

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

JULIANNA DANTAS DE LUCENA MEDEIROS

DA SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA: ANÁLISE JURÍDICA DOS SEUS
EFEITOS SUCESSÓRIOS FACE À PROLE EVENTUAL ADVINDA DA ADOÇÃO

SOUSA

2013

JULIANNA DANTAS DE LUCENA MEDEIROS

DA SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA: ANÁLISE JURÍDICA DOS SEUS
EFEITOS SUCESSÓRIOS FACE À PROLE EVENTUAL ADVINDA DA ADOÇÃO

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

Orientadora: Prof. Esp. Monnizia Pereira Nóbrega.

SOUSA

2013

JULIANNA DANTAS DE LUCENA MEDEIROS

DA SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA: ANÁLISE JURÍDICA DOS SEUS
EFEITOS SUCESSÓRIOS FACE À PROLE EVENTUAL ADVINDA DA ADOÇÃO

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

Orientadora: Prof. Esp. Monnizia Pereira Nóbrega.

Banca examinadora:

Data de aprovação: 09/04/2013.

Orientadora: Prof. Esp. Monnizia Pereira Nóbrega

Examinadora: Prof. Esp. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa

Examinadora: Prof. Esp. Marília Daniella Freitas Oliveira Leal

Aos meus avôs Pedro Albino de Medeiros e Nelson Dantas de Lucena, *in memoriam*, os quais, mesmo não os tendo conhecido, sempre senti acompanhando meu crescimento.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me permitir mais essa conquista, sempre mostrando-me que quando se tem fé, não há obstáculo que não possa ser vencido.

Aos meus pais, Edvirges e Flávio, por compartilharem do meu sonho, não tendo medido esforços para que eu pudesse concretizá-lo, dando-me oportunidades que, muitas vezes, nem mesmo puderam ter.

Ao meu irmão, Flávio Júnior, bem como aos meus avós, tios, primos e demais familiares, por toda credibilidade a mim confiada e por todo o apoio despendido não só durante os anos de curso, mas também na vida inteira.

A Allan Cláudio, pelo amor, cumplicidade, amizade e companheirismo a mim dedicados, os quais tornaram a jornada bem mais leve e divertida.

Aos professores do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, por compartilharem suas vivências profissionais, em especial à professora Monnizia Pereira Nóbrega, por ter sido muito mais que uma simples orientadora do presente trabalho, se apresentando como uma verdadeira amiga.

Aos amigos de longa data, Ingrid Gisely, Thiago Fernandes, Raiane Silva e Ruhan Silva, por terem compreendido as tantas vezes em que fiquei ausente, nunca deixando que nossa amizade fosse abalada.

Aos amigos de universidade, especialmente Rayssa Caetano, Jesk Laysa, Laryssa Santa Cruz, Daniela Amorim e Danylle Campos, por terem se comportando como uma segunda família.

Aos amigos da Promotoria de Justiça de Sousa, por fazerem do ambiente de estágio um local onde se compartilha conhecimento e se cria belas amizades.

Aos componentes do Grupo Verde, por terem me permitido sair da universidade com um motivo a mais de felicidade.

“Mas pra quem tem pensamento forte,
O impossível é só questão de opinião.”
(Alexandre Magno Abrão e Thiago Castanho)

RESUMO

A adoção é um instituto que visa inserir em uma família um terceiro estranho a esta, conferindo ao adotando a condição de filho. Por sua vez, a substituição fideicomissária é o instituto pelo qual se garante ao testador a possibilidade de testar em favor de pessoas ainda não concebidas ao tempo da abertura da sucessão, a denominada prole eventual, sendo pelo *de cujus* previamente designado o fiduciário, que é a pessoa que ficará com a herança ou o legado até a morte desta, o implemento da condição ou a decorrência de certo prazo, responsável por transmitir o bem fideicometido à prole eventual, chamada de fideicomissário. Devido à exigência da não existência da referida prole quando da abertura da sucessão, questiona-se se a possibilidade desta prole advir da adoção, uma vez que o princípio da igualdade jurídica dos filhos garante os mesmos direitos e deveres a todos os filhos, independentemente de sua origem. Assim, o presente trabalho objetiva verificar a possibilidade de a prole eventual ser constituída por filho adotivo, analisando-se as hipóteses apresentadas pela doutrina pátria; bem como, avaliar as características e os requisitos tanto do instituto da adoção quanto da substituição fideicomissária, observando-se se esta é capaz de abranger aquela; para assim constatar o tratamento conferido pela doutrina, jurisprudência e legislação pátrias acerca da temática posta, qual seja: a abrangência dos efeitos sucessórios da substituição fideicomissária pela prole eventual advinda da adoção. Para tanto, são utilizados o método dedutivo como método de abordagem, o método histórico-evolutivo a título de método de procedimento, e a documentação indireta, através da pesquisa bibliográfica, como técnica de pesquisa. Desta feita, constata-se que a prole eventual advinda da adoção pode figurar como fideicomissário na substituição fideicomissária, em virtude do princípio da igualdade dos filhos, desde que o testador não tenha expressamente vedado-a para tanto, uma vez que a última vontade daquele deve ser considerada, em virtude do princípio da autonomia privada e por ser o testamento um negócio jurídico unilateral.

Palavras-chave: Adoção. Substituição fideicomissária. Prole eventual.

ABSTRACT

Adoption is an institute that aims to put a third stranger into a family, giving the condition of son/daughter to the adopted. In turn, the substitution trustee is the institution that ensures the testator the possibility to test in favor of persons who are not conceived yet at the time of the opening of the succession, called potential progeny, by "deceased" previously designated fiduciary which is the person who will get the inheritance or legacy until her death, the implement of the condition or the result of certain deadline, responsible for conveying the part of the inheritance which is the subject of the institution property to the eventual offspring, called a trustee. Due to the requirement of the non-existence of the offspring during the opening of the succession, the possibility of this offspring, by adoption, is questioned since the principle of legal equality of children guarantees the same rights and duties to all children, not depending of the origin. thus, this study aims to verify the possibility of the eventual offspring being constituted by an adopted son/daughter, analyzing the assumptions presented by the doctrine homeland, as well evaluating the characteristics and requirements of both the institution of adoption as the replacement trustee, observing if it is able to cover that, in order to see the treatment given by the doctrine, jurisprudence and legislation on the topic by the homelands, which is: the scope of effects of inheritance of the replacement trustee by the offspring in case of adoption. Therefore, the deductive method as a method of approach, the historical-evolutionary as a method of procedure, and the indirect documentation, by literature, as a research technique, are used. By this, it appears that any offspring arising from adoption can configure as the replacement trustee, because of the principle of equality of the children, since the testator has not expressly forbidden her to do so, since that ultimate desire must be considered, because of the principle of private autonomy and being the testament, a transaction unilaterally.

Keywords: Adoption. Replacement trustee. Eventual offspring.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 DA ADOÇÃO | 12 |
| 2.1 CONCEITO E ANÁLISE HISTÓRICA | 13 |
| 2.2 ABRANGÊNCIA NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA..... | 16 |
| 2.3 EFEITOS JURÍDICOS E SOCIAIS DA ADOÇÃO | 23 |
| 3 DA SUBSTITUIÇÃO TESTAMENTÁRIA | 28 |
| 3.1 CONCEITO E ANÁLISE HISTÓRICA | 28 |
| 3.2 PREVISÃO LEGAL E APLICABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA..... | 34 |
| 3.3 DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE FIDEICOMISSO E SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA..... | 45 |
| 4 ABRANGÊNCIA DOS EFEITOS DA SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA PELA PROLE EVENTUAL ADVINDA DA ADOÇÃO | 48 |
| 4.1 PROLE EVENTUAL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA ENTRE OS FILHOS | 49 |
| 4.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA..... | 52 |
| 4.3 POSSIBILIDADE DOS FILHOS ADOTIVOS CARACTERIZAREM A PROLE EVENTUAL EXIGIDA PELO ARTIGO 1.952 DO CÓDIGO CIVIL | 56 |
| 5 CONCLUSÃO | 63 |
| REFERÊNCIAS | 66 |

1 INTRODUÇÃO

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a situação da filiação civil, ou seja, aquela advinda da adoção, passou a ser tratada de uma forma bem mais humanitária, ao passo que a Carta Magna, em seu artigo 227, §6º, estabeleceu tratamento igualitário entre os filhos, incluindo de forma expressa os filhos adotivos, proibindo qualquer discriminação em virtude da origem da filiação.

Com isso, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, seguindo o entendimento da Lei Maior, estabeleceram, nos mesmos moldes, a igualdade dos filhos. O Código Civil trouxe em seu artigo 1.596 o mesmo texto que fora expresso pela Constituição Federal, em seu artigo 227, §6º. Já o Estatuto da Criança e do Adolescente, possivelmente tentando ser mais claro e objetivando a expansão desses direitos igualitários, expressou em seu artigo 41, *caput*, que a adoção confere ao adotado a condição de filho, dando-lhe os mesmos direitos e deveres destes, inclusive sucessórios.

No que tange à substituição fideicomissária, esta é relativamente recente, tendo sido prevista apenas no atual Código Civil, onde o Capítulo IX, do Título III, que trata das Substituições, passou a apresentar duas seções, quais sejam: Da Substituição Vulgar e da Recíproca, e Da Substituição Fideicomissária. Como o referido instituto encontra-se incluso no Título referente a sucessão testamentária, ele segue os princípios inerentes a esta, sendo um deles o da autonomia privada.

O princípio da autonomia privada, comumente encontrado nas relações contratuais, também é protegido constitucionalmente, ao tempo em que a Constituição Federal protege o direito à liberdade, em seu artigo 5º, *caput*; o direito à propriedade, no referido artigo, inciso XXII; bem como a autonomia privada como princípio da ordem econômica, em seu artigo 170, inciso II. Este princípio acaba por incidir no Direito Sucessório, ao passo que tal direito defende a liberdade de testar do testador, devendo ser atendidos seus atos de última vontade. Sendo assim, pode este dispor em testamento a respeito da destinação de seus bens e de que forma isto deve se dar.

Assim, discute-se no âmbito jurídico se a prole eventual exigida para caracterização da substituição fideicomissária pode advir da adoção e quando é que esta será aceita: independente da disposição do testador, apenas diante do silêncio

deste, devendo o extinto excluí-la expressamente, caso assim deseje, ou se a concepção da referida prole não deve se estender aos filhos adotivos. Para isso, diante do conflito de princípios constitucionais, se faz necessária uma ponderação entre estes a fim de encontrar, em cada caso concreto, a melhor solução.

Por todo o exposto, o presente trabalho analisará a abrangência dos efeitos sucessórios frente à prole eventual advinda da adoção através do estudo das hipóteses acima mencionadas, com o intuito de esclarecê-las e interpretá-las para que haja uma melhor compreensão do assunto. Assim, buscará constatar a possibilidade de o filho adotivo vir a figurar como fideicomissário na substituição fideicomissária, analisando pormenorizadamente cada hipótese trazida pela doutrina pátria; verificará as características e os requisitos presentes na adoção e na substituição fideicomissária, no intuito de observar se esta poderá abranger aquela; e demonstrará o tratamento recebido tanto pela substituição fideicomissária quanto pela adoção sob a óptica legal e doutrinária.

Para alcançar os mencionados objetivos, far-se-á uso do método dedutivo como método de abordagem, uma vez que se parte de uma realidade mais abrangente buscando aproximar-se de uma realidade mais específica, através do uso de deduções, a fim de solidificar uma ideia acerca da prole eventual e sua origem, o que irá proporcionar uma melhor forma de aplicação do instituto da substituição fideicomissária face à prole eventual originada pela adoção. Como método de procedimento, será adotado o método histórico-evolutivo, pois se voltará a investigar os institutos da adoção e da substituição fideicomissária desde suas origens, acompanhando suas evoluções até os dias atuais. Já no que concerne às técnicas de pesquisa, far-se-á uso da documentação indireta, baseando-se principalmente na pesquisa bibliográfica, onde se fará um levantamento de dados através de materiais doutrinários e jurisprudenciais, bem como o estudo da legislação brasileira que aborda a temática apresentada, para justificar e fundamentar o posicionamento defendido no presente trabalho.

Para uma melhor abordagem do tema, o presente trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo será abordado o instituto da adoção, onde este será analisado a partir de sua evolução histórica, desdobrando-se até sua previsão na atual legislação pátria. De igual forma, se apresentará os efeitos jurídicos e sociais do referido instituto, os quais assemelham ainda mais a adoção da filiação biológica.

Já o segundo capítulo abordará a substituição fideicomissária, partindo-se de sua evolução histórica ao que se tem hoje. Também será analisada a previsão legal do instituto e sua aplicabilidade, demonstrando-se os requisitos necessários para sua configuração e a possibilidade do referido instituto caducar ou até mesmo ser nulo. Ainda será tratado no presente capítulo as semelhanças e diferenças entre a substituição fideicomissária e fideicomisso, observando-se cada um de seus requisitos e suas características com o intuito de individualizar cada um deles.

Por sua vez, o terceiro capítulo tratará da possibilidade da prole eventual, caracterizadora da substituição fideicomissária, advir da adoção, primando-se pela análise dos princípios da igualdade dos filhos e da autonomia privada, ambos previstos pela Carta Magna de 1988, e do conflito que existirá entre eles, questionando-se até que ponto os direitos fundamentais incidem nas relações individuais. De igual modo, far-se-á uma análise das hipóteses trazidas pela doutrina, que serão confrontadas entre si, e uma análise dos entendimentos dos Tribunais pátrios.

Após o estudo dos pontos mencionados ao longo dos três capítulos, ter-se-á uma melhor compreensão do instituto da substituição fideicomissária e a abrangência de seus efeitos frente à prole eventual advinda da adoção, analisando-se o princípio da igualdade dos filhos, mas sem esquecer-se da análise da vontade do testador, que é o que caracteriza o testamento.

Ante o exposto, vê-se que tal estudo será de fundamental importância para o meio acadêmico e científico tendo em vista a pouca utilização do instituto da substituição fideicomissária pelas raras pessoas que ainda elaboram seus testamentos, o que acaba por levar o referido instituto ao esquecimento, principalmente por parte da jurisprudência pátria, e a não homogeneidade por parte da doutrina acerca da temática, o que acaba resultando em uma insegurança jurídica para aqueles que desejam fazer uso do referido instituto em seu testamento, os quais ficarão sem saber se o seu último ato de vontade será atendido ou não.

2 DA ADOÇÃO

A adoção é um instituto antigo, tendo sido criado ainda na Antiguidade, que objetivava, inicialmente, a possibilidade da perpetuação do culto familiar e religioso daqueles que não puderam ou não conseguiram originar uma prole biológica. Assim, conforme assevera Coulanges¹, “a adoção, tendo apenas a sua razão de ser na necessidade de prevenir a extinção de um culto, só se permitia a quem não tinha filhos”. No Direito Romano, era previsto, inclusive, a diferença de idade entre adotante e adotado, que deveria ser no mínimo de 18 anos, bem como a legitimação para adotar daqueles que contassem com, no mínimo, 60 anos de idade. Com o passar dos tempos, foi-se dando um viés mais humanitário ao instituto da adoção, podendo esta ser requerida por casais que tivessem, no mínimo, 30 anos de idade, independentemente de possuírem filhos biológicos ou não. Atualmente, está apta a adotar qualquer pessoa que for maior de 18 anos de idade, não importando o seu estado civil.

Através da evolução legislativa, principalmente com o advento da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e das modificações realizadas neste pela Lei 12.010/2009, denominada Lei da Adoção, passou o interesse do menor a ser o principal objetivo do instituto em questão, sendo sempre assegurado o que seja melhor para este e a sua equiparação aos filhos biológicos.

A adoção traz consigo uma gama de efeitos, seja no âmbito jurídico, seja na esfera pessoal, os quais trazem à adoção uma maior similitude com a filiação consanguínea, fazendo com que o adotado ingresse definitivamente na sua nova família, estipulando-o direitos e deveres para com seus novos parentes, bem como atribuindo-lhe a condição plena de filho, sem deixar de lado o mais importante: uma nova chance é oferecida ao adotado para que ele possa reconstruir sua vida, tendo direito a um lar e a pessoas que lhe dediquem atenção e afeto.

¹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 50.

2.1 CONCEITO E ANÁLISE HISTÓRICA

A adoção é um instituto que visa inserir um terceiro em uma família substituta, assimilando-se a origem biológica, dando a este uma condição plena e irrevogável de filho. Trata-se de uma *fictio iuris*, pois, fictamente, estabelece o adotado como se filho biológico fosse do adotante, garantindo-lhe todos os direitos de prole, e, como ato solene que é, depende de sentença judicial que a decrete.

Porém, nem sempre a adoção foi vista dessa forma. Por ser um instituto antigo, tendo registros que afirmem que sua origem remonta da Antiguidade, a adoção passou por diversas transformações, que vão desde o processo de adoção em si até os direitos e deveres que surgem após sua concretização. Acredita-se que naquela época, a adoção era utilizada como forma de perpetuação da família, já que, se uma pessoa falecesse sem deixar antecedentes, seus cultos e crenças, bem como a própria história da família, ali cessariam, uma vez que não mais haveria parentes para perpetuá-los.

Há previsão do referido instituto, inclusive, no Código de Hamurábi². Este defendia que “se alguém dá seu nome a uma criança e a cria como filho, este adotado não poderá mais ser reclamado” e que “se o membro de uma corporação operária, (operário) toma para criar um menino e lhe ensina o seu ofício, este não pode mais ser reclamado”; porém, em contrapartida, o mesmo código previa que “se alguém adota como filho um menino e depois que o adotou ele se revolta contra seu pai adotivo e sua mãe, este adotado deverá voltar à sua casa paterna”. Percebe-se que a adoção prevista na época não desvinculava totalmente o adotado de sua família natural, delimitando as ocasiões em que este poderia ou deveria retornar ao lar de seus pais biológicos.

Na Grécia foi mantido o objetivo da adoção como sendo uma forma de perpetuar o culto doméstico, ressaltando que isto era feito pela linha masculina, segundo Venosa³. Em Roma, o pensamento continuava, porém com novos contornos. De acordo com o mesmo autor, surgiram duas modalidades de adoção: a *adoptio*, onde era adotada uma pessoa capaz, que deixava o seu lar para pertencer

² CULTURA BRASILEIRA. **Código de Hamurábi**. Disponível em: <<http://www.cpihts.com/PDF/C%C3%B3digo%20hamurabi.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. v. 6. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 275-276.

ao lar do adotante, assumindo, assim, o seu culto doméstico; e a *adrogatio*, que abrangia, além do adotado, toda a sua família. A feitura desta última também era permitida por testamento. Exigia-se, nas duas modalidades, a diferença de idade entre adotado e adotante – que deveria ser de 18 anos, bem como a idade mínima do adotante – que era de 60 anos de idade.

Foi também no Direito Romano que a adoção deixou de se subdividir em *adoptio* e *adrogatio*, passando a ser *adoptio plena* e *adoptio minus plena*. Na primeira, permitia-se que um ascendente adotasse o seu descendente, desde que aquele não possuísse poder familiar com relação a este; já a segunda modalidade possibilitava a adoção de um terceiro por uma família estranha, que é o que, comumente, é visto nos dias atuais.

Aduz Cunha⁴ que na Idade Média a adoção fora um pouco esquecida devido a grande influência que a Igreja possuía à época, defendendo que a família deveria ser formada pelos laços de sangue. Porém, afirma a referida autora, que o instituto novamente veio a tona com o Código Napoleônico, diante da necessidade que Napoleão Bonaparte tinha de possuir um sucessor.

Daí em diante, todas as legislações modernas passaram a tratar sobre o assunto. No Brasil, inicialmente, a adoção foi introduzida, de maneira muito deficiente, pelas Ordenações Filipinas. Porém, apenas com a promulgação do Código Civil de 1916, o instituto passou a ser disciplinado no ordenamento jurídico pátrio. Ao tempo da legislação civilista de 1916, alterada pela Lei n. 3.133/57, só podiam adotar, inicialmente, os maiores de 50 anos de idade, desde que o casal não possuísse filhos, ou seja, era uma oportunidade dada aqueles que não podiam ou não haviam tido filhos de poder passar a tê-los. Com isso, percebe-se que o primeiro enfoque dado à adoção pelo Código Civil de 1916 objetivava apenas o interesse dos adotantes, deixando o interesse do adotado em segundo lugar.

Em um momento posterior, a referida legislação passou por modificações e, assim, possibilitou a adoção por maiores de 30 anos, independentemente do estado civil. Se duas pessoas fossem adotar uma mesma pessoa, elas tinham de ser casadas e, para poderem realizar a adoção, elas deveriam ter, no mínimo, cinco

⁴ CUNHA, Tainara Mendes. **A evolução histórica do instituto da adoção**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-historica-do-instituto-da-adocao,34641.html>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

anos de casamento. Tal prazo, segundo Monteiro⁵, “era estabelecido para assegurar a firmeza de propósitos do adotante e evitar-lhe o arrependimento, se ulteriormente lhe sobreviesse filho do casamento”. Já com relação a filhos legítimos, irrelevante era a prévia existência ou não de prole, fazendo com que o instituto passasse a ser analisado sob um aspecto mais humanitário e assistencial. Porém, uma vez havendo filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, o artigo 377 daquele Código dispunha que a adoção não envolveria assuntos relacionados à sucessão hereditária.

Ademais, a adoção não desfazia de forma definitiva os laços do adotado com sua família biológica, conforme se observava no Código Civil de 1916⁶, em seu artigo 378, que aduzia que “os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural ao pai adotivo”. Além disso, estabelecia que a diferença de idade entre adotante e adotado deveria ser de, no mínimo, dezesseis anos; admitia a adoção do nascituro; e defendia que, como a adoção era estabelecida por escritura pública, ela podia ser desfeita através da vontade expressa das duas partes, quando a pessoa adotada fosse ingrata com o adotante ou nos casos em que se configurasse hipótese de deserdação.

Sobre o assunto ainda existiram a Lei n. 4.655/1965, que tratava da legitimação adotiva, e a Lei n. 6.697/1979, intitulada de Código de Menores. A primeira dava um maior amparo aqueles que, mesmo tendo sido reconhecidos, foram abandonados por sua família natural. Segundo leciona Gonçalves⁷:

A Lei n. 4.655, de 2 de junho de 1965, introduziu no ordenamento jurídico a ‘legitimação adotiva’, como proteção ao menor abandonado, com a vantagem de estabelecer um vínculo de parentesco de primeiro grau, em linha reta, entre adotante e adotado, desligando-se dos laços que o prendiam à família de sangue, mediante a inscrição da sentença concessiva da legitimação, por mandado, no Registro Civil, como se os adotantes tivessem realmente tido um filho natural e se tratasse de registro fora do prazo (art. 6º).

A legitimação adotiva veio a aproximar ainda mais a adoção da filiação natural, vinculando o adotante ao adotado e desvinculando este de sua família

⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. v. 2. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 479.

⁶ BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 31 jan. 2013.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 380.

natural. Porém, ainda fazia restrições no que diz respeito aos direitos sucessórios, estabelecendo que o filho adotivo, ao concorrer com filhos legítimos supervenientes à adoção, só teria direito a metade da herança que coubesse a este (Lei n. 4.655/65, art. 9º).

Já a Lei n. 6.697/1979 – Código de Menores – é tida como um esboço do que seria o Estatuto da Criança e do Adolescente. Ele abarcava, segundo o seu artigo 1º, os menores, como assim eram chamados, “I – de até dezoito anos de idade, que se encontravam em situação irregular; II – entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei”.⁸ Esta lei dividiu a adoção em duas modalidades: adoção simples e adoção plena. Aquela era regida pelo Código Civil de 1916, ou seja, vinculava apenas o adotante ao adotado, não desligando este totalmente de sua família biológica, e poderia ser desfeita pela vontade das partes. Já a adoção plena era mais firme e abrangia bem mais direitos e deveres, uma vez que desfazia totalmente os laços existentes entre o adotado e sua família natural, ressaltando-se os impedimentos matrimoniais, além de ser, segundo o artigo 37 daquela lei, “irrevogável, ainda que aos adotantes venham a nascer filhos, os quais estão equiparados os adotados, com os mesmos direitos e deveres”.

Percebe-se que a adoção, com o passar dos tempos, foi ficando cada vez mais humanitária, deixando de privilegiar o adotante e passando a ter um cuidado maior na figura do adotado. Os direitos e deveres de filho adotivo e filho biológico foram se aproximando até chegarem ao ponto de estarem como hoje, idênticos.

2.2 ABRANGÊNCIA NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Atualmente, tratam da adoção a Constituição Federal de 1988 e as Leis n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), n. 10.406/2002 (Código Civil), e n. 12.010/2009 (Lei da Adoção). Esta última fez diversas alterações no ECA e ainda alterou os artigos 1.618 e 1.619 do Código Civil, tendo ainda revogado os artigos 1.620 a 1.629 deste Código. As referidas leis extinguíram as modalidades da adoção simples e da adoção plena, existindo agora a adoção de crianças e

⁸ BRASIL. **Código de Menores**. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm>. Acesso em: 31 jan. 2013.

adolescentes e a de maiores de 18 anos de idade, ambas simplesmente denominadas de adoção.

Conforme os ensinamentos de Monteiro⁹, com o advento da Constituição Federal, “mudou completamente a concepção da adoção, que passou a atribuir ao adotado a condição de filho, sem qualquer diferença com os filhos consanguíneos”. A Lei Maior¹⁰, em seu artigo 227, §6º, estabelece a igualdade dos filhos, não importando se estes foram havidos no casamento ou não. Além disso, o mesmo artigo, em seu §5º, assevera que o Poder Público deve assistir o processo da adoção. Ou seja, o Ministério Público passa a intervir, visando o melhor interesse do menor; há a participação de uma equipe interprofissional, que irá acompanhar tanto a pessoa que pretende adotar como a que será adotada, sempre procurando saber a real intenção que cerca cada adoção, bem como a veracidade da afetividade existente entre adotando e adotante; e, para que a adoção seja concretizada, necessita-se da tramitação de todo um processo que deverá ser finalizado com uma sentença judicial favorável. E isto também se aplica quando se fala de adoção de maiores de 18 anos, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹¹:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO DE MAIOR DE DEZOITO ANOS. MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA. CÓDIGO CIVIL DE 2002. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PROCESSO JUDICIAL E SENTENÇA CONSTITUTIVA.

1. Na vigência do Código Civil de 2002, é indispensável o processo judicial, mesmo para a adoção de maiores de dezoito (18) anos, não sendo possível realizar o ato por intermédio de escritura pública.
2. Recurso especial provido.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente, o ECA, juntamente com as diversas alterações trazidas pela Lei da Adoção (Lei nº 12.010/2009), trata da adoção como uma forma de colocação em família substituta, juntamente com a tutela e a guarda, tratando do instituto principalmente nos artigos 39 ao 52-D. Tal

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. v. 2. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 478.

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 703362 PR 2004/0153151-0**, da 4ª Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorridos: E A K e Outro. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Publicado em DJe 08/06/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14319535/recurso-especial-resp-703362-pr-2004-0153151-0-stj>>. Acesso em: 06 fev. 2013.

Estatuto¹² alertou quanto a excepcionalidade da medida (art. 39, §1º, ECA), pois deve-se sempre objetivar a permanência da criança e do adolescente em seu lar de origem, e delineou ainda mais os requisitos necessários para se adotar, sendo severo em alguns aspectos e ameno em outros. Entre seus principais requisitos, pode-se dizer que a prioridade da adoção sustenta-se no melhor interesse da criança, conforme ressalta o artigo 3, 1, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança¹³:

Art. 3 [...]

1 – Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.

Assim, hoje podem adotar os maiores de 18 anos de idade, independente de já possuírem filhos ou não, e de seu estado civil, inclusive um dos cônjuges pode adotar unilateralmente. Porém, em caso de adoção conjunta, ambos devem ter a idade mínima estabelecida no Estatuto. Os divorciados também podem adotar, desde que o estágio de convivência da criança ou do adolescente junto a família substituta tenha iniciado na constância do casamento ou união estável e desde que, com a separação dos cônjuges, estes acertem sobre o regime de guarda do adotado, que será a guarda compartilhada, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, segundo o artigo 42, §5º, do Estatuto, bem como seja comprovado que desenvolvimento do adotado não será prejudicado.

Ainda no tocante ao estágio de convivência, aduz o ECA¹⁴, em seu artigo 46, §4º, que esse período será acompanhado por equipe interprofissional, a qual deverá apresentar relatório detalhado a respeito da convivência entre eles, bem como se convém deferir o pedido; a possibilidade de sua dispensa nos casos em que o(s) adotante(s) já estiver sob a guarda ou tutela legal daquele(s) que pretende(m) adotar por tempo suficiente para que seja possível a avaliação da estabilidade familiar e dos vínculos criados entre eles (art. 46 §1º, do mesmo Estatuto); e a impossibilidade de sua dispensa nos casos de adoção internacional.

¹² BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

¹³ UNICEF. **Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.htm>. Acesso em: 06 fev. 2013.

¹⁴ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

No que diz respeito a possibilidade de adoção pelo tutor ou curador, segundo os ensinamentos de Diniz¹⁵:

Tutor ou curador poderão adotar seu tutelado ou curatelado se prestarem judicialmente contas de sua administração, sob a fiscalização do Ministério Público, e saldarem o seu alcance, se houver, (Lei n. 8.069/90, art. 44), fizerem inventário e pedirem exoneração do *munus* público.

Percebe-se a preocupação do legislador em evitar fraudes quando ocorrer a adoção do tutelado ou curatelado pelo seu próprio tutor ou curador, assegurando os interesses daqueles, bem como evitando a apropriação de bens materiais que, por ventura, poderia ocorrer de forma indevida pelos seus responsáveis.

Ademais, o Estatuto permaneceu com a ideia de que a diferença de idade entre adotante e adotado deve ser de, no mínimo, dezesseis anos, e também trata acerca de cadastros onde serão inscritos as crianças e adolescentes aptos a serem adotados, bem como a inscrição de pessoas que tenham interesse em adotar. Com relação a este último, excetua-se o caso em que algum parente da criança ou do adolescente manifeste interesse em adotar, podendo ser, nesse caso, deferida a adoção. Também são estabelecidos prazos que visam a celeridade do processo, a exemplo do artigo 101, §8º¹⁶, que aduz que:

Art. 101 [...]

[...]

§8º Verificada a possibilidade de reintegração familiar, o responsável pelo programa de acolhimento familiar ou institucional fará imediata comunicação à autoridade judiciária, que dará vista ao Ministério Público, pelo prazo de 5 (cinco) dias, decidindo em igual prazo.

O Estatuto em questão também assevera, conforme citado acima, a necessidade da colocação da criança e do adolescente em um estágio de convivência com a futura família, cujo prazo será delimitado pelo juiz; restringe a adoção por ascendentes e por irmãos, o que não impede que a adoção seja realizada pelos tios, pois não envolve o parentesco colateral; veda a adoção por procuração, a adoção que seja estabelecida a termo e a adoção de nascituro; e prioriza a colocação em famílias substitutas brasileiras, sendo a adoção

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. v. 5. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 528.

¹⁶ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

internacional uma exceção. De igual forma, também possibilita a adoção *post mortem*, desde que, de acordo com o ECA¹⁷, em seu artigo 42, §6º, o adotante que veio a falecer no curso do processo tenha se manifestado, de maneira inequívoca, no sentido de querer o deferimento da adoção.

Outro aspecto importante é o que trata a respeito do consentimento. Na adoção de crianças e adolescentes, os pais destes devem consentir com a adoção, só sendo dispensado, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁸, em seu artigo 45, §1º, caso os genitores sejam desconhecidos, que é o que ocorre no caso de menores abandonados ou de destituição do poder familiar. Se o adotado for maior de 12 anos de idade, deverá ele também consentir, incluindo-se nesta regra os adotandos maiores de 18 anos de idade. Porém, independentemente da idade do adotado, sempre que possível, ele deverá ser ouvido (ECA, art. 28, §1º). Deve-se ressaltar que, segundo o referido Estatuto, em seu artigo 166, §5º, “o consentimento é retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção”.

Assim como o ECA, o Código Civil foi intensamente modificado pela Lei da Adoção, conforme acima mencionado. Então, a partir da vigência desta, a legislação civilista¹⁹, que dispõe sobre a adoção de maiores de 18 anos, estatui, em seu artigo 1.618, que “a adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente”, e, em seu artigo 1.619, aduz que a adoção de maiores deverá ser assistida pelo Poder Público e dependerá de sentença constitutiva, evidenciando a necessidade da existência de um processo judicial, estabelecendo que será utilizado, no que couber, o ECA. Vê-se, portanto, que o procedimento será basicamente o mesmo, ocorrendo pequenas mudanças, conforme as peculiaridades de cada adoção, conforme fora evidenciado.

Acerca da temática ora apresentada, vale ressaltar que a adoção poderá ser anulável ou nula, conforme o vício que nela ocorra. Seguindo os ensinamentos de Gonçalves²⁰, a anulabilidade pode advir de:

¹⁷ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 401.

[...] a) falta de assistência do pai, tutor ou curador, ao consentimento do adotado relativamente incapaz (CC, art. 171, I); b) vício de consentimento do adotante, do adotado e do representante legal deste, proveniente de erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo (art. 171, II).

Em contrapartida, será nula a adoção que não obedecer ao disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente²¹, artigo 42, *caput* e §§2º e 3º, ou seja, quando o adotante não tiver a idade mínima de 18 anos de idade, quando, em caso de adoção conjunta, os adotantes não forem casados civilmente ou conviverem em união estável, e quando a diferença etária entre adotante e adotado não for de, no mínimo, dezesseis anos; bem como quando o tutor ou curador não tiver prestado suas contas judicialmente e quando houver vício originado de fraude à lei ou de simulação, infringindo os artigos 166, VI, e 167, ambos do Código Civil.

Há ainda autores, a exemplo de Diniz, que defendem a possibilidade de extinção da adoção em alguns casos. Afirma a mencionada autora²² que a adoção será extinta, seja por iniciativa do adotante ou do adotado: com relação aos efeitos sucessórios, através da deserdação, quando o caso estiver incurso nos artigos 1.814, 1.962 e 1.963, todos do Código Civil, havendo expressa declaração no testamento. Também são hipóteses de extinção da adoção: quando o pai biológico reconhece judicialmente o seu filho, caso que deverá ser minuciosamente analisado pelo magistrado, uma vez que não necessariamente a filiação biológica irá se sobrepor a filiação civil; e quando ocorre a morte ou do adotante ou do adotado, o que não faz com que o pai biológico retome o poder familiar, pois os efeitos advindos da adoção permanecerão.

Destaca-se também, em termos de adoção, a possibilidade da mesma por casais homoafetivos, apesar da questão ainda não ser pacificada. Entende a Lei Maior²³, em seu artigo 226, §3º, que é reconhecida como entidade familiar a união estável estabelecida entre homem e mulher. Apesar disso, a união homoafetiva ingressou na realidade social, tendo, inclusive, reconhecimento jurídico, conforme entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal (STF) em 05 de maio de

²¹ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

²² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. v. 5. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 547.

²³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

2011, o qual espelhou o seguinte julgado, originado também na Suprema Corte Brasileira²⁴:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOAFETIVA. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS VÁLIDAS PARA A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, ambas da Relatoria do Ministro Ayres Britto, Sessão de 05/05/2011, consolidou o entendimento segundo o qual a união entre pessoas do mesmo sexo merece ter a aplicação das mesmas regras e consequências válidas para a união heteroafetiva. 2. Esse entendimento foi formado utilizando-se a técnica de interpretação conforme a Constituição para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva. 3. O direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro restou decidida. No julgamento do RE nº 477.554/AgR, da Relatoria do Ministro Celso de Mello, DJe de 26/08/2011, a Segunda Turma desta Corte, enfatizou que “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. (...) A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas”. (Precedentes: RE n. 552.802, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 24.10.11; RE n. 643.229, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 08.09.11; RE n. 607.182, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15.08.11; RE n. 590.989, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 24.06.11; RE n. 437.100, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 26.05.11, entre outros). 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Vislumbra-se que, através desse reconhecimento, garantiu-se aos casais homoafetivos os seus direitos de constituírem entidade familiar, não os submetendo a certas restrições em virtude de sua orientação sexual. Com isso, passaram a aparecer diversos casos de tentativas de adoção por casais homoafetivos, tendo

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 687432 AgR**, da 1ª Turma. Agravante: Caixa de previdência dos funcionários do Banco do Brasil – Previ. Agravado: Eugênio Cláudio de Oliveira Santos. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado em DJe 02/10/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28reconhecimento+uni%E3o+homoafetiva%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c7sysnq>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

muitas decisões favoráveis, conforme se observa no julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo²⁵:

Infância e Juventude. Inscrição no cadastro de adoção. Pretendente que admite manter relação homoafetiva. Deferimento com base em estudos psicossociais. Reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidades familiares. Ausência de circunstâncias incompatíveis com a natureza da adoção. Recurso improvido.

Além desse, muitos outros julgados existem a favor da adoção homoafetiva, o que parece, realmente, ser a tendência dos novos tempos, até porque, segundo Dias²⁶ sobre o assunto: “a restrição não se justifica. As únicas exigências para o deferimento da adoção (art. 43) são que apresente reais vantagens para o adotado e se fundamente em motivos legítimos”. Além disso, deve-se lembrar que, uma vez assegurado o melhor para o interesse do adotado e comprovada a afetividade existente no ambiente familiar, a natureza da adoção já estará presente e, portanto, não haverá motivos para contrariá-la.

2.3 EFEITOS JURÍDICOS E SOCIAIS DA ADOÇÃO

A adoção, conforme Estatuto da Criança e do Adolescente²⁷, em seu artigo 47, §7º, com redação dada pela Lei n. 12.010/2009 – Lei da Adoção, só passa a produzir seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença que lhe for favorável, tendo, portanto, efeitos *ex nunc*. Entretanto, no que diz respeito a adoção póstuma, ou *post mortem*, os efeitos da adoção retroagem à data do óbito, passando, assim, a possuir efeitos *ex tunc*.

Os efeitos provenientes da adoção resumem-se, basicamente, aos de caráter pessoal e os de caráter sucessório. No que condiz aos efeitos pessoais, tem-se que

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **AC 900004-19.2011.8.26.0576**. Apelante: Promotor de Justiça Vara Infância e Juventude de São José do Rio Preto. Apelada: Daniele Cássia Telatin. Relator: Des. Silveira Paulilo. Julgado em 27/02/2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5710896&viCaptcha=ppsde>>. Acesso em 08 fev. 2013.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 499.

²⁷ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

o principal delas é a posse do estado de filho. Ou seja, a partir do trânsito em julgado de decisão que defira a adoção, o adotado passa a ter condição de filho, como se filho biológico fosse, não podendo haver nenhuma distinção entre ele e os filhos naturais que porventura já existam ou venham a existir, uma vez que aquele passa a ter os mesmos direitos e deveres destes.

Assim, nos moldes do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁸, artigo 41, *caput*, a partir da averbação, na nova certidão, dos nomes dos pais adotivos e conseqüentemente de seus genitores, é rompido todo o vínculo existente entre o adotado e sua família biológica, excetuando-se a regra os impedimentos matrimoniais, sejam por questões éticas, sejam por questões genéticas e ressaltando-se a perda do poder familiar por parte do pai natural. É tanto que, se o adotante vier a falecer posteriormente, o poder familiar não retornará ao pai biológico,.

Sobre a averbação, estabelece o referido Estatuto²⁹, em seu artigo 47, § 4º, que não deverá constar nenhuma observação a respeito da adoção na certidão averbada, isso porque, segundo o entendimento de Gonçalves³⁰, “o intuito é fazer com que caia no esquecimento a paternidade biológica e haja uma integração total do adotado na família do adotante”. Ressalte-se que o registro original do adotado será cancelado, passando a ter validade o registro devidamente averbado, porém tanto o mandado judicial quanto o processo de adoção serão arquivados para uma posterior consulta, a exemplo da possibilidade do adotado saber sobre sua origem biológica ao completar 18 anos de idade (ECA, art. 48).

Com relação ao nome do adotado, passa a ser um direito deste possuir o mesmo sobrenome dos seus pais adotivos (ECA, art. 47, §4º). Há a possibilidade, ainda, do prenome do adotado também ser modificado. Porém, neste último caso, deverá se analisar a relevância do pedido, a idade do adotado, para se saber se ele já está acostumado com aquele prenome ou não, bem como a opinião do adotado, uma vez que este deve ser previamente ouvido (art. 47, §6º).

Destaca-se também que sob a ordem jurídica, a adoção produz efeitos em relação aos direitos alimentícios e aos sucessórios. A partir da vigência da adoção e,

²⁸ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 402.

junto a ela, da posse do estado de filho, passam o adotante e o adotado a terem um dever recíproco de prestar alimentos. Conforme as lições de Diniz³¹, passa o adotante a ter que prestar alimentos ao adotado:

[...] nos casos em que são devidos pelo pai ao filho maior; da mesma forma o filho adotivo tem obrigação de fornecer alimentos ao adotante, por ser seu parente, tendo também dever de prestá-los aos parentes do adotante, que também são seus.

Isso ocorre porque, ao ser estabelecida a adoção, o vínculo familiar é criado em torno do adotante, do adotado, e dos parentes daquele, assimilando cada vez mais a família adotiva à família natural. Com a transferência do poder familiar para o adotante, este é que passa a ter o usufruto e a administração dos bens do adotado enquanto ele for menor, objetivando o pagamento das despesas necessárias para com este. Com relação ao adotado maior, o mesmo não se torna necessário, tendo em vista que, neste caso, o adotado já possui a liberalidade de administrar seus próprios bens.

No que diz respeito aos direitos sucessórios, indiscutível é que os filhos provenientes da adoção concorrem igualmente com os filhos biológicos, em virtude de expressa proibição de discriminação daqueles em face destes trazida pela Constituição Federal³², em seu artigo 227, §6º. Em decorrência disto, torna-se recíproco o direito sucessório não somente entre o adotante e o adotado, como também entre este e os seus descendentes, e os ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau do adotante (ECA, art. 41, §2º). Conclui-se, então, que com a morte do pai biológico, a nada terá direito a pessoa que já foi legalmente adotada, em virtude do desfazimento do vínculo entre esta e a família natural.

Outro efeito jurídico é o rompimento do testamento do *de cuius* quando sobrevier um filho. No caso de filho adotivo não é diferente, até porque ele passa a ser descendente sucessível do testador da mesma forma que um filho biológico também seria. Da igual forma, com a superveniência de um filho adotivo, poderão ser revogadas as doações feitas pelo adotante porque, com fulcro no Código Civil³³,

³¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. v. 5. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 543.

³² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

³³ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

artigos 1.789 e 1.846, os herdeiros necessários, incluindo-se aqui o filho, seja ele adotivo ou não, terão direito a metade da herança deixada pelo testador.

E, como ocorre com os filhos biológicos, os filhos adotivos podem ser deserdados e também podem deserdar os seus ascendente. Da mesma forma, ocorre a possibilidade recíproca de exclusão da sucessão. Para que a deserdação e a exclusão ocorram, basta apenas que o caso concreto esteja enquadrado nas hipóteses trazidas pela lei. Assim, podem ser excluídos da sucessão aqueles que, nos moldes do artigo 1.814 do Código Civil³⁴, atentem contra a vida, a honra e a liberdade de testar do *de cuius*. No que condiz a deserdação, podem ser deserdados tanto os ascendentes pelos descendentes como o oposto quando o que sofrer a deserdação incorrer no estabelecido pelo artigo anterior e/ou que, de acordo com o diploma civil³⁵, artigos 1.962 e 1.963, praticarem ofensa física, injúria grave, relacionamento ilícito com o esposo ou companheiro do adotante ou do adotando, adequando-se ao caso, e o desamparo daquele que tenha alienação mental ou alguma enfermidade considerada grave.

Somem-se aos efeitos jurídicos, os efeitos de ordem social gerados pelo instituto da adoção, principalmente no que tange à vida do adotado. Este muitas vezes sai de uma vida dolorosa e solitária, sendo-lhe dada a oportunidade de obter lar, família e afeto familiar. Essa função social da adoção é defendida no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme argumenta Ost³⁶:

O Estatuto da Criança e do Adolescente, onde está regulado o instituto da adoção, possui um caráter social e visa proteger e criança e o Adolescente para assegurar-lhes os direitos fundamentais presentes na Constituição Federal, referentes à pessoa humana, à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Na adoção a pessoa adotada pode gozar do estado de filho, com os mesmos direitos do filho consanguíneo, pois através deste processo, o mesmo é inserido no ambiente familiar, a ele é dado um lar, amor, carinho, afetividade, independente do vínculo biológico.

Percebe-se que com a evolução do instituto da adoção, ele passou a ser, em primeiro lugar, humanitário, protegendo o adotado tanto no sentido jurídico quanto

³⁴ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ OST, Stelamaris. **Adoção no contexto social brasileiro**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 61: fev. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5881>. Acesso em: 10 fev. 2013.

no sentido social, primando seu bem estar a tal ponto como se, a partir do deferimento da adoção, o adotado fosse recomeçar a sua vida da melhor maneira possível, dando-lhe um lar substituto com ares de lar original.

Através dessa gama de direitos e deveres, percebe-se a inexistência de distinção e discriminação do filho adotivo face ao filho natural. A evolução legislativa cresceu a um ponto de conceder, inclusive, direitos sucessórios a essas pessoas que, a época do Código Civil de 1916, eram estranhas aquela família que adotou e ficavam excluídas de vários direitos patrimoniais, principalmente se a família viesse a ter filhos biológicos em um momento posterior.

3 DA SUBSTITUIÇÃO TESTAMENTÁRIA

A substituição testamentária é um instituto que remonta ainda dos tempos do Direito Romano, objetivando permitir ao testador a instituição de um herdeiro e que, na sua falta, ocorra a substituição deste por uma segunda pessoa também designada pelo testador, a qual poderá recolher a herança ou o legado. Com o passar dos tempos, foram sendo ampliadas as escolhas de substituição para o *de cuius*, podendo este, atualmente, testar designando duas pessoas como seus sucessores: uma, denominada fiduciário, possuirá a propriedade restrita e resolúvel do bem até morrer, adimplir a condição imposta pelo testador ou até a decorrência do prazo por este estipulado, atuando como se verdadeiro proprietário fosse, podendo chegar, inclusive, a alienar o bem, caso o testador não disponha em contrário; a outra, chamada de fideicomissário, é o titular do direito eventual e a pessoa que o extinto deseja que passe a possuir a propriedade plena do bem. A esse instituto, dá-se o nome de substituição fideicomissária.

Para que a referida substituição reste configurada, necessário será o preenchimento de determinados requisitos, e, uma vez sendo verificada a sua ocorrência, perceber-se-á que tanto o fiduciário quanto o fideicomissário serão sujeitos a deveres como também passarão a ter certos direitos, principalmente no que concerne ao bem fideicometido. De igual forma, o instituto também é passível de caducar bem como de ser nulo, desde que estejam presentes algumas das hipóteses trazidas pelo diploma civil. Ademais, junto a substituição fideicomissária, existe o fideicomisso, este possuindo grande semelhança com aquele, sendo, muitas vezes, tratados como se iguais fossem. Porém, quando postos em confronto e analisando os artigos do Código Civil referentes a cada instituto, percebe-se que eles mais se diferenciam do que se assemelham.

3.1 CONCEITO E ANÁLISE HISTÓRICA

O direito sucessório, como um todo, é aquele que garante a alguém o direito de substituir determinada pessoa, passando o substituto a ter a titularidade do

direito, esta abrangendo coisas, bens e encargos. Essa sucessão pode ser por ato *inter vivos*, a exemplo da doação, ou *causa mortis*, que é o que ocorre, por exemplo, nos casos em que o testador testa algo em favor de alguém. No presente trabalho, a sucessão será estudada em seu sentido estrito e, portanto, analisada somente quando decorrente da morte do *de cuius*.

A ideia de repassar a titularidade do patrimônio do testador é bem remota, possuindo registro desde o Direito Romano. Nessa época, acreditava-se que o *pater familiae* não poderia vir a falecer sem antes passar seu culto doméstico a seus descendentes e, junto a ele, a propriedade de seus bens. Assevera Coulanges³⁷:

O direito de propriedade, tendo-se estabelecido para a efetivação de um culto hereditário, não podia extingui-se ao cabo da curta vida do indivíduo. O homem morre, o culto fica: o lar nunca deve apagar-se nem o túmulo ficar abandonado. Persistindo a religião doméstica, com ela continua existindo o direito de propriedade.

Nota-se, com o esclarecimento do mencionado autor, que nos primórdios havia não somente uma preocupação de repassar os bens em si. A sucessão tratava, primordialmente, da perpetuação de seus cultos e crenças, tal qual ocorria na origem da adoção. Por tratar-se de instituto antigo, naquele tempo privilegiava-se a linhagem masculina. Portanto, ainda no Direito Romano, herdava o filho homem, não importando se ele era o primogênito ou não. Aduz Dias³⁸ que isso ocorria devido ao fato de que, algum dia, a filha acabaria se casando e, devido a isso, não daria continuidade ao culto deixado por seu pai, uma vez que, com o casamento, a filha deveria adotar o culto familiar e religioso do marido.

A Lei das XII Tábuas passou a legislar sobre o tema, fazendo com que a sucessão deixasse de ser apenas costume e viesse a ser codificada. Tal Lei dava plena liberdade ao pai de família, dando, inclusive, força de lei às disposições testamentárias deixadas por ele. Ademais, aduzia a referida legislação, na Tábua V, intitulada “Das Heranças e Tutelas”³⁹, que:

³⁷ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 69.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 27.

³⁹ MEIRA, Danilo Cristiano Antunes. **Lei das Doze Tábuas – Lei das 12 Tábuas – Lei das XII Tábuas**. Jurisciência: dez. 2008. Disponível em: <<http://www.jurisciencia.com/vademecum/tratados-pactos-acordos/lei-das-doze-tabuas-lei-das-12-tabuas-lei-das-xii-tabuas/210/>>. Acesso em: 27 fev. 2013.

[...]

2. Se o pai de família morre intestado, não deixando herdeiro seu (necessário), que o agnado mais próximo seja o herdeiro.

3. Se não houver agnado, que a herança seja entregue aos gentis.

[...]

Percebe-se que era de suma importância que alguém sucedesse o *pater familiae* por ocasião de sua morte, sendo sempre designado alguém para que viesse a ser chamado como herdeiro daquele, não importando se havia sido apontado pelo próprio pai de família ou não.

Além de originar o direito de suceder, foi também no Direito Romano que surgiram as substituições testamentárias. Nas palavras de Gonçalves⁴⁰, esta se conceitua como sendo “a indicação de certa pessoa para recolher a herança, ou legado, se o nomeado faltar, ou alguém consecutivamente a ele.” Partindo da análise do conceito do mencionado autor, percebe-se que a substituição testamentária é uma forma conferida ao testador dele testar em favor de alguém que poderá recolher a herança ou legado de forma direta e definitiva ou, caso não possa ou não queira recebê-lo, dará espaço para que alguém, também designado pelo *de cuius*, receba em seu lugar; ou ainda, conforme vontade expressa deste, terá a incumbência de repassar o que recebeu a uma outra pessoa, também previamente designada.

Com isso, percebe-se que, ainda segundo o mencionado autor⁴¹, a substituição testamentária trata-se:

[...] de instituição subsidiária, no sentido de que a instituição principal é a do substituído; de instituição condicional, porque só atua se o substituído não quiser ou não puder recolher a sucessão (substituição vulgar); ou se o fideicomissário sobreviver ao fiduciário (substituição fideicomissária).

Afirma Gomes⁴² que ao tempo do Direito Romano existiam as substituições vulgar, pupilar, quase pupilar e exemplar. Conforme os ensinamentos de Venosa⁴³, a substituição pupilar defendia que o *pater familiae* poderia decidir sobre quem seria o herdeiro de seu filho incapaz, objetivando evitar a situação de seu filho vir a falecer

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. v. 7. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 399.

⁴¹ *Ibid.* p. 400.

⁴² GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14. ed. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 201.

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. v. 7. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 300.

sem deixar herdeiros; já a substituição quase pupilar tratava do mesmo assunto, porém, nesta última, o pai de família indicava herdeiros de seu filho que fosse insano mentalmente. As Ordenações Filipinas, além de preverem as referidas espécies de substituição, também trouxeram as substituições recíproca e compendiosa. O Código Civil de 1916 tratou das substituições vulgar, recíproca e do fideicomisso, designando apenas 12 artigos em seu Capítulo XIV.

O atual Código Civil também optou por não mais tratar sobre as substituições pupilar, quase pupilar e exemplar, legislando em seu Livro V, Título III, Capítulo IX, do artigo 1.947 ao 1.960, apenas sobre as substituições vulgar, recíproca e fideicomissária, cuidando a doutrina em trazer, ainda, a substituição compendiosa. As mencionadas substituições somente poderão recair sobre a parte disponível da herança, em virtude do princípio da intangibilidade da legítima, trazido pelo Código Civil⁴⁴, no artigo 1.846, ao prever que a parte reservada aos herdeiros necessários seguirá a ordem de vocação indicada pelo artigo 1.829 do mesmo diploma legal.

A substituição vulgar, também conhecida por substituição ordinária, é aquela em que ocorre uma substituição direta, onde o substituto vem substituir o herdeiro designado pelo testador caso este não queira ou não possa recolher a herança ou legado para ele deixado. Nos moldes do diploma civilista⁴⁵, em seu artigo 1.947, ocorrerá essa substituição nas duas hipóteses retromencionadas mesmo que o *de cuius*, em seu testamento, venha a se referir apenas a uma delas.

Em regra, juntamente com o privilégio de substituir o herdeiro ou legatário, vem também a obrigação de ficar sujeito ao encargo ou condição que venha junto com o montante deixado pelo testador. Isso é o que reza o artigo 1.949 do Código Civil⁴⁶, ao determinar 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 do encargo”. Da leitura do referido artigo, extrai-se duas exceções quanto a não obrigatoriedade do substituto realizar a condição ou encargo: quando o testador dispor contrário a isto em seu testamento, e quando o encargo for personalíssimo, podendo apenas o substituído cumpri-lo.

⁴⁴ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

O Código Civil não aponta nenhuma proibição com relação a nomeação de mais de um substituto sucessivo. Nos ensinamentos de Tartuce e Simão⁴⁷, “isso porque, com a nomeação sucessiva, caso o primeiro da lista possa ou queira receber a herança, automaticamente todos os substitutos subsequentes deixarão de ter direito sobre a mesma”. O mesmo não se pode dizer caso ocorra de o testador testar nomeando vários substitutos sem deixar claro que um só substituirá caso o primeiro não queira ou não possa receber, pois nesse caso configuraria uma substituição além do segundo grau, o que é expressamente proibido pelo Código Civil, em seu artigo 1.959.

A substituição vulgar, segundo os ensinamentos de Diniz⁴⁸, ainda se subdivide em outras duas espécies: singular e coletiva. Aduz a mencionada autora que a substituição vulgar singular é aquela em que se verifica apenas um substituto ao herdeiro ou legatário. Já a substituição vulgar coletiva é quando o *de cujus* nomeia mais de um substituto para substituir o herdeiro ou legatário, lembrando-se que esta substituição ocorrerá de forma sucessiva, uma vez que, caso esta ocorresse de forma simultânea, se verificaria a substituição além do segundo grau, proibida por lei, conforme tratado em linhas anteriores.

No tocante à substituição recíproca ou mútua, segundo Lisboa⁴⁹, “é a retirada de um herdeiro testamentário ou legatário que não deseja receber ou não pode obter a herança por outro herdeiro ou legatário”. Percebe-se que, nesta espécie de substituição, o testador dispõe que seus herdeiros ou legatários serão substitutos entre si, caso algum deles não possa ou não queira receber o que lhe foi deixado.

O Código Civil⁵⁰, em seu artigo 1.950, ao estatuir sobre a substituição recíproca, aduz que:

Art. 1.950. Se, entre muitos co-herdeiros ou legatários de partes desiguais, for estabelecida substituição recíproca, a proporção dos quinhões fixada na primeira disposição entender-se-á mantida na segunda; se, com as outras anteriormente nomeadas, for incluída mais alguma pessoa na substituição, o quinhão vago pertencerá em partes iguais aos substitutos.

⁴⁷ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito das sucessões**. v. 6. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012. p. 382.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 6. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 359.

⁴⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. v. 5. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 458.

⁵⁰ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

Partindo da análise do artigo acima transcrito, entende-se que, caso os herdeiros ou legatários sejam beneficiados com partes iguais, a parte relativa ao herdeiro ou legatário que não quis ou não pode suceder será dividida igualmente. A divisão também ocorrerá de forma igualitária caso um terceiro seja incluído na substituição, juntamente com os herdeiros ou legatários já nomeados, mesmo que estes últimos tenham seus quinhões desiguais. Porém, caso os herdeiros e legatários que irão ser substitutos entre si tenham seus quinhões instituídos em partes desiguais, a proporção desses quinhões será mantida no momento da divisão do quinhão referente ao herdeiro ou legatário que deixou a sucessão.

A substituição fideicomissária é a mais complexa das substituições previstas pela legislação civil. Desde seus primórdios, ela se baseia na fidelidade do fiduciário, uma vez que, ao tempo de seu surgimento, não havia como garantir que o fiduciário iria cumprir o prometido. Atualmente, utilizando-se das palavras de Tartuce e Simão⁵¹:

Nos termos do artigo 1.951 do atual Código, será fideicomissária a substituição quando o testador (fideicomitente) nomear certo herdeiro ou legatário (fiduciário), estabelecendo que este, com o advento de certo termo ou condição, transmita a herança a pessoa ainda não concebida quando da morte do testador (fideicomissário).

Utilizando-se do entendimento dos mencionados autores, percebe-se a presença de três pessoas na substituição fideicomissária: o fideicomitente, que se configura na pessoa do próprio testador; o fiduciário, que é o responsável em zelar pela herança ou legado deixado pelo extinto, possuindo sua propriedade resolúvel; e o fideicomissário, que é o verdadeiro beneficiado pelo testador, sendo a pessoa para a qual o fiduciário passará o que foi deixado a título de herança ou legado pelo testador.

Trazida pela doutrina, a exemplo de Diniz⁵² e Venosa⁵³, ainda tem-se a substituição compendiosa. Esta substituição configura-se quando se percebe a mistura da substituição vulgar com a substituição fideicomissária, ou seja, quando o *de cuius* testa instituindo um substituto para o fiduciário e/ou um substituto para o

⁵¹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito das sucessões**. v. 6. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012. p. 384-385.

⁵² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 6. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 376.

⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. v. 7. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 301.

fideicomissário, caso este ou aquele não queira ou não possa receber a herança ou legado. Nota-se que em nada a referida substituição transgride o disposto no já mencionado artigo 1.959 do Código Civil, uma vez que, caso tal substituição reste configurada, não estará indo além do segundo grau.

Diante de toda a evolução do instituto, percebe-se que as substituições são mais uma forma de se atender a última vontade do testador. Com elas, objetiva o *de cuius* não só testar em favor de alguém como tomar a precaução de, caso o primeiro não queira ou não possa receber o que lhe fora testado, uma outra pessoa passe a ter esse direito em seu lugar; ou até mesmo, no caso da substituição fideicomissária, testar em favor de duas pessoas que, em momentos distintos, irão ser proprietários da herança ou legado deixado pelo fideicomitente, sendo a propriedade do fiduciário resolúvel e a do fideicomissário, plena.

3.2 PREVISÃO LEGAL E APLICABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA

Atualmente, a substituição fideicomissária está prevista no Código Civil, em seu Livro V, Título III, Capítulo IX, na Seção II, que inclui os artigos 1.951 ao 1.960. A título de conceito e utilizando-se das palavras de Gonçalves⁵⁴: “verifica-se a substituição fideicomissária quando o testador nomeia um favorecido e, desde logo, designa um substituto, que recolherá a herança, ou legado, depois daquele”. Assim, tem-se a participação de três sujeitos diversos no instituto em questão: o fideicomitente ou fiduciante, que é o próprio *de cuius* ou testador; o fiduciário, que é aquele designado pelo testador para zelar da herança ou legado, sendo intitulado proprietário deste em um primeiro momento; e o fideicomissário, que é a pessoa desejada pelo testador para que fique de forma definitiva com o bem, sendo o último destinatário do legado ou da herança, vindo a ter a propriedade definitiva e plena desta.

Essa forma de substituição veio como uma possibilidade de o testador favorecer, caso assim deseje, alguém ainda não concebido ao tempo de sua morte,

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. v. 7. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 404.

uma vez que o Código Civil, em seu artigo 1.952, assim exige como requisito fundamental para caracterização da mencionada substituição. A respeito, aduz Diniz⁵⁵ que:

No novo Código Civil a substituição fideicomissária apresenta-se como um recurso técnico-hábil para atender ao desejo do testador de instituir herdeiro não existente ao tempo da abertura da sucessão. Deveras, pelo art. 1.952 só é cabível em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador, ou seja, em favor de prole eventual da pessoa por ele indicada (CC, arts. 1.799, I, e 1.800, §4º).

Atente-se, portanto, ao primeiro aspecto importante do instituto: duas pessoas diversas são chamadas a suceder sucessivamente, em momentos diferentes, passando, com isso, a ter espécies diferentes de propriedade, sendo essa dupla vocação e nomeação em ordem sucessiva dois dos requisitos da substituição fideicomissária. O fiduciário, ou substituído, é aquele que tem a primeira propriedade do bem, lembrando-se que essa propriedade é restrita e resolúvel, conforme o próprio Código Civil, em seu artigo 1.953, explicita. Este tem a obrigação de zelar pela herança, para repassá-la ao fideicomissário no melhor estado possível, adquirindo, no entanto, durante o tempo em que permanecer com a propriedade daquela, todos os direitos de posse, uso e gozo. O fideicomissário, que deverá ser uma prole eventual, nos moldes do artigo 1.952 do Código Civil, por sua vez, é aquele que tem o seu direito de propriedade eventual, sendo proprietário sob condição suspensiva, uma vez que só passará a ter o direito de propriedade de forma plena no momento em que a herança lhe é transmitida pelo fiduciário.

Apesar de ambos sucederem o fideicomitente, deve-se observar que não há uma dupla transmissão. Segundo o entendimento de Venosa⁵⁶:

Tanto o fiduciário quanto o fideicomissário recebem os bens diretamente do fideicomitente (o testador). A passagem do fiduciário ao fideicomissário apenas se opera materialmente entre eles. Juridicamente, o fideicomissário recebe os bens por direito *causa mortis* do autor da herança.

Conclui-se que o fiduciário é apenas alguém designado pelo testador para zelar pelo bem que deverá ser transmitido ao fideicomissário, sendo este mais um

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. v. 6. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 364.

⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. v. 7. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 304.

requisito da substituição fideicomissária, mas que, durante o tempo em que ficar encarregado disso, será proprietário resolúvel de tal bem.

A substituição fideicomissária, assim como as outras substituições, apenas pode ser estabelecida com relação a parte disponível ao testador, sendo assegurada a legítima aos herdeiros necessários. Podem compor essa substituição, segundo Venosa⁵⁷, “herança ou legado, coisas móveis ou imóveis, bens corpóreos e incorpóreos”, conforme a vontade do testador, desde que não ultrapasse sua parte disponível. Também é este quem decide o tempo que durará essa substituição. A propriedade do fiduciário poderá resolver-se, conforme o Código Civil⁵⁸, em seu artigo 1.951, com a morte deste, a certo tempo ou sob certa condição, tendo o testador a liberalidade de escolher qualquer dessas opções.

De igual forma, o fideicomitente pode decidir se a substituição em estudo será a título universal ou singular. Será substituição fideicomissária universal quando o testador estabelece a referida substituição sobre toda a herança que lhe é disponível ou sobre uma quota ideal desta. Em contrapartida, será singular caso o *de cujus* estabeleça que a referida substituição incidirá sobre bens determinados da herança, instituindo, assim, que recairá sobre legados. Conforme os ensinamentos de Dias⁵⁹, existe ainda o fideicomisso residual, que é quando o testador autoriza o fiduciário a alienar os bens a ele deixados, determinando que este repasse ao fideicomissário apenas o remanescente.

Outro requisito para que reste configurada a substituição fideicomissária é no que diz respeito a capacidade testamentária passiva tanto do fiduciário quanto do fideicomissário, pois, para que possam participar desta espécie de substituição, o fiduciário e o fideicomissário devem estar aptos, no momento em que forem chamados a suceder, a figurarem como herdeiros. Leciona Dias⁶⁰ que “se o fiduciário (B) for incapaz de suceder, consolida-se a herança em favor do fideicomissário (C), que adquire a propriedade plena. Caso falte a capacidade sucessória ao fideicomissário (C), torna-se definitiva a sucessão do fiduciário (B)”.

⁵⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. v. 7. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 306.

⁵⁸ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 429.

⁶⁰ *Ibid.* p. 432.

Em ambas as situações, extingue-se a substituição fideicomissária, consolidando-se a herança ou legado naquele que esteja apto a figurar como herdeiro.

Também é permitido ao testador que institua mais de um fiduciário e/ou fideicomissário, em nada transgredindo a legislação civil. Conforme este Código⁶¹, em seu artigo 1.941, quando um deles não puder ou não quiser aceitar o que lhe foi deixado, o co-fiduciário ou o co-fideicomissário irá acrescer a quota parte daquele que deixou a sucessão. Sendo assim, aduz Dias⁶²:

Assim, indicadas duas pessoas para receberem em primeiro lugar, institui-se um condomínio entre elas. Excluída uma delas, permanece a outra como fiduciário. Não se transfere o bem ao fideicomissário. Acontece o mesmo quando são nomeados mais de um fideicomissário (C). Excluído um, coacta ou espontaneamente, seu quinhão passa aos demais, não aos seus sucessores.

Entretanto, deve-se lembrar da liberdade do testador ao instituir seus herdeiros e que sua última vontade deve ser respeitada. Assim, caso o *de cuius* estabeleça de maneira diversa, ou seja, caso ele queira que, com a morte de um dos fiduciários ou fideicomissários, seja transferida a titularidade de um para o outro, é dessa forma que deverá ocorrer.

Juntamente com a transmissão dos bens ao fiduciário, transmite-se uma gama de direitos e deveres inerentes a substituição fideicomissária. Como proprietário restrito e resolúvel da herança ou legado, conforme determina o Código Civil, em seu artigo 1.953, o fiduciário poderá exercer todos os direitos inerentes à propriedade. Inclusive, a doutrina majoritária, a exemplo de Venosa⁶³ e Tartuce e Simão⁶⁴, entende que o fiduciário pode chegar a alienar os bens por ele recebidos, a menos que o testador grave-os com cláusula de inalienabilidade, visando uma maior proteção dos mesmos para que cheguem até o fideicomissário. Caso a alienação chegue a se concretizar, pode o fideicomissário, no momento em que passar a ser o proprietário da herança, reivindicar o que é seu por direito.

⁶¹ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

⁶² DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 429.

⁶³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. v. 7. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 308.

⁶⁴ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito das sucessões**. v. 6. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012. p. 387.

O fiduciário pode renunciar a herança, caso assim deseje, uma vez que não fica obrigado a aceitá-la. Caso isso ocorra e o testador não tenha disposto de maneira diversa, passa-se ao fideicomissário o direito de aceitar a herança (Código Civil, artigo 1.954). Também constitui direito do fiduciário ser indenizado pelas benfeitorias úteis e necessárias que, por ventura, tenha feito, as quais acabaram por aumentar o valor do bem fideicometido. Assevera Gonçalves⁶⁵:

Embora não lhe assista direito ao reembolso das despesas de conservação dos bens, enquanto se encontrarem em sua guarda, pode, no entanto, como possuidor de boa-fé, reembolsar-se dos acréscimos e melhoramentos que realizar na coisa sob a forma de benfeitorias necessárias e úteis.

Tal ressarcimento só ocorre nos casos de benfeitorias úteis e necessárias. No que se refere às benfeitorias voluptuárias, o fideicomissário só irá ressarcir o fiduciário caso assim queira. Em caso negativo, poderá este fazer o levantamento das mesmas, desde que não venha a causar nenhum dano ao bem.

Conforme os ensinamentos de Diniz⁶⁶, ao fiduciário também é permitido “subrogar o fideicomisso para outros bens, desde que haja prévio consentimento do fideicomissário”, bem como fazer uso de todas as ações cabíveis ao herdeiro, podendo, inclusive, ajuizar petição de herança.

Na esfera dos deveres do fiduciário, tem-se, em primeiro lugar, que ele deve conservar o bem, objetivando o repasse deste ao fideicomissário. O fiduciário tem o dever de zelar o bem e, portanto, vem a responder caso a coisa fideicometida se deteriore, independente de ter agido com culpa ou dolo. É tanto que o fiduciário não é reembolsado pelas despesas advindas da conservação da coisa. Porém, caso demonstre que, no momento da abertura da substituição, o estado em que se encontra a coisa não foi devido a uma má administração, a exemplo da deterioração que pode ocorrer em virtude de caso fortuito ou força maior ou pelo uso regular da coisa, ele não responderá por seu desgaste.

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. v. 7. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 410.

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. v. 6. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 370.

Ademais, deverá o fiduciário, segundo o Código Civil⁶⁷, em seu artigo 1.953, parágrafo único, proceder inventário dos bens gravados com a substituição testamentária. De acordo com Venosa⁶⁸:

Se não o faz, pode ser acionado pelo fideicomissário, pelo testamenteiro, ou por qualquer outro interessado na herança, já que essa porção de bens deve ser separada do restante da massa. Pode ser impedido cautelarmente de entrar na posse dos bens, se não fizer inventário.

Percebe-se, portanto, que o inventário dos bens fideicometidos é algo obrigatório. O autor supracitado ainda defende que o testador pode instituir o testamenteiro ou qualquer outra pessoa para fiscalizar se realmente a substituição pela prole eventual irá ocorrer. Deve o fiduciário ainda, caso assim lhe exija o fideicomissário, prestar caução de restituir a coisa objeto da substituição fideicomissária, como uma forma de garantir a este a inteira restituição do bem. Outro dever do fiduciário, segundo Gonçalves⁶⁹ é “responder pelas despesas do inventário e pelo pagamento do imposto de transmissão *causa mortis*”.

Com relação ao fideicomissário, este também possui direitos e deveres a partir do momento da abertura da substituição. No tocante aos seus direitos, eles se iniciam antes mesmo da abertura da substituição. O fideicomissário pode, segundo os ensinamentos de Diniz⁷⁰:

Exercer atos destinados a conservação dos bens (CC, art. 130), promovendo medidas cautelares e asseguradoras, embora não possa, por ser mero titular de direito eventual, intentar ações para assegurar a propriedade e a posse dos bens sujeitos ao fideicomisso, [...].

Nota-se que, mesmo com algumas restrições, o fideicomissário poderá tomar certas atitudes no intuito do bem fideicometido ser-lhe fielmente repassado por parte do fiduciário. É também direito do fideicomissário, de acordo com o Código Civil⁷¹, em seu artigo 1.953, parágrafo único, exigir do fiduciário que este preste caução do

⁶⁷ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

⁶⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. v.7. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 312.

⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 7. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 411.

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 6. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 371.

⁷¹ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

bem objeto da substituição testamentária, sendo esta mais uma forma de garantir o fiel repasse do bem deixado pelo testador.

O fideicomissário, da mesma forma que o fiduciário, também possui a liberdade de renunciar a herança ou o legado que lhe foi deixado, ato este que leva a caducidade do fideicomisso e a concentração da propriedade plena na pessoa do fiduciário, exceto se o testador tiver estabelecido mais de um fideicomissário, conforme visto anteriormente. Neste caso, o substituto do fideicomissário é que passará a ser o proprietário do bem. Mesmo se o fiduciário renunciar a coisa fideicometida, ainda assim o fideicomissário pode também renunciá-la. Neste caso, segundo Venosa⁷², “se nem o fiduciário nem o fideicomissário aceitarem a herança ou legado, devolvem-se os bens ao monte”. Portanto, a herança ou legado passará a pertencer a legítima. Em contrapartida, caso o fideicomissário aceite a herança, esta virá juntamente com os acréscimos provenientes ao tempo em que a propriedade se encontrava com o fiduciário, graças ao direito de acrescer.

Também é permitido ao fideicomissário, como substituto do fiduciário, recolher a herança ou legado deixado pelo *de cujus* quando este não puder ou não quiser recebê-lo, ou se não for verificada a condição imposta pelo fideicomitente. Deve-se atentar para o fato de que, caso o testador tenha previsto mais de um fiduciário, o objeto do fideicomisso somente passará ao fideicomissário depois de passar pelo co-fiduciário, podendo este também renunciar ou cumprir a substituição conforme o que foi disposto pelo *de cujus*. Em caso de ausência do fiduciário, afirma Dias⁷³ que “dispõe o fideicomissário de legitimidade para requerer a declaração de sua ausência”, uma vez que este passa a ser o maior interessado.

Quanto as obrigações do fideicomissário, tem-se que ele, apesar de ter o direito de receber o bem fideicometido sem quaisquer ônus, caso estes ainda sigam a herança ou legado no momento em que lhe é transferida a propriedade, tem o dever, segundo o Código Civil, em seu artigo 1.957, de responder por eles. Ademais, está o fideicomissário obrigado a ressarcir o fiduciário pelas benfeitorias úteis e necessárias que tenham aumentado o valor do bem, não possuindo a mesma obrigação quando se trata de benfeitorias voluptuárias. Porém, caso não o indenize

⁷² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. v. 7. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 312.

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 435.

com relação a estas últimas, passa o fiduciário a ter o direito de fazer o levantamento delas, desde que não prejudique a coisa objeto do fideicomisso.

A substituição fideicomissária pode caducar devido a fatos que venham a ocorrer após a feitura do testamento, momento em que aquela não mais se verificará. Algumas dessas hipóteses são: quando o fideicomissário não possuir capacidade de suceder no momento da abertura da substituição; quando o fideicomissário vem a falecer antes mesmo do testador; quando o fideicomissário renuncia a herança ou legado. Em todas elas, a substituição fideicomissária caducará, passando o fiduciário a ter propriedade plena do bem objeto da substituição fideicomissária, exceto se o testador houver disposto em testamento de forma contrária.

Também restará configurada a propriedade plena da coisa que compõe a herança ou legado, objeto do fideicomisso, desde que o *de cujus* não tenha testado em sentido contrário, quando o fideicomissário falecer antes do fiduciário, não tendo a condição resolutória sido realizada ou não tendo o direito do fiduciário terminado, conforme o Código Civil, em seu artigo 1.958. A respeito disso, tem-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁷⁴:

Direito processual e civil. Sucessões. Recurso especial. Disposição testamentária de última vontade. Substituição fideicomissária. Morte do fideicomissário. Caducidade do fideicomisso. Obediência aos critérios da sucessão legal. Transmissão da herança aos herdeiros legítimos, inexistentes os necessários. - Não se conhece do recurso especial quanto à questão em que a orientação do STJ se firmou no mesmo sentido em que decidido pelo Tribunal de origem. - A substituição fideicomissária caduca se o fideicomissário morrer antes dos fiduciários, caso em que a propriedade destes consolida-se, deixando, assim, de ser restrita e resolúvel (arts. 1.955 e 1.958, do CC/02). - Afastada a hipótese de sucessão por disposição de última vontade, oriunda do extinto fideicomisso, e, por conseqüência, consolidando-se a propriedade nas mãos dos fiduciários, o falecimento de um destes sem deixar testamento, impõe estrita obediência aos critérios da sucessão legal, transmitindo-se a herança, desde logo, aos herdeiros legítimos, inexistindo herdeiros necessários. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 820814 SP 2006/0031403-9**, da 3ª Turma. Recorrente: Fernando Frugoli – Espólio, representado por Ugo Osvaldo Frugoli – Inventariante. Recorrido: Victorina Thereza Frugoli e Outro. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Publicado em DJe 25/10/2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STJ/IT/RESP_820814_SP_09.10.2007.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2013.

Complementando o entendimento acima transcrito, entende Gomes⁷⁵ que “esse direito eventual não se transmite aos sucessores do fideicomissário pré-morto, não podendo ocorrer, por conseguinte, a substituição”. Assim, inexistindo o fideicomissário no momento da transmissão dos bens, passa o fiduciário a ser o herdeiro final, possuindo, a partir daí, o total domínio e a propriedade plena do bem.

De igual forma, caducará o fideicomisso: quando o fideicomissário nascer antes da morte do fideicomitente, ocorrendo a conversão da substituição fideicomissária em usufruto, ocasião em que o fiduciário apenas terá direito a usar e gozar da coisa; quando ocorrer o perecimento da coisa fideicometida sem que haja dolo ou culpa do fiduciário, desde que esse perecimento seja total, pois, em caso de perecimento parcial, o fideicomissário receberá o que restou; quando o fiduciário renunciar a herança ou o legado ou se ele falecer antes do testador, ocasião em que a substituição fideicomissária se converterá em substituição vulgar, já que é repassado diretamente ao fideicomissário a liberdade de aceitar a herança ou legado ou não. Atente-se que, em caso de morte do fiduciário antes de chegar ao final o prazo estipulado pelo testador ou antes do implemento da condição designada por este, os bens que eram de propriedade resolúvel do fiduciário passará, segundo Gonçalves⁷⁶, aos seus herdeiros até que escoe o prazo determinado ou que se resolva a condição prevista em testamento pelo *de cuius*.

Outra forma de caducidade da substituição fideicomissária ocorre quando o fideicomissário não vem a ser concebido, o que acaba por tornar definitiva a propriedade do fiduciário. Sobre isso, tem-se um grande embate doutrinário a respeito do prazo máximo a ser estabelecido para que essa prole seja concebida. Alguns autores, a exemplo de Dias⁷⁷ e Gomes⁷⁸, entendem que por não haver um prazo determinado nos artigos do Código Civil para que o fideicomissário venha a ser concebido, não se deve utilizar o prazo estabelecido no artigo 1.800, §4º, da legislação civil, qual seja, dois anos contados a partir da abertura da sucessão, por entenderem que a substituição fideicomissária difere da prole eventual expressa neste artigo, havendo, no caso da substituição, um primeiro proprietário dos bens, o

⁷⁵ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14. ed. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 218.

⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. v. 7. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 417.

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 431.

⁷⁸ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14. ed. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 210.

que faz com que estes não fiquem à mercê enquanto da não concepção desta prole. Por outro lado, entendem Tartuce e Simão⁷⁹ que a prole deve passar a existir no prazo disposto pelo fideicomitente em testamento, devendo-se utilizar, por analogia, o prazo estabelecido pelo artigo 1.800, §4º, qual seja, dois anos a partir da abertura da sucessão, em caso de inexistência de disposição testamentária nesse sentido.

Percebe-se que, baseando-se na segurança jurídica que cerca todas as relações jurídicas, nesse caso o testamento e todos os seus efeitos, deve-se estabelecer um prazo para a concepção da prole eventual. Em caso de ter silenciado o testador a esse respeito, deve ser esse prazo o do artigo 1.800, §4º, do Código Civil, devido a similitude existente entre os institutos. Ademais, deve-se levar em consideração a situação em que ficaria o fiduciário sem saber se passaria a ser proprietário definitivo ou não do bem durante um tempo indeterminado, impedindo-o de realizar todos os atos inerentes à propriedade, a exemplo de alienar o bem caso este viesse gravado com cláusula de inalienabilidade enquanto estivesse sob sua propriedade.

A substituição fideicomissária também é passível de nulidade, que ocorrerá caso a referida substituição seja gravada sobre a parte designada à legítima, uma vez que a substituição só pode incidir sobre a parte disponível ao testador, bem como, conforme leciona Gomes⁸⁰, será nula “[...] a cláusula que estabeleça usufruto em relação aos bens da herança do fideicomissário”. Também será nula a substituição fideicomissária que for além do segundo grau, nos moldes do Código Civil, artigo 1.959.

Em conformidade com este Código, em seu artigo 1.960, tem-se o entendimento de Tartuce e Simão⁸¹ ao afirmarem que “[...] a nulidade de parte da instituição não contamina a parte válida, o que é aplicação do princípio da conservação dos negócios jurídicos (*utile per inutile non vitiatur*)”. Assim, apenas será nula a parte em que o testador instituir fideicomisso além do segundo grau, permanecendo a disposição testamentária com relação ao que vem antes do excesso praticado pelo *de cuius*. Deve-se lembrar, entretanto, que isso não se confunde com a instituição, pelo fideicomitente, de co-fiduciários e/ou co-

⁷⁹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito das sucessões**. v. 6. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012. p. 388-389.

⁸⁰ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14. ed. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 220.

⁸¹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito das sucessões**. v. 6. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012. p. 388.

fideicomissários que, conforme visto neste tópico, em nada transgride a legislação civil.

Instituto bastante parecido com a substituição fideicomissária é o usufruto. Tais institutos se confundem devido as semelhanças existentes entre eles, que, nos ensinamentos de Diniz⁸², são:

[...]

- a) o fiduciário e o usufrutuário devem prestar caução, inventariar bens, conservá-los e restituí-los na época estabelecida pelo testador (CC, arts. 1.400, 1.951 e 1.953, parágrafo único);
- b) o fideicomissário e o nu-proprietário têm o direito de tomar posse dos bens no termo fixado para a abertura da substituição e para a cessação do usufruto (CC, arts. 1.400, 1.410, II, e 1.951).

Diante disso, torna-se importante ressaltar as diferenças existentes entre usufruto e substituição fideicomissária. Resumidamente, naquele, o usufrutuário e o nu-proprietário exercem de forma simultânea os direitos que lhe são cabíveis, tendo o nu-proprietário a nua propriedade do bem e o usufrutuário, o mero direito de usar e gozar do bem pertencente ao nu-proprietário enquanto este lhe permitir. Já na substituição fideicomissária, o fiduciário e o fideicomissário são chamados a suceder de forma sucessiva, ou seja, o fiduciário é possuidor da liberalidade imediata, sendo proprietário resolúvel da coisa fideicometida, sendo-lhe permitido, durante este tempo, exercer todos os direitos inerentes a propriedade, inclusive alienar o bem, caso o testador não teste de forma diversa, enquanto que o fideicomissário possui um direito eventual que, caso venha a se configurar, fará com ele passe a ser proprietário pleno da referida coisa. Além disso, o usufruto só poderá ser estipulado em favor de uma pessoa previamente determinada, é tanto que, em caso de morte do usufrutuário, restará extinto o usufruto, o mesmo não ocorrendo caso o nu-proprietário faleça, sendo a nua-propriedade repassada aos seus herdeiros. Já a substituição fideicomissária só é permitida quando estabelecida em favor de pessoas ainda não concebidas ao tempo da abertura da sucessão.

⁸² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 6. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 374-375.

3.3 DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE FIDEICOMISSO E SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA

A substituição fideicomissária e o fideicomisso são comumente confundidos e até tratados como um só instituto, devido a característica principal de ambos: tanto um como o outro dá oportunidade de o *de cuius* testar herança ou legado em favor de pessoas ainda não existentes ao tempo da abertura do testamento, conforme estatui o Código Civil⁸³, em seus artigos 1.799, I, condizente ao fideicomisso, e 1.952, no que se refere a substituição fideicomissária, *in verbis*:

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

Apesar disso, diversas são as diferenças entre substituição fideicomissária e fideicomisso. A diferença marcante entre os dois institutos é encontrada quando se conflita os artigos 1.800 e 1.953, ambos do Código Civil. O primeiro afirma que os bens aos quais herdarão a prole eventual serão confiados a um curador que, conforme a legislação civil, será escolhido pelo juiz, a menos que o testador já o preveja no momento da feitura do testamento. Cabe a esse curador a mera administração do bem que será herdado por aquele que ainda será concebido. Conforme leciona Dias⁸⁴, ao tratar a hipótese do artigo 1.799, I, simplesmente como nomeação de filiação eventual, e usando a nomenclatura fideicomisso também para a substituição fideicomissária: “até o nascimento do herdeiro eventual (CC 1.799, I), o seu quinhão fica em mãos de um curador, na qualidade de mero administrador. Quando do nascimento, o herdeiro recebe imediatamente a herança”. Percebe-se, portanto, que nem usufruir do bem poderá o curador, tendo função meramente administrativa.

⁸³ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 339.

Já no que diz respeito ao artigo 1.953 cumulado com o artigo 1.951, ambos do mencionado diploma civil⁸⁵, o testador irá, obrigatoriamente, caso deseje que reste configurada a substituição fideicomissária, designar uma pessoa que será o fiduciário para que, apenas com a morte deste, o implemento de certa condição ou decorrido certo tempo, é que passará o objeto da substituição fideicomissária ao fideicomissário. Ademais, durante o tempo em que o fiduciário se encontrar com o bem, este terá a propriedade do bem, mesmo que restrita e resolúvel, podendo exercer todos os direitos inerentes à propriedade, chegando até mesmo a alienar o bem, caso assim queira e na hipótese do testador não tê-lo gravado com a cláusula de inalienabilidade, como exposto outrora.

Ainda analisando os artigos retromencionados, percebe-se que no fideicomisso é instituído apenas um herdeiro, que, com o seu nascimento, logo será chamado a suceder o testador. Em contrapartida, na substituição fideicomissária são designados dois sucessores para um mesmo bem, que serão chamados sucessivamente, cada um ao seu tempo, e passando cada um desses sucessores a ter sua espécie de direito e de propriedade deste bem, sendo o direito do fiduciário imediato e sua propriedade restrita e resolúvel, ao passo que o fideicomissário possui um direito eventual e a propriedade do bem, caso venha a recebê-lo, definitiva e plena.

Fazendo-se uso ainda dos artigos 1.799, I, e 1.952, ambos do diploma civilista, deve-se atentar para o fato de que o fideicomisso deve beneficiar apenas os filhos da pessoa indicada pelo testador. Com isso, conclui Gonçalves⁸⁶ que “o novo diploma refere-se a ‘filhos, ainda não concebidos’, colocando termo final à aludida polêmica, de modo a não deixar espaço para qualquer dúvida: é preciso que os concepturos sejam *filhos*, e não quaisquer outros descendentes” (grifos do autor). Vê-se, então, que o testador, ao instituir o fideicomisso, somente pode testar em favor dos eventuais filhos das pessoas por ele indicadas, coisa que não ocorre na substituição fideicomissária, uma vez que o artigo 1.952 do mencionado diploma civil trata apenas de prole eventual, não necessitando que sequer sejam filhos do fiduciário e não precisando ser, obrigatoriamente, filho da pessoa designada, o que possibilita que o *de cuius* teste em favor de qualquer parente.

⁸⁵ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

⁸⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v. 7. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 71-72.

Outra diferença existente entre os institutos do fideicomisso e da substituição fideicomissária é no que concerne às hipóteses trazidas pelo Código Civil⁸⁷, em seus artigos 1.800, §4º, 1.955 e 1.958, *in verbis*:

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.

[...]

§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.

[...]

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

[...]

Art. 1.958. Caduca o fideicomisso se o fideicomissário morrer antes do fiduciário, ou antes de realizar-se a condição resolutória do direito deste último; nesse caso, a propriedade consolida-se no fiduciário, nos termos do art. 1.955.

[...]

Partindo da análise dos artigos acima transcritos, conclui-se que o fideicomisso caducará se a prole da pessoa indicada pelo *de cuius* não vier a nascer dentro do prazo previsto na legislação civil, qual seja, dois anos a partir da abertura da sucessão, o que ocasionará o retorno dos bens objetos do fideicomisso à porção destinada à legítima, exceto se o testador dispor de forma diversa. Entende Gonçalves⁸⁸ que “os bens também caberão aos herdeiros legítimos se o herdeiro aguardado e concebido nascer morto”. Já na substituição fideicomissária, quando esta vier a caducar devido a renúncia da herança pelo fideicomissário, a morte deste antes do fiduciário ou até mesmo antes do testador, ou antes de adimplida a condição ou o escoamento do prazo estipulados pelo testador, a propriedade do bem fideicometido se concentrará na pessoa do próprio fiduciário, não retornando o determinado bem à legítima, a menos que disponha em sentido diverso o *de cuius*, pois deve-se sempre lembrar que o objetivo do testamento é atender ao último ato de vontade deste.

⁸⁷ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

⁸⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. v. 7. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 74.

4 ABRANGÊNCIA DOS EFEITOS DA SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA PELA PROLE EVENTUAL ADVINDA DA ADOÇÃO

A prole eventual é prevista no Código Civil, em seu artigo 1.952, como possível beneficiária de herança instituída através da substituição fideicomissária. Sobre a origem dessa prole eventual incide o princípio constitucional elencado no artigo 227, §6º, da Carta Magna, qual seja, a igualdade dos filhos, que garante os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, a todos os filhos independente de sua origem. Porém este não é o único princípio que deve ser levado em consideração no momento da abertura do testamento, tendo em vista que sobre este também incide um outro princípio constitucional, o da autonomia privada, que garante ao extinto liberdade no momento de dispor de sua metade disponível, assegurando a este que, ao tempo da abertura de sua sucessão, suas últimas vontades serão atendidas.

Diante do conflito existente entre esses princípios constitucionais, várias são as hipóteses trazidas pela doutrina e jurisprudência pátrias a respeito da origem da prole eventual exigida para caracterização da substituição fideicomissária, onde alguns defendem que a filiação civil não deve estar compreendida na interpretação do termo “concepção”, trazido pelo Código Civil; enquanto outros entendem que a filiação civil pode sim adentrar ao conceito de prole eventual, figurando como fideicomissário, só sendo excluídos por vontade expressa do testador; havendo ainda uma terceira corrente que aduz que os filhos adotivos podem sim ser fideicomissários, não dependendo do cumprimento de nenhum requisito jurídico ou legal para tanto.

4.1 PROLE EVENTUAL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA ENTRE OS FILHOS

A sucessão, segundo o Código Civil⁸⁹, em seu artigo 1.786, “dar-se-á por lei ou por disposição de última vontade”. A sucessão estabelecida por lei é a chamada sucessão legítima, que garante metade do patrimônio deixado pelo *de cuius* aos herdeiros necessários. Já a sucessão oriunda de disposição de última vontade é denominada sucessão testamentária e é estabelecida através de testamento onde o testador dispõe de sua metade disponível.

Como regra, são legitimadas a suceder, nos moldes do artigo 1.798 da legislação civil, as pessoas nascidas ou pelo menos concebidas ao tempo da abertura da sucessão. Porém, o próprio Código Civil trouxe uma exceção a essa regra, permitindo ao testador que teste em favor de pessoas nem mesmo concebidas quando da abertura da sucessão, a chamada prole eventual. Esta prole eventual é a principal característica da substituição fideicomissária, uma vez que, se ao tempo da morte do testador, esta prole já existir, caducará a substituição fideicomissária, passando-se a propriedade dos bens diretamente ao fideicomissário que já nasceu e ficando o fiduciário com o simples usufruto do bem. Caso a prole não venha a ser concebida, o fiduciário passará a ter a propriedade plena e definitiva dos bens, exceto se o *de cuius* tiver previsto de forma diversa.

Diante de toda evolução sofrida pela sociedade, questiona-se atualmente as possíveis origens da referida prole, deixando de considerar simplesmente a filiação biológica, podendo-se tomar como hipótese a filiação civil advinda da adoção. Inicialmente, dúvida não há que a adoção gera um parentesco civil entre adotante e adotado e entre este e a família de quem o adotou, criando, inclusive, conforme disposição do Estatuto da Criança e do Adolescente⁹⁰, em seu artigo 41, §2º, direitos sucessórios recíprocos entre “o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária”.

⁸⁹ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

⁹⁰ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

Some-se a isto o princípio da igualdade dos filhos, considerado um dos princípios norteadores do direito de família, conforme entendimento da doutrina majoritária, a exemplo de Gonçalves⁹¹ ao defender que:

O princípio ora em estudo não admite distinção entre filhos legítimos, naturais ou adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento de nascimento qualquer referência à filiação ilegítima; e veda designações discriminatórias relativas à filiação.

De diferente forma não poderia raciocinar a doutrina majoritária, uma vez que a previsão do princípio da igualdade de filhos origina-se na Carta Magna⁹², em seu artigo 227, §6º, ao estatuir que “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”. Assim, a partir da assertiva trazida pela Lei Maior, todos os filhos, independentemente de sua origem, terão igualdade de direitos entre si, ficando vedada qualquer espécie de discriminação.

Seguindo o entendimento trazido pela Constituição Federal, tratou o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente sobre o assunto da mesma maneira. A legislação civilista, em seu artigo 1.596, trouxe a mesma redação do artigo 227, § 6º da Lei Maior, e o ECA, por sua vez, trouxe ainda uma informação a mais, de relevante importância, não deixando lacunas sobrevirem ao entendimento da igualdade dos filhos.

O referido Estatuto⁹³, em seu artigo 41, aduz que “a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”. Percebe-se a atenção despendida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ao estabelecer que a discriminação que deve ser evitada diante da máxima trazida pelo princípio da igualdade de filhos não diz respeito somente à distinção referente a origem da filiação, abarcando também a igualdade que deve existir entre os filhos perante o direito sucessório, sendo também o filho proveniente

⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 24.

⁹² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

⁹³ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

da adoção legitimado para suceder tanto o adotante como os parentes deste, que também passam a ser seus parentes, respeitando-se, obviamente, a ordem da vocação hereditária, no caso da sucessão legítima. Para tanto, entende Monteiro⁹⁴ que “a existência de filho adotivo arreda da sucessão todos os demais herdeiros do adotante”.

Partindo da análise do princípio ora estudado e de sua previsão pela Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais, percebe-se que nenhuma exceção à regra fora trazida à tona. Sendo assim, independentemente da situação em que estejam os filhos, sejam eles menores ou maiores, e provenientes de qualquer origem, devem eles ser tratados de forma igualitária em todos os campos do direito, inclusive no direito sucessório, vindo a suceder sempre que lhe couber, diferentemente do que previa o Código Civil de 1916⁹⁵, ao estabelecer, em seu artigo 377, que “quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária”, bem como em seu artigo 1.605, §2º: “ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes a adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes”. Nota-se a evolução trazida pela Carta Magna ao estabelecer a igualdade de direitos e deveres entre os filhos em todos os campos do direito, inclusive na esfera sucessória, não importando a forma como essa filiação foi concebida.

Percebe-se, portanto, que, ao menos inicialmente, é permitido aos filhos advindos da adoção figurarem como a prole eventual exigida pela substituição fideicomissária, prevista pelo Código Civil, em seu artigo 1.952. A esse respeito, assevera Gonçalves⁹⁶, ao falar sobre interpretação de testamentos, que “a expressão ‘prole’ aplicar-se-á aos descendentes, filhos de sangue ou adotivos, indiferentemente”. Entretanto, há outro ponto que deve ser analisado quando se refere à sucessão testamentária: o último ato de vontade expresso pelo testador.

⁹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. v. 2. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.497.

⁹⁵ BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 31 jan. 2013.

⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. v. 7. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 324.

4.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

O princípio da autonomia privada é predominantemente encontrado nas relações contratuais, possuindo seu alicerce, segundo Gonçalves⁹⁷, “na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”, e sendo utilizado nas relações de Direito Privado, onde o Estado não participa de forma direta. A autonomia privada possui, da mesma forma que o princípio da igualdade dos filhos, patamar de princípio, sendo protegida pela Constituição Federal no momento em que esta trata acerca da liberdade, no artigo 5º, *caput*; do direito de propriedade em seu artigo 5º, inciso XXII; bem como ao trazer, em seu artigo 170, inciso II, a propriedade privada a título de princípio da ordem econômica.

Trazendo o referido princípio para o direito sucessório, percebe-se que ele reflete-se na liberdade de testar inerente ao testador. A sucessão testamentária, conforme visto anteriormente, baseia-se no testamento, seguindo as últimas vontades expressas pelo testador, quando ainda em vida, no que diz respeito a destinação de seu patrimônio pertencente a sua metade disponível. Gomes⁹⁸ defende que o testamento “é negócio jurídico pelo qual uma pessoa dispõe sobre a própria sucessão. Torna-se perfeito e acabado no momento em que o testador declara sua vontade pela *forma* autorizada na lei” (grifos do autor). Diante do conceito de testamento, fica nítida uma de suas principais características, qual seja, a de que o testamento é um negócio jurídico unilateral, vez que sua eficácia depende unicamente da vontade do testador, desde que declarada em conformidade com a lei e na forma desta, já que se configura como ato formal e solene. Deve-se lembrar que a parte que compõe a legítima, destinada aos herdeiros necessários, ou seja, metade do patrimônio do *de cuius*, deve ficar resguardada, sendo essa uma das limitações encontradas por este no momento de testar.

Devido a essa utilidade instrumental do testamento, são proibidos os pactos sucessórios, uma vez que estes tornam objeto de contrato a herança de uma pessoa que ainda se encontra viva (Código Civil, artigo 426), bem como por acabarem

⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. v. 3. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 41.

⁹⁸ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14. ed. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 94-95.

interferindo na manifestação de vontade do testador, tendo em vista que este acaba acordando com outra pessoa que, caso esta coloque como herdeiro aquele ou pessoa por ele indicada, o testador também a colocará como herdeira em seu testamento ou pessoa por ela apontada.

Diferente do que é comumente pensado, o testamento não obrigatoriamente trará apenas disposições relativas ao patrimônio do testador. Este pode utilizar-se do testamento para tratar de assuntos extrapatrimoniais. Em caso de aparecimento de disposição testamentária deste teor, ela merece respaldo como qualquer outra, conforme expõe o Código Civil, em seu artigo 1.857, §2º. Sobre o assunto, aduz Leite⁹⁹:

O art. 1.857, § 2º da nova lei preenche, de maneira precisa, uma lacuna deixada pelo Código em vigor, quando assevera que "*são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado*". Tal dispositivo convalida os testamentos que versem exclusivamente sobre atos de cunho extrapatrimonial, tais como o reconhecimento de filho, nomeação de tutor, deserdações, etc. Essa providência visa proteger disposições desta natureza do rótulo conceitual de que o testamento se presta unicamente a preceitos de ordem patrimonial, oriunda da "*definição*" que foi dada ao instituto pelo art. 1.626 do antigo código. (grifos do autor)

Vê-se, então, que mesmo que o testador venha a tratar em seu testamento somente sobre questões extrapatrimoniais, estas devem ser atendidas, pois a finalidade do testamento não se restringe apenas em atender aos desejos de cunho patrimonial do testador.

Diante de toda essa liberdade conferida ao *de cuius* no momento de dispor de sua metade disponível em testamento, questiona-se se aqui também será abarcada a possibilidade do testador prever em testamento, a respeito da prole eventual prevista no Código Civil, em seu artigo 1.952, até que ponto ele entende que vai a palavra concepção, optando por esclarecer qual significado será dado ao termo "concebidos" presente na redação do artigo.

Notório fica o conflito existente entre o princípio da autonomia privada, presente na liberdade de testar do testador, e o princípio da igualdade dos filhos, pois, segundo aquele, o *de cuius*, na qualidade de fideicomitente, poderia estabelecer em testamento que o fideicomissário deveria, necessariamente, ser

⁹⁹ LEITE, Carlos Kennedy da Costa. **Considerações sobre a sucessão testamentária no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina-PI: 3 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5888>>. Acesso em 09 mar. 2013.

alguém concebido de forma natural, o que não possui conformidade com o princípio da igualdade dos filhos, ao defender que os filhos, sob nenhuma óptica, podem ser discriminados. Neste caso, abre-se uma discussão acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Muitos conflitos e divergências de ideias existiram diante dessa possibilidade da incidência mediata ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sempre se questionando se tais direitos incidiriam apenas quando houvesse participação direta do Estado ou não. A respeito disso, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal¹⁰⁰:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 201819 / RJ**, da 2ª Turma. Recorrente: União Brasileira de Compositores – UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Min. Ellen Gracie. Publicado em **DJe** 27/10/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28incid%EAnca+direitos+fundamentais+autonomia+privada%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cvfrk3>>. Acesso em 10 mar. 2013.

dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

Vê-se que a Suprema Corte posiciona-se no sentido da incidência direta e imediata dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente face às relações privadas, não importando que o Estado delas não participe. Porém, a discussão vai além disso. Não se deve esquecer que, independentemente de ser predominante nas relações entre individuais, o princípio da autonomia privada também é previsto constitucionalmente.

Diante do conflito existente entre os dois princípios acima mencionados, necessária se faz a ponderação destes, vez que se os direitos fundamentais incidirem na relação privada da mesma forma que incidem sobre as relações que envolvem o poder estatal, em inúmeras situações restaria descaracterizado o Direito Privado como um todo, bem como, dependendo da preferência por um deles, a vontade do testador seria alterada. A respeito, tem-se o entendimento de Sarmento *apud* Fontanella¹⁰¹:

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

Com isso, tem-se que não é absoluta a incidência do princípio da igualdade de filhos sobre o princípio da autonomia privada somente pelo fato deste incidir nas

¹⁰¹ SARMENTO, 2006. p. 270. *apud* FONTANELLA, Patrícia; RUSSI, Patrícia. **A possibilidade da adoção da prole eventual diante das incidências dos direitos fundamentais nas relações privadas.** Revista da ESMESC, v. 14, n. 20, 2007. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/3-1247227159.PDF>>. Acesso em 10 mar. 2013.

relações individuais. Deve-se lembrar que nenhum princípio constitucional é mais importante ou relevante do que o outro, estando todos em um mesmo nível. Diante disso, questiona-se a autoridade do testador, como fideicomitente, de estipular uma substituição fideicomissária, determinando sobre a origem dessa prole, ou seja, se essa prole deverá ser concebida de forma natural ou se permite outra forma de concepção, como a adoção.

4.3 POSSIBILIDADE DOS FILHOS ADOTIVOS CARACTERIZAREM A PROLE EVENTUAL EXIGIDA PELO ARTIGO 1.952 DO CÓDIGO CIVIL

Permite o legislador, através do Código Civil, artigo 1.952, que o testador estabeleça como herdeiro ou legatário pessoa ainda não concebida ao tempo de sua morte, sendo esta a característica primordial da substituição fideicomissária. Ao tratar, na redação do referido artigo, de pessoas “não concebidas”, o legislador dá margem a uma extensa discussão a respeito de o termo concepção restringir-se apenas aos filhos advindos da filiação biológica, ou se essas pessoas ainda inexistentes ao tempo da morte do testador podem advir de outras maneiras, sendo uma delas a filiação civil, oriunda da adoção.

Um dos principais motivos para este conflito de entendimentos reside no fato de haver um choque entre dois princípios que possuem guarida constitucional, quais sejam o princípio da autonomia privada, defendendo que o testador possui liberdade para testar, encontrando limite no que diz respeito a parte destinada à legítima, dando destinação ao patrimônio pertencente a sua parte disponível, e o princípio da igualdade de filhos, onde a Constituição Federal assegura, em seu artigo 227, §6º, total igualdade entre os filhos, não importando sua origem.

Conforme visto no tópico anterior, além da colisão desses princípios, ainda há a questão que envolve a incidência dos direitos fundamentais, espelhado na igualdade dos filhos, nas relações privadas, o que, caso ocorresse de forma

desmedida, acabaria por aniquilar o princípio da autonomia privada. A respeito, tem-se o entendimento de Rüger e Rodrigues¹⁰², ao explicitarem que:

A posituação de direitos fundamentais circunscreve um espaço do exercício da autonomia privada dos sujeitos e fundamenta sua participação política, como reconhecimento da condição humana e possibilidade de vida social. Todavia, esses direitos não podem se fundamentar em algo que não a autonomia, sob pena de violarem a condição humana de seus destinatários ou retirar-lhes os instrumentos para realização de uma vida plena.

Sobre o tema, tem-se uma grande divergência doutrinária que traz uma gama de possibilidades: há aqueles que acreditam que os filhos adotivos não podem figurar como fideicomissários; outros defendem que os filhos adotivos podem ser beneficiados na substituição testamentária, desde que o testador não os tenha excluído de forma expressa em seu testamento; já outros simplesmente defendem que os filhos adotivos podem caracterizar a prole eventual trazida pelo artigo 1.952 do Código Civil.

Afora essas opiniões, ainda existe entendimento que é contra o próprio instituto da substituição fideicomissária, mesmo aceitando sua previsão na legislação civilista. A exemplo, tem-se o entendimento de Gomes¹⁰³ no sentido de que a substituição fideicomissária “contraria os princípios de direito e econômicos, pois, ainda que se considerasse justo o desejo do testador, o interesse social, para o qual é o direito organizado, desaconselharia sua tutela, porque todo direito exige um titular atual e é inconveniente tamanha limitação à circulação dos bens”. Apesar de ser contrário a utilização ampla do instituto, o mencionado autor aceita-o como existente na legislação pátria, sendo utilizada apenas para beneficiar pessoas inexistentes ao tempo da abertura da sucessão. Caso contrário, se o testador desejasse beneficiar alguém que já existe antes de sua morte, a finalidade seria alcançada através do usufruto. Ocorre que a substituição fideicomissária existe e não pode ser ignorada, vez que possui previsão no próprio Código Civil, devendo ser utilizada conforme a legislação civilista expressa, apenas em favor dos não concebidos no momento em que for aberta a sucessão do *de cuius*.

¹⁰² RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. *In* FIUZA, César. **Direito Civil**: atualidades II – Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 17.

¹⁰³ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14. ed. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 93.

Diante da existência da substituição fideicomissária e de sua aceitação por todos, vez que outra não poderia ser a atitude dos doutrinadores e juristas, encontram-se entendimentos de doutrinadores que não aceitam a extensão da prole eventual para os filhos adotivos. Defendem essa corrente Diniz e Monteiro. Este último autor¹⁰⁴ entende que “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”. Diniz¹⁰⁵ comunga do entendimento do mencionado autor, afirmando que “a relação de adoção desviaria a herança, que seria assim deferida a pessoas inteiramente alheias ao testador”. Além disso, justificam os mencionados autores o posicionamento defendido referindo-se a possibilidade de burlar a disposição testamentária transcrita pelo *de cujus*, provavelmente pelos futuros pais da referida prole. Apesar de toda lógica utilizada pelos autores e da preocupação pela preservação da vontade expressa pelo fideicomitente em seu testamento, percebe-se que eles ignoram todo o processo de adoção pelos quais os futuros pais da prole eventual devem passar para concretizar a adoção.

Como visto no primeiro capítulo do presente trabalho, a adoção necessita de trâmite judicial, só sendo deferida através de sentença. O Estatuto da Criança e do Adolescente demonstra isso de maneira clara, além de determinar que para a adoção ser deferida precisa ser verificada a estabilidade familiar, o consentimento dos pais ou do representante legal do menor a ser adotado, o adotante deve passar por um estágio de convivência com o adotando, deve-se verificar reais vantagens para aquele que vai ser adotado, oitiva do adotando, e tantas outras coisas, sendo tudo acompanhado por equipe interprofissional que deverá fazer relatório circunstancial sobre o caso.

Assim, cabe ao Judiciário, no decorrer do processo, verificar alguma irregularidade sobre a adoção, e não à doutrina estipular desde logo que os filhos adotivos não podem ser beneficiados através da substituição fideicomissária sem ao menos analisar o caso concreto, como, por exemplo, na hipótese de alguém que não pode engravidar e já está tentando adotar a algum tempo. Ademais, a adoção não consiste na única forma de se burlar a deixa testamentária. A pessoa cuja prole será

¹⁰⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. v.2. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 498-499.

¹⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. v. 5. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 544.

beneficiada, caso venha a existir, pode simplesmente engravidar, gerando a prole apenas com interesse nos bens que esta irá receber. Sobre as possibilidades de fraude, aduz Venosa¹⁰⁶:

Como em todo instituto jurídico, porém, sempre haverá possibilidade de fraudes e desvios de finalidade. Como em todo campo do Direito, isso não retira as vantagens do instituto, cabendo ao ordenamento coibir e punir severamente seu mau uso. A adoção, vista como um fenômeno de amor, afeto e desprendimento, deve ser incentivada pela lei.

Portanto, em caso de desvio de finalidade da adoção, cabe ao Judiciário observar o que está acontecendo no caso concreto e passar a ter uma cautela maior no momento de tratar do caso e de decretar a sentença deferindo ou não esta adoção. Ademais, assegura-se aos filhos adotivos os mesmos direitos e deveres inerentes a todos os filhos, independente de sua origem, inclusive no que tange aos direitos sucessórios. Assim, se é permitido ao filho adotivo ser descendente sucessível do testador, ser deserdado e deserदार o testador desde que verificada alguma das hipóteses prevista em lei, e inclusive ser causa de rompimento de testamento, não há motivos para restringir o direito do adotado figurar como fideicomissário quando nem mesmo a lei adotou tal exceção à regra.

Outra opinião que emerge da doutrina pátria é a que defende que os filhos adotivos simplesmente podem ser tidos como fideicomissários, independentemente da disposição do testador, diante da igualdade dos filhos trazida pela Constituição Federal. Segue esse entendimento Dias¹⁰⁷, ao acreditar que, no que tange ao beneficiário da substituição fideicomissária, “o escolhido não precisa ser filho biológico da pessoa indicada como genitor. Pode ser **adotado** ou fruto de **concepção heteróloga**” (grifos da autora). Vê-se que esse entendimento adentra novamente ao que tange sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, fazendo com que haja uma incidência dos referidos direitos nessas relações, necessitando-se, mais uma vez, da análise do caso concreto diante da ponderação dos princípios frente ao conflito existente entre eles. Entretanto, não se deve esquecer que o testamento consiste em um ato de liberalidade do testador,

¹⁰⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. v. 6. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 274.

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 432.

onde este dispõe do patrimônio pertencente a sua metade disponível como bem queira.

Também circula na doutrina a possibilidade dos filhos provenientes da adoção puderem ser beneficiados a título de fideicomissário, desde que o testador não os exclua de forma expressa em testamento. Defendendo a referida hipótese, tem-se o posicionamento de Venosa¹⁰⁸ ao entender que, diante da atual legislação, onde os filhos possuem igualdade entre si, bem como diante do Estatuto da Criança e do Adolescente que, em seu artigo 41, atribui ao adotado a condição de filho, com igualdade de direitos e deveres, incluindo os direitos sucessórios, cabe ao testador, de forma expressa, excluí-los da deixa testamentária referente a prole eventual a ser beneficiada pela substituição fideicomissária. Assim, o mencionado autor acredita que, em caso de silêncio por parte do testador no momento da feitura do testamento, não se deve fazer distinção quanto à filiação, entendendo que:

A intenção do legislador foi, sem dúvida, possibilitar a contemplação dos filhos de sangue. A pessoa indicada poderia adotar exclusivamente para conseguir o benefício testamentário. Contudo, já a legitimação adotiva e a adoção plena das leis revogadas não mais permitiam diferença entre a filiação natural e a filiação civil.

Assim, o autor supracitado atesta que os filhos devem ser tratados de forma igualitária por assim determinar a Carta Magna de 1988. Todavia, diante da liberdade de testar inerente ao testador, este pode excluir a filiação civil como forma de conceber a prole eventual, desejando que o seu patrimônio permaneça apenas em sua linhagem genética.

Do mesmo modo entendem Tartuce e Simão¹⁰⁹ ao aduzirem que:

Fazer qualquer distinção entre o filho adotivo e o biológico não se coaduna com o sistema constitucional e cheira a ranço do passado. Justamente por isso é que o último entendimento é totalmente ultrapassado. Se o testador quiser limitar a qualidade de herdeiros aos filhos biológicos ainda não concebidos, que o faça expressamente por testamento.

Percebe-se que através do entendimento dos mencionados autores seria respeitada a vontade do testador, bem como a igualdade dos filhos. Ocorre que

¹⁰⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. v. 7. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 205.

¹⁰⁹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**: direito das sucessões. v. 6. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012. p. 30.

necessária se faz a análise do caso concreto para que, caso haja necessidade, seja feita uma preponderância entre os princípios constitucionais para que não sejam sempre os filhos advindos da adoção impedidos de figurarem como fideicomissários, mas que o testamento permaneça com sua natureza de fielmente demonstrar a liberdade do testador, vez que este, em uma atitude de confiança, ao elaborar seu testamento em vida, acredita que suas últimas vontades serão atendidas.

Corroborando esse entendimento, tem-se o julgado extraído do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹¹⁰:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAUTELAR INCIDENTAL. FILHA ADOTIVA. FIDEICOMISSO INSTITUÍDO SOBRE BENS DE SEU PAI. Cláusula de transmissão aos sobrinhos afastada face à existência de uma filha, mostrando-se inoportuna a pretendida distinção entre filhos biológicos e adotivos ante o contido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, § 6º, sobretudo pelo fato de ter ocorrido o falecimento da testadora em 1996, época em que já vigorava a nova Carta, sem que aquela tivesse providenciado qualquer ressalva à eventual prole do filho. Ausentes razões que autorizem a indisponibilidade liminar sobre os bens, pleiteada pelos recorrentes, vai indeferida, prosseguindo-se no feito. Agravo não provido. (grifo nosso)

Percebe-se, diante do julgado acima transcrito, que a liberdade de testar da extinta restou preservada, porém como no caso em análise ela se omitiu com relação à prole do filho, se esta poderia ou não advir da adoção, o princípio da igualdade dos filhos veio a tona, equiparando os filhos independentemente de sua origem.

Assim, esta deverá ser a forma de interpretação das disposições testamentárias referentes a substituição testamentária. Diante da omissão do *de cuius* de estabelecer a origem da prole, esta abarcaria a filiação civil devido a igualdade dos filhos, mesmo diante das críticas que afirmem que assim seria mais fácil de se burlar a vontade do testador, face a preponderância da Carta Magna sobre legislações infraconstitucionais. Porém, tendo o extinto disposto sobre a origem da filiação da prole eventual, esta tem de ser observada, vez que a vontade

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70009340910**, 7ª Câmara Cível. Agravantes: João Gilberto Santos Brasil e Outros. Agravado: Michele Cristina Brasil da Rocha – Inventariante do espólio de Osvaldo Brasil da Rocha. Relatora: Min. Walda Maria Melo Pierro. Julgado em 06/10/2004. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=filha+adotiva+fideicomisso&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&req_uedfields=&as_q=>>. Acesso em 14 mar. 2013.

do testador deverá ser preservada, pois o testamento foi a forma por ele encontrada para garantir que a destinação de seus bens iria ser atendida da forma como foi disposta.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho propôs-se a abordar a abrangência dos direitos sucessórios provenientes da substituição fideicomissária frente à prole eventual advinda da adoção. A proposta principal do trabalho foi uma análise da possibilidade da referida prole ser originada através da adoção, apresentando o conflito de premissas constitucionais existente entre o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, que iguala direitos e deveres dos filhos independentemente da origem da filiação, e o da autonomia privada, inerente a liberdade do testador de dispor de sua metade disponível em testamento.

No primeiro capítulo foi apresentado o instituto da adoção, iniciando-se pela sua evolução histórica. Restou demonstrado que, no princípio, a adoção visava favorecer os casais que não mais podiam ter filhos, sendo apenas uma forma de permiti-los possuir descendentes que continuariam com o culto familiar e religioso da família. Com isso, comprovava-se que a adoção visava, primordialmente, atender as necessidades do adotante e não da pessoa que seria adotada. Através da evolução legislativa, a adoção foi passando a possuir um caráter mais humanitário, visando o interesse do menor, o que restou devidamente consolidado a partir do advento da Constituição Federal de 1988.

Com a promulgação da Carta Magna aduzindo sobre a igualdade dos filhos, a legislação infraconstitucional, conseqüentemente, seguiu o seu entendimento, chegando a situação dos dias atuais: plena igualdade de direitos e deveres dos filhos, independentemente da origem da filiação. Espelhando-se nisso, os efeitos advindos da filiação civil, sejam os de ordem jurídica, sejam os de ordem pessoal, visam conceder aos adotados a similitude com a filiação biológica que lhe é garantida constitucionalmente, incluindo-se aqui os direitos sucessórios.

Já no segundo capítulo do presente trabalho, foi abordada a substituição testamentária, dando enfoque ao seu objetivo, qual seja, possibilitar ao testador que teste em favor de alguém e que, caso este não queira ou não possa sucedê-lo ao tempo da abertura da sucessão, uma segunda pessoa, também instituída pelo *de cuius*, venha a substituí-lo, recolhendo a herança ou legado. Iniciou-se a abordagem do referido instituto através de sua evolução histórica, analisando-se cada uma de

suas espécies desde o tempo de seu surgimento, ainda no Direito Romano, até os dias atuais.

Ainda no segundo capítulo, detalhou-se a substituição testamentária que é foco do presente trabalho, qual seja, a substituição fideicomissária. Também restou demonstrado que, apesar do objetivo do instituto continuar o mesmo que era ao tempo de seu surgimento, antes ele era baseado completamente na confiança que o testador depositava na pessoa que iria transferir a propriedade do bem, vez que não era formalizada no testamento, como é feito nos dias atuais.

Também foi abordado os sujeitos presentes na substituição fideicomissária e sua previsão e aplicabilidade frente a legislação pátria atual, demonstrando-se que aquela também está passível de caducidade e de nulidade. De igual forma, também foi tratado pelo capítulo em questão sobre o instituto do fideicomisso e suas semelhanças e diferenças com o instituto da substituição fideicomissária, oportunidade em que foram apresentadas as particularidades e requisitos de cada institutos, deixando-os devidamente individualizados.

O último capítulo foi dedicado à abordagem a respeito da abrangência dos efeitos inerentes a substituição fideicomissária pela prole eventual oriunda da adoção. Como restou demonstrado no decorrer do presente trabalho, o principal requisito para caracterização da substituição fideicomissária é que esta seja prevista em favor de prole ainda não concebida ao tempo da sucessão, a chamada prole eventual. Assim, diante desta exigência trazida pelo Código Civil, em seu artigo 1.952, questiona-se a possibilidade desta prole ser composta por filhos adotivos, frente a igualdade dos filhos trazida pela Constituição Federal. Porém, como a principal característica do testamento é expressar o último ato de vontade do testador, independente da cláusula testamentária tratar de assuntos patrimoniais ou não, outro princípio constitucional foi apreciado: o da autonomia privada.

Desta feita, diante do conflito existente entre as referidas normas constitucionais, ainda no terceiro capítulo foi feita uma explanação acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, destacando-se a ponderação feita entre os mencionados princípios. Diante disso, foram abordadas as hipóteses trazidas pela doutrina acerca da possibilidade ou não do filho advindo da adoção figurar como fideicomissário na substituição fideicomissária.

Desse modo, todos os objetivos a que se destinou o presente trabalho científico foram alcançados, uma vez que foi constatada a possibilidade do filho

adotivo figurar como fideicomissário na substituição fideicomissária, através da análise de cada hipótese trazida pela doutrina pátria; foram estudadas as peculiaridades e requisitos presentes nos institutos da adoção e da substituição fideicomissária, observando-se a possibilidade desta poder abranger aquela; bem como foi analisado o tratamento recebido por ambos os institutos sob a óptica legal, jurisprudencial e doutrinária.

Por todo o exposto, tem-se que o princípio da igualdade dos filhos deve ser aplicado quando da análise da disposição testamentária que traga a substituição fideicomissária gravada em si. Porém, tal aplicação não deve ser de forma plena e desmedida, haja vista que deve ser preservado o princípio da autonomia privada, o qual é inerente ao testador, tendo em vista que o testamento é um negócio jurídico unilateral, onde o *de cuius* possui liberdade para dispor do patrimônio que constitua sua metade disponível.

Dessa forma, através de uma construção histórico-evolutiva e dedutiva, realizada por documentação indireta, que permitiu o estudo da doutrina, legislação e jurisprudência pátrias, deduziu-se que, caso o testador, no momento da feitura do testamento, exclua expressamente a prole eventual advinda da adoção de figurar como fideicomissário, a vontade daquele deverá prevalecer, não apenas como uma forma de garantir a efetivação de sua autonomia privada, mas também com o intuito de ser mantida a característica principal do testamento, qual seja, a declaração de última vontade do extinto. Porém, caso o testador silencie a respeito da origem da prole eventual, não há motivo para afastar a prole originada pela adoção da substituição fideicomissária, devido a incidência do princípio da igualdade dos filhos na disposição testamentária, o que acaba por não interferir na autonomia privada do *de cuius*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

_____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 31 jan. 2013.

_____. **Código de Menores**. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm>. Acesso em: 31 jan. 2013.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Vade mecum acadêmico de direito**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 703362 PR 2004/0153151-0**, da 4ª Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorridos: E A K e Outro. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Publicado em DJe 08/06/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14319535/recurso-especial-resp-703362-pr-2004-0153151-0-stj>>. Acesso em: 06 fev. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 820814 SP 2006/0031403-9**, da 3ª Turma. Recorrente: Fernando Frugoli – Espólio, representado por Ugo Osvaldo Frugoli – Inventariante. Recorrido: Victorina Thereza Frugoli e Outro. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Publicado em DJe 25/10/2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STJ/IT/RESP_820814_SP_09.10.2007.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 201819 / RJ**, da 2ª Turma. Recorrente: União Brasileira de Compositores – UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Min. Ellen Gracie. Publicado em DJe 27/10/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28incid%EAncia+direitos+fundamentais+autonomia+privada%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cvfrk3>>. Acesso em 10 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 687432 AgR**, da 1ª Turma. Agravante: Caixa de previdência dos funcionários do Banco do Brasil – Previ. Agravado: Eugênio Cláudio de Oliveira Santos. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado em DJe 02/10/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28reconhecimento+uni%E3o+homoafetiva%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c7sy snq>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **AC 900004-19.2011.8.26.0576**. Apelante: Promotor de Justiça Vara Infância e Juventude de São José do Rio Preto. Apelada: Daniele Cássia Telatin. Relator: Des. Silveira Paulilo. Julgado em 27/02/2012. Disponível em: <<http://esaj.tjst.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5710896&v1Captcha=ppsde>>. Acesso em 08 fev. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70009340910**, 7ª Câmara Cível. Agravantes: João Gilberto Santos Brasil e Outros. Agravado: Michele Cristina Brasil da Rocha – Inventariante do espólio de Osvaldo Brasil da Rocha. Relatora: Min. Walda Maria Melo Pierro. Julgado em 06/10/2004. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=filha+adotiva+fideicomisso&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em 14 mar. 2013.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CULTURA BRASILEIRA. **Código de Hamurábi**. Disponível em: <<http://www.cpihts.com/PDF/C%C3%B3digo%20hamurabi.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

CUNHA, Tainara Mendes. **A evolução histórica do instituto da adoção**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-historica-do-instituto-da-adoacao,34641.html>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. v. 6. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. v. 5. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FONTANELLA, Patrícia; RUSSI, Patrícia. **A possibilidade da adoção da prole eventual diante das incidências dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Revista da ESMEC, v. 14, n. 20, 2007. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/3-1247227159.PDF>>. Acesso em 10 mar. 2013.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14. ed. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. v. 3. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. v. 7. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, Carlos Kennedy da Costa. **Considerações sobre a sucessão testamentária no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina-PI: 3 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5888>>. Acesso em 09 mar. 2013.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**: direito de família e sucessões. v. 5. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRA, Danilo Cristiano Antunes. **Lei das Doze Tábuas – Lei das 12 Tábuas – Lei das XII Tábuas**. Jurisciência: dez. 2008. Disponível em: <<http://www.jurisciencia.com/vademecum/tratados-pactos-acordos/lei-das-doze-tabuas-lei-das-12-tabuas-lei-das-xii-tabuas/210/>>. Acesso em: 27 fev. 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. v. 2. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OST, Stelamaris. **Adoção no contexto social brasileiro**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 61: fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5881>.
Acesso em: 10 fev. 2013.

RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. *In* FIUZA, César. **Direito Civil**: atualidades II – Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 17.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**: direito das sucessões. v. 6. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.

UNICEF. **Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.htm>. Acesso em: 06 fev. 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. v. 7. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Direito civil**: direito de família. v. 6. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.