS SUCESSÓRIOS DO FIDEICOMISSO

Nesse capítulo far-se-á um estudo sobre o instituto do fideicomisso, discorrendo-se sobre sua evolução histórica, seu conceito, principais características, elementos identificadores, finalidade, objeto e outros aspectos que serão discutidos adiante.

O fideicomisso permite que o testador projete seu patrimônio para pessoas ainda não existentes no momento do seu falecimento, a chamada prole eventual. É meio hábil para se instituir herdeiros futuros, não existindo outro meio, já que, a legislação civil garante, regra geral, os direitos apenas do nascituro, sendo o fideicomisso uma exceção a essa regra, pois é o único meio de se instituir prole eventual como herdeira

É um instrumento polêmico tendo sido banido por várias legislações, porém sendo conservado em outras com maior ou menor aplicação.

Alguns juristas e economistas a condenam por impedir a livre circulação da riqueza e servi a propósitos não sociais.

3.1 EVOLUÇÃO E CONCEITO DO FIDEICOMISSO

O fideicomisso sofreu modificações ao logo de sua história, no entendimento de Monteiro (*apud* GONÇALVES, 2010, p.406) "etimologicamente significa que a substituição compreende ordem explícita do fideicomitente ao fiduciário: *fideitua commmitto*, quer dizer, confio em tua lealdade, entrego à tua boa fé".

O referido autor aduz que, realmente a confiança, a fidúcia e a lealdade eram os sustentáculos do instituto, nenhum mecanismo existia para que o fiduciário fosse obrigado a cumprir aquilo prometido, que não o dever moral, fato que eivava o instituto de falibilidade.

No Direito Romano, no qual o testador confiava na boa-fé do herdeiro, entregando a herança a alguém, para que este, posteriormente,

entregasse ao beneficiário final que normalmente era uma pessoa proibida de receber a herança (exilados ou peregrinos). Inicialmente nada obrigava o fiduciário a cumprir o acordado a não ser o dever moral. Porém, com os abusos que começaram a acontecer surgiram às figuras dos pretores fideicomissários que tornaram a obrigação moral em obrigação jurídica, fiscalizando e coibindo os abusos dos fiduciários. Assim aduz Venosa (2007, p. 279):

Aos poucos o fideicomisso vai assumindo o lugar dos legados em Roma. O direito canônico manteve o instituto, que impunha uma obrigação ao fiduciário, geralmente um clérigo, de passar os bens para obras pias ou ordens religiosas. O direito intermédio mantém o fideicomisso, que nos chega pelas ordenações, em disposições esparsas. O fideicomisso foi útil ao feudalismo para manter as propriedades unidas e conservar as heranças. Permitiu-se até que fossem ultrapassadas várias gerações, atingindo netos e bisnetos, com a criação dos morgados. O morgadio era uma forma feudal para se manter a terra com as famílias dos senhores.

Durante a Revolução Francesa, devido a seus ideais e metas, o fideicomisso foi proibido, porque representava um dos esteios do feudalismo e fator de desigualdade no âmbito familiar. (GONÇALVES, 2010, p.405)

O fideicomisso é aceito em Portugal e no Brasil, as Ordenações Filipinas admitia de forma explícita a substituição fideicomissária. No atual código português o fideicomisso foi ampliado admitindo-se o fideicomisso por ato *inter vivos*. (VENOSA, 2007, p. 279)

No Direito Brasileiro, o fideicomisso está situado no artigo 1.799, I do Código Civil Brasileiro:

Art. 1799 - Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

[...]

O código trata o fideicomisso em conjunto com as substituições, sendo que, na verdade, o instituto merece tratamento autônomo no direito das

sucessões devido à riqueza de detalhes técnicos necessários a quem o institui e o interpreta no campo da ciência jurídica. O instituto pode inclusive, derivar de contrato, conforme assevera Venosa (*op. Cit*, p. 277).

Observa-se no fideicomisso que o herdeiro ou legatário recebe os bens diretamente do fideicomitente (testador), assim, o fideicomissário recebe os bens por direito do falecido, autor da herança, sendo nomeado curador pelo juiz para cuidar dos bens da herança após a liquidação ou partilha (CC, art. 1.800).

Assim, não há uma dupla transferência da herança, primeiro para o fiduciário e deste para o fideicomissário, a transferência ocorre do testador (fideicomitente) para o fideicomissário, já que, juridicamente, o fideicomissário recebe os bens por direito causa mortis do autor da herança. Sendo mero detentor de direito eventual, enquanto, não receber os bens.

O fideicomisso implementa a sucessão através da disposição do testador que indica uma pessoa, que passará a herança ou legado para sua prole eventual (fideicomissário), verdadeira destinatário da disposição testamentária.

Também nada impede que o fideicomisso seja estipulado por ato entre vivos, pois não há nenhum impedimento legal e a propriedade resolúvel é legalmente aceita no nosso ordenamento jurídico. Tanto a doutrina como a jurisprudência aceita a compatibilidade do fideicomisso com os negócios inter vivos. (*op. cit*, p. 277 e 278)

Por sua vez, a substituição fideicomissária estar prevista no Código Civil de 2002, no artigo 1.951, *verbis*:

Art. 1951 - 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.

Dentre os vários conceitos sobre substituição fideicomissária destacar-se o de Gonçalves (2010, p. 406) ao dispor:

Verifica-se a substituição fideicomissária quando o testador nomeia um favorecido e, desde logo, designa um substituto, que recolherá a herança, ou legado, depois daquele. Estabelece-se uma *vocação*

dupla: direta, para o herdeiro ou legatário instituído, que desfrutará do benefício por certo tempo estipulado pelo de *cujus*; e indireta ou *obliqua*, para o substituto. Ao contemplados são, assim, nomeados em ordem sucessiva.

Segundo Magalhães (2003, p.224) a substituição fideicomissária atribui à propriedade primeiramente a alguém, depois a outrem. E mesmo sendo uma forma de substituição, o instituto possui características próprias que o diferenciam das demais substituições, como as pessoas que dele participam: o fideicomitente, o fiduciário e o fideicomissário.

Portanto, existem três pessoas: o fideicomitente, que é o testador; o fiduciário, que normalmente é uma pessoa de confiança do testador que tem a propriedade resolúvel da herança e cuidará dela em primeiro lugar; e por último, o fideicomissário, que é destinatário final da herança ou legado, que a receberá com o adimplemento da condição ou decorrido o tempo estabelecido pelo testador ou, ainda, pela morte do fiduciário.

3.2 O FIDEICOMISSO COMO ESPÉCIE DE SUBSTITUIÇÃO HEREDITÁRIA E SEUS REQUISITOS

A substituição seria uma indicação de alguém para receber a herança, ou legado, se o indicado faltar, ou alguém consecutivamente a ele. Sendo dessa forma uma instituição secundária, pois a principal seria a figura do substituído. A doutrina nos traz quatro tipos de substituições, que no entender de Diniz (*Op. Cit*, p. 336), podem assim resumi-las:

- a) Substituição vulgar consiste na indicação da pessoa que deve ocupar o lugar do herdeiro ou legatário que quer ou não pode aceitar o que lhe compete;
- b) Substituição recíproca é aquela em que os herdeiros são designados substitutos uns dos outros;
- c) Substituição fideicomissária ocorre quando o herdeiro ou legatário recebe a liberalidade de transmiti-la, por sua morte, ou depois de certo tempo, ao seu substituto.
- d) Substituição compendiosa é aquela em se tem a concorrência da substituição vulgar e da fideicomissária.

O Código Civil restringiu o alcance da substituição fideicomissária que, conforme preleciona Venosa (2007, p. 279 e 280):

A substituição fideicomissária ficou circunscrita tão-somente aos fideicomissários ainda não concebidos à época da morte do testador. Se, quando na morte do *de cuius*, já houver nascido o fideicomissário, este adquire a nua propriedade dos bens fideicomitidos, enquanto o direito do fiduciário converte-se em usufruto.

Os requisitos essenciais da substituição fideicomissária, segundo Gonçalves (2010, p. 405) são quatro a “dupla vocação, ordem sucessiva, instituição em favor de pessoas não concebidas ao tempo da morte do testador e obrigação de conservar para depois restituir”. Porém, há doutrina diverge ao especificar os requisitos da substituição fideicomissária.

Assim, para Diniz (2007, p. 342) destacam-se os seguintes requisitos essenciais da substituição fideicomissária: Dupla vocação: o fideicomitente disporá em favor do fiduciário e logo em seguida a favor do fideicomissário; Instituição em favor de prole eventual: se não houver prole na época da abertura da sucessão ou enquanto permanecer o direito do fiduciário permanecerá eventual a vocação do fideicomissário; Sucessividade: após a resolução do direito do fiduciário, morte, condição suspensiva ou termo, é que o fideicomissário pode reclamar seu direito hereditário; Capacidade testamentária passiva do fiduciário e do fideicomissário; O fiduciário é obrigado à conserva os bens hereditários para depois restituí-los ao fideicomissário.

A instituição da prole eventual está em destaque, por ser ela objeto de estudo mais aprofundado no presente trabalho. Nesse sentido apregoa Diniz (2006, p.342) que “a substituição fideicomissária é um recurso técnico-hábil para atender ao desejo do testador de instituir herdeiro não existente ao tempo da abertura da sucessão”. Prossegue a civilista ao exemplificar: “um avô poderá contemplar futuro neto, ainda não concebido por sua única filha, por ocasião da abertura da sucessão”. A autora ainda esclarece (2006, p.342):

Mas, se, ao tempo da abertura da sucessão, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a nua propriedade dos bens

fideicomitidos, convertendo-se em usufruto (CC, artigo 1.952, parágrafo único) pelo tempo previsto no testamento. Com isso ter-se-á a caducidade do fideicomisso. Prevê, portanto, a conversão do fideicomisso em usufruto.

A lei estabelece que para a validade da substituição fideicomissária é necessário que o fideicomissário não exista no momento da morte do testador, ou seja, "podem ser chamados a suceder filhos ou netos de pessoas designadas pelo testador, ainda não concebidos ao tempo da abertura da sucessão". Dessa forma, "pode o testador nomear fiduciário já existente, e indicar como fideicomissária a prole que vier a ter". (GONÇALVES, 2010, p.406), a qual é chamada de prole eventual.

Porém, se a prole, ao invés de ser eventual, ao ser aberta a sucessão, já for nascida, o fideicomissário adquirirá a nua propriedade do bem, o fiduciário será regido pelos termos do usufruto, ocorrendo assim, a caducidade do fideicomisso.

A prole eventual não está bem definida no nosso ordenamento jurídico havendo freqüentes discussões acerca da sua concepção, há o questionamento se seria obrigatório que ela surgisse de forma natural ou se o termo "concepção" poderia abranger os advindos através da adoção, e os da inseminação artificial, salientando-se assim, o momento do estabelecimento da parentalidade para a concretização da condição suspensiva que rege a prole eventual.

Assim, surgem os questionamentos se a prole advier através da adoção terá os mesmos direitos do filho natural (princípio da igualdade dos filhos). E nesse caso, se poderá o testador excluir o filho adotado (princípio da autonomia privada).

. Essas discussões levam, quase sempre, ao choque de princípios constitucionais (no caso em comento, o da igualdade e o da autonomia privada), já que é esta a lei maior do ordenamento jurídico pátrio devendo todos os dispositivos infraconstitucionais obedecer ao que estiver estabelecido na Carta Maior. No direito civil a incidência de princípios constitucionais é chamada de constitucionalização do direito civil.

3.3 A SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Na substituição fideicomissária a legítima dos herdeiros necessários não pode ser objeto de liberalidade por parte do testador, podendo este apenas dispor dos bens disponíveis. Conforme esclarece Diniz (2006, p. 342):

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

A substituição fideicomissária é denominada “universal” quando sua instituição abranger a totalidade da herança ou a uma quota ideal desta, e “particular” quando incidir sobre uma coisa certa e determinada ou determinável do acervo hereditário. A substituição fideicomissária é dita vitalícia quando a substituição ocorre com a morte do fiduciário, diz-se que ela é a termo, quando ocorre no momento prefixado pelo testador e, por último, diz-se que é condicional, quando depender de implemento de condição resolutiva. Segundo Venosa (2007, p. 280):

O fideicomisso pode ser composto de herança ou legado, coisas móveis e imóveis, bens corpóreos e incorpóreos. O que se transfere ao fiduciário é a propriedade, uma vez que no termo “domínio”, segundo a doutrina tradicional só se compreendem as coisas corpóreas. Destarte, tudo que puder ser objeto de herança e legado pode estar contido em fideicomisso.

Nesse diapasão, assevera Venosa (2006, p.289) que tendo o fideicomissário a propriedade da herança ou do legado, mas restrita e resolúvel, poderá exercer todos os poderes que o direito real lhe confere, inclusive alienar usar, gozar, dispor, gravar e reivindicar o bem objeto da disposição. Pode o testador gravar com inalienabilidade o bem fideicometido,

como também pode condicionar o direito do fiduciário à apresentação de caução.

O fiduciário possui a obrigação de preservar o bem fideicomitido, pois seu direito de propriedade é resolúvel, a qual restará resolvida e transferida ao fideicomissário diante da morte do fiduciário, do implemento de certa condição ou do vencimento de termo estipulado pelo testador. Assim entendeu o Superior Tribunal de Justiça – STJ (REsp.:945027/BA, 2008) no acórdão que segue:

É da essência do instituto do fideicomisso que o fiduciário preserve o bem com as qualidades cuja posse recebe, como atributo da propriedade resolúvel, para transferi-la ulteriormente ao fideicomissário. Se ocorre a venda, deve ela realizar-se de maneira a que o novo bem adquirido tenha equivalência com o anterior, isto é, o mesmo peso de ativo patrimonial que possuía o bem dado em fideicomisso. (STJ; REsp.:945027/BA. 3ª Turma; Parte da fundamentação do voto do relator Min. Sidnei Beneti; DJE: 24/11/2008)

O fiduciário, que é o primeiro herdeiro ou legatário instituído, possui direitos e deveres, que de acordo com Gonçalves (2010, p. 408 e seguintes) dentre outros, são:

- a) ser titular de propriedade restrita e resolúvel, com a sua morte, a coisa fideicomitada será recolhida pelo fideicomissário, esteja em poder de quem quer que seja, uma vez que se resolve o domínio do adquirente, que se transfere ao fideicomissário;
- b) exercer todos os direitos inerentes ao domínio. Embora tenha a obrigação de conservar os bens gravados. Para depois restituí-los, o fiduciário adquire todos os direitos assegurados pelo art. 1.228 do Código Civil podendo aliená-los, hipotecá-los ou penhorá-los, salvo se imposta, conjuntamente, a cláusula de inalienabilidade;
- c) receber indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias que aumentarem o valor da coisa fideicomitada, podendo exercer, pelo valor delas, o direito de retenção (CC, art. 1.219);
- d) renunciar expressamente ao fideicomisso por termo judicial ou escritura pública, pois não está obrigado a aceitar a liberalidade;
- e) sub-rogar o fideicomisso para outros bens, desde que haja prévio consentimento do fideicomissário, na forma prevista no artigo 1.112, II, do Código de Processo Civil, sendo competente o juízo do inventário;
- f) ajuizar todas as ações que competem ao herdeiro, inclusive a de petição de herança.

Por outro lado, o fiduciário tem os deveres de:

- a) proceder ao inventário dos bens gravados. Nos termos do parágrafo único do artigo 1.953 de Código Civil, "o fiduciário é obrigado a proceder ao inventário dos bens gravados";

- b) prestar caução de restituir os bens fideicomitidos, se lhe exigir o fideicomissário (CC, art. 1.953, parágrafo único, 2ª parte), para assegurar a restituição;
- c) responder pelas despesas do inventário e pelo pagamento do imposto de transmissão causa mortis.
- d) responder pelas deteriorações da coisa que provierem de sua culpa ou dolo.
- e) conservar e administrar o bem sujeito ao fideicomisso e sob sua guarda.
- f) restituir a coisa fideicomitada, no estado em que se achar, quando da substituição, em consequência de uma administração regular, não respondendo, no entanto, como já dito, pelas deteriorações devidas ao uso regular, caso fortuito ou força maior, embora deva indenizar as oriundas de sua culpa ou dolo.

Quanto à figura do fideicomissário que também possui direitos e deveres, dentre os direitos, pode-se destacar segundo Diniz (2007, p. 347 e 348), resumidamente, os seguintes: Ajuizar medidas cautelares, de conservação dos bens, antes de verificada a substituição; Exigir, que o fiduciário proceda ao inventário do bem fideicomitido, bem como, que preste caução de restituí-los (CC, art. 1953, parágrafo único); Receber, se aceitar a herança, ou legado, a parte acrescida pelo fiduciário (CC, art. 1956); Recolher a herança ou legado, como substituto do fiduciário, se este falecer antes do testador, renunciar a sucessão, ou dela for excluído, ou se a condição sob a qual o mesmo fiduciário foi nomeado não se verificar (CC, art. 1943); Renunciar ou aceitar a herança ou legado.

Quanto aos deveres do fideicomissário salienta-se resumidamente, os seguintes: Responder pelos encargos remanescentes da herança (CC, art. 1957); Indenizar o fiduciário pelas benfeitorias úteis e necessárias (CC, art. 1219).

A caducidade do fideicomisso acontece de forma superveniente à elaboração do testamento que continua válido juridicamente, porém ineficaz, pois não irá produzir os efeitos para o qual foi elaborado, ou seja, o testamento caducou. Dentre as causas geradoras da caducidade do testamento citam-se as seguintes (DINIZ, *Op. Cit*, p.349): incapacidade testamentária passiva, a pré-morte do fideicomissário em relação ao testador ou ao fiduciário ou a declaração de indignidade do fideicomissário; renúncia do fideicomissário, que deve ser expressa em instrumento publico ou termo judicial; perecimento do

bem objeto do fideicomisso sem culpa do fiduciário; no caso de renúncia ou não aceitação da herança pelo fiduciário.

Ao comentar o assunto, Venosa (2006, p. 291) traz essas e mais algumas causas de caducidade do fideicomisso, ao dizer:

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

O fideicomisso não pode passar da pessoa fideicomissário, não se admitindo fideicomisso além do segundo grau. Assim, discorre o artigo 1.959 do Código Civil atual: "São nulos os fideicomissos além do segundo grau". A substituição caracteriza-se por ato de liberalidade sucessivo do fiduciário ao fideicomissário.

Quanto às semelhanças e diferenças entre fideicomisso e usufruto Diniz (Op. Cit, p. 350 - 351) destaca:

a) o fiduciário e o usufrutuário devem prestar caução, inventariar bens, conservá-los e restituí-los na época estabelecida pelo testador (CC, arts. 1.400, 1.951 e 1.953, parágrafo único);

b) o fideicomissário e o nu-proprietário têm o direito de tomar posse dos bens no termo fixado para abertura da substituição e para a cessação do usufruto (CC, arts. 1.400, 1.410, II, e 1.951);

Não há que se confundir fideicomisso com usufruto testamentário, pois:

1º) No fideicomisso o testador nomeia herdeiros ou legatários, impondo a um deles (fiduciário) o dever de, por sua morte, ou pelo advento do termo ou condição resolutiva, transmitir ao outro (fideicomissário) a liberalidade; Já no usufruto o nu-proprietário, a quem pertence a propriedade da coisa, permite que o usufrutuário retire dela, temporariamente, os frutos e as utilidades que produzir.

2º) No fideicomisso os dois titulares recebem a liberalidade sucessivamente, substituindo um ao outro, sendo a liberalidade imediata e certa para a fiduciário, e futura e incerta para o fideicomissário. No usufruto os direitos do nu-proprietário e do usufrutuário são exercidos simultaneamente, sendo, portanto, certos e imediatos para ambos os titulares.

3º) No fideicomisso o fideicomitente está autorizado a contemplar pessoas incertas ou ainda sem existência ou não concebidas (CC, art. 1.952). já no usufruto isso seria impossível, pois é imprescindível

que tanto o nu-proprietário como o usufrutuário, ao tempo da constituição do direito real de fruição, existam e estejam individuados.

4º) No fideicomisso o fiduciário pode alienar ou gravar o bem fideicometido por ser proprietário, enquanto no usufruto o usufrutuário, por não ter o domínio, não pode praticar validamente tais atos, sendo intransferível o seu direito ao usufruto, embora possa ceder o seu exercício a título gratuito ou oneroso (CC, art. 1.393).

5º) No fideicomisso, com a morte do fiduciário antes de vencido o prazo, a propriedade fiduciária será transmitida ao seus sucessores, ao passo que, no usufruto, se extingue o direito de usufruto com o falecimento do usufrutuário, consolidando-se a propriedade plena na pessoa do nu-proprietário.

6º) No fideicomisso o fideicomissário não pode dispor dos bens enquanto estiverem com o fiduciário. Já no usufruto o nu-proprietário pode aliená-los, respeitados os direitos do usufrutuário.

7º) O fideicomisso, falecendo o fideicomissário antes do fiduciário, ou antes do implemento da condição resolutiva, extinguir-se-á. O usufruto, por sua vez, não cessará com a morte do nu-proprietário, uma vez que a nua propriedade passará aos seus herdeiros, e o usufrutuário continuará a gozar os seus direitos.

8º) No fideicomisso corre contra o fiduciário a prescrição dos direitos da herança, ao passo que no usufruto a prescrição corre contra o nu-proprietário e não contra o usufrutuário.

Havendo dúvida sobre diante de qual instituto se estar, deverá ser adotado o usufruto. Essa distinção tem enorme relevância prática, pois os efeitos de um e outro são diversos.

4 A EXTENSÃO DA PROLE EVENTUAL NO FIDEICOMISSO PARA OS ADVINDOS PELA ADOÇÃO EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

O ordenamento jurídico pátrio não traz definições quanto às formas de concepções da prole eventual deixando dúvidas quanto a sua aplicabilidade no caso concreto. Nesse sentido, no capítulo discutir-se-á a possibilidade da prole eventual ser advinda da adoção, os direitos fundamentais constitucionais diante das relações privadas, o princípio da autonomia privada, o princípio da igualdade entre os filhos. Inicialmente tratar-se-á da prole eventual no Código Civil de 2002, logo em seguida, tem-se o princípio da igualdade entre os filhos, depois, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e por último a possibilidade dos advindos na adoção serem abrangidos no fideicomisso diante do inciso I, do artigo 1.799 do Código Civil Brasileiro.

4.1. A PROLE EVENTUAL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil atual, em seu artigo 1.786 preleciona: “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. A derivada por lei é chamada legítima já a sucessão derivada por ato de última vontade é a testamentária, estes dois tipos de sucessão coexistem no direito brasileiro, uma não excluindo a outra. Os herdeiros necessários têm direito a metade dos bens disponíveis do autor da herança. Sendo essa metade destinada à legítima. Caso haja apenas herdeiros colaterais a herança poderá se disposta em sua totalidade

A sucessão testamentária é instrumentalizada pelo testamento. Devendo este ser formalizado de acordo com as condições impostas pela lei, pois é negócio jurídico unilateral, onde a vontade do testador deve ser determinada em sua consonância para que os resultados advindos do testamento sejam válidos.

A prole eventual foi conferida a capacidade de adquirir bens através de testamento no Livro V, Título I, Capítulo II do Código Civil brasileiro, sendo caracterizada pela capacidade testamentária passiva de acordo com o inciso I do artigo 1.799 do Código Civil: “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”. Porém, ao fazer uma análise no direito sucessório brasileiro, chega-se a constatação que essa regra é uma exceção, pois o normal é só ter capacidade para herdar os nascidos ou concebidos à época da abertura da sucessão que é o princípio da coexistência.

Da leitura do artigo acima mencionado, têm-se como requisitos essenciais a caracterização da prole eventual, filhos ainda não concebidos, de pessoas mencionadas pelo testador, sendo que esses indicados devem estar vivos a época da abertura da sucessão. O parágrafo 4º do artigo 1.800 diz que as pessoas indicadas deverão conceber a prole em dois anos, prazo esse que não pode ser dilatado sendo decadencial, complementado o artigo anterior.

Se a prole não for concebida no prazo legal e não havendo substituição, os bens serão partilhados entre os sucessores legítimos (SEMIÃO, 2000, p. 188):

O instituto da prole eventual tem na redação do seu artigo o termo “concebidos” que, segundo alguns doutrinadores, indicaria a posição do legislador em deferir a herança ao patrimônio genético do terceiro citado no testamento.

A ciência evolui e com ela surgiram novas técnicas de reprodução humana assistida. Assim, vincular uma deixa testamentária a concepção de um filho, no intuito de beneficiar o patrimônio genético de terceira pessoa, não garante que os filhos dessa sejam de sua linhagem genética, pois se a pessoa for estéril poderá utilizar embriões de outras pessoas para conceder o herdeiro testamentário.

Atualmente há discussões acerca da incidência das normas constitucionais nos diversos ramos do Direito, o termo concepção seria

necessariamente o que origina a filiação natural ou se essa expressão (GAMA, 2004, p. 213):

Concepção poderia ser analisada de forma mais abrangente, sendo considerado o momento do estabelecimento da parentalidade, por adoção no caso, como o momento de concretização da condição suspensiva necessária a efetivar o direito resguardado.

Prosseguindo esse raciocínio almejando entender as divergências doutrinárias a respeito deste tema, faz-se necessário falar sobre o princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

4.2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS

A igualdade é um direito fundamental que estar listado na nossa Carta Magna como princípio constitucional. Segundo Patrícia Uliano E. Z. de Moura (2005, p. 54), “a ciência jurídica, hodiernamente, ressalta a ‘igualdade’ como um princípio e, como tal, deve fundamentar todas as ações humanas; além de elencá-la no rol dos direitos fundamentais”.

O artigo 227 parágrafo sexto da Constituição Federal de 1988 inovou o ordenamento jurídico ao igualar os direitos entre os filhos nos seguintes termos:

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Pela redação deste artigo constata-se que ambos os filhos independente da maneira utilizada na concepção terão iguais direitos, pois não se admiti qualquer tipo de exceção discriminatória sendo os filhos tratados de forma igualitária independente do modo como foram concebidos. Sendo assim o filho advindo da adoção é parente no grau de descendente do adotando.

Assim, depois da constituição garantir o direito da igualdade dos filhos a legislação infraconstitucional foi se adequando à carta constitucional. Segundo Gama (2003, p. 420), o Texto Constitucional introduziu um novo perfil de filiação impondo:

Ao intérprete o importante trabalho de proceder à releitura das normas infraconstitucionais a respeito do tema, de modo a verificar sua compatibilidade (ou não) com a nova tábua de valores e de normas constitucionais.

Nesse sentido o ECA no seu artigo 20 repetiu a disposição constitucional a respeito da igualdade entre os filhos: “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Seguindo essa tendência, em 2002, foi sancionada a Lei 10.406, o Novo Código Civil, que entrou em vigor em 2003. Igualmente ao Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil reafirmou, em seu artigo 1.596, o dispositivo constitucional com relação à isonomia entre os filhos. Segundo Lôbo (2003, p. 39):

A norma constitucional não necessitava de concretização infraconstitucional, porque é dotada de força normativa própria, suficiente e auto-executável. Todavia, sua reprodução no artigo introdutório do capítulo do Código Civil destinado à filiação contribui para reforçar sua natureza de fundamento, assentado no princípio da igualdade, determinante de todas as normas subseqüentes. Não se permite que a interpretação das normas relativas à filiação possa revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independente de sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, entre os irmãos e no que concerne aos laços de parentesco.

Portanto, com o advento da constituição de 1988 a discriminação entre os filhos havidos ou não dentro do matrimônio, decorrentes da filiação biológica ou adotiva, acabou sendo rejeitada havendo uma determinação expressa que todos são iguais em direitos. Assim (VERONESE, 2005, p. 202):

Independentemente da natureza da filiação, todos são reconhecidos em igualdade de condições perante a lei, significando que terão direito ao nome, ao estado de filiação, ao direito a alimentos e ao estado sucessório.

A Constituição Federal, o Código Civil no seu artigo 1.596 e o Estatuto da Criança e do Adolescente no seu artigo 20, não faz distinção entre os filhos, qualquer que seja sua origem ou o tipo de relação mantida por seus genitores. Conforme tais dispositivos legais, se posicionar contrariamente aos direitos sucessórios da criança advinda da adoção é contrariar expressamente o princípio constitucional da igualdade dos filhos, pois o legislador não previu qualquer exceção à regra, independente da situação de fato que se encontrem os filhos.

4.3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Com o objetivo de discutir a abrangência dos efeitos sucessórios do fideicomisso para os advindos através da adoção diante da incidência do princípio constitucional da igualdade entre os filhos, é necessário entender a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, já que o ato de testar é uma liberalidade, estando no âmbito da autonomia privada do indivíduo, sendo afetado por esta definição.

A constituição de 1988 inovou a sociedade da época, houve uma significativa mudança nesta e no Direito, passou-se do modelo de Estado liberal para Estado Social, alteração determinante para o estabelecimento de

novos critérios relacionados com a incidência ou não dos direitos fundamentais nas relações privadas. No Estado liberal existiam dois sistemas de proteção da liberdade humana, a dizer (SARMENTO, 2006, p. 193):

Na lógica do Estado liberal, a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia de liberdade individual. O Estado deveria reduzir ao mínimo sua ação, para que a sociedade pudesse se desenvolver de forma harmoniosa. Entendia-se, então, que sociedade e Estado eram dois universos distintos, regidos por lógicas próprias e incomunicáveis, aos quais corresponderiam, reciprocamente, os domínios do Direito Público e do Direito Privado. No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites a atuação estatal, com fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade.

Assim, o Estado seria limitado por si mesmo, pelos direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente, tendo eficácia unicamente contra ele. Porém, esse modo de compreender a realidade, foi enfraquecido com a superação do liberalismo e a ascensão do Estado Social, pois (COSTA, 2002, p.624):

O Estado Social de Direito reorganiza a atividade estatal em função de finalidades coletivas e, bem por isso, o modelo de Constituição, desde a segunda metade do século XX, é abrangente de normas cujo conteúdo material ultrapassa a mera regulamentação da organização estatal.

Para Pereira (2006, p. 144), o liberalismo foi superado e houve uma ascensão do Estado Social e intervencionista, e ainda destacam-se outros dois aspectos que foram decisivos para a formulação e difusão da tese de que os direitos fundamentais aplicam-se perante terceiros:

De um lado, a constatação de que o fenômeno do poder não é exclusivo das relações com o Estado, mas se manifesta no seio da sociedade civil. De outro, a compreensão da Constituição como "ordem de valores da comunidade", ou seja, como estatuto axiológico que visa ordenar todas as esferas da vida social, razão por que as relações entre pessoas privadas devem também guardar conformidade com os valores nela enunciados.

Essas transformações, ocorridas após a segunda guerra mundial, implementaram a formulação de teorias a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Assim na Alemanha pós-guerra surgiu duas teorias: a da eficácia direta/imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, que pregava a incidência *erga omnes* dos direitos fundamentais, e a teoria da eficácia indireta/mediata, que pregava que os direitos fundamentais além de ser oponíveis contra o Estado, também era ordem de valores que com efeitos em todos os ramos do Direito, porém não reconhecia a incidência direta destes nas relações privadas, entretanto sua aplicação na criação legislativa e na interpretação do direito privado. (PEREIRA, 2006, p. 161).

A tese da eficácia mediata dos direitos fundamentais não prega a idéia de aplicação direta dos mesmos nas relações privadas porque seus seguidores temem que isso provoque um “total esvaziamento da autonomia privada” (PEREIRA, 2006, p. 161).

Assim os membros da teoria da eficácia mediata acreditam que “cabe antes de tudo ao legislador privado a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, estabelecendo uma disciplina das relações privadas que se revele compatível com os valores constitucionais” (SARMENTO, 2006, p. 213).

Parte da doutrina alemã atual, defende a teoria dos deveres de proteção. Preceitua que “o Estado tem a obrigação não apenas de abster-se de violar os direitos fundamentais, mas também de protegê-los diante de lesões e ameaças provenientes de terceiros, inclusive particulares” (SARMENTO, 2006, p. 236). Esta teoria defende uma maior atuação do legislativo que deve estar vinculado aos direitos fundamentais os protegendo.

De acordo Sarlet (2006, p. 581), seguindo com a teoria dos deveres de proteção, caso haja ofensa a direitos fundamentais por particulares, o pólo passivo da demanda seria sempre representado pelo Estado, pelo fato de não ter cumprido seu dever de proteger, pelo estabelecimento de parâmetros infraconstitucionais, os direitos fundamentais.

Diferente dessas teorias, uma doutrina, criada no direito norte-americano, chamada de doutrina do *state action*, defende a tese da não-

vinculação dos particulares aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição. (SARMENTO, 2006, p. 199).

Porém as teorias que negam qualquer vinculação dos particulares aos direitos fundamentais estar cada vez mais debilitada por não encontrar seguidores e possuem cada vez menos observância no ambiente jurídico atual. Nesse sentido Pereira (2006, p. 180) assevera que: “Na doutrina constitucional contemporânea, há relativo consenso no sentido de admitir alguma forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre pessoas privadas”.

O parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal diz que as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata, assim, no ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com Cláudio Pereira Souza Neto (2006, p. 285), a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata. Porém essa vinculação não é a mesma que afeta os poderes estatais. Assim (SARMENTO, 2006, p. 270):

O reconhecimento da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais não significa que tais direitos possam ser aplicados nas relações privadas da mesma forma que vigoram nas relações entre cidadãos e Estado. O fato de que os particulares são também titulares de direitos fundamentais, desfrutando de uma autonomia privada constitucionalmente protegida, impõe uma série de adaptações e especificidades na incidência dos direitos humanos no campo privado.

Dessa forma, é importante que sejam fixados limites e parâmetros com relação à forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois o problema suscitado sempre envolve a ponderação de dois princípios constitucionais, sendo um deles o princípio da autonomia privada. (SARMENTO, *Op. Cit*, p. 271).

Nas questões que envolvem a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas o autor Daniel Sarmento destaca quatro fatores primordiais que devem ser considerados: a) se os envolvidos são desiguais e em que proporções; b) se a querela versa sobre questões personalíssimas ou econômico-patrimoniais, pois a tutela da autonomia privada é mais abrangente na primeira; c) se a lesão ao direito fundamental é proveniente de uma decisão heterônoma de outro agente privado ou de um negócio bilateral, que depende

do consentimento do afetado; d) e, a necessidade de preservação da pluralidade no âmbito social. (SARMENTO, *Op. Cit*, p. 271).

O primeiro fator a ser analisado no momento da ponderação entre o direito fundamental lesionado e a autonomia privada dos particulares envolvidos é se os envolvidos são desiguais e em que proporções, pois (SARMENTO, *Op. Cit*, p. 272):

Quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber proteção mais intensa”.

O segundo fator que deve ser analisado é o que Sarmento (*Op. Cit*, p. 279) chamou de “função da natureza da questão examinada”, ou seja, se a questão envolvida está na esfera personalíssima ou patrimonial do indivíduo (SARMENTO, *Op. Cit*, p. 279):

Quando se tratar de hipótese envolvendo decisão de caráter eminentemente econômico-patrimonial, a importância dada à autonomia privada será menor [...]. Já quando a decisão em causa se ligar a alguma escolha em que se manifeste mais intensamente a dimensão afetiva da personalidade, ou quando ela envolver mais profundamente a esfera da privacidade do agente, aí o peso atribuído à autonomia privada na ponderação de interesses terá de ser necessariamente maior.

O terceiro fator ocorre nas relações privadas onde o agente não contribui para o desfecho da situação analisada sendo a decisão unilateral de um agente privado, nesse caso a incidência dos direitos fundamentais será maior que quando ocorrer com o consentimento do lesado (SARMENTO, *Op. Cit*, p. 281):

Quando o atingido não participa do ato gerador da lesão ao seu direito fundamental está em jogo apenas a autonomia privada da outra parte da relação jurídica. Neste caso, o peso atribuído a autonomia privada é menor. Já quando a vítima empresta seu consentimento ao ato, o que se dá sobretudo nos casos envolvendo a aplicação de cláusulas contratuais, torna-se necessário considerar a autonomia da vontade das duas partes envolvidas. Por isso, o peso da autonomia, na ponderação de interesses, tende a ser maior,

sobretudo quando se tratar de relação paritária, em que não se presume a falta de liberdade real no ato de renúncia ao exercício do direito fundamental. Nesta situação, é possível discutir até que ponto é legítimo que os direitos fundamentais representem uma proteção da pessoa contra si mesma.

Por último, citam-se os casos de lesão a direitos fundamentais nas relações privadas que estão relacionados com a preservação da pluralidade no âmbito social, pois “a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não pode conduzir a uma homogeneização da comunidade, ou seja, é preciso preservar a identidade e as peculiaridades dos diversos agentes sociais” (PEREIRA, 2006, p. 189).

Feita essas considerações sobre as teorias a respeito da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas; a defesa, pela maioria dos autores, da incidência direta e imediata dos mesmos no direito brasileiro, e a necessidade de aferição de parâmetros para sua utilização quando da ponderação entre direitos subjetivos, analisar-se-á o princípio da autonomia privada, também um direito fundamental, por envolver o direito de liberdade de cada indivíduo.

O princípio da autonomia privada é um dos princípios fundamentais do direito privado. Sob este aspecto, a autonomia privada corresponde: “ao poder de realização de negócios jurídicos, ou seja, a liberdade negocial.” (BORGES, 2005, p. 46). Esse princípio encontra-se na liberdade de testar, ainda que ela seja limitada à porção disponível, o autor da herança tenha a discricionariedade de fazer o que lhe aprouver.

A Constituição Federal oferece ampla proteção à autonomia privada e abrange tanto as liberdades existenciais como econômicas. Para Daniel Sarmiento (2004, p. 214), as liberdades existenciais têm proteção reforçada, “porque, sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade”.

Observa-se que é o testamento, negócio jurídico unilateral, personalíssimo, solene e revogável (GONÇALVES, 2010, p. 226), pelo qual uma pessoa faz disposições de última vontade. Apresenta este dois aspectos da autonomia privada: o existencial caracterizado pela liberdade de testar, e o negocial, por ser o testamento negócio jurídico.

Segundo a teoria da autonomia privada a vontade não é único fator para a geração de negócios jurídicos, pois que (BORGES, 2005, p. 53):

Este nasce, na verdade, de uma manifestação ou declaração ou comportamento concludente disciplinado pelo ordenamento jurídico e que, por isso, deve obedecer a todos os pressupostos de validade que este exige.

Assim, atualmente, a autonomia da vontade deve corroborar que (BORGES, *Op. Cit*, p. 54):

A manifestação de vontade, isoladamente, não tem valor jurídico; só o terá se estiver de acordo com a Constituição, as leis, a ordem pública, e, como sustenta a maior parte da doutrina, conforme a moral e os bons costumes.

Dessa forma, baseados nas discursões sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas surgem divergências doutrinárias sobre a possibilidade dos advindos da adoção serem abrangidos no fideicomisso diante do inciso I, do artigo 1.799 do Código Civil Brasileiro.

4.4 A POSSIBILIDADE DOS ADVINDOS NA ADOÇÃO SEREM ABRANGIDOS NO FIDEICOMISSO DIANTE DO INCISO I, DO ARTIGO 1.799 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

A capacidade testamentária passiva atribuída à prole eventual pelo legislador está vinculada à concepção da mesma e ao prazo de dois anos (artigos, 1.799, I e 1.800, §4º, ambos do CC). Essa referência que se for entendida no sentido literal é restrita, pois só se reconheceria a prole eventual advinda da filiação natural, gerou divergências doutrinárias a respeito da inclusão ou não da filiação civil no direito garantido pelo instituto.

O direito da igualdade entre os filhos proporciona uma ampliação nas possibilidades do instituto, porém as divergências baseam-se nos direitos fundamentais das relações privadas. Havendo assim o choque entre dois princípios constitucionais que são direitos fundamentais de todos os cidadãos: a autonomia privada e a igualdade (SARMENTO, 2006, p. 194-195):

O ponto nodal da questão consiste na busca de uma fórmula de compatibilização entre, de um lado, uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, neste cenário em que as agressões e ameaças a eles vêm de todos os lados, e, de outro, a salvaguarda da autonomia privada da pessoa humana.

O testamento é ato de liberalidade, inserido na autonomia privada do indivíduo tanto no aspecto existencial, presente na liberdade de testar ou morrer intestado, quanto no aspecto patrimonial, já que é por este instrumento que o testador define a destinação do seu patrimônio para depois de sua morte.

Assim, há uma discussão se o testador pode determinar que a prole eventual não pode ser concebida pela adoção, pois o direito fundamental da igualdade dos filhos, artigo 227, § 6º da Constituição Federal do Brasil de 1.988 garante a total isonomia entre todos os filhos independente da filiação da qual se originam, não permitindo qualquer distinção no que diz respeito à filiação (HIRONAKA, 2003, p. 93):

A Constituição não faz distinção entre os filhos, qualquer que seja sua origem ou o tipo de relação mantida por seus genitores. Nesse sentido, os filhos a que se refere o inciso I do artigo 1.799 são tanto os biológicos como aqueles que vieram ter a família pelos laços do afeto e do coração.

Assim existe uma divisão entre aqueles que rechaçam totalmente esta possibilidade; os que a admitem, desde que expressamente designada pelo testador; os que acreditam que, no silêncio do testador, o princípio da igualdade é automaticamente aplicado; e os que defendem a incidência da regra principiológica de modo generalizado, compreendendo inconstitucional a vedação.

Aqueles que não aceitam a possibilidade de a prole eventual ser adotada, e os que a admitem, desde que expressamente autorizada pelo

testador, asseveram que deve prevalecer à autonomia privada do testador, não sendo possível a incidência direta dos direitos fundamentais neste âmbito. Com o mesmo pensamento, a postura defendida por aqueles que sustentam a aplicação apenas indireta das normas de direito fundamental nas relações privadas, por temerem um esvaziamento no campo das liberdades individuais (SARMENTO, 2006, p. 221):

A teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional.

Venosa (2007, p. 187) defende que se o testador não fizer referência expressa, no testamento, contra a adoção da prole eventual, esta possibilidade é viável por interpretação realizada à luz do princípio constitucional da igualdade entre os filhos:

O testador não fazendo referência (a sua vontade deve ser respeitada), não se faz distinção quanto à filiação: recebem os filhos legítimos ou ilegítimos, isto é, na nova sistemática, filhos provenientes ou não de união com casamento. Afirmava-se que os adotivos não se incluíam nessa possibilidade, a menos que houvesse referência expressa do testador. Contudo entendemos que a evolução da situação sucessória do adotivo não permite mais esta afirmação peremptória. Lembre-se de que houve sucessivas alterações no direito sucessório em favor do filho adotivo.

Continua Venosa (*Op. Cit.*, p.188) ainda afirmando que o princípio da autonomia privada do disponente é cumprido, mas, também aceita a incidência do direito fundamental à igualdade nas relações privadas. Assim a liberdade individual ficaria preservada, porém no caso de omissão, seria permitido que incidisse sobre a relação negocial o direito fundamental da igualdade.

Na defesa de uma releitura da lei de acordo com uma interpretação com valores e princípios constitucionais estar Gama (2004, p. 213):

A expressão filhos, somente pode ser interpretada à luz dos valores e princípios da Constituição Federal de 1988, relendo-se o texto da seguinte maneira: filhos cuja parentalidade ainda não havia sido estabelecida relativamente as pessoas determinadas pelo testador à época da abertura da sucessão. Logo, não podem ser excluídos da capacidade testamentária passiva especial do art. 1.799, I, do novo

Código Civil, os filhos fruto da adoção, da reprodução assistida heteróloga e da posse do estado de filho.

Seu posicionamento estar baseado na influência direta dos princípios e direitos fundamentais nas relações privadas (2004, p. 186):

Na atualidade, sob influência clara e direta dos princípios e direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, busca-se tratar igual e uniformemente as pessoas dos herdeiros, terminando com privilégios sucessórios e restrições feudais que outrora existiam. Neste sentido, devem-se destacar a efetividade e a aplicabilidade imediata e direta das normas contidas na Constituição federal de 1988 nas relações jurídicas de direito das sucessões – aí inseridas as da sucessão testamentária –, a exigir do intérprete a verificação da validade das normas infraconstitucionais (inclusive as do novo Código Civil) à luz dos valores, dos princípios e das normas constitucionais.

Para esse autor (GAMA, *Op. Cit*, p. 188) a autonomia privada deve ser limitada para atender as exigências sociais da constituição do Brasil:

Deve-se destacar, portanto, que a sucessão testamentária fundamenta-se nas interconexões, dos elementos individual e social, já que a pura e simples vontade do testador, desprovida de qualquer ingrediente social, não é suficiente para produzir efeitos jurídicos dignos de tutela. A autonomia da vontade deve adequar-se e se mostrar conforme aos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, como a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária. O reconhecimento da presença dos valores subjacentes à sucessão testamentária significa encampar a funcionalização social do testamento, em sintonia perfeita com o estágio atual do ordenamento jurídico brasileiro e, conseqüentemente, da constitucionalização do direito civil.

Assim o aspecto social deve ser realçado em detrimento do aspecto individualista que a expressão autonomia da vontade carrega não está de acordo com a ordem constitucional vigente que busca amenizar todas as formas de discriminação.

Com o mesmo posicionamento de Gama a respeito da possibilidade de a prole eventual ser fruto da filiação civil, estar Hironaka que ainda acrescenta (HIRONAKA, 2003, p. 93):

Poder-se-ia, isso sim, buscar afastar o filho adotivo da sucessão em que foi indicado, pelo fato de ter sido ele concebido anteriormente à abertura da sucessão. Mas parece que nem mesmo esta possibilidade de exclusão pode prevalecer se atentar ao fato de a lei

tentar tutelar, em verdade, pessoas que o testador não conheceu em vida, pessoas estas ligadas pelos laços da filiação a outras que ele indicou. Contemplar os ainda não concebidos representa, para o testador, contemplar os filhos das pessoas que indicou, filhos estes que não conheceu nem conhecerá, quer porque não concebidos, quer ainda porque não adotados antes de sua morte.

Para saber qual princípio deve ser usado no caso concreto, observados os posicionamentos aqui destacados, é necessário analisar-se a questão com base nos parâmetros para ponderação no caso de colisão entre dois direitos fundamentais oferecidos pelo autor Sarmiento (2006, p. 271 e seguintes).

Já que, a questão levantada apresenta o conflito entre dois direitos fundamentais. O da igualdade e o da autonomia privada, assim, o meio para a solução do problema é a ponderação de interesses.

De acordo com os parâmetros e critérios específicos apresentados e enumerados por Sarmiento (2006, p. 271 e seguintes) expostos no tópico anterior deste capítulo, deverão ser observados os princípios envolvidos e fazendo-se uma ponderação entre eles.

Segundo Sarmiento (Op. Cit, p. 280), nas relações de conteúdo essencialmente patrimonial, a importância atribuída à autonomia privada deve ser menor, porém as que envolvem caráter personalíssimo devem ser mais valorizadas, possuindo um peso maior:

De qualquer forma, esta seara de relações intersubjetivas que se revela mais refratária à incidência direta dos direitos fundamentais não é a dos contratos e negócios jurídicos de conteúdo eminentemente patrimonial, mas a das vivências afetivas, quando envolverem opções existenciais e personalíssimas da pessoa humana, que não podem ser heteronomamente ditadas, sob pena do sacrifício do sagrado espaço de autodeterminação individual abrigado sob o pálio do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, paradoxalmente, é do princípio da dignidade da pessoa humana – fonte axiológica e núcleo irredutível dos direitos fundamentais – que se extrai a mais importante restrição à incidência destes mesmos direitos nas relações entre particulares.

Assim para este autor a possibilidade da prole eventual ser fruto da filiação civil só poderá ser desvendada no caso concreto, através da ponderação, onde será avaliada a intenção do testador sobre qual o aspecto de sua liberdade individual era o preponderante: o existencial ou o patrimonial.

Ressaltando que caso o disponente expressamente permitir ou vedar, sua vontade deverá ser respeitada, garantido, assim, a não restrição do aspecto da liberdade humana.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho contribuí com os operadores do Direito e com toda sociedade, por demonstrar institutos do Direito Privado importantes para uma melhor compreensão dos valores constitucionais brasileiros, em que os valores sociais são priorizados e ampliados em detrimento dos individuais.

Inicialmente, apenas os advindos naturalmente eram considerados prole eventual pra efeitos sucessórios, ou seja, era considerada apenas a descendência genética. Mas a Constituição Federal de 1988 equiparou os filhos através do princípio da igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem ser natural, artificial ou civil. Assim o filho advindo da adoção pode ser considerado prole eventual no fideicomisso? É possível que o adotando seja beneficiado com testamento feito para prole eventual?

Começam as discursões a respeito do termo "concebidos" do inciso I do artigo 1.799 do Código Civil, para que também fossem abrangidos pelo termo advindo de adoção. Assim, a concepção seria o momento do estabelecimento da parentalidade, pois não há diferenças entre os filhos qualquer que seja sua origem.

A Carta Magna trouxe significativas alterações no estabelecimento de novos critérios relacionados à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas devido ao modelo de Estado ter sido alterado de liberal para social. Dessa forma a sociedade evoluiu e com ela os institutos do Direito, que sofreram significativas alterações, principalmente, no aspecto social. Assim, a constituição passou a intervir mais na esfera do direito privado em prol da coletividade.

Como foi exposto, surgiram várias teorias sobre como a incidência dos direitos fundamentais atuaria nas relações privadas, predominando o entendimento doutrinário que a teoria da eficácia direta/imediata seria a mais apropriada. No âmbito privado as relações normalmente são asseguradas pelo princípio da autonomia privada, porém o particular também possui direitos fundamentais, que não podem ser violados, abrindo-se a possibilidade de conflitos entre princípios fundamentais.

Quando há um conflito entre direitos fundamentais devem-se ponderar os interesses baseando-se em parâmetros pré-fixados para que se possa avaliar o bem jurídico a ser tutelado.

O tema monográfico proposto apresenta divergências doutrinárias por tratar da incidência direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações entre privados onde prevalece o princípio da autonomia privada. Estando em conflito assim, o princípio da igualdade entre os filhos e o da autonomia privada

O primeiro parâmetro a ser considerado, para a ponderação entre estes dois direitos fundamentais, é se os envolvidos são desiguais e em que proporções. No caso em análise, isso não ocorre, pois o testamento é negócio jurídico unilateral, e envolve apenas a manifestação de vontade do disponente e a observação das formalidades legais para ser válido.

O consentimento ou não do lesado no ato gerador de lesão ao direito fundamental, também não pode ser observado no caso do testamento, especificamente da cláusula testamentária que deixa herança ou legado à prole eventual de terceira pessoa, a decisão de fazer a liberalidade é única e exclusiva do testador, não havendo consentimento da parte contrária.

O fator da preservação da pluralidade no âmbito social não se apresenta neste caso específico, pois não há questões referentes a homogeneização de identidades culturais ou algo similar.

O parâmetro a ser utilizado no problema levantado nesta monografia, é que analisa a “função da natureza da questão examinada”, ou seja, se a querela versa sobre questões personalíssimas ou econômico-patrimoniais.

O testamento apresenta estes dois tipos de função: é decisão de caráter eminentemente patrimonial, mas a nomeação da prole eventual para receber herança ou legado é também manifestação da dimensão afetiva, particular, envolvendo a esfera privada do testador.

Portanto, no presente trabalho monográfico constata-se que deve ser garantida à incidência do direito fundamental a igualdade na relação privada, mas preservado o direito a autonomia privada do testador, pois o testamento é manifestação da liberdade individual do testador, nos aspectos negocial e existencial.

Dessa forma, o que prevalecerá é a vontade do testador, pois se ele, ao fazer a deixa testamentária, quanto a referência da prole eventual de terceira pessoa, vedar a possibilidade dessa prole ser advinda da adoção, sua vontade deve prevalecer, garantindo sua autonomia privada de escolher; entretanto, se nada declarar o testador a respeito dessa possibilidade, sendo omissos, o princípio constitucional da igualdade entre os filhos incidirá na norma permitindo que a prole seja advinda do instituto da adoção.

6 REFERÊNCIAS

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao >. Acesso em: 1 jun. 2010.

_____. Lei nº 8.069, promulgada em 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm> >. Acesso em: 3 jul. 2010.

_____. Lei nº 10.406, promulgada em 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 1 ago. 2010.

_____. Lei nº 12.010, promulgada em 04 de agosto de 2009. **Dispõe sobre a adoção**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2009/Lei/_leis2009.htm >. Acesso em: 20 de set. 2010.

_____. **Superior Tribunal de justiça**. Direito Civil. Fideicomisso instituído em favor de menor. Venda do imóvel fideicomitido. Alvará judicial. Aquisição de imóvel de menor valor. Fiduciário que adora a fideicomissária menor. Ação anulatória procedente. STJ. REsp: 945027/BA. 3ª Turma. Voto do ministro relator Min. Sidnei Beneti. DJE: 24/11/2008. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 23 out. 2010.

COSTA, Judith Martins. **Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: A boa fé nas relações de consumo**. In: COSTA, Judith Martins. (Org.). A reconstrução do direito privado: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CHAVES, Antonio. **Adoção Simples e Adoção Plena**. v.1. São Paulo: Julex, 4 ed. 1988.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 22 ed. v 5. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 18 ed. v 5. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direitos das sucessões. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direitos das sucessões. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento**. In: HIRONAKA, G; PEREIRA, R. (Coord). Direito das sucessões e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14. ed. rev., atual. E aumentada de acordo com o Código Civil de 2002/ por Mario Roberto Carvalho de Faria. – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 7. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Civil Brasileiro**. v. 6. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: do direito das sucessões, (arts 1784 a 1856). v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial. v. 15. São Paulo: Atlas, 2003.

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