



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

MARCOS ANTONIO CASIMIRO DE FIGUEIREDO

**O INSTITUTO DA ADOÇÃO E A SUA APLICAÇÃO AO SURGIMENTO DA
PROLE EVENTUAL EM CASO DE FIDEICOMISSO NA SUCESSÃO
TESTAMENTÁRIA**

SOUSA – PB

2017

MARCOS ANTONIO CASIMIRO DE FIGUEIREDO

O INSTITUTO DA ADOÇÃO E A SUA APLICAÇÃO AO SURGIMENTO DA
PROLE EVENTUAL EM CASO DE FIDEICOMISSO NA SUCESSÃO
TESTAMENTÁRIA

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao curso de Direito do Centro
de Ciências Jurídicas e Sociais, da
Universidade Federal de Campina Grande,
em cumprimento dos requisitos
necessários para obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Msc Admilson Leite
de Almeida Júnior.

SOUSA – PB

2017

MARCOS ANTONIO CASIMIRO DE FIGUEIREDO

O INSTITUTO DA ADOÇÃO E A SUA APLICAÇÃO AO SURGIMENTO DA
PROLE EVENTUAL EM CASO DE FIDEICOMISSO NA SUCESSÃO
TESTAMENTÁRIA

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao curso de Direito do Centro
de Ciências Jurídicas e Sociais, da
Universidade Federal de Campina Grande,
em cumprimento dos requisitos
necessários para obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Msc Admilson Leite
de Almeida Júnior

Data de Aprovação: 21 de agosto de 2017

Banca Examinadora

Prof. Msc. Admilson Leite de Almeida Júnior
Orientador

Prof. Petrócia Marques Sarmiento Moreira
Examinadora

Prof. João Bosco Marques de Sousa
Examinador

Aos meus amores, Vovó Davina (*in
memorian*), minha mãe Bernadete, meu
irmão Guilherme e Bia Ricarte que, juntos,
têm sido a minha força.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Pai do Céu, que me sempre me deu muito mais do que mereço. Por todas as oportunidades, obstáculos e bem-aventuranças que fizeram de mim exatamente o que eu sou hoje. Obrigado, meu Senhor por cuidar de mim até nos momentos em que eu não fiz por merecer.

A minha Senhora, Rainha do Céu, que tem dedicado especial cuidado a mim. Obrigado, minha Mãe, por interceder por mim junto ao teu Filho.

Ao meu Anjo da guarda, que sempre me guiou, que está sempre pronto para me defender de todo mal que eu não possa enfrentar.

A minha avó Davina, que acompanhou minha caminhada, me deu os melhores conselhos e, acima de qualquer coisa, me moldou durante todo o tempo que estive fisicamente ao meu lado. Meu amor, desde a sua partida não houve um dia em que eu não tenha pensado em você. Obrigado, minha linda, por tudo que a senhora é e sempre será na minha vida. Saiba que guardo comigo todos os abraços que, hoje não posso te dar para o dia do nosso reencontro.

A minha mãe Bernadete, que está sempre ao meu lado. Vivendo comigo todas as dificuldades do nosso dia-a-dia. Obrigado, mãe, por acreditar em mim, por todo carinho, amor e dedicação.

A meu irmão Guilherme, você é um dos meus maiores incentivadores. Obrigado por tomar as rédeas da situação quando eu não pude segurar a barra sozinho. Obrigado pelo apoio e dedicação que tem me dado.

A minha guerreira avó Socorro, que tem tanto cuidado comigo e, por isso, me dedica tantas orações. Obrigado por toda força, carinho e amor que a senhora está sempre me dedicando.

A meu pai Marcelo, que apesar das cabeçadas da vida, me encaminhou para os estudos, me mostrando através do exemplo que este é o melhor caminho para uma vida digna.

Aos meus avós, com quem não tive muito tempo de convivência (Oscar, Davi, Bento, Assis, Sebastião, Maria, Eliza), mas que sei que estão me guardando e intercedendo por mim lá do céu e por isso, estão sempre presentes em minhas orações.

Aos demais familiares, que tanto acreditam no meu potencial, e com isso, fazem com que eu também acredite mais em mim.

Ao meu orientador, Professor Admilson, com quem tive o prazer de cursar o curso de Direito Civil quase que em sua totalidade. Que por toda sua dedicação ao magistério de suas aulas, se mostrou exemplo de profissional a ser seguido, tanto na advocacia quanto na docência.

A todos os meus amigos Daçaete, George, Lucivaldo, George Wagner, que estão sempre ao meu lado proporcionando grande momentos e fazendo da vida, um lugar melhor.

A todos os colegas de sala com quem partilhei estes últimos 6 anos. A experiência acadêmica teve grande valor graças a vocês.

Em especial, agradeço a minha parceira da vida Bia Ricarte, que está sempre correndo do meu lado, pois partilhamos do mesmo caminho. Somos namorados, amigos, parceiros, confidentes, sócios, batalhadores, futuros advogados. Não bastava ter os mesmos interesse, ainda estamos ligados por este sentimento. Agradeço a Deus por te ter ao meu lado. Amo você!

“Portanto, vos afirmo: Tudo quanto
em oração pedirdes, tendes fé que já o
recebestes, e assim vos sucederá.”

Marcos 11:24

RESUMO

O fideicomisso é o instituto do direito sucessório que é utilizado, através de disposição de última vontade, para agraciar com um determinado bem a prole eventual de pessoa designada pelo testador. Para tanto, o testador nomeia um curador para que se responsabilize pelo bem até o momento de entrega-lo ao único herdeiro do instituto, qual seja, o fideicomissário, que deverá ser concebido até dois anos após a morte do fideicomitente, sob pena de o fideicomisso caducar e o bem fideicomitado ser devolvido à legítima. O Direito das Sucessões ainda prevê que, havendo herdeiros legítimos, o testador disporá apenas de metade de seu patrimônio, isto em respeito à parte indisponível da herança. Por seu turno, a adoção é o instituto do Direito de Família, que tem por finalidade inserir pessoa alheia ao grupo familiar na condição de filho, sem qualquer distinção. A problemática orbita sobre a aceitação ou não do filho adotivo à prole eventual no fideicomisso, baseando-se nas hipóteses suscitadas pela doutrina. Assim, a pesquisa tem por desidério traçar uma análise sobre os institutos do fideicomisso e da adoção, avaliando seus requisitos e características, verificando-se a possibilidade daquele abranger esta, em conformidade com o princípio da preponderância da vontade do fideicomitente em face do princípio da isonomia de filiação e a legislação e a jurisprudência sob o enfoque da Constituição Federal de 1988. Para tal, como método de abordagem, faz-se uso do método dedutivo e como método de procedimento o monográfico, e no tocante à técnica de pesquisa, utiliza-se a documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica. Neste diapasão, tem-se por conclusão que há a necessidade de uma ponderação entre os princípios da isonomia da filiação e da preponderância da vontade do fideicomitente com base no caso concreto e respeito aos preceitos constitucionais, para que seja cumprida a real vontade do instituidor em seu ato de última vontade.

Palavras-chave: Fideicomisso. Prole eventual. Vontade do testador. Adoção.

ABSTRACT

The Fideicomiso is the institute of inheritance law that is used, by means of last will, to bestow with a certain good the offspring of a person designated by the testator. In order to do so, the testator appoints a trustee to take responsibility for the property until the moment of delivery to the sole heir of the institute, that is, the trustee, which should be born up to two years after the death of the trustor, under penalty of the trustee's expiration and the trust property is returned to the legitimate. The Law of Succession also provides that, if there are legitimate heirs, the testator will only dispose of half of his patrimony, this in respect to the unavailable part of the inheritance. In turn, adoption is the Family Law Institute, whose purpose is to insert a person outside the family group as a child without distinction. The problematic orbit about the acceptance or not of the adoptive child to the eventual offspring in the trust, being based on the hypotheses raised by the doctrine. Thus, the present work has the desiderio of tracing an analysis about the institutes of the trust and of the adoption, evaluating its requirements and characteristics, being verified the possibility of that includes this, in accordance with the principle of preponderance of the will of the settlor in face of the Principle of the isonomy of affiliation and all the legislation and jurisprudence in the light of the Major Charter. To do so, as a method of approach, using the deductive method and as a method of procedure, as a method of the monographic procedure and with regard to the research technique, indirect documentation is used, through bibliographic research. In this context, it is concluded that there is a need to balance the principles of the isonomy of membership and the preponderance of the will of the trustor based on the concrete case and respect for the constitutional precepts, so that the real will of the His act of last will.

Keywords: Fideicomiso. Eventual offense. The will of the testator. Adoption.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art – Artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CJF – Conselho da Justiça Federal

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O DIREITO SUCESSÓRIO	14
2.1 CONCEITO E HISTORICIDADE DO DIREITO DAS SUCESSÕES	14
2.2 ESPÉCIES DE SUCESSÃO	16
2.3 MOMENTO DA ABERTURA DA SUCESSÃO	19
2.4 CAPACIDADE SUCESSÓRIA	23
2.4.1 Da Capacidade Sucessória Ativa.....	23
2.4.2 Capacidade Sucessória Passiva.....	24
3 O FIDEICOMISSO	28
3.1 DEFINIÇÃO E ASPÉCTOS HISTÓRICOS DO FIDEICOMISSO	28
3.2 REQUISITOS ESSENCIAIS DO FIDEICOMISSO	32
3.3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA	33
3.4 FIDEICOMISSO E AS SUBSTITUIÇÕES TESTAMENTÁRIAS.....	36
3.5 FIDEICOMISSO EM OUTROS ORDENAMENTOS.....	38
4 A ADOÇÃO E O FIDEICOMISSO NA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA	42
4.1 O INSTITUTO DA ADOÇÃO E SEUS EFEITOS.....	42
4.2 A ISONOMIA DA FILIAÇÃO E SUA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL	46
4.3 A PROLE EVENTUAL NO FIDEICOMISSO E O PRINCÍPIO DA PREPONDERÂNCIA DA VONTADE DO FIDEICOMITENTE	48
5 CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

A Carta Magna de 1988 representou verdadeiro marco na história do instituto da adoção no Brasil, destinando aquelas pessoas inseridas no grupo familiar através da adoção tratamento igualitário em relação aos filhos consanguíneos. Estabelecendo no §6º do art. 227 a igualdade entre os filhos. Assim, vedando terminantemente qualquer designação discriminatória quanto à espécie de filiação.

Como norma de observância obrigatória, a Constituição irradiou seus efeitos para toda a legislação que se relaciona com o instituto da adoção. Desse modo, influenciando o Código Civil que trata da adoção de maiores de 18 anos de idade, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõe sobre as regras atinentes à adoção de menores de 18 anos de idade, expressando em seu artigo 41, caput, que a adoção atribui ao filho adotivo a condição de filho sem qualquer distinção, ofertando-lhe equanimidade de direitos e deveres (pessoais e patrimoniais). Destaque-se ainda que, a Lei Nacional da Adoção (Lei n. 12.010/09), fez inúmeras alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente e revogou 10 artigos do Código Civil, concernentes ao instituto, atribuindo nova redação aos arts. 1.618 e 1.619 do Código Privado.

Já o direito sucessório, liga-se diretamente ao direito de propriedade, pois que sem este não há que se falar em sucessão, por não haver o que suceder (não havendo propriedade, não há sucessão). Compilado no Livro V do Código Civil de 2.002, o Direito das Sucessões tem como fim maior regular a continuação do patrimônio das pessoas que faleceram através de sua substituição por seus sucessores na titularidade dos bens.

A problemática jurídica surge quanto à prole eventual exigida para o perfazimento do fideicomisso, se pode advir ou não do instituto da adoção ou se o testador tem a obrigação de proibi-la expressamente. Com o escopo de alcançar a resolução deste problema o presente trabalho tem como escopo investigar a efetividade do instituto da Adoção no ordenamento jurídico pátrio, sob a luz da Constituição Federal e dos Princípios da Isonomia da Filiação e da não Designação Discriminatória entre os Filhos ante a liberdade inerente ao autor do testamento respeitando-se os limites impostos ao testamento. Não obstante a observância ao parentesco gerado a partir da adoção, avaliando se o presente instituto tem a

efetividade necessária, ou não, para perfazimento do fideicomisso, segundo a preponderância da vontade do testador.

Perceba-se a dimensão da problemática. De um lado há o princípio da soberania da vontade do testador que sem devido respeito o testamento é desvirtuado e não pode existir, e do outro lado tem-se o princípio da não designação entre os filhos, expresso na Constituição de 1988, como também no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, que repudia toda e qualquer designação discriminatória entre os filhos biológicos e adotados.

Para serem alcançados os objetivos destacados anteriormente, utilizar-se-á como método de abordagem o dedutivo, por ser este o método mais adequado à solução de controvérsias onde a legislação é omissa no tocante ao caso em tela. Tendo em vista que pretende a presente pesquisa investigar se o instituto da adoção pode ser meio idôneo ou não ao cumprimento dos termos do fideicomisso na sucessão testamentária, a depender do caso concreto. Como método de procedimento, será utilizado o método monográfico, obedecendo à metodologia proposta, e para técnica de pesquisa, utilizar-se-á a documentação indireta através de pesquisa bibliográfica de doutrina, artigos científicos, legislação e jurisprudência.

No que tange aos métodos de procedimento, observa-se como adequados para a realização desta pesquisa a utilização do método dedutivo e histórico. O método dedutivo, parte de uma realidade abrangente visando verificar deduções mais específicas na temática estudada, de modo que, neste método, o raciocínio caminha do mais abrangente para o mais específico. O método histórico figura como primordial para a dilação argumentativa probatória, tendo em vista que irá comparar os elementos existentes hoje com as suas origens históricas, além de acompanhar a evolução dos institutos da adoção e do fideicomisso desde sua criação.

Visando uma melhor didática da pesquisa, esta será apresentada em três capítulos distintos. O capítulo inicial ocupar-se-á do direito sucessório brasileiro com suas especificidades, com historicidade e conceito, suas espécies e os princípios que lhe são pertinentes. Referir-se-á também, sobre a capacidade testamentária enquanto requisito necessário a viabilidade da cláusula testamentaria.

Para o segundo capítulo, desenvolverá o tema do instituto do fideicomisso, caracterizando seu conceito e panorama histórico para melhor assimilação do instituto, bem como, sua recepção na legislação alienígena. Tratará ainda, acerca dos

seus sujeitos e, por fim, traçar-se-á paralelo entre as similitudes e distinções existentes entre o instituto do fideicomisso e a substituição fideicomissária.

O capítulo final fará um diálogo acerca dos institutos da adoção e do fideicomisso na sucessão testamentária. Ater-se-á sobre o instituto da adoção e seus efeitos, bem como o princípio da isonomia da filiação e sua proteção constitucional, e por último, discorrerá, sobre a viabilidade da prole eventual no fideicomisso a luz do princípio da preponderância da vontade do fideicomitente com a devida observância às limitações impostas à disposição de última vontade do testador.

2 O DIREITO SUCESSÓRIO

Compilado no Livro V do Código Civil Brasileiro, o Direito das Sucessões é o conjunto de normas regula a transferência do patrimônio (ativo e passivo), da pessoa falecida para os seus sucessores legítimos ou testamentários a depender do caso concreto.

Cabe ao direito sucessório, além das relações de caráter patrimonial, também as relações de caráter não patrimonial que digam respeito ao *de cujus*, como exclusão, deserdação ou reconhecimento de herdeiros ou ainda, para determinar quem será o guardião dos bens deixados para determinada pessoa.

Assim, como se verá adiante, devido sua importância nas relações jurídicas, o Direito das Sucessões se comunica e interfere em vários outros ramos do Direito para que seus efeitos sejam cumpridos.

2.1 CONCEITO E HISTORICIDADE DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Na acepção da palavra, suceder vem do latim *sub cedere*, que significa, no seu sentido amplo, vir depois, assumir lugar de alguém. Faz-se do substituo o responsável pelos ônus e bônus que a coisa possa oferecer. Assim como no contrato de compra e venda, p. ex., o comprador sucede o vendedor em todos os direitos e obrigações correspondentes ao objeto do contrato.

Segundo Venosa (2016, p. 01), “*Suceder* é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito. Esse é o conceito amplo de sucessão no direito”. No mesmo sentido, Lisboa (2013, p. 339), aduz que “Sucessão, em sentido amplo, é a substituição da pessoa física ou da pessoa jurídica por outra, que assume todos os direitos e obrigações do substituído ou sucedido, pelos modos aquisitivos existentes”.

Em sentido *lato*, a sucessão se processa sempre entre vivos, sucedendo-se tanto no direito das coisas, (sessão de direitos, contrato de compra e venda), quanto no direito de família (quando os pais perdem a guarda dos filhos para outra pessoa), ou ainda no direito das obrigações (quando o inquilino se obriga a pagar a conta de luz no lugar do proprietário).

No Direito das Sucessões, o Código Civil de 2.002 trata da sucessão em sentido estrito, ou seja, da sucessão *mortis causa*, que se opera a partir da morte. Dessa

forma, o novel código resguarda a transmissão dos bens pela morte do *de cuius* ao herdeiro. Pois que, os bens subsistem à morte de seu titular, e como tal, necessitam de um novo titular: o sucessor.

Rodrigues (2003, p. 03) expõe que “o direito das sucessões se apresenta como o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores”. Na mesma esteira, Diniz (2014, p. 17), aduz que o Direito das Sucessões consiste “no complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão de bens ou valores e dívidas do falecido, ou seja, a transmissão do ativo e do passivo *de cuius* ao herdeiro”.

Diante dos conceitos apresentados, depreende-se que o direito sucessório é invocado sempre pela morte do *de cuius*, com o escopo de garantir que os herdeiros assumam o lugar do falecido nas relações jurídicas que este mantinha e perpetuar a propriedade, passando-a do falecido para os herdeiros.

A morte inquieta o ser humano desde antes de o direito positivo ser instituído. Intrigante seria se o homem não buscasse ao menos regulá-lo. Há registros da preocupação humana com a transmissão dos bens pela morte desde as civilizações antigas, ocorrendo, p. ex., no Código de Hammurabi (2.000 a.C.), que traz disposições acerca da deserdação do filho que fosse reincidente em falta grave contra a família, cabendo ao juiz julgar a gravidade da falta cometida.

Na Índia, Grécia e Roma, não se podia desconectar o caráter sucessório dos bens do culto familiar. Uma vez que não era possível renunciar o culto e aceitar os bens, ou vice-versa, ao aceitar aquele, automaticamente se estaria aceitando este. A sucessão, se dava na pessoa do filho varão, que era obrigado a aceitar a sucessão, com o objetivo de dar continuidade ao culto doméstico e assumir a titularidade dos bens e dívidas deixados pela pessoa que faleceu.

Logo, do temor da descontinuação da existência, nasceu o direito sucessório ainda na antiguidade clássica com o propósito de regulamentar a continuação do culto doméstico e guarda dos bens. Assim como o homem moderno, a civilização greco-romana mantinha verdadeira aversão pelo finitude da vida. Concomitantemente ao temor à morte, surgiu a questão da continuidade dos cultos domésticos e dos bens, como também da manutenção do grupo familiar e da guarda dos bens.

Tão importante era a sucessão para os povos clássicos que uma das maiores desonras, para um romano, era morrer sem deixar um testamento apontando o rumo

que a família deveria seguir quando chegada a hora de acompanhar o barqueiro na travessia das águas dos rios *Aqueronte* e *Estige*. Nesse sentido, Alves (2016, p. 155)

O culto dos antepassados constitui o centro da vida religiosa nas antiquíssimas civilizações, não havendo castigo maior para uma pessoa do que falecer sem deixar quem lhe cultue o altar doméstico, de modo a ficar seu túmulo ao abandono. Cabe ao herdeiro o sacerdócio desse culto. Assim sendo, a propriedade familiar a ele se transmite, automaticamente- te, como corolário do fato de ser o continuador do culto familiar.

Dessa forma, nas antigas civilizações a responsabilidade de manter o culto familiar vivo era incumbência dada ao filho varão que deveria se tornar o *pater* e honrar as obrigações do morto, pois a filha, após o casamento, prestaria culto aos deuses da família do marido, desse modo se desligando do culto da família biológica. Por isso, era comum em Roma, p. exemplo, nomear por testamento, o filho mais novo, na falta de um filho homem mais velho, o filho de um filho (no caso de alguma impossibilidade) para o encargo de não deixar o culto familiar ser extinto.

Em Roma, os bens do sucessor se comunicavam com os bens do falecido e o mesmo ocorria com as dívidas. Assim, sendo o passivo menor que o ativo, o herdeiro era obrigado a quitar as dívidas feitas pelo pai. Este panorama só mudou com a decadência do Direito Romano, mais precisamente com o benefício do inventário (*intra vires hereditatis*), que uma vez invocado pelo herdeiro, este apenas assumiria as dívidas que a herança pudesse pagar, não tendo que arcar com o que excedesse às forças do ativo herdado.

2.2 ESPÉCIES DE SUCESSÃO

A sucessão pode ser classificada: quanto a fonte e quanto aos seus efeitos. Quanto à fonte, a sucessão pode ocorrer de duas formas, tanto por força da Lei, como por disposição de última vontade do testador. É o que determina o art. 1.876 do Código Civil de 2.002: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de ultima vontade”.

Assim, são duas as espécies de sucessão, quais sejam: a sucessão legítima ou *ab intestado* e a sucessão testamentária. Legítima, é a sucessão que decorre da lei. Expressa no Título II, Livro V do Código Civil atual, se opera em favor dos herdeiros apontados pela lei quando o falecido não deixa qualquer testamento, é o que proclama o art. 1.788 do Código Civil:

Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Do momento do falecimento, os bens transferem-se instantaneamente aos herdeiros legítimos pela ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829, CC/02, *verbis*:

Art. 1.829 - A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (*art. 1.640, parágrafo único*); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Tartuce (2015, p. 141) entende que:

A sucessão legítima é aquela que decorre de imposição da norma jurídica, uma vez que o legislador *presume* a vontade do morto, ao trazer a ordem de vocação hereditária que deve ser observada no caso de seu falecimento sem testamento.

Esta sequência vocacional ocorre por ordem de preferência dos herdeiros mais próximos para os mais distantes, para que estes só herdem se não houver aqueles. Assim, se busca garantir a vontade daquele que faleceu sem deixar disposição testamentária, presumindo-se que os bens ficarão com os herdeiros mais queridos. Caso contrário, se existissem outros preteridos fora do rol dos herdeiros legítimos, o *de cujus* deixaria testamento resguardando o interesse em beneficiar as pessoas que não são abrangidas pela sucessão legítima.

Há também a sucessão legítima quando o testamento for julgado nulo ou caduco, é o que se extrai do Art. 1.788 do Código Civil:

Art. 1.788 - Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Não obstante, sabiamente alega Diniz (2014, p. 28):

A sucessão legítima ou ab intestado, resultante da lei nos casos de ausência nulidade, anulabilidade ou caducidade do testamento (CC. Art. 1.786 e 1.788). Deveras, se o de cujus não fizer testamento, a sucessão será legítima, passando o patrimônio do falecido para às pessoas indicadas pela lei, obedecendo-se a ordem de vocação hereditária.

Desta forma, será nulo o testamento que trazer disposições contrárias à lei. Já a caducidade das disposições testamentárias decorre da impossibilidade de haver o cumprimento da cláusula por não existir mais o bem ou a pessoa do agraciado com a deixa.

Por sua vez, a sucessão testamentária, se dá por meio de testamento válido, onde o testador expôs suas últimas vontades. Também conhecida como sucessão *ab intestado*, esta modalidade sucessória é “aquela que se dá em obediência à vontade do defunto, prevalecendo, contudo, as disposições legais naquilo que constitua *ius cogens*, bem como no que for silente ou omissa o instrumento.” (PEREIRA, 2017, p. 174).

Não obstante, Lôbo (2013, p. 189), informa que: “A sucessão testamentaria é a que se dá em observância às declarações de vontade expressas deixadas pelo *de cuius*, nos limites e em documentos formais admitidos pela lei”. Nesta espécie de sucessão, o testador deve se limitar a dispor em testamento de metade de seu patrimônio, como determina o art. 1.846, CC/02, proclamando que “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”. Neste ponto, é válido lembrar que são herdeiros necessários, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Caso seja extrapolada, a disposição testamentária, assim dispondo também da parte destinada aos herdeiros legítimos, a disposição testamentária será válida apenas dentro dos 50% (cinquenta por cento) possíveis de serem doados em testamento e inválida a parte testada fora da margem acima.

O testador pode deixar parte de seus bens para qualquer de seus herdeiros, como também pode, respeitadas as restrições legais, beneficiar pessoa estranha ao grupo familiar. Isto, porque no Brasil há a possibilidade de coexistência das duas espécies sucessórias ao mesmo tempo, desde que se respeite a parte inerente à legítima. Díspar, era na antiguidade clássica que só concebia uma espécie sucessória por vez, de modo que ou a sucessão se dava por testamento ou se dava pela lei, uma vez que, a sucessão só se dava a título universal, jamais a título singular.

Como dito acima, a sucessão além de ser subdividida quanto à fonte em legítima e testamentária, ainda se subdivide quanto aos seus efeitos em: Sucessão a título universal e Sucessão a título singular. Universal é a sucessão onde os sucessores herdam de forma geral ou parte dos bens, assim ocupando o lugar do *de cuius* na titularidade do bem. Tal situação ocorre, p. ex.: quando o falecido não deixa

nenhum testamento, e os herdeiros necessários recebem no todo ou certa parte do acervo hereditário.

Segundo os ensinamentos de Rodrigues (2003, p. 17):

Diz-se que a sucessão se processa a título universal quando o herdeiro é chamado a suceder na totalidade dos bens do de cujus, ou em uma parte alíquota deles, ou seja, o sucessor se sub-roga na posição do finado, como titular da totalidade ou de parte da *universitas iuris*, que é o seu patrimônio, de modo que, da mesma maneira que se investe na titularidade de seu ativo, assume a responsabilidade por seu passivo.

Saliente-se que, enquanto a partilha não for feita, todos os herdeiros são donos do todo, e, por isso, atuam como condôminos na herança até que a partilha seja feita e todos recebam seus respectivos quinhões.

Será a título singular, a sucessão feita por testamento ou codicilo. Aqui, o testador agracia certa pessoa com um bem certo e determinado (ao menos pelo gênero) dentro do testamento. Frise-se que, quem recebe a título singular é legatário. Para que este receba seu legado, determinado bem é separado da universalidade para fazer parte do patrimônio do herdeiro legatário.

Deve o legatário receber a deixa desde a abertura da sucessão, salvo se existir condição suspensiva sobre o legado. Chama-se de legado, o bem certo e determinado deixado por meio de testamento. Frise-se que o legado pode ser feito tanto para beneficiar os herdeiros legítimos como pessoa estranha ao grupo familiar.

2.3 MOMENTO DA ABERTURA DA SUCESSÃO

Segundo o art. 1.784, CC/02, “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Pois bem, a sucessão é aberta imediatamente após a constatação da morte do *de cujus*. A partir deste momento, transmite-se aos herdeiros legítimos (respeitada a ordem de preferência do art. 1.829 do Código Civil) e testamentários todo o acervo hereditário deixado. Assim, os sucessores passam à posse do espólio, composto dos bens corpóreos e incorpóreos do falecido.

Em consonância com o apresentado acima, Nader (2016, p. 23) expõe com maestria a relevância do marco inicial da abertura da sucessão:

A abertura da sucessão se opera em razão do acontecimento morte e no exato momento em que esta se verifica, independentemente de qualquer ato

judicial ou providência diversa dos interessados. A morte é o grande fato jurídico *stricto sensu* provocador da abertura da sucessão. Não existe herança de pessoa viva – *viventis nulla est hereditas*. Como efeito direto da morte, o acervo patrimonial se transmite imediatamente aos herdeiros e legatários. Não fora assim, haveria um interregno entre a morte e o registro da partilha, quando os bens seriam *res nullius*, implicando tal circunstância uma série de problemas jurídicos incontornáveis.

É na abertura da sucessão que a herança é transmitida de imediato aos herdeiros, independentemente de o conhecimento da morte do falecido. Pois a transmissão ocorre simultaneamente à abertura da sucessão, sendo esta, fato gerador daquela.

Contudo, vale salientar que o herdeiro não está obrigado a aceitar a herança, cabendo-lhe o direito de renúncia da herança. Visto que é do sucessor o direito de aceitar a herança ou de renunciá-la, esta devendo ser explícita e aquela podendo ser tácita. Renunciando a herança, o herdeiro se exime do cumprimento das obrigações deixadas com o monte hereditário. Sobre o tema, Venosa (2016, p. 13) traz importantes apontamentos:

No entanto, ninguém pode ser herdeiro contra sua vontade. O herdeiro pode deixar de aceitar, renunciar à herança. Há que se harmonizar o sistema da *saisine* com o repúdio à herança.

Na verdade, dentro da problemática da aceitação da herança, além do sistema de aquisição *ipso iure* pelos herdeiros, outros sistemas adotam a aceitação da herança somente após a declaração de vontade por parte do herdeiro ou então mediante pronunciamento judicial que imite o herdeiro na posse dos bens. Os três sistemas encontram-se representados na tradição romana (Coviello, 1937:37). A aquisição de pleno direito ocorria com os herdeiros necessários (*sui et necessarii*), os quais adquiriam a herança sem necessidade de uma declaração especial de vontade. O sistema de aceitação, adição da herança (*aditio*) era aplicado a quem não fosse herdeiro necessário. O sistema do deferimento judicial era relegado aos casos não considerados do *ius civile*, mas de direito pretoriano, no qual havia a apreensão dos bens (*bonorum possessio*). No direito de Justiniano, desaparece a diferença entre *hereditas* e *bonorum possessio*, e o sistema que em geral se segue é o da aceitação da herança.

A lei civil não permite que a sucessão se perfaça quando houver dúvida acerca da morte do falecido, pois a sucessão de pessoa viva, ou baseada na morte civil não é admitida pelo ordenamento pátrio. De modo que, nos casos dos ausentes, a lei prevê regras que visam preservar os bens, com sua administração e manutenção.

O art. 22, CC/02, informa que: “ausente é a pessoa que desaparece de seu domicílio sem dar notícia de seu paradeiro e sem deixar um representante ou procurador para administrar-lhe os bens”. Logo, é dos sucessores a responsabilidade de pedir que seja aberta a sucessão provisória. Pois, só através desta, é permitida a entrada nos bens do ausente. Essa sucessão perdura por 10 anos. Findo este prazo,

os herdeiros poderão pedir que seja aberta a sucessão definitiva, que dura por igual período e só a partir daí serão investidos na propriedade plena dos bens que lhes couberem. Oportuno ressaltar que, sendo o ausente, pessoa maior de 80 anos de idade, e datar de 5 anos a última notícia de seu paradeiro, será possível que se encurte o lapso temporal para abertura da sucessão.

Situação diversa, mas relevante é a das pessoas que se tornaram ausentes em iminente risco de vida, como, por exemplo, nos casos dos desaparecidos nos campos de guerra, ou ainda em naufrágio. Nestes casos, a lei civil, no seu art. 7º, I e II, preveem a morte presumida sem que seja necessária a decretação de ausência, só sendo possível a declaração da morte presumida por sentença judicial que declare a morte do ausente com sua respectiva data.

A bem da verdade, na herança, cabe aos herdeiros apenas o que restar da compensação do ativo com o passivo. Isso porque os credores estão aptos à se habilitar no espólio do *de cujus* com o fim de garantir o adimplemento de seus créditos antes mesmo da divisão do todo entre os herdeiros.

Fato interessante, diz respeito às obrigações personalíssimas assumidas pelo *de cujus*, pois que estas são extintas com a sua morte, não restando a obrigação ao herdeiro, p. ex., de prestação alimentícia assumida por seu ascendente, ou mesmo das obrigações *intuito personae* decorrentes dos contratos firmados com artistas famosos.

A ideia de transmissão da propriedade e da posse dos bens do falecido, remonta dos tempos de quando o sistema feudal exercia seu poder sobre a Europa. Neste momento da história, o senhor feudal detinha a propriedade de todas as glebas que compunham o feudo, e aos que usavam a terra para produzir era obrigatório o pagamento de taxas. Entretanto, quando da morte do explorador da terra, esta voltava ao poderio do senhor feudal, se fosse da vontade dos herdeiros do falecido permanecer na exploração da terra, tinham que pagar taxas para adquirir a posse da gleba.

Para favorecer os herdeiros do falecido, surgiu o princípio da *saisine*, que diz respeito a uma criação do direito no qual, fictamente, presume-se que o *de cujus* passa a posse da terra diretamente aos seus herdeiros, sem que esta retorne às mãos do senhor feudal ou que, para tanto, não incidisse sobre a transmissão qualquer tributação feudal. Desse modo, os herdeiros adquiriam os frutos e as rendas da sucessão desde o momento da morte e a partir daí, adquiriam direito a proteção

sucessória, mesmo que não tivessem tomado posse das coisas deixadas pelo defunto. Sobre a criação deste princípio, Pereira (2017, p. 14) traça um breve histórico:

Droit de saisine. Na Idade Média, institui-se a praxe de ser devolvida a posse dos bens, por morte do servo, ao seu senhor, que exigia dos herdeiros dele um pagamento, para autorizar a sua imissão. No propósito de defendê-lo dessa imposição, a jurisprudência no velho direito costumeiro francês, especialmente no Costume de Paris, veio a consagrar a transferência imediata dos haveres do servo aos seus herdeiros, assentada a fórmula: *Le serf mort saisit le vif, son hoir de plus proche*. Daí ter a doutrina fixado por volta do século XIII, diversamente do sistema romano, o chamado *droit de saisine*, que traduz precisamente este imediatismo da transmissão dos bens, cuja propriedade e posse passam diretamente da pessoa do morto aos seus herdeiros: *le mort saisit le vif*. Com efeito, no século XIII a *saisine* era referida num Aviso do Parlement de Paris como instituição vigente e os *établissements* de St. Louis lhe apontam a origem nos Costumes de Orleans. Não foi, porém, uma peculiaridade do antigo direito francês. Sua origem germânica é proclamada, ou ao menos admitida, pois que fórmula idêntica era ali enunciada com a mesma finalidade: *Der Tote erbt den Lebenden*.

Em nosso antigo direito, prevalecia a sistemática romana, que foi todavia alterada pelo Alvará de 9 de novembro de 1754, segundo o qual passa aos herdeiros, desde o momento da abertura da sucessão, a posse civil do de cujus, com todos os efeitos de posse natural. Mais tarde, foi aquele Alvará confirmado pelo Assento de 16 de fevereiro de 1776, instituindo a transmissão imediata aos herdeiros até o décimo grau, contanto que tivessem direito certo e indubitável à sucessão. Alguns provimentos regulamentares alteraram a sistemática, posto lhe não atingissem a substância. Em suas linhas estruturais foi, portanto, o princípio fundamental do *droit de saisine* que prevaleceu, com a transmissão imediata e direta, do defunto aos seus herdeiros.

O Alvará de 1754, que se deveu ao propósito de reprimir abusos ocorrentes na tomada de posse de heranças abertas, representa assim marco importantíssimo na evolução de nosso direito sucessório, o que é encarecido por Orosimbo Nonato e desenvolvido por Anna Maria Villela.

Este princípio foi codificado ainda no Código Civil Francês, no seu art. 724, sendo receptada pelo direito luso-brasileiro pelo Alvará de 9 de novembro de 1754, seguido de Assento de 6 de fevereiro de 1786, sendo acolhido pela lei civil de 1916 e posteriormente pelo Código Civil vigente, no art. 1.784.

Ressalte-se que existem condições para que a os herdeiros entrem na propriedade e posse do bem com a morte do defunto. Para isso, é necessário que herdeiro esteja vivo ou, ao menos, concebido a hora da morte e capaz para herdar. É cediço que esta regra não é absoluta, pois como se verá a frente, há casos, na sucessão testamentária, em que o herdeiro não precisa ter sido concebido ao tempo da abertura da sucessão, como ocorre com o fideicomisso e na substituição fideicomissária.

O art. 1.787 do Código Civil de 2.002 determina que: “regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela”. Este dispositivo

é corolário do princípio da *saísine*, que traz a importância do tempo para o direito. Pois a lei, via de regra, deve ser editada para reger atos futuros e não pretéritos. Logo, a sucessão deve ser regulada pela lei de seu tempo, independentemente de posterior revogação desta lei. Fato semelhante ocorre com os testamentos, que são regidos pela lei de sua edição. Assim, se um testamento foi feito ainda na vigência do Código Civil de 1916, é desta lei que será tirada a interpretação do testamento, ainda que a abertura da sucessão tenha ocorrido na vigência do Código Civil atual.

2.4 CAPACIDADE SUCESSÓRIA

As capacidades sucessórias são capacidades atribuídas aos sujeitos da sucessão. Pois que, a transferência da herança só se completa se os indivíduos forem capazes de dispor de seus bens e de recebê-los, respectivamente. Para tanto, a capacidade sucessória se subdivide em duas espécies de capacidade, quais sejam, ativa e passiva.

A capacidade ativa está prevista no art. 1.860 do Código Civil. Esta espécie de capacidade sucessória diz respeito à pessoa do *de cujus*, pois é ele o sujeito ativo da relação, ou seja, é a pessoa que está dispondo de seu patrimônio para seus herdeiros como ato de última vontade.

Já a capacidade passiva, é inerente a pessoa do herdeiro. Disciplinado no art. 1.798 do Código Civil. Esta capacidade, por sua vez, é mais simples do que a primeira, pois que os requisitos para sua viabilidade dependem apenas que o sujeito passivo esteja ao menos concebido ao momento da abertura da sucessão.

2.4.1 Da Capacidade Sucessória Ativa

Dispõe o art. 1.860 do Código Civil que “Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento”. Do descrito, depreende-se que são duas as restrições à liberdade de testar: a incapacidade e a falta do pleno discernimento.

Até julho de 2.015, havia dois tipos de incapacidade nos arts. 3º e 4º do Código Civil de 2.002. Este expunha o rol dos relativamente incapazes e aquele os absolutamente incapazes. Eram tidos como absolutamente incapazes os menores de

dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e, os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Já os relativamente incapazes, eram: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais sem o desenvolvimento mental completo; e, os pródigos

Desde a promulgação da Lei n. 13.146, de 06.07.2015, que deu nova redação ao art. 3º do CC/02, retirando de seu rol quase todos os incisos com exceção apenas do inciso I, assim determinando que é absolutamente incapaz para os atos da vida civil é o menor impúbere, ou seja, menor de dezesseis anos de idade. Logo, os maiores de dezesseis anos podem testar, desde que não haja outro tipo de incapacidade. Entretanto, a lei permite que os maiores de dezesseis anos podem testar. Bastando estar acompanhado de quem lhe garanta a validade do testamento.

Apesar de não constarem no rol dos absolutamente incapazes para os atos da vida civil, e, por este motivo, não estarem aptos a testar, as pessoas que por causa transitória ou permanente, estiverem privadas do pleno discernimento, e não puderem exprimir sua vontade; como também os ébrios habituais e os viciados em tóxico, todos sujeitos a curatela.

A lei civil ainda determina que o momento da incapacidade pode ou não invalidar o testamento. Veja-se: “Art. 1.861 - A incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade”.

Entende-se que a incapacidade que impede o ato deve ser contemporânea à feitura do testamento, ocorrendo durante a menoridade impúbere ou ainda durante a falta do pleno discernimento, em razão de a incapacidade superveniente não é suficiente para invalidar o ato.

2.4.2 Capacidade Sucessória Passiva

Neste ponto tratar-se-á de uma capacidade especial, em verdade, da legitimação para suceder, posto que o termo “capacidade” no direito nos retoma a ideia de capacidade civil, que é a capacidade de exercer pessoalmente os atos da vida civil. Já a capacidade que será esmiuçada neste tópico é a legitimação sucessória para dar continuidade ao patrimônio e obrigações daquele que faleceu.

A legislação civil vigente aduz que “está apto a receber por herança qualquer pessoa desde que ao momento da abertura da sucessão esteja vivo ou ao menos concebido”, inteligência do art. 1.798 CC/02. A contrário sensu, o Código Civil de 1916, só reconhecia capacidade para suceder aos nascidos vivos, pois estes são dotados de personalidade jurídica material, sendo então, sujeitos de direito.

Ao adotar a *Teoria Concepcionista*, o Código Civil de 2.002 admitiu ao nascituro a personalidade jurídica formal. Assentindo que a partir da concepção, o nascituro terá reconhecidos os direitos da personalidade, para que tenha condições ideais para que venha a nascer com vida. Entretanto, esta personalidade jurídica, frise-se, não é material, ao passo que só é adquirida com o nascimento com vida, pois caso contrário, para o direito sucessório, será como se não houvesse existido. Este é o entendimento de Diniz (2014, p. 62):

A capacidade sucessória do nascituro (CC, Art. 1.798) é excepcional, já que só sucederá se nascer com vida, havendo um estado de pendência da transmissão hereditária, recolhendo seu representante legal a herança sob condição resolutiva. O já concebido no momento da abertura da sucessão e chamado a suceder adquire desde logo o domínio e a posse da herança como se já fosse nascido, porém, em estado potencial, como lhe falta personalidade jurídica material, nomeia-se um curador de ventre. Se nascer morto, será tido como se nunca tivesse existido, logo, a sucessão é ineficaz. Se nascer com vida, terá capacidade ou legitimação para suceder.

No mesmo sentido, preleciona Pereira (2017, p. 25):

Defere-se a sucessão ao nascituro, desde que já concebido no momento da abertura da sucessão (herdeiro póstumo). Posto lhe falte personalidade, é certo que nasciturus pro iam nato habetur quum de eius commodis agitur. Nomeia-se-lhe curador (curador ao ventre – v. nº 423-B, supra, vol. V), pois que melius est intacta iura servare quam, vulnerata causa, remedium quaerere. Adquire de imediato a propriedade e a posse da herança, como se já fosse nato desde o momento da abertura da sucessão. Se, porém, nasce morto, deve ser considerado como se nunca tivesse existido.³⁴ O que morreu, ainda que apenas um instante antes da abertura da sucessão, não é chamado a herdar.

Ainda sobre o mesmo tema, Tartuce (2015, p. 70) traz nova linha de pensamento acerca deste tema, argumentando que esta teoria, apesar de majoritária, merece reforma, no sentido de dar ao nascituro personalidade jurídica plena, para que possa ter garantidos todos os seus direitos a partir da concepção, sendo, a partir daí apto a suceder e ser sucedido independentemente de seu nascimento com vida:

Estamos inclinados a entender que ao nascituro devem ser reconhecidos direitos sucessórios desde a concepção, o que representa a atribuição de uma personalidade civil plena a tal sujeito de direitos, sem qualquer restrição.

[...] Seguindo a nova proposta, o direito sucessório do nascituro deve levar em conta a sua concepção, e não o nascimento com vida. Se nascer morto, os bens já recebidos serão atribuídos aos herdeiros do nascituro, e não aos herdeiros daquele que faleceu originalmente. Se nascer com vida, haverá apenas uma confirmação da transmissão anterior, do que era reconhecido naquele momento anterior.

Não se olvide que esta temática é minoritária e que para ter os direitos sucessórios garantidos, o nascituro deve vingar, caso contrário, será como se não houvesse existido para o mundo das relações jurídicas. Do exposto, depreende-se que para se caracterizar a capacidade sucessória se faz necessária a implementação de alguns pressupostos, quais sejam:

- a morte do *de cuius*, pois qualquer contrato que verse de herança de pessoa viva, *pacta corvina*, é ilegal em nosso ordenamento, salvo as destinações de patrimônio entre nubentes e a partilha da herança em vida;
- a sobrevivência do seu sucessor (ou que pelo menos o nascituro nasça com vida), ressalvado o fideicomisso e as substituições fideicomissárias;
- que o herdeiro seja da espécie humana, não sendo possível a nomeação de animais para a qualidade de herdeiro. Como exceção a esta regra temos a possibilidade de uma pessoa jurídica figurar como polo passivo da sucessão testamentária, é o que ocorre com as fundações que podem ser criadas ou beneficiadas com destinação de certo patrimônio em cédula testamentária;
- que seja respeitada a cota parte da legítima. Sendo vedado ao testador dispor de mais de 50% (cinquenta por cento) de seu patrimônio, como forma de proteção dos interesses dos herdeiros legítimos, inibindo que o testador venha à óbito e os deixe à míngua.

Também há a possibilidade de a transmissão ser condicionada há um momento futuro e incerto, onde o herdeiro se quer foi concebido ao momento do falecimento do morto. Isto pode ocorrer por meio de disposição de última vontade, quando o testador estipula cláusula testamentária para beneficiar prole eventual de pessoa certa e determinada. Após a partilha da herança, o juiz nomeará curador (geralmente é a pessoa que foi indicada pelo testador para gerar a prole eventual) para gerir o legado até que se consagre a condição para o perfazimento da cláusula. Implementando-se o termo, o herdeiro receberá o bem com todos seus frutos e rendimentos. Caso a prole eventual não seja concebida dois anos após a abertura da sucessão, a cláusula

testamentária caducará e o bem legado será revertido em favor da sucessão legítima com todos os seus frutos e rendimentos.

3 O FIDEICOMISSO

O legislador brasileiro tipificou o fideicomisso na legislação civilista, alocando-o no Livro das Sucessões (Livro V), mais precisamente no art. 1.799, I e 1.800, modificando substancialmente sua aplicabilidade em relação ao extinto Código Civilista de 1.916. Destaque-se que, entre outras modificações, no Código de Beviláqua era possível a utilização do fideicomisso para beneficiar pessoa já nascida ao tempo da abertura da sucessão, o que não mais ocorre no Código de 2.002.

Instituto essencialmente testamentário, o fideicomisso traz consigo semelhanças com uma das modalidades de substituições testamentárias, mais especificamente com a substituição fideicomissária, com esta não se confundindo devido, dentre outras diferenças, à autonomia do fideicomisso.

Trata-se de instituto de notável relevância, pois que se apresenta como ferramenta apta a ser utilizada como forma de se beneficiar a prole eventual de pessoa certa e determinada. Como se verá neste capítulo, o fideicomisso é um instituto alvo de grandes discursões doutrinárias. Sendo, bastamente utilizado em algumas nações e noutras nem tanto com base nas peculiaridades de cada nação.

3.1 DEFINIÇÃO E ASPÉCTOS HISTÓRICOS DO FIDEICOMISSO

Da perspectiva de beneficiar a prole eventual de certa pessoa, através de disposição testamentária, advém o conceito do instituto tipificado no art. 1.799, I do Código Civil de 2.002:

Art. 1.799. 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;

Este é o instituo jurídico conhecido por Fideicomisso, que agracia um único herdeiro em sua cláusula, como sendo a prole eventual, *nondum conceptus* (aquele ainda não concebido). Esse instituto permite que, na sucessão testamentária, que o autor da herança beneficie a prole eventual de certa pessoa com um legado, mediante termo ou condição suspensiva.

Parte da doutrina, a exemplo de Sílvio Rodrigues (2003), Carlos Roberto Gonçalves (2015) e Flávio Tartuce (2015), denominam este tema como uma exceção à regra geral que impera no Direito das Sucessões, de que o herdeiro deve estar vivo,

ou ao menos concebido, quando da abertura da sucessão. Observe-se o que informa o estudioso no assunto, Rodrigues (2003, p. 41):

O inciso I do art. 1.799 abre importante exceção ao princípio de que somente têm legitimação para suceder as pessoas nascidas (= existentes) ou já concebidas na época do decesso do autor da herança. Esse inciso diz respeito à prole eventual de determinada pessoa. Não se trata do nascituro (conceptus), cuja situação já foi resolvida no art. 1.798, mas do nondum conceptus, isto é, de pessoa futura, de indivíduo nem ainda concebido.

Nesta esteira, Gonçalves (2015, p. 72) ainda enfatiza que:

O inciso I abre exceção à regra geral ao permitir que os filhos não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, e vivas ao abrir-se a sucessão, venham a recolher a herança. Refere-se à prole eventual do anterior Código Civil.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Tartuce (2015, p. 72), aduz que:

Conforme o seu primeiro inciso, reconhece-se a legitimação para os filhos, ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que vistas estas últimas ao abrir-se a sucessão. A norma trata da prole eventual ou concepturo, não se confundindo com o nascituro.

Na ressalva contida no instituto em apreço, o Código Civil torna viável o agraciamento, com um legado, do filho ainda não concebido de pessoa designada pelo fideicomitente a partir de seu nascimento com vida que deverá ocorrer em até dois anos após a abertura da sucessão.

Ainda sobre a inteligência do inciso I, do art. 1.799, CC/02, Moreira (2009), reconhece que o aludido dispositivo diz respeito ao “novo” fideicomisso, informando ainda que “no sistema em vigor, a transmissão hereditária a pessoas não concebidas inequivocamente tanto pode ser direta (sem o prévio chamamento de terceiros), quanto indireta (por meio de fideicomisso)”.

O aludido dispositivo traz à tona o Fideicomisso em si. Tendo em vista que é da essência deste instituto, beneficiar pessoa diversa do herdeiro imediato, agraciando diretamente e não por meio de substituição o concepturo como seu único herdeiro. Caso o fideicomisso subsista à morte do *de cujos*, tornará impossível o cumprimento da cláusula testamentária.

O *fidei tua comitto*, como era chamado o Fideicomisso em sua acepção, foi concebido na Roma antiga, baseado estritamente na confiança, onde certa pessoa era designada a entregar determinado bem a terceiro indivíduo.

Em Roma, quando à poucos era dado o direito de testar, para garantir que o patrimônio familiar continuasse em seu seio, criou-se o fideicomisso em detrimento das restrições testamentária da época. Isto se deu porque, o legado era um instituto jurídico circundado por vasta burocracia e restrições, só sendo possível a quem detinha o *testamenti factio* (capacidade para testar). Neste diapasão, obtempera Alves (2016, p. 782)

No primitivo direito sucessório romano, os modos de que alguém pode valer-se para dispor de seus bens para depois de sua morte são muito restritos: a) a instituição de herdeiros; e b) o legado. E ambos cercados de formalidades. Demais, não era qualquer pessoa que tinha capacidade para ser herdeira ou legatária.

Em face disso, desde épocas remotas, os romanos se utilizaram do fideicomisso. Gaio chega até a acentuar (Institutas, II, 285) que a origem do fideicomisso se encontra, provavelmente, no fato de ser ele um meio de possibilitar ao estrangeiro (que não possuía *testamenti factio* passiva, e que, portanto, não podia figurar num testamento como legatário ou herdeiro) receber bens de pessoa falecida.

Prático e democrático (a contrário sensu do legado), o fideicomisso foi amplamente difundido na sociedade romana, por ser um instrumento jurídico que poderia ser usado por aqueles que não tinham a capacidade para testar. Sobre o tema, escreveu Ferreira (1990, p. 464) que:

O fideicomisso foi o instrumento que superou os inconvenientes do formalismo dos legados, que só podiam ser deixados por testamento em benefício daqueles que possuíam o *testamenti factio*, impostos à indivíduos instituídos herdeiros e feitos em língua latina sob a forma de ordem.

O direito romano estabelecia diversas incapacidades quanto ao direito de testar e de receber por testamento. Determinadas pessoas eram tidas como incapazes, não podendo beneficiar-se de liberalidades testamentárias. Assim, quem desejasse beneficiar um incapaz, confiava seus bens a pessoas capazes, rogando-lhes que os entregassem posteriormente a quem desejavam gratificar.

Desse modo, o fideicomisso foi utilizado tanto pelas pessoas que detinham as *civitas*, quanto por aqueles que, apesar de ter o que deixar em testamento, por não serem cidadãos romanos, não lhes era dado o poder de testar e de receber em testamento. Como bem expôs o mestre Pinto Ferreira em sua citação, o bem era confiado ao fiduciário, sob a rogatória de que o entregasse posteriormente a quem desejasse gratificar. Ou seja, o fiduciário entregava o bem ao fideicomissário se quisesse, pois não havia qualquer sanção para garantir a entrega do bem.

Tal situação foi alvo de grandes embates, pois nem todos os fideicomissos se perfaziam com a implementação da condição. O que deu ensejo à criação da figura do *praeter fideicommissarius*, que era um magistrado encarregado de promover a

execução do fideicomisso. Acerca dos excessos cometidos pelos fiduciários, aduziu Rodrigues (2003, p. 244 e 245):

A partir de Augusto, as disposições fideicomissárias começaram a se fazer acompanhar de força coercitiva, retirada não do jus civile, mas do direito pretoriano, pois que ao pretor cabia julgar as pendências entre o fideicomissário e a pessoa encarregada do fideicomisso, a quem se dava o nome de fiduciarius. O pretor julgava o litígio sem ter em vista as regras do direito civil, mas a extraordinaria cognitione, e essa maneira de proceder se manteve mesmo quando a competência para conhecer dos fideicomissos foi atribuída a juízes ordinários.

Na Idade Média, o referido instituto teve relevante importância para o feudalismo, sendo, na maioria das vezes, usado para perpetuar a propriedade dos senhores feudais sobre os feudos. Razão pela qual, neste sistema, o fideicomisso teve sua eficácia ampliada com vias a beneficiar além dos netos dos senhores para manter as terras em família (VENOSA, 2016).

Na Inglaterra, as mulheres eram tidas como incapazes. Por este motivo, ao contrair matrimônio, todos os seus bens eram agregados ao patrimônio de seu esposo. Aqui, o fideicomisso era utilizado para deixar certo bem a mulher. De modo que, o parente constituía um fiduciário na propriedade resolúvel do bem, que o entregava a mulher casada.

Na legislação portuguesa, o fideicomisso foi recepcionado através das Ordenações Filipinas, que o inseriu o referido instituto no ordenamento civilista português anterior e foi recepcionado também na lei civil lusitana atual objetivando o alcance de pessoas já nascidas no momento da abertura da sucessão.

Antes do advento do Código Civil de 1.916, não havia no Brasil qualquer insinuação legislativa ao fideicomisso. De modo que, nesta codificação, o instituto foi tratado em oito artigos, sendo denominado de substituição compendiosa. Já o Código Civil atual, trata do fideicomisso de forma mais restrita, vedando terminantemente a utilização deste instituto com escopo de beneficiar pessoa além do segundo grau.

Ainda no que consta às observações feitas à historicidade do instituto no ordenamento brasileiro, assim disserta Nader (2016, p. 430):

Entre nós, o regulamento do fideicomisso surgiu com o Código Civil de 1916. Sob a denominação substituição compendiosa, as Ordenações admitiam ao testador a instituição de “muitas substituições de diferente natureza”. Embora a amplitude desta expressão, o objetivo era mais restrito, limitado à dupla liberalidade, devidamente esclarecida no exemplo formulado pelo legislador: ‘Instituo por meu herdeiro a Pedro; e quando quer que ele falecer, ou depois de sua morte, ou por sua morte seja herdeiro Paulo.

Por derradeiro, depreende-se que o legislador manteve o referido instituto com o único objetivo de alcançar, através de disposição testamentária, a prole eventual, no sentido de beneficiá-la com determinada deixa para lhe garantir um certo patrimônio até dois anos após a morte do testador.

3.2 REQUISITOS ESSENCIAIS DO FIDEICOMISSO

Para que o fideicomisso atinja seu fim maior, a entrega do bem ao fideicomissário se faz primordial a observância a seus requisitos ou caracteres, quais sejam: que seja feito por testamento, a dupla vocação hereditária, o ônus de conservar para restituir, a eventualidade de vocação e a não concepção do fideicomissário a hora da abertura do testamento. A respeito dos requisitos do fideicomisso, Dias (2014, p. 11) elenca:

a) Dupla vocação hereditária, uma vez que ao mesmo tempo são instituídos dois herdeiros ou legatários, um fiduciário e outro fideicomissário; b) Ordem sucessiva que exige a ocorrência do evento resolutivo, seja ele decorrente de condição, termo ou morte do fiduciário; c) Dever de conservação dos bens pelo fiduciário, que deverão ser destinados ao fideicomissário no momento oportuno. Há quem inclua ainda como um quarto requisito a obrigatoriedade de que o fideicomissário não tenha sido concebido à data da abertura da sucessão.

O primeiro requisito trata da forma pela qual o fideicomisso deve ser instituído. No que pese a regra da liberdade contratual prevista no art. 425 do Código Civil vigente, que permite aos contratantes celebrar contratos atípicos, o fideicomisso não pode ser prescrito na forma de um contrato por força do art. 426, CC/2002, que veda a feitura de contrato que tenha por objeto a herança de pessoa viva (*pacta corvina*). Só sendo viável que o fideicomisso seja feito por meio de testamento. Não obstante, preleciona Tartuce (2015, p. 496):

Como é óbvio, o fideicomisso não pode ser instituído por contrato, sob pena de infringir a proibição do pacto sucessório ou *pacta corvina*, constante do art. 426 do Código Civil em vigor, segundo o qual não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. Nessa linha, na V Jornada de Direito Civil aprovou-se o seguinte enunciado doutrinário: “O fideicomisso, previsto no art. 1.951 do Código Civil, somente pode ser instituído por testamento” (Enunciado n. 529).

Quanto à dupla vocação hereditária, tem-se que, a disposição testamentária alcança duas pessoas com uma só deixa para o mesmo bem. Ou seja, o

fideicomissário só passa à titularidade do bem quando ocorre o fato determinante da resolução do direito/obrigação do curador.

Neste ponto, é válido salientar que no fideicomisso não há dois herdeiros. Neste diapasão, o único sujeito com direito a herança é a prole eventual, não assistindo ao curador o direito de herança. Pois o curador é mero guardião do bem, enquanto o fideicomissário não estiver apto a receber o bem deixado.

No terceiro requisito, como visto acima, o curador não é herdeiro e por isso tem o dever de guarda do bem até que se implemente o termo do fideicomisso. Segundo o §3º do art. 1.800, CC/02, é dever do curador, entregar ao fideicomissário, o bem deixado com todos os seus frutos e rendimentos desde a abertura da sucessão. Assim, o curador está obrigado a zelar a deixa até que o herdeiro possa, de fato, assumir a titularidade do bem.

A eventualidade de vocação do fideicomissário decorre da condição resolutiva do instituto, por a propriedade do bem só ser passada para o herdeiro com o cumprimento da condição. Caso o instituto não se perfaça (não haja o nascimento com vida do fideicomissário), o curador não será instituído na propriedade do bem e o devolverá à legítima.

Por fim, é imprescindível que o fideicomissário não tenha nascido antes da abertura da sucessão, pois é da essência do instituto que a pessoa beneficiada com a deixa não esteja ao menos concebida à hora da morte do fideicomitente, como prevê o inciso I do art. 1.799, CC/02. Nesse sentido, Tartuce (2015) expressa a inviabilidade de se agraciar por meio do fideicomisso, pessoa já nascida ou mesmo concebida ao momento da morte do testador, como ocorria no extinto Código Civil de 1.916.

3.3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Assim como qualquer outra norma do mundo jurídico, o fideicomisso nasceu de uma necessidade humana. Fora concebido na República romana, onde grandes dificuldades eram impostas à instituição do legado devido à burocracia em demasia como também a impossibilidade de se testar livremente àqueles a quem não era dada a faculdade de figurar como sujeito passivo na herança.

Apesar de sua forte aplicabilidade no direito romano, o fideicomisso não era sequer positivado, sendo fundado na boa fé do fiduciário, que conferia a titularidade do bem à prole eventual se assim o desejasse. Fato este que gerou descontentamento

por parte do fideicomissário, que não tinha a quem recorrer para ver seu direito garantido.

Diante da corrupção que se instalou sobre este instituto, o Imperador Augusto, conferiu aos cônsules a incumbência de “executar” administrativamente os fiduciários infieis que não cumprissem a obrigação para com o herdeiro principal da deixa. Neste instante, o fato valorado passava ao status de norma jurídica. Posteriormente, com o escopo de dar melhor autoridade à função de garantir o cumprimento do instituto, o Imperador Cláudio criou o cargo de *praetor fideicomissários*.

Neste contexto, o instituto em estudo passou por quatro etapas dentro do direito romano até que, finalmente, fosse de fato positivado. É o que se retira da análise de Alves (2016, p. 786):

A princípio, essa transferência se dá pela venda fictícia, considerando-se, assim, o fideicomissário como se fosse comprador da herança (*loco emptoris*); posteriormente, com o *senatusconsulto Trebeliano*, é o fideicomissário, para esse fim, reputado herdeiro pretoriano (*loco heredis*); a seguir, em decorrência do *senatusconsulto Pegasiano*, em alguns casos é ele tido como se fosse herdeiro pretoriano; em outros, como se legatário parciário; e finalmente, no direito justiniano, o fideicomissário é considerado como verdadeiro heres (herdeiro).

O direito canônico se apossou do fideicomisso e o manteve apto a exercer seus efeitos com o intuito de garantir a transmissão dos bens à ordens religiosas concentrando os poderes do pretor fideicomissário nas mãos de um membro do clero para garantir o perfazimento do instituto com a entrega do bem ao fideicomissário.

Outrossim, com o desiderato de perpetuação da propriedade privada nas oligarquias, o instituto foi vastamente utilizado no Medievo. Nesta fase da história, o fideicomisso serviu para conservar o patrimônio da família feudal que passava a propriedade de geração para geração através do morgado.

Como o fideicomisso não vinculava o curador na obrigação de entregar o bem ao fiduciário sob as penas da lei, este instituto foi alvo de muitos abusos, tanto que a legislação francesa, no Código de Napoleão, o aboliu em sua totalidade, neste período expurgando-o de seu ordenamento jurídico.

No início de seu acolhimento pela legislação lusitana, foi regido mais pelos costumes que pelo direito positivado, propriamente dito, sendo abordado pelas Ordenações Filipinas de forma superficial, tendo sido revogado em meados do século XIX em Portugal. Entretanto, segundo Venosa (2016), a lei civil atual mantém o instituto que, também permite que seja feito por ato *inter vivos*.

As Ordenações Filipinas, também foram responsáveis pela introdução do fideicomisso no ordenamento brasileiro. O referido instituto foi alvo de ferrenho embate legislativo para sua codificação no instinto Código Civil de 1916. Objeto de várias discussões no Congresso Nacional, quando em 1º de janeiro de 1916, foi promulgado juntamente com a Carta Civil, assim superando o risco de ser extinto da codificação jurídica brasileira. Segundo Nader (2016) o Código Civil de 1916, inicialmente trazia o fideicomisso no seu art. 1.052 o denominando como substituição compendiosa: “Há substituição compendiosa, quando o testador designa o herdeiro, que deve substituir o herdeiro instituído, logo que este venha a falecer”.

Como visto, até então o instituto era conhecido por substituição compendiosa. Para Nader (2016), só a partir da nota 4 (quatro) da publicação de Augusto Teixeira de Freitas, é que o fideicomisso foi identificado como modalidade de substituição: *“Esta substituição se chama fideicomissária”*.

Após algumas correções, o Código Civil de 1916 passou a regulá-lo a partir do artigo 1.733 até o artigo 1.740, com a seguinte redação:

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

Art. 1.734. O fiduciário tem a propriedade da herança ou legado, mas restrita e resolúvel.

Parágrafo único. É obrigado, porém, a proceder ao inventário dos bens gravados, e, se lhe exigir o fideicomissário, a prestar caução de restituí-los.

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

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

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

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

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

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

Na atual consolidação das leis civis, o instituto foi conjugado no teor dos artigos 1799, I e, 1800 de forma bem mais restrita da disposta no antigo compêndio civilista, vejamos:

Art. 1.799. 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;

[...] Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

§ 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.

§ 2º Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

Não se olvide que, ao fideicomisso também podem ser aplicadas certas disposições inerentes à substituição fideicomissária, como ocorre com o expressado nos artigos 1952 e 1959 que veda as possibilidades de o fideicomisso se perfazer se o fideicomissário já tiver nascido à hora da morte do testador, como também nulidade dos fideicomissos instituídos para além do segundo grau de parentesco.

3.4 FIDEICOMISSO E AS SUBSTITUIÇÕES TESTAMENTÁRIAS

A maioria da doutrina confunde o fideicomisso com uma das modalidades de substituição testamentária. É o que ocorre na doutrina atual de Gonçalves (2017) e com Tartuce (2015), como também com os clássicos Gomes (1981), Venosa (2016) e Rodrigues (2003). Far-se-á, neste capítulo, um paralelo entre o fideicomisso e as modalidades de substituição testamentária existentes no ordenamento jurídico pátrio com vias a enfatizar as peculiaridades de cada instituto.

O Código Civil de 2002 só admite dois tipos de substituição testamentária, quais sejam: a vulgar que pode ser subdividida em três subespécies: simples, coletiva e recíproca; e a fideicomissária que se combinada com a vulgar recebe a denominação de compendiosa.

Prevista no art. 1.947, a substituição vulgar também conhecida como substituição ordinária, recebe este nome, por ter sido a modalidade mais frequente na Roma antiga. Esta espécie de substituição testamentária consiste na designação, feita pelo testador, de uma ou mais pessoas para substituir o agraciado que estiver impossibilitado ou não quiser – Neste instituto, o herdeiro ou legatário não está obrigado a aceitar a deixa – aceitar a herança ou legado.

A substituição vulgar é simples, quando o instituidor nomeia apenas uma pessoa para assumir a posição do beneficiário. Por exemplo, Mário nomeia Antônio para

receber o legado, caso Anita não possa herdá-lo. Deste modo, o segundo herdeiro só perceberá o legado se o primeiro não o quiser ou estiver impedido de recebe-lo.

Será coletiva quando duas ou mais pessoas forem nomeadas para receber a deixa, simultaneamente, quando da impossibilidade do agraciado, por exemplo: Caberá a Francisca, Maria e Davina a casa no lago, se Marcelo não a quiser. Frise-se que o art. 1.950, CC/02 veda a substituição além do segundo grau, assim proibindo que as substituições se prolonguem demasiadamente. Entretanto, pode ser nomeado mais de um substituto sucessivamente para o primeiro herdeiro e não para os substitutos. Neste caso, o art. 1.949, CC/02, determina que “O substituto fica sujeito à condição ou encargo imposto ao substituído, quando não for diversa a intenção manifestada pelo testador, ou não resultar outra coisa da natureza da condição ou encargo”.

Na substituição recíproca, os herdeiros ou legatários recebem o bem reciprocamente de acordo com seus quinhões. É de suma importância salientar que: a) sendo iguais os quinhões dos herdeiros, a cota parte do beneficiário que deixar receber será dividida de forma equânime entre os supérstites; b) havendo desigualdade entre os quinhões, a cota parte subsistente será dividida na proporção dos quinhões de cada herdeiro ou legatário.

O fideicomisso não se confunde com a substituição vulgar, pois naquela não há substituição, uma vez que o curador não é herdeiro nem legatário (tendo que entregar o bem ao fideicomissário com todos os seus frutos e rendimentos), enquanto que nesta todas as pessoas instituídas pelo testador são seus beneficiados. Também difere da substituição vulgar, quanto à quantidade de pessoas que podem ser beneficiados, visto que no fideicomisso, apenas o fideicomissário pode ser beneficiado. Por derradeiro, o fideicomisso beneficia a prole eventual, o que não pode ocorrer na substituição vulgar que tem como agraciadas as pessoas já nascidas ao momento da abertura da sucessão.

Com a substituição recíproca, não se confunde o fideicomisso, pois além de diferir com relação aos pontos comuns à substituição vulgar (não ser modalidade de substituição; não haver mais de um herdeiro; e só beneficiar a prole eventual). A reciprocidade entre os herdeiros é inviável no fideicomisso, isso se dá porque que não existem herdeiros diversos do fideicomissário.

A modalidade de substituição, a qual a doutrina confunde com o fideicomisso é a substituição fideicomissária. Isso, porque nos dois institutos têm um herdeiro em

comum, a prole eventual. Note-se que, conceitua-se a substituição fideicomissária, como a modalidade de substituição testamentária, na qual o autor da herança, por testamento, beneficia pessoa não concebida a hora da abertura da sucessão. Quanto a composição, a substituição fideicomissária é composta de três sujeitos: fideicomitente (o autor do testamento), fiduciário (aquele que recebe a coisa sob a condição de entrega-la ao fideicomissário) e fideicomissário (prole eventual). Deste modo, parece natural que os institutos sejam confundidos. Entretanto, suas peculiaridades denotam as diferenças entre os institutos. Pontuar-se-á uma a uma, para melhor entendimento.

- 1) É mister que os institutos estão previstos em dispositivos diferentes no Código Civil. Estando o fideicomisso previsto nos artigos 1.799 e 1.800, enquanto que a substituição fideicomissária está disposta com todas as suas nuances do artigo 1.951 ao 1.960;
- 2) No que pese, a existência do fideicomitente e do fideicomissário em ambos os institutos, não há a pessoa do fiduciário no fideicomisso, tão pouco a do curador na substituição fideicomissária; e
- 3) O fiduciário não se confunde com o curador, pois este administrador do bem curatelado, detendo apenas a posse da coisa sob condição resolutiva, caso a prole eventual não vingue, deverá devolver o bem à legítima, enquanto que aquele é herdeiro do testador, detendo a posse e propriedade plena da coisa, até que se implemente a condição resolutiva, caso esta não se implemente, sua propriedade restará perpetuada.

Diante dos esclarecimentos acerca das diferenças entre os institutos componentes da substituição testamentária e o fideicomisso, resta claro que o fideicomisso é instituto jurídico autônomo do direito das sucessões que visa beneficiar, por testamento, o ainda não concebido ao momento do falecimento do *de cujus*. Se fazendo oportuno salientar que não deve ser denotado como sinônimo da substituição fideicomissária, pois apesar de suas semelhanças com ela não se confunde.

3.5 FIDEICOMISSO EM OUTROS ORDENAMENTOS

Criado por Roma, o fideicomisso foi um dos tantos institutos latinos recepcionados por vários ordenamentos jurídicos no mundo inteiro. Diante da diversidade das culturas por onde passou, em alguns sistemas jurídicos perdura até

a atualidade, enquanto que, noutros fora expurgado ou ainda considerado sem aplicação.

Até os dias atuais, o fideicomisso vem sofrendo duras críticas, com vias a expurgá-lo dos sistemas jurídicos que o adotaram, tais como: a) ser fato gerador de discórdia entre a família, pela subtração do bem que se destinaria a legítima; b) a colocação do bem fora do comércio, causando-lhe o esgotamento; c) o desestímulo ao zelo do bem fideicomitido pelo curador, que apenas o guardará para repassar ao herdeiro; d) o desestímulo ao interesse da sociedade no bem, por ser objeto de condição.

Frente a tantas objeções, o fideicomisso foi renegado por diversos códigos civis, como ocorreu com o Código Civil Uruguaio (art. 865), como também com o Código Civil Boliviano (art.1.170) e com o Código Civil Federal Mexicano (art. 1.473), contudo, o caso de abolição mais significativo tenha sido o Francês que admitiu o fideicomisso, sob significativas modificações e sua lei de 14 de novembro de 1.792, aboliu o instituto, aceitando-o em duas situações pontuais. Moreira (2009, p. 26), sobre este tema, afirma que:

A repulsa a instituições difundidas durante o Ancien Régime conduziu à textual proibição do fideicomisso (Código Civil, art. 896), o qual, todavia, reviveu em duas hipóteses excepcionais: pela primeira (art. 1.048), admite-se a nomeação de filhos do testador, para que conservem e transmitam a herança a seus próprios filhos; pela segunda (art. 1.049), permite-se ao testador sem filhos a nomeação de irmãos, a serem oportunamente substituídos pelos sobrinhos.

Nesse sentido, o Código de Napoleão, via de regra, torna nulas as espécies de substituições testamentárias, veda o fideicomisso, salvo para beneficiar os netos do testador, ou ainda em benefício da prole do irmão do instituidor, quando o testador não dispuser de filhos.

A legislação civil espanhola dedicou oito artigos (arts. 781 a 788) para disciplinar o fideicomisso dentro da sessão “*De la sustitución*”, onde trata das substituições testamentárias. Na referida sessão, ao contrário da legislação tupiniquim, proíbe-se a aplicação do fideicomisso à prole eventual. Assim, devendo ser aplicado “*en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador*” (parte final do art. 781, do Código Civil Espanhol). Entretanto, Moreira (2009) expõe que a doutrina e a jurisprudência espanhola advogam pela aplicação deste instituto para os “*hijos nacederos*”, fazendo com que o instituto alcance os ainda não concebidos ao tempo da morte do testador.

Tanto no Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*, art. 2.100), como na legislação civil suíça (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, art. 545), só através do fideicomisso se pode beneficiar àquele ainda não concebido ao tempo da abertura da sucessão, vedando, do fideicomisso, a hipótese de se alcançar os já nascidos ou concebidos ao momento da morte do autor do testamento.

Por seu turno, o código lusitano de 1.966, no tocante ao instituto em estudo, baseou-se no modelo do *Codice Civile* italiano de 1.942. Assim, dando aos não concebidos a capacidade sucessória passiva, apenas na sucessão testamentária, desde que sejam concebidos por pessoa determinada e viva ao tempo da abertura da sucessão. De modo que, a vocação dos concepturos depende do implemento da condição suspensiva, qual seja, o nascimento com vida.

Ainda no que constam às observações feitas ao modelo seguido pelo Código Civil Português, Moreira (2009, p. 29), assim escreve:

A origem da cláusula, segundo informação colhida em Gangi, remonta ao Código sardo, prévio à unificação italiana. Nele, agregou-se à fórmula encontrada no anterior Código parmense – “filhos imediatos de uma determinada pessoa viva” – a expressão “ao tempo da morte do testador”, que seria mais tarde repetida, com ligeiras variações de estilo, nos Códigos italianos de 1865 e de 1942, nos Códigos brasileiros de 1916 e 2002 e no português ora em vigor.

Se faz oportuno lembrar que, no atual Código Civil brasileiro, apesar de tipificado, o fideicomisso assim como o testamento vem caindo em desuso devido à sua pouca aplicação. Acerca da pouca usuabilidade do instituto, Tartuce (2015, p. 496) assevera que:

A verdade é que o fideicomisso sempre teve reduzida ou nenhuma aplicação entre nós, e o Código Civil de 2002 encarregou-se de diminuir ainda mais a sua incidência prática, porque, nos termos do seu art. 1.952, a substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador.

Em suma, somente é possível fideicomisso para beneficiar como fideicomissário a prole eventual ou concepturo, o que torna sem sentido atual toda a jurisprudência anterior sobre o tema. Não é mais viável, juridicamente, o fideicomisso em benefício de pessoa já nascida ou concebida (nascituro), como era no sistema do Código Civil de 1916. No último caso, prevê o parágrafo único do art. 1.952 do Código Privado vigente que, se ao tempo da morte do testador já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.

[...] Pontue-se, a propósito, que, em pesquisa realizada ao final de 2015, o presente autor não encontrou um julgado sequer, de qualquer Corte Julgadora, aplicando o art. 1.952 da codificação nos seus exatos termos, quanto à prole eventual. Foi utilizado programa de busca que leva em conta praticamente todos os Tribunais do País.

Ademais, o rol de vocação hereditária da sucessão legítima disposto no art. 1.829, CC/02, é extremamente aplicável à vontade do *de cujos*, presumindo-se que abarcaria todas as pessoas que o falecido gostaria que herdasse seus bens, não havendo necessidade de instituir o fideicomisso como se fazia na vigência do Código de 1.916. O que, frise-se, não impede a prevalência da vontade do testador, bem como a viabilidade da manutenção do instituto no arcabouço jurídico pátrio sempre que o testador desejar beneficiar a prole eventual, em respeito aos princípios da propriedade, da prevalência da vontade do testador e da autonomia da vontade do testador.

Como visto acima, o fideicomisso é um instituto de origem latina que tem gerado grandes discussões no mundo do direito, sendo recepcionado e/ou excluído das legislações civis, no mundo afora, de acordo com as peculiaridades de cada nação. Ou seja, trata-se de um instituto que se faz atual ou antiquado a depender da legislação. Desta feita, podendo ser extremamente viável em uma determinada sistemática jurídica ou tida como ineficaz em outra.

4 A ADOÇÃO E O FIDEICOMISSO NA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

O instituto da adoção tem como objetivo proporcionar o bem-estar da criança e do adolescente. Feita com base no melhor interesse do adotado, este instituto insere no seio familiar daqueles que, por afeto, desejam adotar, crianças, adolescentes, ou mesmo maiores de 18 anos de idade que se encontram na orfandade.

Não obstante, o fideicomisso também é um instituto motivado, hodiernamente, no afeto, visto que o seu instituidor age movido por este sentimento quando beneficia com um bem aquele que se quer foi concebido. Ou seja, agracia em seu ato de última vontade uma pessoa que jamais conhecerá, mas sabe que, se conhecesse, seria pessoa que lhe guardaria em alta estima.

Assim, vem à baila a possibilidade de a adoção ser ou não ato capaz cumprir o fideicomisso, quando a pessoa determinada pelo autor do testamento for estéril ou por alguma condição personalíssima, não puder gerar a prole esperada. Isto se baseando nos princípios da preponderância da vontade do testador, do melhor interesse da criança e do adolescente e da igualdade jurídica entre os filhos.

4.1 O INSTITUTO DA ADOÇÃO E SEUS EFEITOS

Antes de qualquer coisa, pautada no afeto, a adoção, na atualidade, é um ato jurídico, fundamentado no amor e regido pelo Direito de Família através da Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2.009 (Lei Nacional da Adoção), que introduziu inúmeras alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente, revogando ainda 10 artigos do Código Civil, concernentes à adoção (arts. 1.620 a 1.629), dando nova redação aos arts. 1.618 e 1.619 do Código Civil de 2.002. A adoção atua como ato jurídico definitivo e irrevogável que pressupõe procedimento judicial próprio.

Sobre a definição do instituto, Almeida e Rodrigues Júnior (2012, p. 368), determinam que a adoção “consiste em, por escolha, tornar-se pai e/ou mãe de alguém com quem, geralmente, não se mantém vínculo biológico algum”. Inobstante, Dias (2013, p. 498) que a adoção “constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade”.

Tendo por base várias outras definições, Diniz (2014, p. 522), de maneira mais abrangente, determina que a adoção

Vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

Por tanto, a adoção consiste na introdução de pessoa estranha, na condição de filho sem qualquer distinção, no grupo familiar do(s) adotante(s), mediante ato jurídico solene que se concretizará com o trânsito em julgado de sentença judicial ou escritura pública, a depender do caso concreto.

No que pese ser uma ficção jurídica, a adoção assumiu caracteres protetivos e humanitários, transmudando-se em instituto filantrópico para dar filhos aqueles que não podem ter e dar pais aqueles que não os tem, como afirma Gonçalves (2017).

Concretizada a adoção, esta passa a produzir seus efeitos jurídicos de imediato. Os efeitos da adoção podem ser ordenados em dois grupos distintos, quais sejam: os efeitos de ordem pessoal e os efeitos de ordem patrimonial. Na melhor sistematização e detalhamento dos efeitos do instituto, Diniz (2010, p. 525), elenca os efeitos pessoais e patrimoniais da adoção como sendo:

a) Rompimento automático do vínculo de parentesco com a família de origem, salvo os impedimentos matrimoniais; b) Estabelecimento de vínculos entre a família do adotante e o adotado; c) Transferência definitiva e de pleno poder familiar para o adotante; d) Liberalidade razoável em relação à formação do nome patronímico do adotado; e) Possibilidade de promoção da interdição e inabilitação do pai ou da mãe adotiva pelo adotado e vice-versa; f) Inclusão do adotante e adotado entre os destinatários da proibição de serem testemunhas e entre aqueles com relação aos quais o juiz tem impedimentos; g) Determinação do domicílio do adotado menor de idade; h) Possibilidade de o adotado propor ação de investigação de paternidade para obter reconhecimento de sua verdadeira filiação; i) Colocação de grupos de irmãos sob adoção na mesma família substituta e; j) Respeito à identidade social e cultural aos costumes e tradições do adotando; No mesmo trabalho, a referendada doutrinadora, elenca os efeitos patrimoniais como sendo: a) Direito do adotante de administração e usufruto dos bens do adotado menor; b) Obrigação do adotante de sustentar o adotado enquanto durar o poder de família; c) Dever do adotante de prestar alimentos ao adotado; d) Direito à indenização do filho adotivo por acidente de trabalho do adotante; e) Responsabilidade civil do adotante pelos atos cometidos pelo adotado; f) Direito Sucessório do adotado; g) reciprocidade nos efeitos sucessórios; h) Filho adotivo não está compreendido na exceção do Código Civil, art. 1.799, I; i) Rompimento do testamento se sobrevier filho adotivo; j) Direito do adotado de recolher bens deixados pelo fiduciário, em caso de fideicomisso e; k) Superveniência de filho adotivo pode revogar doações feitas pelo adotante.

Diante da numerosa quantidade de efeitos elencados por Diniz (2010, p. 525), enfatizar-se-á apenas os efeitos mais relevantes para este estudo. Dentre os efeitos pessoais mais relevantes para este trabalho, tem-se o rompimento automático do

vínculo de parentesco com a família de origem, salvo os impedimentos matrimoniais: retirado do Caput do art. 41, ECA, este efeito, cessa definitivamente todos os vínculos biológicos trazidos pela criança adotada na ceara cível, salvo quanto ao impedimento moral de casamento com os parentes sanguíneos de primeiro e segundo grau, pois tal ato, configuraria o incesto, ato atentatório contra a moral e os bons costumes.

Findo o parentesco entre o adotado e sua família biológica, estabelecem-se novos vínculos entre a família do adotante e o adotado, inteligência do art. 41, ECA, que faz valer entre o adotado e a família do adotante todos os impedimentos previstos no art. 1.521, I, III e IV, CC/02, que veda a possibilidade de o adotado contrair núpcias ou estabelecer união estável com o adotante ou com seus parentes de segundo grau.

Ainda sobre aos efeitos pessoais, o adotado passa definitivamente ao pleno poder de familiar do adotante, este efeito, tem como finalidade maior, colocar o menor de idade adotado, sob a proteção e responsabilidade do adotante que terá, a partir da lavratura do registro civil, o dever de acompanhar, guardar, educar, proteger, alimentar, dentre outros deveres inerentes ao poder de família. Pois que, uma vez adotado, o filho adotado equipara-se ao filho biológico.

Quanto aos efeitos patrimoniais, notadamente, são de maior relevância para este trabalho os efeitos relativos à sucessão. Deste modo, os direitos sucessórios do adotado equiparam-se com os dos filhos biológicos. O adotado ingressa no rol dos descendentes necessários, herdando em concorrência com o cônjuge ou companheiro supérstite, ou ainda só, se não houver qualquer outro herdeiro na mesma linha sucessória. Não obstante, os herdeiros do adotado, herdaram por representação, caso faleça antes do adotante. Em contrapartida, há a reciprocidade nos efeitos sucessórios, pois se o adotado pode herdar do adotante, este também poderá herdar daquele, caso este faleça antes.

Ademais, os testamentos feitos pelo adotante poderão ser rompidos ou mesmo revogadas as doações feitas, caso sobrevenha filho adotado após a partilha dos bens ou as doações ultrapassem a parte legítima, respectivamente. Entretanto, na doutrina há quem não reconheça o direito de a prole eventual figurar como sujeito passivo do fideicomisso. É o que obtemperam Monteiro e Silva (2012, p. 497)

O disponente não podia ter tido em vista tais pessoas, quando elaborou o ato de última vontade. Seu desejo não pode, portanto, ser substituído pela vontade arbitrária da pessoa designada. De outra forma, fácil seria a esta última burlar a disposição testamentária, bastando-lhe adotar filhos. A relação de adoção desviaria a herança, assim deferida a pessoas inteiramente

alheias ao testador. Por conseguinte, a prole eventual, a que se refere o art. 1.799, é apenas a descendência natural, já que a lei fala em concepção, que só existe na filiação consanguínea.

Bebendo desta mesma fonte, Diniz (2010, p. 544), pondera que o “Filho adotivo não está compreendido não exceção do Código Civil, art. 1.799, I” Este entendimento mostra-se radical, uma vez que negar totalmente à prole eventual o benefício testamentário contido no art. 1.799, I, CC/02, sob o fundamento de que o autor da cláusula testamentária não poderia “ter tido em vista tais pessoas, quando elaborou o ato de última vontade”, seria o mesmo que tolher o direito de o testador dispor plenamente de seus bens, quando queira, pois, p. ex., o testador poderia ter ciência da esterilidade da pessoa que nomeou como curador, e mesmo assim, instituir o fideicomisso. Não poderia o testador querer beneficiar filhos de determinada origem?

Respondendo a esta pergunta o Conselho da Justiça Federal (2004), durante a III Jornada de Direito Civil no Enunciado 268, determinou: “Nos termos do inc. I do art. 1.799, pode o testador beneficiar filhos de determinada origem, não devendo ser interpretada extensivamente a cláusula testamentária respectiva”. Logo, não há qualquer óbice ao agraciamento dos filhos adotados em fideicomisso.

Diniz (2010) ainda faz distinção entre o fideicomisso e a substituição fideicomissária, afirmando que o adotado teria direito de recolher os bens deixados pelo fideicomitente, a título de substituição fideicomissária, pois o adotado é herdeiro necessário, e ao contrário do que ocorre com o fideicomisso, na substituição fideicomissária o bem fideicomitido não retorna à sucessão legítima.

A contraponto, o Código privado de 1.916, antes da promulgação da Constituição Federal de 1.988, não contemplava o adotando com tantas benéfices como hodiernamente se dá. Prova disso é que o filho adotivo não era considerado herdeiro, tal qual o filho biológico na sucessão cabendo-lhe somente metade da herança cabível a cada um dos filhos legítimos, de acordo com §2º, art. 1.605, CC/16. Neste sentido, Carvalho Santos (*apud* FERREIRA, 1990, p. 478), aduz que “não se rompe o testamento pela superveniência de adoção, porque não pode o adotado ser havido com descendentes, em face ao art. 1.750 do Código Civil” (o art. 1.750, CC/16 tratava do rompimento do testamento em sua integralidade). Além disso, adoção era feita na observância da vontade do adotante e não do adotado, pois o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente ainda não vigorava.

De toda sorte, o instituto da adoção enseja efeitos pessoais e patrimoniais. Genericamente, do nascimento, passando pelas relações de parentesco até a morte dos seus sujeitos, que tudo cessa. Salvo, os impedimentos matrimoniais, que, por motivos de caráter moral, vigoram entre adotante e adotado, entre o adotante e o cônjuge do adotado, entre o adotado e o cônjuge do adotante, e, por fim, entre o adotado e o filho do adotante, com vias a proteção da condição físico-psíquica da prole vindoura, como também à moral e os bons costumes, inviabilizando as relações.

4.2 A ISONOMIA DA FILIAÇÃO E SUA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

Primeiramente, calha apresentar um dos princípios norteadores da Carta Maior nas clássicas palavras de Rui Barbosa (*apud* DIAS, 2013, p. 67), para o qual, acerca do princípio da igualdade, “tratar a iguais com desigualdade ou os desiguais com igualdade não é real, mas flagrante desigualdade”. Desta feita, o referido princípio consiste em tratar os iguais, igualmente e os desiguais, desigualmente, na medida de suas desigualdades.

Na mesma esteira da citação acima, as formas de filiação nem sempre foram contempladas com isonomia pelo legislador brasileiro. Conquanto que, no Código Civil de 1.916, havia notória distinção entre o tratamento dispensado aos filhos biológicos e adotivos. De modo que, estes eram considerados “filhos” com ressalvas, já que eram alvo de discriminação quanto aos seus direitos pessoais e patrimoniais em detrimento daqueles que tinham todos os seus direitos resguardados.

Tal distinção teve seu ponto final com a mudança do cenário social que obrigou o constituinte de 1.988 a atribuir tratamento isonômico para com todos os membros da sociedade no seu preâmbulo e no caput do art. 5º por meio do princípio da igualdade que é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Apesar de inibir expressamente qualquer tipo de distinção, o legislador constituinte, achou por bem proibir a designação discriminatória entre as espécies de filiação, garantindo todos os direitos contidos no art. 227, especificamente no texto do seu §6º informando que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

Insta que a Constituição Federal de 1.988, enraizou absoluta equanimidade entre todos os filhos, inadmitindo totalmente a antiquada distinção no tocante as formas de filiação que se mostra absurda e vexatória na atualidade, não restando qualquer justificativa para qualquer ato discriminatório entre as espécies de filiação.

Saliente-se que o texto do art. 227, §6º, CF/88, também encontra respaldo, sobretudo, no princípio da dignidade da pessoa humana, inserido no art. 1º, III da Constituição Federal, aduzindo que destinar tratamento diferenciado entre os filhos, de acordo com as circunstâncias de sua inserção no grupo familiar, fere de morte a dignidade da pessoa humana. Sobre a importância deste princípio, enfatiza Dias (2013, p. 65 e 66):

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a “despatrimonialização” e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.

[...] O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família.

Tartuce (2015), debruçando-se sobre o tema, informa que a igualdade de reconhecimento das diversas formas de filiação repercute tanto no campo patrimonial quanto no pessoal, impossibilitando qualquer tipo de discriminação jurídica. Recaindo sob a “ótica familiar, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional”.

Para Pereira (2017), a partir da edição do princípio da isonomia da filiação, não há que se falar em disparidade no tratamento entre os filhos havidos biologicamente e os adotivos, vigorando igualdade plena de direitos no que concerne à filiação.

Elevada ao patamar de norma constitucional, a igualdade de tratamento dispensada aos filhos ganhou força normativa suficiente para irradiar seus efeitos até o seio da família brasileira ocasionando os seguintes efeitos às relações familiares, como evidencia Diniz (2010, p. 22):

(a) não pode haver nenhuma distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, direitos, poder familiar, alimentos e sucessão; (b)

permite o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento; (c) proíbe que se revele no assento do nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade; (d) veda designações discriminatórias relativas à filiação.

Ainda de acordo com os ensinamentos de Diniz (2010) só se pode prever uma única forma de diferenciação entre as espécies de filiação, que “seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio do reconhecimento; logo, só se poderia falar em filho, didaticamente, matrimonial e não matrimonial reconhecido e não reconhecido”.

Portanto, depreende-se, que este dispositivo transcende a teoria, acarretando indubitáveis consequências práticas no que concerne ao tratamento designado aos filhos, uma vez que a origem de filiação passa a ter menor importância para que todos os filhos sejam sujeitos dos mesmos direitos e designações. Fazendo-se verídica a afirmativa de que a igualdade atualmente existente entre as formas de filiação não é simplesmente formal, mas sim material.

Por último, destaque-se que diante da imposição da igualdade jurídica, a Constituição Cidadã vedou a hipócrita concepção que rotulava os filhos pela condição dos pais. Isso pelos princípios da isonomia da filiação como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciando ser inaceitável, indigna e vexatória, qualquer designação discriminatória quanto às espécies de filiação.

4.3 A PROLE EVENTUAL NO FIDEICOMISSO E O PRINCÍPIO DA PREPONDERÂNCIA DA VONTADE DO FIDEICOMITENTE

Prole eventual ou *nondum concepti* é personificada por aquele indivíduo que ainda não fora concebida. No direito moderno, ela é sujeito de direito nos casos de fideicomisso. Contemplada com determinado bem, através de cláusula testamentária, que deverá ser-lhe entregue após o implemento da condição estabelecida pelo fideicomitente.

Gonçalves (2015, p. 72), preceitua que o fideicomisso, ao prever a prole eventual traz à baila “a exceção à regra geral ao permitir que os filhos não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, e vivas ao abrir-se a sucessão, venham a recolher a herança”.

Por ainda não terem sido concebidos ao momento da morte do testador, rompem a regra contida no princípio da coexistência, que impõe a necessidade de estar vivo ou, ao menos, concebido à abertura da sucessão para ser herdeiro. Pois,

segundo o princípio da *saisine*, a herança (a título universal) é transmitida de imediato aos herdeiros do *de cujus*. Nesta situação, não haveria continuidade das relações patrimoniais, no lapso temporal entre a morte do *de cujus* e o nascimento do fideicomissário. Então como poderia ser possível que alguém que ainda não existe possa figurar como herdeiro? Respondendo a esta pergunta, Pontes de Miranda (1973, p. 23) aduz que para a resolução da problemática

Bastaria abrir o Il Dottore volgare do cardeal J. B. de Luca e vê que os frutos não são percebidos pelo que guarda, *ad tempus*, a herança, mero depositarius, ou nudus minister. É o mal da interpretação com os sós elementos lógicos, sem contato com as relações históricas, e as relações da ciência. Ciência, aprende-se; não se tira da cabeça, como romance, A prole eventual, cuja interposta pessoa fôr, apenas, nudus minister, tem a *saisina*.

Ou seja, a continuidade das relações patrimoniais se dará através daquele que guardará o bem fideicomitido até o perfazimento do instituto sucessório. Para que a prole eventual seja efetivamente beneficiada no fideicomisso é necessário que a vontade do testador seja respeitada pelos herdeiros e que o testamento seja bem interpretado. Neste ponto, faz-se imprescindível a observância ao princípio da preponderância da vontade do testador, não pelo fato de ser um dos princípios da sucessão testamentária, mas por ser a pedra angular de toda e qualquer disposição de última vontade. Consubstanciado no art. 1.899, CC/02: “Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador”.

Este princípio serve como bússola à interpretação da carta testamentária, eis que, no ordenamento brasileiro não há qualquer obrigação para a devida interpretação do testamento. De modo que, a vontade do testador é o fato gerador do fideicomisso e do testamento, propriamente dito.

Frente ao testamento, para se alcançar o cumprimento da vontade do falecido, o interprete deve identificar a real vontade do testador. Diga-se de passagem, se tratar de uma missão de alta complexidade, como assevera Pontes de Miranda, “porque joga com toda a linguagem humana, cheia de imperfeições, máxime nos iletrados, ou pior, nos do meia-ciência, e com quase todas as figuras ou categorias do mundo jurídico”. Isso porque, algumas vezes o autor do testamento não consegue exprimir com clareza sua vontade, deixando mais de uma interpretação possível. Quando isso ocorre, a intenção do *de cujus* é que deve ser perseguida, deixando-se de lado a literalidade das palavras contidas no ato de última vontade. No tocante a soberania

da vontade do testador, ainda na vigência do Código de 1.916, Ferreira (1990, p. 501 e 502) em seus comentários notavelmente expunha que:

A declaração de vontade é elemento essencial do ato causa mortis, embora procurando-se corrigir e interpretar a declaração, não se podendo entretanto substituir a vontade do testador por outra mais razoável.
[...] Na interpretação dos testamentos prevalece porém, sobretudo, o fator subjetivo, a vontade expressa do testador.

Frise-se que o exegeta deve se ater ao ato de última vontade para interpretá-lo de forma subjetiva (ou seja, a que busca a intenção do *de cujus*, subordinada a preceitos legais), porque o sentido do testamento também o é. A grosso modo, uma interpretação objetiva, poderia enrijecer o testamento e seu cumprimento fatalmente seria desvirtuado.

Saliente-se que, ao momen

to da exegese do testamento, mais que qualquer outra coisa, será a última vontade do testador que deverá prevalecer sobre qualquer interesse. Pois o testador tem a liberalidade de editar, alterar ou revogar vários testamentos durante a vida, de modo que o testamento mais atual revogaria ou alteraria o testamento mais remoto.

Apesar de sua importância para a elaboração e interpretação do testamento, o princípio da preponderância da vontade do testador, é passível de algumas limitações de ordem jurídica. É o que ocorre quando o testador extrapola suas faculdades testamentárias e testa em desconformidade com os ditames legais, as cláusulas serão tidas como não escritas ou mesmo nulas. Neste sentido, os arts. 1.899 e 1.900, CC/02, estabelecem uma série de proibições ao testador, que servem de limite ao princípio em tela:

Art. 1.899. Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador.

Art. 1.900. É nula a disposição:

- I - que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro;
- II - que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar;
- III - que favoreça a pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro;
- IV - que deixe a arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado;
- V - que favoreça as pessoas a que se referem os arts. 1.801 e 1.802.

Não obstante, fora do rol das proibições contidas nos artigos supracitados, está a limitação, de observância, também obrigatória, expressa no §1º do art. 1.857 do Código Civil, segundo a qual, a disposição da parte inerente à sucessão legítima por meio de testamento é proibida. Ou seja, o testador não pode dispor da metade de seu

patrimônio condizente aos seus herdeiros legítimos. Pois os herdeiros necessários têm seu direito assegurado, não podendo, em hipótese alguma, o testador dispor além dos 50% (cinquenta por cento) de seu patrimônio em testamento.

No entanto, o autor da herança poderá dispor, de acordo com a lei, como quiser, da metade que não diz respeito aos herdeiros necessários, por meio de testamento. É o que leciona José Lopes de Oliveira (*apud* FERREIRA, 1990, p. 479): “Da parte disponível pode o testador dispor como lhe aprouver”. Sobre o conflito entre a vontade do testador e a lei, a jurisprudência vem entendendo que há situações em que a vontade do falecido deve prevalecer sobre a lei. Nesta esteira, decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) (2010)¹,

DIREITO CIVIL. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA. CONFLITO DE NORMAS. PRIMAZIA DA VONTADE DO TESTADOR.

I - Nos termos do artigo 1.750 do Código Civil de 1916 (a que corresponde o art. 1793 do Cód. Civil de 2002) "Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que o não tinha, ou não o conhecia, quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador".

II - No caso concreto, o novo herdeiro, que sobreveio, por adoção post mortem, já era conhecido do testador que expressamente o contemplou no testamento e ali consignou, também, a sua intenção de adotá-lo. A pretendida incidência absoluta do art. 1750 do Cód Civil de 1916 em vez de preservar a vontade esclarecida do testador, implicaria a sua frustração.

III - A aplicação do texto da lei não deve violar a razão de ser da norma jurídica que encerra, mas é de se recusar, no caso concreto, a incidência absoluta do dispositivo legal, a fim de se preservar a mens legis que justamente inspirou a sua criação.

IV - Recurso Especial não conhecido.

Frise-se que o princípio em tela tem como fim, concretizar a vontade do testador dentro dos limites da lei. Entretanto, em determinadas situações, dever-se-á analisar o caso concreto, pois o referido princípio poderá prevalecer sobre a lei (quando não tratar de cláusulas que violem a lei). Merecendo, cada caso, uma ponderação entre a lei e a vontade do testador, para se averiguar a viabilidade da manutenção desta sem que aja prejuízo àquela.

¹ REsp 985093, Terceira Turma. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 5 de ago. de 2010.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho propôs-se uma abordagem abrangente dos direitos sucessórios provenientes do fideicomisso ante à prole eventual advinda da adoção. Analisou-se a possibilidade de a prole eventual advinda por adoção, demonstrando o embate de premissas constitucionais existente entre o princípio da isonomia de filiação, que iguala direitos e deveres dos filhos independentemente da origem da filiação, e o da preponderância da vontade do fideicomitente, inerente à liberdade do testador de ter sua vontade respeitada em seu testamento, desde que não fira os ditames legais, bem como a moral e os bons costumes.

Almejando a melhor didática para o estudo do tema, o trabalho foi dividido em três capítulos. Onde o primeiro capítulo tratou de forma geral sobre o direito sucessório brasileiro. Deste modo, ateve-se aos seus preceitos e especificidades, bem como de seu conceito, historicidade, suas espécies e principiologia pertinente. Referiu-se ainda, acerca da capacidade testamentária do testador e do fideicomissário, enquanto requisito necessário a viabilidade da cláusula testamentaria.

No segundo capítulo, realizou-se um estudo criterioso quanto ao instituto do fideicomisso, onde foi caracterizado seu conceito e panorama histórico, como também sua aceitação nas legislações civilistas de outras nações. Para maior familiarização com instituto, foram abordados seus sujeitos e características. Traçando-se, por fim, paralelo entre as similitudes e distinções existentes entre o instituto do fideicomisso e as espécies de substituições testamentárias, com maior foco na substituição fideicomissária que é mais comumente confundida, entre a doutrina, com o fideicomisso.

O último capítulo traçou um diálogo acerca dos institutos da adoção e do fideicomisso na sucessão testamentária. Debruçou-se sobre o instituto da adoção e seus efeitos, com ênfase no princípio da isonomia da filiação e sua proteção constitucional, com o intuito de analisar a viabilidade da prole eventual no fideicomisso a luz do princípio da preponderância da vontade do fideicomitente com a devida observância às limitações impostas à disposição de última vontade do testador.

O ápice da pesquisa ficou a cargo da possibilidade de o filho oriundo de adoção apresentar-se à condição de prole eventual estabelecida no fideicomisso ante ao princípio da isonomia de filiação sem, com isso, desrespeitar o fim maior da carta

testamentária, que é preponderância da vontade do testador. Percebendo-se que, esta deve preponderar diante do conceito de prole eventual.

Para tanto, como artifício para alcançar os objetivos da pesquisa fez-se emprego do método dedutivo de abordagem por ser este o método mais adequado à solução de controvérsias onde a legislação é omissa no tocante ao caso em tela. Em obediência à metodologia proposta, como método de procedimento, utilizou-se do método monográfico. Para técnica de pesquisa, aplicou-se a documentação indireta através de pesquisa bibliográfica de doutrinas, artigos científicos, legislações e jurisprudência.

Inferiu-se que a pesquisa alcançou suas pretensões, tanto no aspecto geral quanto nos específicos, pois que foi feito estudo sobre o instituto do fideicomisso frente aos princípios da isonomia da filiação e da preponderância da vontade do autor do testamento.

Ainda sobre os objetivos específicos, ressalte-se que foram alcançados com sucesso. Uma vez que, procedeu-se investigação acerca da legislação pátria e do Direito de Família para compreensão do parentesco gerado pelo instituto da adoção. Não obstante, também foi estudada a proteção da liberdade que tem o testador no momento da elaboração do seu ato de última vontade diante do conceito de prole eventual trazido pelo instituto do fideicomisso, sem que se olvide as limitações impostas ao testador.

Atendendo-se ao ponto central da pesquisa, obteve-se que a resolução da problemática apontada, qual seja a possibilidade de o filho advindo de adoção poder figurar na posição fideicomissária, tem-se que calha a análise do caso concreto em observância aos princípios supracitados, a legislação e a jurisprudência. Pois que, a vontade do testador deve prosperar, tanto para aceitação como para exclusão do filho adotado para os casos de fideicomisso.

Ficou provada a verossimilhança e atualidade da problemática da pesquisa. Tendo vista a preponderância da vontade do testador sobre o princípio da isonomia da filiação ante a compreensão de prole eventual no fideicomisso, ou seja, a distinção que o testador pode fazer entre os filhos consanguíneos e os filhos adotivos na hora de instituir o fideicomisso.

Deste modo, restou provado que o testador pode, sim, distinguir entre a forma de filiação, desde que aja expressamente neste sentido. Isso porque, não se deve interpretar de forma abrangente a cláusula testamentária tão pouco de forma restritiva,

mas sim, ponderando-se cada caso com vias a encontrar e realizar concretamente a vontade do testador, por ser esta a principal razão de ser do testamento.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, R. B.; RODRIGUES JÚNIOR, E. **Direito Civil: Famílias**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALVES, J. C. M. **Direito Romano**. 17ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2.002. Institui o Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002.

BRASIL. **Lei 12.010 de 03 de agosto de 2.009**. Brasília: [s.n.], 2.009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Tr.

BRASIL, R. F. D. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, S. T. D. J. Recurso Especial. **n. 985093**, Brasília - DF, 05 agosto 2010. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/329924/vontade-do-testador>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. III Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 268. Brasília: [s.n.], 2004.

COUTINHO, J. M. G. Fideicomisso. **Revista da Faculdade de Direito do Ceará. 2ª Fase. vol. V**, p. 195 a 214, 1951.

DIAS, Á. B. Substituição Fideicomissária. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – nº 32**, p. 7 a 32, 2014.

DIAS, M. B. **Manual das Sucessões**, 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 25ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2010.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões**. 28ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2014.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 6: Direito das Sucessões** - 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA, L. P. **Tratado das Heranças e dos Testamentos - 2ª ed.** São Paulo: Saraiva, 1990.

GOMES, O. **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, C. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 10ª. ed. [S.l.]: Saraiva, v. 7, 2015.

GONÇALVES, C. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. Volume 7, 10ª Edição. [S.l.]: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2017.

LISBOA, R. S. **Manual de Direito Civil, v. 5: direito de família e sucessões**, 8ª Edição. [S.l.]: Saraiva, 2013.

LÔBO, P. **Direito civil: sucessões**. 2ª Edição. [S.l.]: Saraiva, 2013.

MIRANDA, P. D. **Tratado de Direito Privado: Parte Especial**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. LVII, 1973.

MONTEIRO, W. D. B.; SILVA, R. B. T. D. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 42ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, W. D. B.; SILVA, R. B. T. D. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 42ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA, C. R. B. Fideicomisso e Sucessores não Concebidos: Exame de uma Questão Controvertida. vol. 12, nº 45. **EMERJ**, p. 17 a 36, 2009.

NADER, P. **Curso de Direito Civil - Vol. 06 - Direito das Sucessões, 7ª ed.** [S.l.]: Forense, 2016.

PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições do Direito Civil - Vol. 6 - Direito das Sucessões, 24ª ed.** [S.l.]: Forense, 2017.

PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições do Direito Civil: Direito de Família**. 25ª. ed. [S.l.]: Forense, v. 5, 2017.

RODRIGUES, S. **Direito Civil - Direito das Sucessões - Volume 7 - 26ª Edição - Coleção Direito Civil**. [S.l.]: Saraiva, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 05 agosto 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=REsp+985093&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 31 julho 2017.

TARTUCE, F. **Direito Civil - Vol. 6 - Direito das Sucessões, 9ª edição**. [S.l.]: Forense, 2015.

TARTUCE, F. **Direito Civil: Direito de Família**. 11ª. ed. [S.l.]: Forense, v. 5, 2015.

VENOSA, S. S. **Direito Civil - Vol. VII - Direito das Sucessões**, 16^a edição.
[S.l.]: Atlas, 2016.