

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO**

ADRIANE GOUVEIA SOLIS

SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA
Conflitos entre a autonomia de testar e a igualdade de filiação

**SÃO PAULO
2021**

ADRIANE GOUVEIA SOLIS

SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA
Conflitos entre a autonomia de testar e a igualdade de filiação

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Presbiteriana Mackenzie como
parte dos requisitos para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

ORIENTADORA: Prof.^a Dra. Ana Cláudia da Silva Scalquette

SÃO PAULO
2021

ADRIANE GOUVEIA SOLIS

SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA
Conflitos entre a autonomia de testar e a igualdade de filiação

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Presbiteriana Mackenzie como
parte dos requisitos para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Aprovada em __/__/__

Prof.^a Dra. Ana Cláudia da Silva Scalquette (orientadora)

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Examinador(a) 01

Examinador(a) 02

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, que permitiu que meus objetivos fossem alcançados, durante todos os meus anos de estudos.

Aos meus pais, que sempre me apoiaram, incentivaram nos momentos difíceis e compreenderam a minha ausência enquanto me dedicava à realização deste trabalho.

À Prof.^a Dra. Ana Claudia da Silva Scalquette, por ter sido minha orientadora e ter desempenhado tal função com toda a dedicação e a amizade.

Aos meus amigos, que estiveram sempre ao meu lado, pela amizade e pelo apoio demonstrado ao longo de todo o período em que me dediquei a este trabalho.

Aos professores da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, por todos os conselhos, pelo auxílio e pela paciência com a qual guiaram o meu aprendizado.

Às pessoas as quais convivi na trajetória desses cinco anos de curso, que me incentivaram e contribuíram na minha formação acadêmica.

“Diferente é a história, não o amor. Incomuns são as circunstâncias e não o afeto”. (Luiz Schettini Filho)

RESUMO

A presente monografia apresenta como objeto de estudo a substituição fideicomissária, disciplinada pelo Código Civil Brasileiro. Composta por três capítulos, objetivou-se a exposição com o método histórico analítico, para atingir o objetivo primordial consistente na defesa da capacidade de fideicomissário aos filhos adotivos, à prole eventual e aos embriões criopreservados, em tempos atuais e futuros. Na primeira parte, foi feito um detalhamento histórico do direito constitucional à herança, culminando nas influências de ambos os ordenamentos romano e francês ao ordenamento jurídico brasileiro e as significativas mudanças no direito de família e sucessões introduzidas pela Constituição Federal de 1988. Na segunda parte, abordou-se as substituições testamentárias vulgar, plúrima e fideicomissária, verificando-se, ainda, a origem no Direito Romano, a introdução deste no ordenamento jurídico brasileiro e as modalidades do fideicomisso. A terceira parte da presente monografia demonstra, com base em questões reflexivas, os elementos para a constituição do fideicomisso, os direitos e deveres do fiduciário e do fideicomissário; as hipóteses que levam a caducidade ou nulidade do instituto, para abordar as controvérsias no fideicomisso entre a autonomia do testador e o fideicomissário. O estudo da substituição fideicomissária não é um tema contemporâneo, notadamente pois, desde os primórdios no Direito Romano, resguardavam-se os aspectos tradicionais do instituto. Não por outro motivo, a maleabilidade do instituto é considerada como baluarte, pois, a despeito das rigorosas reprimendas, o fideicomisso permanece agregando ao direito privado até a atualidade, projetando-se aos tempos pósteros como viabilizador da proteção de indivíduos, até então desconsiderados ou desconhecidos pela sociedade e pelo ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Embriões criopreservados. Fideicomisso. Filiação civil. Igualdade jurídica entre filhos. Prole eventual.

ABSTRACT

The monograph presents as an object the study of fideicommissary substitution, disciplined in the Brazilian Civil Code. Composed by three chapters, the objective of the exhibition was to use the historical analytical method to achieve the primary objective of defending the capacity of the adopted children, offspring, and cryopreserved embryos to be fideicommissaries, in current and future times. In the first chapter, a historical detailing of the constitutional right to inheritance was made, culminating in the influences of both the Roman and French systems to the Brazilian legal system and the significant changes in family law and successions introduced by the Federal Constitution of 1988. In the second chapter, different types of substitutions were addressed, also verifying the origin of Roman law, its introduction into the Brazilian legal system and the modalities of trust. The last chapter demonstrates, from reflective questions, the elements for the constitution of the fideicommissary substitution; the rights and duties of the fideicommissary and the fiduciary heir; the hypotheses that lead to the expiry or nullity of the institute, to address the controversies in the trust between the autonomy of the testator and the fideicommissary. The study of fideicommissary substitution is not a contemporary theme, remarkably because, since the beginning of Roman law, the traditional aspects of the institute were protected. For no other reason, the malleability of the institute is considered as a bulwark, because, despite the strict reprimands, the trust remains adding to private law until today, projecting itself to the times afterwards as a viable protection for individuals yet disregarded or unknown society and the legal system.

Keywords: Civil affiliation. Cryopreserved embryos. Eventual offspring. Fideicommissary. Legal equality between children.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – HERANÇA	10
1.1 DIREITO CONSTITUCIONAL À HERANÇA	10
1.2 ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE O DIREITO À HERANÇA	13
1.2.1 Ordenamento romano: Lei das XII Tábuas	13
1.2.2 Ordenamento francês: Igualdade de filiação	15
1.2.3 Ordenamento brasileiro: Constituição de 1988	16
1.3 ABERTURA DA SUCESSÃO E TRANSMISSÃO DA HERANÇA	20
1.3.1 Sucessão Legítima	21
1.3.2 Legitimação sucessória	23
1.4 SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA.....	24
1.4.1 Capacidade para suceder	26
1.4.2 Testamento	27
CAPÍTULO 2 - SUBSTITUIÇÃO TESTAMENTÁRIA	29
2.1 SUBSTITUIÇÃO VULGAR	29
2.2 SUBSTITUIÇÃO PLÚRIMA OU RECÍPROCA	31
2.3 SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA	33
2.3.1 Origem no Digesto, do Direito Romano	33
2.3.2 Instituto no ordenamento jurídico brasileiro	38
2.3.3 Conceito da substituição fideicomissária e suas modalidades	40
2.3.4 Breves observações sobre a substituição compendiosa	44
CAPÍTULO 3 – CONTROVÉRSIAS SOBRE O FIDEICOMISSO	47
3.1 ELEMENTOS PARA CONSTITUIÇÃO DO FIDEICOMISSO	47
3.2 DIREITOS E DEVERES DO FIDUCIÁRIO	50
3.3 DIREITOS E DEVERES DO FIDEICOMISSÁRIO	57
3.4 CADUCIDADE E NULIDADE DO FIDEICOMISSO	61
3.4.1 Observações sobre o fideicomisso e o usufruto	66
3.5 FIDEICOMISSO E ADOÇÃO	68
3.6 FIDEICOMISSO E PROLE EVENTUAL	71
3.7 FIDEICOMISSO E EMBRIÃO CRIOPRESERVADO	73
CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS	79

INTRODUÇÃO

O estudo da substituição fideicomissária não é um tema contemporâneo, notadamente pois referido instituto está inserido no direito sucessório há quase dois mil anos. Isso porque, desde os primórdios no Direito Romano, resguardavam-se os aspectos tradicionais dessa substituição testamentária.

Naquela época, o fideicomisso, conhecido como “*fideicommissum*”, era um instrumento autônomo, caracterizado como uma disposição de última vontade pela qual o testador determinava ao fiduciário a “guarda” de determinados bens, enquanto o fideicomissário não poderia receber a herança ou legado, sendo incabível a execução forçada, em virtude de seu alicerce apenas na confiança (*fides*).

Apesar de presente desde alhures, múltiplas controvérsias ainda permeiam o fideicomisso. Enquanto alguns ordenamentos optaram por banir referida substituição, em virtude da suposta violação ao princípio da livre circulação de riqueza, os demais a preservaram em razão da sua vasta utilidade.

Porém, em que pese a permanência do fideicomisso em diversos ordenamentos, com base na tradição romanista, é certo que nenhum instituto deve conservar seu conteúdo na integralidade quando confrontado com a constante evolução das sociedades. Não por outro motivo, o instituto vem se transformando desde os primórdios até os tempos atuais. Tal maleabilidade é o baluarte deste, porque, a despeito das rigorosas reprimendas, o fideicomisso permanece agregando ao direito privado, projetando-se aos tempos pósteros como viabilizador da proteção de indivíduos até então desconsiderados ou desconhecidos pela sociedade e pelo ordenamento jurídico.

Na atualidade, o fideicomisso assume um papel que propicia a superação dos paradigmas do direito constitucional e do direito civil, revérberos de uma construção histórica. A inovação do Código Civil de 2002, no Direito Brasileiro, consagrou-se pela restrição de legitimidade à pessoa ainda não concebida. Nesta esteira, a metodologia adotada na presente monografia é histórico analítica, justamente para atingir o objetivo primordial consistente na defesa da legítima condição de fideicomissário aos filhos adotivos, à prole eventual e aos embriões criopreservados, em tempos atuais e futuros.

Para isso, a presente monografia foi construída em três capítulos. Considerando que o objeto da presente monografia é a comprovação de que, muito embora o testador não mencione a possibilidade de o fideicomissário ser fruto da filiação civil ou de intervenção medicinal, todos devem ser reconhecidos como indivíduos capazes de suceder, prevalecendo o princípio da igualdade de filiação em detrimento de eventual autonomia de testar, faz-se necessário apontar a evolução história do direito à herança e da filiação biológica ou civil. Este é justamente o objetivo do primeiro capítulo.

Na primeira parte, após breve ambientação, há um detalhamento histórico do direito constitucional à herança desde suas origens no Direito Romano, perpassando o Direito Francês, que trouxe uma mudança significativa com relação à filiação, e culminando nas influências de ambos ao ordenamento jurídico brasileiro e as significativas mudanças no direito de família introduzidas pela Constituição Federal de 1988. Assim, será possível observar as transmutações dos institutos da herança e da filiação, reflexo da constitucionalização do direito civil e, em especial, do direito de família e sucessões.

Na segunda parte, serão abordadas as substituições testamentárias vulgar, plúrima e fideicomissária, oportunidade em que verificar-se-ão as diferenças entre esses institutos. Além disso, analisar-se-á, quanto à substituição fideicomissária, a origem no Direito Romano e a introdução deste no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, serão tecidas breves considerações sobre a substituição compendiosa, conhecida como uma conjunção de dois dos institutos mencionados.

A terceira parte da presente monografia demonstra, com base em questões reflexivas, os elementos para a constituição do fideicomisso, os direitos e deveres do fiduciário e do fideicomissário; as hipóteses de caducidade ou de nulidade do instituto, para abordar as controvérsias no fideicomisso entre a autonomia do testador e o fideicomissário, em decorrência da filiação civil e das técnicas de reprodução assistida.

Esta etapa pretende ser base para assegurar a tese proposta na presente monografia: a filiação civil, a prole eventual e o embrião criopreservado deverão, sim, ser considerados como pessoa ainda não concebida e, portanto, legitimados para atuar na condição de fideicomissário. Assim, demonstrar-se-á que o fideicomisso é o instrumento de suma importância no direito privado, em conjugação com o direito constitucional, para a proteção do ente não concebido, com exceções necessárias para englobar o filho adotivo ou fruto de intervenção medicinal.

CAPÍTULO 1 – HERANÇA

Neste capítulo, será exposta, do ponto de vista histórico-analítica, a evolução história do direito à herança e da filiação biológica ou civil.

1.1 DIREITO CONSTITUCIONAL À HERANÇA

Preliminarmente, mister esclarecer o conceito jurídico de herança. A palavra herança, do latim *haerentia*¹, pode ser definida como conjunto de bens, materiais ou imateriais, e obrigações que uma pessoa civil possuía em vida e transmite a terceiro(s) quando de seu falecimento. Nas lições de Carlos Roberto Gonçalves:

(...) a palavra “herança” tem maior amplitude, abrangendo o patrimônio do de cujus, que não é constituído apenas de bens materiais e corpóreos, como um imóvel ou um veículo, mas representa uma universalidade de direito, o complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico (CC, art. 91)²

Nessa mesma linha, esclarece Ana Cláudia Scalquette:

Herança é o conjunto de direitos e obrigações transmitidos em razão da morte, ou seja, bens e dívidas que alguém acumulou no decorrer da vida.³

Nota-se, das lições colecionadas acima, que o falecido é também conhecido como “*de cujus*”. Segundo Silvio Rodrigues, “a expressão de cujus é tirada da sentença latina *de cujus successione agitur*⁴”, isto é, a pessoa de cuja sucessão ou cujos bens estamos nos referindo.

Superado tal esclarecimento, é possível concluir que herança é um arcaísmo que engloba tanto bens corpóreos, como incorpóreos, razão pela qual o Código Civil de 2002 alterou a redação do artigo 1.572 do Código Civil de 1916⁵, *in verbis*:

Aberta a sucessão, o **domínio e a posse** da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. (grifo do autor)

As palavras “domínio” e “posse” apresentavam uma acepção adstrita aos bens materiais. Já a expressão “herança” engloba não só os bens materiais e corpóreos, mas também “as dívidas, os créditos e os débitos, os direitos e as obrigações, as pretensões e ações de que era

¹ Cf. HERANÇA. In: MICHAELIS, Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos Ltda., 2020. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=yVmDG>. Acesso em 8 out. 2020

² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil volume 7: direito das sucessões*. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.32

³ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Família & Sucessões*. 8 ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 185

⁴ ROGRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direitos das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.11

⁵ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.32

titular o falecido, e as que contra ele foram propostas, desde que transmissíveis⁶”. Tendo isso em vista, atualmente, dispõe o artigo 1.784 do Código Civil de 2002:

Aberta a sucessão, a **herança** transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. (grifo do autor)

Isso posto, verifica-se que herança é o patrimônio do falecido que não se restringe apenas e tão somente aos bens materiais, como também as dívidas e despesas funerárias.

Explica José de Oliveira:

O falecido participou desta, fez contratos, contraiu dívidas. Não seria razoável que tudo se quebrasse com a morte, frustrando os contraentes. É necessário, para evitar sobressaltos na vida social, assegurar que os centros de interesses criados à volta do autor da sucessão prossigam quanto possível sem fracturas para além da morte deste.⁷

Com relação as dívidas, imperioso ter em mente que elas não podem ser satisfeitas para além do patrimônio deixado pelo falecido aos seus sucessores, sob pena de violação à clausula pétreta estabelecida na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLV. Veja-se:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Nesse mesmo sentido, o vocábulo “herança” deve também pressupor a existência de créditos em nome do *de cuius*. Há que se lembrar da possibilidade de inclusão dos herdeiros no polo ativo de uma demanda judicial, por exemplo, caso um indivíduo tenha direito ao recebimento de indenização por danos materiais e/ou morais, decorrentes de um ato ilícito contra ela praticado, seus sucessores poderão substituí-lo processualmente, sobretudo pois a palavra herança é vocábulo dotado de certa amplitude e permite tal abrangência.

A exigência por qualquer sociedade juridicamente organizada, de que com a morte de uma pessoa as suas relações jurídicas não se extinguem, mas que outras pessoas nelas entrem tomando o lugar do defunto, encontra satisfação no instituto da herança. Em qualquer lugar outro campo pode ser verdade o *mors omnia solvit*, menos no direito, onde exigências não só morais e do espírito, mas sociais, políticas e, sobretudo, econômicas, impõem que, para a segurança do crédito, para a conservação e incremento da riqueza, as relações de uma pessoa continuem mesmo depois da sua morte; que n o seu patrimônio se substitua um novo titular, o qual represente como que o continuador da personalidade do defunto [...]

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.32

⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Sucessões*. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 13, apud, TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das sucessões – v.6*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p.19.

[...] que a morte não possa e não deva romper as relações de quem cessa de existir, porque a interrupção destas repercutir-se-ia com efeitos danosos sobre toda a economia geral⁸.

Como analisar-se-á adiante, a Constituição Federal de 1988 trouxe, dentre outras garantias aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, o direito de herança, o qual não deve ser interpretado como sinônimo ao direito a suceder alguém. Isso porque, antes da morte, os sucessores possuem apenas a expectativa à sucessão. Nesse sentido, elucida Paulo Lôbo:

Antes da morte, há mera expectativa de direito, mas não direito constituído ou direito expectativo, porque a sucessão não ocorreu, sendo apenas eventual. Se a lei, antes da abertura da sucessão, restringir a ordem de vocação hereditária, ou se um provável herdeiro morrer antes do *de cuius*, quem poderia ser herdeiro deixa de o ser.⁹

No mesmo sentido já se posicionaram os Tribunais Pátrios:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PONTO OMISSO. ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE DA APELAÇÃO. REJEIÇÃO.

O direito à herança está previsto no artigo 5.º, XXX, da Constituição da República, no rol dos direitos fundamentais, sendo, portanto, matéria de ordem pública, cognoscível pelo magistrado de ofício, independente, até mesmo, de qualquer alegação das partes.

Assim, seja como for, diante da remessa dos autos a essa instância superior, a cassação da sentença se impõe, a fim de se garantir a correta partilha dos bens a inventariar.

Rejeição dos embargos.¹⁰

Conclui-se que o patrimônio do falecido a ser partilhado, chamado de *monte mor partilhável*, são os bens, materiais e imateriais, descontadas as despesas do *de cuius*, que não podem ultrapassar o limite da herança, sob pena de violação à Constituição Federal de 1988.

⁸ RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*. 6 ed. Campinas: BooKseller, 1999, p.605-606, apud, ARAÚJO JUNIOR, João Batista de; CAMPOS, Mariza Salomão Vinco de Oliveira; GUEDES, Márcio Bulgarelli. *Transmissão da Propriedade no Direito Sucessório*. In: Revista Reflexão e Crítica do Direito, Ribeirão Preto/SP, a. I, n. 1, p. 173-187, jan/dez. 2013

⁹ LÔBO, Paulo. *Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar*. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Famílias: Pluralidade e Felicidade. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/290.pdf> . Acesso em 27 set. 2020

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (6ª Câmara Cível). **EDcl na Apelação Cível 0000349-88.1997.8.19.0006**, 6ª Câmara Cível, Relator Desembargador Nagib Slabi Filho, julgado em 27 jan. 2010, publicado em 12 fev 2010. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003D5286EA24FE8FB7666DF9FCEBD44BCD719C402360B27>. Acesso em 27 set. 2020

1.2 ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE O DIREITO À HERANÇA

Superada a concepção jurídica de herança e a importância da sua distinção de outros vocábulos, demonstrar-se-á, ao caro leitor, importantes aspectos históricos sobre o direito de suceder.

Em primeiro lugar, serão analisados os pontos cruciais do ordenamento romano ligados ao direito da família. Em um segundo momento, será avaliada a importante influência do ordenamento francês, por ter sido um dos primeiros a reconhecer a igualdade a filiação, ao ordenamento brasileiro.

Por fim, serão analisados os impactos de ambos os ordenamentos romano e francês ao ordenamento jurídico brasileiro e as significativas mudanças introduzidas pela Constituição Federal de 1988 no direito de família e sucessões.

1.2.1 Ordenamento romano: Lei das XII Tábuas

Dentre as doze tábuas existentes à época, a quarta tábua possui especial relevância a este estudo. Isso porque essa tábua tratava do pátrio poder, sob os filhos “nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vende-los¹¹”. Portanto, os filhos havidos fora do casamento eram tidos como “bastardos” e não poderiam se beneficiar da sucessão.

Esclareça-se que, na época, a união entre homem e mulher poderia ser efetivada com ou sem o *manus maritalis*, isto é, com ou sem a submissão da mulher ao homem, este último conhecido como *pater famílias*. Ante a efetivação do *manus maritalis*, por meio de três formas conhecidas como *confarreatio*, *coemptio* e *usus*, o patrimônio da mulher doravante pertencia ao seu marido, que se tornava responsável pela administração dos bens. Para distinção das formas do *manus maritalis*, cita-se:

(...) a *confarreatio*, a *coemptio* e o *usus*, convindo assinalar que a primeira tem sentido estritamente religioso, sendo uma espécie de sacrifício votado ao deus Júpiter Farreus, em que se empregava um pão de trigo (*far*), em uma cerimônia restrita aos patrícios, perante dez testemunhas, acompanhado de palavras solenes do sacerdote de Júpiter (*flamen Dialies*)¹².

¹¹ BARROS FILHO, Fernando do Rego; PERES, Luciana. *Relação das Doze Tábuas com o Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://unisantacruz.edu.br/revistas/index.php/JICEX/article/view/1880/1723>. Acesso em 9 maio. 2021

¹² GAIO. *Institutas*, l. 110 a 115, apud NETO, Helmut Steinwascher. *O matrimônio romano e sua dissolução*. In: Cadernos de Iniciação Científica 3. 2015. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/CIC/article/view/805#:~:text=No%20Direito%20Romano%2C%20a%20mulher,poderia%20constituir%20o%20casamento%20em>. Acesso em 15 abr. 2021

A *coemptio* é o casamento privativo dos plebeus. Tem caráter tipicamente jurídico e sua finalidade é garantir também aos plebeus a instituição da paternidade legítima e da agnação. Era a concretização do casamento pela venda fictícia, com a diferença de que, na transação matrimonial, a *mancipatio* (modo derivado solene de transferir a propriedade) tinha a participação da nubente (a própria mulher é que se vende, que se mancipa ao marido), por intervenção de seu *paternilias*, se *alieni iuris*, ou de seu tutor, se *sui iuris*, respondendo à pergunta do marido, sendo um negócio jurídico formal *per aes et libram* (pelo bronze e pela balança). A *coemptio* remete aos primitivos costumes em que o marido comprava realmente a mulher, mediante pedaços de metal oferecidos ao pai¹³.

O *usus* é a aquisição da *manus* aplicando a regra geral de Usucapião das XII Tábuas sobre o *usus auctoritas*: se o marido conviveu com a mulher durante um ano em matrimônio válido, não lhe pode ser eficazmente negado o poder marital, a não ser que a mulher durma fora do teto conjugal três noites seguidas (*usurpatio trinocitii*), antes da expiração de um ano. (...) ¹⁴.

Depreende-se, portanto, que o *manus maritalis* por meio da hipótese conhecida como *usus*, atribuída ao marido, pela mera convivência conjugal, a posição de possuidor dos bens da então esposa. Destaca-se:

Isto não quer dizer que toda e qualquer relação concubinária recebia o status de casamento, ou *justae nuptiae*. Havendo impedimento entre os companheiros, como no caso do concubinato adúlterino, a união poderia produzir eventuais efeitos jurídicos, mas era inapta para atribuir *manus maritalis* ao homem¹⁵.

No mais, esclareça-se que, em Roma, o *pater famílias* possuía plena liberdade de testar. Contudo, falecendo sem testamento, a sua herança era partilhada, obedecendo a seguinte ordem de vocação era: (a) *sui*, filhos sob o pátrio poder, noras e outros parentes sujeitos ao *de cuius*; (b) *agnati*, pessoas sob o pátrio poder ou sujeitos a ele, se o *pater famílias* não estivesse morto; (c) *gentiles*, membros da mesma *gens*¹⁶.

Após, o *direito justinianeum* limitou a sucessão apenas aos parentes naturais, com base na ordem de vocação hereditária, que influenciou o nosso Código Civil de 1916. A ordem de

¹³ SIDOU, José Maria Othon. *Matrimonium – I*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, v.52, 1977, p. 65/67, apud NETO, Helmut Steinwascher. *O matrimônio romano e sua dissolução*. In: Cadernos de Iniciação Científica 3. 2015. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/CIC/article/view/805#:~:text=No%20Direito%20Romano%2C%20a%20mulher,poderia%20constituir%20o%20casamento%20em>. Acesso em 15 abr. 2021

¹⁴ NETO, Helmut Steinwascher. *O matrimônio romano e sua dissolução*. In: Cadernos de Iniciação Científica 3. 2015. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/CIC/article/view/805#:~:text=No%20Direito%20Romano%2C%20a%20mulher,poderia%20constituir%20o%20casamento%20em>. Acesso em 15 abr. 2021

¹⁵ Cf. ESPINOSA, Marcelo. *Evolução Histórica da União Estável*. 2014. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_evolucao_historica_da_uniao_estavel_0.pdf. Acesso em 17 out. 2020

¹⁶ Cf. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das sucessões*. v.6. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 24

vocação era, respectivamente, (a) os descendentes; (b) os ascendentes, em conjunto com os irmãos bilaterais; (c) os irmãos consanguíneos ou uterinos e, por último, (d) demais parentes colaterais¹⁷.

Não obstante, para os romanos, a herança deveria ser transmitida apenas na linhagem masculina e geralmente, ao filho primogênito¹⁸.

Com base nessa análise, é possível verificar que o ordenamento romano possuía como alicerces centrais o patriarcalismo e o chauvinismo. O homem possuía plena liberdade de administração de sua esposa, por meio do *manus maritalis*, e os filhos decorrentes de tal união. A herança, por sua vez, deveria ser transmitida aos filhos homens e “legítimos”, por assim dizer.

1.2.2 Ordenamento francês: Igualdade de filiação

Diferentemente do Direito Romano, no ano de 1972, o ordenamento francês introduziu uma mudança de suma importância: a igualdade dos pais entre os filhos e igualdades desses últimos entre si.

O fundamento da igualdade entre as filiações, que nos interessa especificamente, justifica-se por uma questão biológica e uma questão moral: a filiação é um laço de sangue, com exceção da filiação adotiva e, moralmente, o princípio de igualdade se afirma sobre a inocência do filho em relação às circunstâncias de seu nascimento¹⁹.

Outrora, o Código Civil Francês de 1804, também conhecido como Código Napoleônico, possuía disposições bastante hostis com relação a filiação intituladas como adúlterina ou incestuosa, ou seja, filhos decorrentes de união de pessoas impedidas de constituir o instituto de família²⁰.

No entanto, com o advento do Código Civil Francês no ano de 1972, modificou-se o paradigma com relação a prole extrapatrimonial. É possível dizer que se coloca um divisor de águas nas categorias de filiação e no princípio de igualdade entre todos os filhos.

¹⁷ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17. ed. Revista e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 3

¹⁸ Cf. JÚNIOR, Pedro Irinei Vieira. *Fideicomisso no direito das sucessões*. Santa Catarina, 2009. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Pedro%20Irinei%20Vieira%20Junior.pdf>. Acesso em 3 nov. 2020

¹⁹ CORNU, Gérard. *Droit Civil: La Famille*. Paris: Montchrestien, 1984. p. 118, apud, BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Considerações sobre a filiação extramatrimonial em Direito de Família francês e brasileiro*. R. Fac. Direito. Curitiba. a.27. n.27. 1992/93, p.61-80. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176402>. Acesso em 3 nov. 2020

²⁰ Cf. BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Considerações sobre a filiação extramatrimonial em Direito de Família francês e brasileiro*. R. Fac. Direito. Curitiba. a.27. n.27. 1992/93, p. 61-80. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176402>. Acesso em 3 nov. 2020

Supõe-se, através desta presunção, que a relação entre a criança e o adulto faça transparecer a existência de um laço paterno ou materno em virtude da criança ser tratada como filho e, igualmente, ser reconhecida por outras pessoas como o sendo. É importante que exista o elemento de notoriedade do fato²¹.

Naquela época, a condição de filho era estabelecida a partir da convivência contínua, pacífica e inequívoca. Nota-se, portanto, que não se constituía relação de filiação àqueles que decorrem de união incestuosa absoluta. Ou seja, quando o filho provinha de relação entre ascendentes e descendentes ou irmãos, poderia ser declarada apenas um laço de filiação.

(...) quando a primeira filiação for estabelecida (materna ou paterna), ela obsta que a outra o seja. Essa restrição teria o intuito de proteger o filho de um possível trauma ligado ao conhecimento das condições de seu nascimento e dos efeitos que poderiam advir da notoriedade do fato²²

Veja-se que, com o advento do Código Civil Francês de 1972, cai por terra não só na França, mas como em todo o mundo, palavras como “bastardo”, “espúrio”, “ilegítimo” e “adulterino”. Permanecia, contudo, a distinção da filiação quando decorrente de união incestuosa absoluta. Mesmo assim, poderia ser declarado e constituído um laço de filiação.

1.2.3 Ordenamento brasileiro: Constituição de 1988

A Constituição de 1988 consolidou radicalmente a mudança de paradigma do conceito individualista e liberal das titularidades, como senhorio intocável sobre as coisas, para a subordinação daquelas à função social.²³

Com base nas lições de Paulo Lôbo colacionadas acima, dá-se início a análise do ordenamento jurídico brasileiro e suas mudanças paradigmáticas introduzidas pelo advento da Constituição Federal de 1988.

Outrora, o norte do ordenamento brasileiro era sempre a proteção do patrimônio, sendo que (i) a propriedade considerada como direito absoluto, (ii) o contrato era a regra absoluta e (iii) a família, merecedora da proteção do estado, era a matrimonial. A família matrimonial, à época, visava à perpetuação do direito da propriedade.

²¹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Considerações sobre a filiação extramatrimonial em Direito de Família francês e brasileiro*. R. Fac. Direito. Curitiba. a.27. n.27. 1992/93, p. 61-80. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176402>. Acesso em 3 nov. 2020

²² *Idem*

²³ LÔBO, Paulo. *Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar*. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Famílias: Pluralidade e Felicidade. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/290.pdf>. Acesso em 27 set. 2020

Contudo, com o advento da constituição cidadã, norteadas pelo princípio da liberdade, a propriedade privada transformou-se em direito absoluto, no qual o Estado não pode intervir. A partir daquele momento, o norte do nosso ordenamento passa a ser existencialista.

Visando sempre à tutela prioritária da pessoa humana e de sua dignidade, a propriedade teria que cumprir a sua função social, assim como o contrato. Nesse diapasão, o constituinte estabeleceu, como cláusula pétrea, a função social, podendo-se dizer, portanto, que se considera o interesse social em detrimento, por exemplo, da vontade do testador²⁴.

Não menos importante, há que se falar sobre o reconhecimento de todas as formas de família como merecedoras de proteção estatal, em especial da união estável, com o advento da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido dispõe o artigo 226, §3º, da Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

No mesmo sentido, o Ministro Roberto Barroso, relator do recurso extraordinário nº 878.694, em repercussão geral, frisou:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável.

2. **Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988.**

3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso.

4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: **“No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a**

²⁴ Cf. LÔBO, Paulo. *Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar*. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Famílias: Pluralidade e Felicidade. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/290.pdf>. Acesso em 27 set. 2020

distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002²⁵. (grifo do autor)

Nos tempos de outrora, os concubinos não tinham sequer direito à meação ou à herança. Após, a concubina era indenizada por aquilo intitulado de “*pretur carnus*”, ou seja, valor da carne. *A posteriori*, a indenização era efetuada em razão dos serviços domésticos, considerando uma relação trabalhista ao invés de relação civil.

Contudo, com o reconhecimento da união estável sob proteção especial do Estado, como base da sociedade, aniquila-se a concepção de que família era a única forma legítima de constituição da entidade familiar, abrindo espaço as novas concepções como família monoparental²⁶. Nas lições de Eduardo Leite:

Quando a Constituição se referiu à “união estável” não liquidou a noção de casamento [...] nem, tampouco, pretendeu qualquer equiparação de realidades dicotômicas, conforme se viu; o que a Constituição quis foi implantar uma nova ordem social e familiar que engloba outras formas de conjugalidade, não necessariamente esgotáveis na figura preponderante do casamento civil²⁷.

Nesse contexto, apesar do reconhecimento de outras formas de constituição da instituição familiar, percebe-se que a Constituição Federal ainda demonstra sua inclinação à instituição do casamento. Tanto é assim que induz a conversão, com facilidade, da união estável ao casamento. Assim, não obstante tenham sido reconhecidas ambas as entidades familiares, a legislação infraconstitucional é responsável por dispor sobre suas similitudes e diferenças²⁸.

Além disso, após a Constituição de 1988, como se viu, estabelece-se como cláusula pétrea o direito à herança e não à sucessão, de modo geral.

Outro ponto importante introduzido pela constituição cidadã foi a igualdade de filiação. Isso quer dizer que “os filhos de qualquer origem são investidos nos mesmos direitos e deveres,

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **RE 878694**, Ministro Relator Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10 maio. 2017, publicado em 15 maio. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>. Acesso em 17 out. 2020

²⁶ Cf. ESPINOSA, Marcelo. *Evolução Histórica da União Estável*. 2014. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_evolucao_historica_da_uniao_estavel_0.pdf. Acesso em 17 out. 2020

²⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*, v. I. 2 ed. Curitiba: Juruá, 1991, p.101, apud ESPINOSA, Marcelo. *Evolução Histórica da União Estável*. 2014. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_evolucao_historica_da_uniao_estavel_0.pdf. Acesso em 17 out. 2020

²⁸ Cf. ESPINOSA, Marcelo. *Evolução Histórica da União Estável*. 2014. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_evolucao_historica_da_uniao_estavel_0.pdf. Acesso em 17 out. 2020

inclusive sucessórios, independentemente de serem matrimoniais ou extramatrimoniais, biológicos ou socioafetivos²⁹”, nos termos do artigo 227, §6º, da Carta Magna.

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.

A priori, os direitos sucessórios eram condicionados à prova de legitimidade, ou seja, os filhos “legítimos” eram munidos de maiores direitos sucessórios em detrimento daqueles concebidos fora do casamento³⁰. Dessa forma, é notório que os filhos adotivos, caso a sucessão tenha sido aberta antes da vigência da Constituição Federal de 1988, são prejudicados em relação aos filhos “legítimos”.

Nesse diapasão, reconheceu a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário, atuado sob nº 163167:

DIREITO DAS SUCESSÕES. FILHOS ADOTIVOS. PRETENDIDA HABILITAÇÃO NA QUALIDADE DE HERDEIROS DOS DE CUJUS. INDEFERIMENTO CALCADO NO FATO DE A ABERTURA DA SUCESSÃO HAVER OCORRIDO ANTES DO ADVENTO DA NOVA CARTA, QUE ELIMINOU O TRATAMENTO JURÍDICO DIFERENCIADO ENTRE FILHOS LEGÍTIMOS E FILHOS ADOTIVOS, PARA FINS SUCESSÓRIOS. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AO ART. 227, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE INEXISTENTE.

A sucessão regula-se por lei vigente à data de sua abertura, não se aplicando a sucessões verificadas antes do seu advento a norma do art. 227, § 6º, da Carta de 1988, que eliminou a distinção, até então estabelecida pelo Código Civil (art. 1.605 e § 2º), entre filhos legítimos e filhos adotivos, para esse efeito. Discriminação que, de resto, se assentava em situações desiguais, não afetando, portanto, o princípio da isonomia. Recurso não conhecido³¹. (grifo do autor)

Pode-se assim dizer que a Constituição Federal de 1988 trouxe grandes avanços à sociedade brasileira não só ao direito de família, mas como um todo. No entanto, entende-se que as “novas” garantias da Constituição de 1988 não são presentes dos constituintes, mas sim reconhecimento do que a sociedade, por si só, já reconhecia.

²⁹ LÔBO, Paulo. *Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar*. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Famílias: Pluralidade e Felicidade. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/290.pdf> . Acesso em 27 set. 2020

³⁰ Cf. LÔBO, Paulo. *Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar*. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Famílias: Pluralidade e Felicidade. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/290.pdf> . Acesso em 27 set. 2020

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **RE 163167**, Ministro Relator Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 05 ago. 1997, publicado em 31 out. 1997. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1563268>. Acesso em 27 set. 2020

1.3 ABERTURA DA SUCESSÃO E TRANSMISSÃO DA HERANÇA

Segundo Zeno Veloso, “a morte, a abertura da sucessão e a transmissão da herança aos herdeiros ocorrem num só momento³²”. É nesse sentido que dispõe o artigo 1.784 do Código Civil de 2002:

Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Nesse diapasão, ainda, ressalta Ana Claudia Scalquette:

Dessa forma, a propriedade e a posse dos bens herdados transferem-se imediatamente, pelo simples fato morte, aos herdeiros legítimos e testamentários, independentemente da abertura do inventário.³³

Esclareça-se, portanto, que, pelo princípio de saisine, a abertura da sucessão e a transmissão da herança ocorrerão assim que efetivado o evento morte e não com a abertura do inventário.

A título exemplificativo, pai e filho estão em veículo automotivo e sofrem um acidente de trânsito que leva ao falecimento de ambos. Caso o pai tenha falecido antes do filho, ressalvada a meação, sua herança será transmitida ao seu filho. Por outro lado, se o filho for pré-morto ao pai, a herança do pai não será transmitida ao seu filho, uma vez que, quando do evento morte, o pai não possuía herdeiros em linha direta, aqui considerando-se que o pai também não possuía ascendentes vivos. Colaciona-se as lições de Lacerda de Almeida:

Com a abertura, pela morte do de cuius, nasce o direito de herdar, não importa para que herdeiro. A delação ou deferimento da herança, no entanto, pode não coincidir com a abertura da sucessão, como nos casos, por exemplo, em que a instituição de herdeiro depende de condição ou de termo, ou quando a delação se faz muito tempo depois da morte do autor da herança (testamento anulado e consequente vocação ab intestato)³⁴.

Isso não ocorrerá, contudo, com relação aos legatários. Conforme normas inculpidas nos artigos 1.923 e 1.934 do Código Civil, aos legatários “somente é transferido o direito, cabendo aos herdeiros entregar a posse dos bens legados³⁵”.

³² VELOSO, Zeno. *Novo Código Civil comentado*. Coordenação de Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2006, p.1598

³³ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Família & Sucessões*. 8 ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 187

³⁴ ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Sucessões*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, Editor, 1915, p.55, nota 3, apud, GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

³⁵ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Família & Sucessões*. 8 ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 187

Em ambas as hipóteses, resume Carlos Roberto Gonçalves que “para que haja sucessão é necessário que o herdeiro sobreviva ao hereditante³⁶”. Contudo, há casos em que não é possível aplicar o princípio de saisine em concreto. Nessas situações, utilizam-se as disposições do instituto da comoriência, isto é, a ocorrência de morte simultânea, disciplinada pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 8º. *In verbis*:

Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.

Por conseguinte, utilizando-se do exemplo supracitado, caso ambos (pai e filho) tivessem morrido, porém, não fosse possível concluir o momento da morte de cada um, considerar-se-ão comorientes, por presunção *juris tantum*³⁷. Como consequência, explica Carlos Roberto Gonçalves:

O principal efeito da presunção de morte simultânea é que, não tendo havido tempo ou oportunidade para a transferência de bens entre os comorientes, um não herda do outro.³⁸

Nesse contexto, frise-se, caro leitor, que a herança se transmite aos herdeiros legítimos e testamentários no momento da abertura da sucessão (não se incluem nesse momento os legatários). Como visto, o princípio de saisine é essencial quando do momento morte, pois se define quem são os legítimos sucessores à herança. Caso não seja possível a sua aplicação ao caso concreto, utiliza-se o instituto da comoriência.

1.3.1 Sucessão Legítima

Conforme norma insculpida no artigo 1.786 do Código Civil vigente, a “sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. Pode-se dizer, dessa forma, que ocorre a sucessão “*ab intestato*” quando se transmite a herança aos herdeiros expressamente listados em lei. Por outro lado, dá-se a sucessão testamentária quando se transmite a herança com base na última vontade do *de cuius*. Veja-se:

Quando se dá em virtude da lei, denomina-se sucessão legítima; quando decorre de manifestação de última vontade, expressa em testamento ou codicilo, chama-se sucessão testamentária³⁹.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.36

³⁷ Cf. SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Família & Sucessões*. 8 ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 188

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.37

³⁹ GONÇALVES, *op. cit.*. p.42

Por conseguinte, o artigo 1.788 do Código Civil prescreve que “morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”.

Ad argumentandum, ainda que a sucessão se dê por meio de testamento, há disposições expressas em lei que serão utilizadas subsidiariamente, por exemplo, quando ultrapassadas. Caso o testamento viole as disposições expressas em lei, e.g., a legítima, ou seja, metade da herança destinada aos herdeiros necessários, será considerado válido até a metade que pode dispor e ineficaz quanto ao excedente. Sobre a existência e eficácia do testamento, esclarece Orlando Gomes:

A existência de testamento não exclui, portanto, a sucessão legítima, porquanto, ainda sendo válido e eficaz, se dará havendo herdeiros obrigatórios ou havendo bens excedentes das disposições testamentárias. Quando ineficaz, por haver caducado, ou ter sido declarado nulo, aplicam-se, em substituição, as regras da sucessão ab intestato⁴⁰.

No mais, é importante mencionar que a sucessão legítima e a legítima não são sinônimos. A sucessão legítima, como se viu, é a modalidade de sucessão que adota a ordem estabelecida pelo legislador, intitulada de ordem de vocação hereditária prevista nos artigos 1820 e seguintes do Código Civil vigente. Por outro lado, a legítima é a reserva legal de metade da herança que pertence aos herdeiros necessários.

Conforme será analisado em maior profundidade no subcapítulo ulterior, se por um lado os herdeiros legítimos são os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e/ou companheiro, e os colaterais até o quarto grau, aqui abrangidos sucessivamente os irmãos; tios ou sobrinhos; primos, tios-avôs ou sobrinhos-netos, os herdeiros necessários são os descendentes, os ascendentes, bem como o cônjuge e/ou companheiro.

Nesse sentido, dispõe o artigo 1846 do Código Civil vigente que “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”. É importante salientar que os bens trazidos à colação são aqueles bens que foram dispostos em vida pelo de cujus, conforme norma insculpida no artigo 544 do Código Civil vigente.

⁴⁰ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17 ed. Revista e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 30

Como cediço, o descendente que foi contemplado com doação em vida tem a obrigação de “trazer” o valor desses bens no momento da abertura da sucessão. Caso não o faça, sofrerá a pena de sonegação, que significa perder o direito que teria sobre esse bem.

1.3.2 Legitimação sucessória

Primeiramente, imperioso distinguir os conceitos da legitimidade sucessória e a capacidade sucessória. Enquanto capacidade sucessória é a aptidão genérica para suceder, a legitimação é a aptidão específica para suceder.

Isso posto, resta evidente que todos os herdeiros legítimos têm capacidade sucessória, porém, nem todos aqueles que possuem capacidade sucessória irão ser legítimos na sucessão. Por exemplo, o ascendente, com capacidade sucessória, pré-morto ao indivíduo em questão, não tem legitimidade sucessória na abertura da sucessão.

Nos termos da norma insculpida no artigo 1.798 do Código Civil, “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

A respeito das pessoas nascidas, consideram-se aquelas que estiverem vivas quando da abertura da sucessão. Ou seja, como já exposto, o herdeiro legítimo deve sobreviver ao autor da herança.

Adicionalmente consideram-se herdeiros legítimos as pessoas já concebidas na abertura da sucessão. Por oportuno, conforme será demonstrado adiante, dispõe o artigo 1.597 do Código Civil quanto a presunção de concepção. *In verbis*:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Desse modo, caso o inventário seja aberto antes do nascimento, este é sobrestado até o nascimento com vida. Contudo, havendo natimorto, não se adquirem os direitos a sucessão, pela teoria natalista.

Pela definição da palavra, entende-se como natimorto, o indivíduo que “nasceu morto”. Tal situação para o Direito gera uma dificuldade intransponível, pois se o indivíduo não chegou a nascer, é fato de que não chegou a ter uma personalidade jurídica.⁴¹

1.4 SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

A sucessão testamentária é fruto da última vontade do ora falecido, quando em vida⁴². Como se viu brevemente, a sucessão testamentária possui como característica ser limitada, ou seja, “o testador pode dispor livremente de seus bens contanto que atente para certas regras impostas pelo legislador, como respeitar a legítima, parte que cabe aos herdeiros necessários⁴³”.

O título pelo qual se sucede testamentariamente é o ato de última vontade idôneo a determinar a devolução, mas seu fundamento se encontra indiscutivelmente na lei. Não é correto dizer-se que a sucessão testamentária opera por efeito da expressa vontade do homem. Sua viabilidade decorre de permissão do direito positivo. É a lei que põe à disposição das pessoas capazes um meio técnico de regulação da própria sucessão, assegurando-lhes o direito de dispor dos seus bens para depois da morte, observadas certas exigências. A vontade humana não é a causa da sucessão. Sua intervenção ocorre apenas para regrear a devolução sucessória⁴⁴.

Para materialização da sucessão testamentária, como já diz o nome, é imprescindível a elaboração de um testamento. O Código Civil de 1916, em seu artigo 1.626, rezava:

Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte.

No entanto, considerando que a definição oferecida pelo legislador é lacônica e concisa, Ana Claudia Scalquette define:

Testamento é ato solene, personalíssimo e revogável, pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, de seu patrimônio, para depois de sua morte, podendo, ainda, trazer disposições de caráter não patrimonial.⁴⁵

A partir disso, ressalta-se as principais características do testamento: (a) ato solene – deve obedecer às formalidades em lei, evitando, assim, que o testamento seja considerado nulo e portanto, desprezando-se a última vontade do autor da herança⁴⁶ -; (b) ato personalíssimo –

⁴¹ VASCONCELLOS, Milton Silva de. *O natimorto: relativizando a personalidade jurídica*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, n° 169. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-civil/1093/o-natimorto-relativizando-personalidade-juridica>. Acesso em 1 nov. 2020

⁴² RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 144

⁴³ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Família & Sucessões*. 8 ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 229

⁴⁴ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17. ed. Revista e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 69

⁴⁵ SCALQUETTE, *op. cit.* p. 230

⁴⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v.7, São Paulo: Atlas, 2005, p.192

as disposições de última vontade devem ser feitas pelo próprio autor da herança⁴⁷ -; (c) ato revogável – pode ser alterado a qualquer momento, até que seja efetivado o momento morte⁴⁸ -; (d) ato gratuito – o ordenamento brasileiro visa evitar contraprestação ou vantagem⁴⁹, por isso, também proíbe que haja abertura de sucessão de pessoa ainda em vida -.

Para testar, o autor da herança deve, além dos elementos elencados acima, ter mais de 16 (dezesesseis) anos e pleno discernimento no momento da edição do testamento.

O *título* da sucessão testamentária é um *negócio jurídico* que, como todo ato desta natureza, demanda *agente capaz*, com o *poder de dispor dos bens próprios* para depois do falecimento⁵⁰.

Não podem testar, portanto, os incapazes e aqueles que não possuem, ao tempo da elaboração do testamento, pleno discernimento, com fulcro no artigo 1.860 do Código Civil. Por força do artigo consequente, se considera à época da elaboração do testamento, uma vez que a (in)capacidade superveniente não intervém na (iv)validade do testamento.

Ainda, para garantir a validade do testamento, a testemunha testamentária é “a pessoa que tem capacidade para assegurar a veracidade do ato que se quer provar, subscrevendo-o⁵¹”. Para averiguar a admissão da testemunha, verifica-se o teor do artigo 228 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas:
 I - os menores de dezesseis anos;
 II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)
 III - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)
 IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;
 V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.

Conclui-se que, para ser testemunha, a pessoa deve possuir mais de 16 anos, assim como o testador, não podendo ser cônjuge, ascendente, descendente, colateral (até o terceiro grau), por consanguinidade ou afinidade. Ainda, não pode ser admitido como testemunha aquele que tiver interesse no litígio (aqui, lê-se testamento), o amigo íntimo ou inimigo capital do testador, herdeiro ou legatário. Por fim, entende-se como aquele que tiver interesse no testamento o

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v.6, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.178

⁴⁸ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Família & Sucessões*. 8 ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 230

⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v.7, São Paulo: Atlas, 2005, p.195

⁵⁰ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17. ed. [revista e atualizada por] Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 71

⁵¹ DINIZ, *op. cit.*, p.224

beneficiário da herança e lado outro, apesar da menção no artigo, não há problema em incluir o amigo íntimo como testemunha testamentária⁵².

Isso posto, Sílvio de Salvo Venosa ressalta que “não há que se entender como irremediavelmente nulo um testamento simplesmente porque, por exemplo, um parente do legatário participou do testamento como testemunha, sem qualquer outra atividade no ato ou na vontade do testador⁵³”.

Conforme demonstrar-se-á ponto a ponto adiante, assim como o testador deve possuir capacidade para tanto, seus sucessores devem possuir capacidade para adquirir seu patrimônio, no todo ou em parte, pelo testamento.

1.4.1 Capacidade para suceder

Inicialmente, ressalta-se que, na sucessão testamentária, regulada pelo artigo 1.799, podem ainda ser chamados a suceder, além das pessoas vivas e das já concebidas no momento da abertura da sucessão:

- I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;
- II - as pessoas jurídicas;
- III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Por conseguinte, regula-se pelo artigo 1.800 que os bens da herança serão confiados a um curador nomeado pelo juiz, salvo disposição em contrário no testamento. No entanto, passados dois anos após o momento de abertura da sucessão, os bens reservados, também salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

Uma vez que não se admite a existência de direitos sem sujeito, o testador somente pode atingir esse propósito pelo mecanismo da *substituição fideicomissária*, nomeado *fiduciário* para guardar os bens, a título de proprietário resolúvel⁵⁴.

Com relação ao inciso II do artigo 1.799 colacionado acima, as pessoas jurídicas englobam também aquelas já existentes no mundo da realidade. Explica Orlando Gomes que “Os entes coletivos sem existência legal não podem receber por testamento. São, também,

⁵² Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v.7, São Paulo: Atlas, 2005, p. 247

⁵³ VENOSA, *op. cit.*, p. 247-248

⁵⁴ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17. ed. Revista e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.74

peças inexistentes, quer os que ainda não adquiriram personalidade jurídica, quer os que a perderam⁵⁵”.

Enquanto àquelas citadas no inciso III do dispositivo mencionado, é possível englobar as fundações, que são as únicas pessoas jurídicas que podem ser criadas por testamento.

1.4.2 Testamento

Observadas as condições subjetivas, potencialmente existentes em todas as pessoas não declaradas incapazes, necessário se torna que o propósito de regular a própria devolução sucessória se consubstancie em negócio jurídico típico, chamado testamento⁵⁶.

O testamento é um ato revogável por excelência, ou seja, pode ser alterado a qualquer tempo. Essa revogação pode ser expressa ou tácita e total ou parcial. Existe, contudo, uma única exceção: o reconhecimento de paternidade é irrevogável mesmo quando feito por testamento, nos termos do artigo 1.610 do Código Civil vigente.

Como se viu, ante invalidade do testamento - nulo ou anulado - ou caducidade do testamento – ineficácia -, aplica-se a sucessão legítima.

Como exemplo, cita-se que, para lavrar um testamento público, são necessárias duas testemunhas, sob pena de nulidade. Por outro lado, ainda que lavrado com a presença de duas testemunhas, o testamento é válido, mas ineficaz, se o herdeiro vier a falecer antes do autor da herança.

O testamento público é ato [do tabelião ou de seu substituto legal]. Não podem lavrá-lo os escreventes juramentados dos tabeliães. Do começo ao fim, tem de ser escrito pelo próprio [tabelião ou seu substituto legal], sem interrupção. Contudo, se o estado de saúde do testador requer pausas, nem por isso se invalidará o ato, qualquer que seja a duração dos intervalos, uma vez que não se [ausente o tabelião. As testemunhas não necessitam estar presentes na lavratura do ato, porém é requisito essencial que assistam à leitura de todo o testamento, que deverá ser feita a um só tempo]⁵⁷.

Por fim, cabe esclarecer que se rompe o testamento, ou seja, perde-se a eficácia quando, após a sua lavratura, surgir um descendente que o testador: (i) não tinha quando testou; (ii) não

⁵⁵ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17. ed. Revista e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.75

⁵⁶ GOMES, *op. cit.*, p.71

⁵⁷ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17. ed. Revista e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.86

conhecia quando testou, bem como (iii) existirem outros herdeiros necessários não mencionados. Veja-se nos respectivos artigos do atual Código Civil:

Art. 1.973. Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador.

Art. 1.974. Rompe-se também o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários.

Art. 1.975. Não se rompe o testamento, se o testador dispuser da sua metade, não contemplando os herdeiros necessários de cuja existência saiba, ou quando os exclua dessa parte.

Assim, conforme mencionado anteriormente, ocorrendo o rompimento do testamento, seguem-se as regras da sucessão legítima, obedecendo a ordem de vocação hereditária prevista em lei.

CAPÍTULO 2 - SUBSTITUIÇÃO TESTAMENTÁRIA

Inicialmente, imperioso esclarecer que as substituições testamentárias, em atenção ao princípio da autonomia da vontade, são as disposições por meio das quais o testador nomeia, no lugar de um herdeiro ou de um legatário, um substituto, para que receba no todo ou em parte, os mesmos direitos e deveres que caberiam àquele que se substituiu⁵⁸.

Nesse contexto, passar-se-á a análise pormenorizada das espécies de substituição testamentária.

2.1 SUBSTITUIÇÃO VULGAR

A substituição vulgar, também conhecida como ordinária, comum ou direta, é aquela em que o testador pode nomear uma ou mais pessoas para receber o quinhão do herdeiro ou do legatário que não quiser ou puder aceitar em nome próprio, sendo tais pessoas conhecidas como herdeiros ou legatários suplentes⁵⁹.

Essa substituição, qualificada pelo Código Civil de vulgar, em homenagem à terminologia tradicional, também denominada direta pela doutrina, há de ser feita de modo expresso no testamento, com nomeação indiscutível da pessoa substituta. Pode, ainda, o testador escolher apenas uma pessoa para substituir todos os demais beneficiários, que não quiserem aceitar o legado ou a herança, ou, inversamente, estipular que o único instituído seja substituído por duas ou mais pessoas, em conjunto ou sucessivamente⁶⁰.

Veja-se, nas lições de Luiz Paulo Vieira de Carvalho, que o instituto em referência foi disciplinado em diversos ordenamentos:

A substituição vulgar é um instituto muito antigo, difundido no Direito Romano na época de Justiniano (*Institutas, II, 15, pr.*), sendo regulada em diversos Códigos, tais como o CC francês (art. 898), o BGB, isto é, o CC alemão (arts. 2.096 e 2.097), o CC português (art. 2.2 C81), o CC espanhol (art. 774), o CC italiano (art. 688), dentre outros⁶¹.

No ordenamento brasileiro, o artigo 1.947 do Código Civil estabelece que “o testador pode substituir outra pessoa ao herdeiro ou ao legatário nomeado, para o caso de um ou outro não querer ou não poder aceitar a herança ou o legado, presumindo-se que a substituição foi determinada para as duas alternativas, ainda que o testador só a uma se refira”.

O substituto é chamado a suceder em caráter alternativo no lugar do primeiro nomeado que não pôde ou não quis aceitar a herança ou o legado. Consiste,

⁵⁸ Cf. OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 5 ed., 1987, p. 283

⁵⁹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.828

⁶⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil - volume 6: sucessões*. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.100

⁶¹ CARVALHO, *op. cit.*, p.857

assim, na designação pura e simples da pessoa que sucederá no lugar do primeiro instituído, sendo denominada direta porque a liberalidade vai direto do instituído ao seu substituto, não se interpondo ninguém entre o testador e o substituto⁶².

Logo, como visto, o substituto vulgar só poderá receber o quinhão nas hipóteses em o herdeiro ou o legatário não puder ou não o aceitar em nome próprio.

Constitui instituição *condicional*, estabelecida para o caso de o beneficiário não querer ou não poder recolher a herança ou o legado. Trata-se, também, de disposição *subsidiária*, como já mencionado, porque só terá aplicação se a disposição principal não produzir efeito. Estabelece a *vocação direta*, porque o substituto herda diretamente do *de cujus*, de quem é sucessor (e não do substituído). Não há dois sucessores sucessivos, pois ou herda o nomeado ou, à falta deste, o substituto designado⁶³.

Na primeira hipótese, não é difícil imaginar que se trata da possibilidade de renúncia, garantida pelo parágrafo único do artigo 1.804 do Código Civil, segundo o qual “A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança”.

Além disso, Luiz Paulo Vieira de Carvalho explica que o herdeiro ou legatário não poderá receber o quinhão que lhe cabia, quando ocorrer a (i) premoriência, com a morte do herdeiro ou do legatário em momento anterior à morte do testador; (ii) comoriência, com a morte simultânea do testador e do herdeiro ou legatário; (iii) indignidade, com a exclusão judicial do herdeiro ou do legatário em razão de ofensa ao testador ou às pessoas próximas; (iv) morte presumida, com declaração em procedimento de ausência; (v) falta de legitimação do herdeiro para suceder ao testador, além do (vi) falecimento do herdeiro ou do legatário após a abertura da sucessão, o que leva a caducar a disposição testamentária⁶⁴.

No mesmo sentido, poderá ocorrer a caducidade da substituição vulgar quando o herdeiro ou legatário suplente for declarado incapaz ou renuncie à herança ou ao legado, ainda que ausente o substituído. Ademais, caducar-se-á a substituição com o não implemento da condição suspensiva⁶⁵.

Para melhor contextualização, imagina-se que o testador designe a parte disponível de sua herança à X e determine que, na falta de X, Y a substitua, se essa última se casar com W

⁶² DELGADO, Mário Luiz. *As substituições testamentárias*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-08/substituicoes-testamentarias> . Acesso em 13 mar. 2021

⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.160

⁶⁴ Cf. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.828

⁶⁵ CARVALHO, *op. cit.*, p.833

até um ano após a abertura da sucessão. *In casu*, verifica-se que, na verdade, Y veio a se casar com W após quatro anos da abertura da sucessão, de modo que a condição suspensiva não se restou implementada no prazo estipulado pelo testador e a substituição caducará, i.e., perderá seus efeitos.

No mais, imperioso ter em mente que, assim como a herança, a substituição depende da ocorrência de um evento futuro e incerto, e.g., a morte do testador e a renúncia do direito hereditário ou legado. Desse modo, trata-se a substituição de uma condição suspensiva e subsidiária.

Vale mencionar, ainda, que a substituição vulgar se distingue do direito à representação, que, neste último, ocorre apenas quando o herdeiro não puder aceitar em nome próprio (morte, indignidade e deserção). Na representação, portanto, não há que se cogitar hipótese em que o herdeiro renunciar ao quinhão que lhe cabia.

A substituição assim opera de modo mais amplo que a representação. Isso porque somente cabe o direito de representação na falta do herdeiro, o que inclui sua morte ao tempo da abertura da sucessão e as situações a ela equiparadas, isto é, indignidade e deserção. Não há direito de representação em favor dos descendentes do renunciante, eis que a renúncia faz romper a cadeia sucessória. Na substituição, ao revés, o substituto herda no lugar do substituído sem ter qualquer vínculo jurídico com este, a permitir seu chamamento mesmo com a renúncia do substituído⁶⁶.

Conclui-se, então, que a substituição vulgar, que é mais ampla do que o direito à representação, foi disciplinada desde muito no direito romano, francês, espanhol, alemão, português e consiste na possibilidade de o testador nomear um ou mais indivíduos para recolher o quinhão do herdeiro ou do legatário que não quiser ou puder aceitar em nome próprio. Logo, para o herdeiro suplente, trata-se de uma condição suspensiva e subsidiária, na medida em que o recolhimento do quinhão estará condicionado a um evento futuro e incerto, como explicado anteriormente.

2.2 SUBSTITUIÇÃO PLÚRIMA OU RECÍPROCA

Embora parte da doutrina alcance que a substituição recíproca se trata de uma subespécie da substituição vulgar, com as devidas vênias, entende-se pela distinção da substituição vulgar e substituição recíproca. Isso porque essa última ocorre quando o testador

⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia e MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil: Direito das sucessões*. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.188

opta pela substituição dos herdeiros ou legatários entre si, na hipótese de renúncia ou impossibilidade de suceder de um deles.

É aquela em que o testador, ao instituir uma pluralidade de herdeiros ou legatários, os declara substituto uns dos outros, para o caso de qualquer deles não querer ou não poder aceitar a liberalidade⁶⁷.

Essa hipótese configura mais direito de acrescer, pois a herança de quem não a quis é acrescida à de quem a quis. Se um herdeiro ou legatário premorre ao testador ou renuncia à herança, o outro designado passa a ser o único herdeiro⁶⁸.

Assim, vale esclarecer que o artigo 1.950 do Código Civil estabelece duas opções à substituição recíproca. **Primeiro**, “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”. **Segundo**, “se, com as outras anteriormente nomeadas, for incluída mais alguma pessoa na substituição, o quinhão vago pertencerá em partes iguais aos substitutos”.

A substituição será recíproca quando os herdeiros ou legatários são nomeados substitutos uns dos outros. Se foram instituídos em partes iguais, entender-se-á que os substitutos recebem partes iguais do quinhão vago. Se forem desiguais os quinhões dos co-herdeiros ou co-legatários, em caso de substituição, os substitutos exercerão seus direitos na mesma proporção estabelecida na nomeação⁶⁹.

Em primeiro lugar, caso não sejam incluídas pessoas na substituição, “a proporção dos quinhões fixada na primeira disposição entender-se-á mantida na segunda”.

No caso de serem contemplados em partes desiguais, manter-se-á na segunda disposição a mesma proporção dos quinhões fixadas na primeira. Quer dizer que o quinhão do que venha a falecer (ou recusar) será partilhado entre os demais, não em partes iguais, porém na proporção do que o disponente fixara ao nomeá-los herdeiros (Código Civil, art. 1.950, primeira parte)⁷⁰.

Por exemplo, X foi nomeada com 50% (cinquenta por cento) da herança e Y e W com 25% (vinte e cinco por cento) da herança cada, sendo substitutas recíprocas. Assim, se Y renunciar a sua parte, ou seja, 25% (vinte e cinco por cento) da herança, X receberá $\frac{1}{2}$ dos 25% (vinte e cinco por cento) e W $\frac{1}{4}$ dos 25% (vinte e cinco por cento).

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v.6, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.337.

⁶⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil - volume 6: sucessões*. 7. ed.. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.100.

⁶⁹ DELGADO, Mário Luiz. *As substituições testamentárias*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-08/substituicoes-testamentarias> . Acesso em 13 mar. 2021

⁷⁰ PEREIRA, Caio de Mario. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. v. VI, revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira, 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.275

Em segundo lugar, caso seja incluída uma ou mais pessoas na substituição, “o quinhão vago pertencerá em partes iguais aos substitutos”.

Se, ao revés, com as outras pessoas anteriormente nomeadas for incluída mais alguma na substituição, o quinhão vago pertencerá em partes iguais aos substitutos, não ocorrendo o novo designado na proporção anteriormente estabelecida (Código Civil, art. 1.950, segunda parte). Proceder-se-á então como se, em relação ao que deixou de suceder, ocorresse uma substituição vulgar⁷¹.

Por exemplo, supõe-se que A foi nomeada com 50% (cinquenta por cento) da herança e B e C com 25% (vinte e cinco por cento) da herança cada, sendo substitutos entre si e com D. A parte da herança que cabia ao B, tendo esse renunciado, será dividida em partes iguais com A, C e D.

Para melhor exemplificar, colacionam-se as lições de Flávio Tartuce:

De início, na *substituição recíproca geral* todos substituem o herdeiro ou legatário que não suceder. Assim, “João, José e Carlos, meus herdeiros, substituem a herdeira Maria”. A *substituição recíproca particular* é a que somente determinados herdeiros ou legatários são apontados como substitutos recíprocos. A título de ilustração: “Somente João e José, legatários, substituem a herdeira Maria”. Pela *substituição coletiva* vários herdeiros são nomeados como substitutos para o herdeiro que não sucede. Para exemplificar: “Nomeio meus filhos João, José, Carlos e Daniel como substitutos da legatária Maria”. Por fim, na *substituição singular* somente um herdeiro é nomeado como substituto do herdeiro ou legatário que não sucede. Exemplo: “Meu filho José será a substituta de Maria”⁷².

Entende-se, portanto, como substituição plúrima aquela em que o testador decide pela substituição dos herdeiros ou legatários entre si, caso haja renúncia ou impossibilidade de suceder de um deles, podendo, ainda, ser incluída terceira pessoa, hipótese em que o quinhão vago será dividido em partes iguais aos herdeiros ou legatários suplentes.

2.3 SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA

Neste subcapítulo, será abordado o instituto da substituição fideicomissária, incluindo sua origem no Direito Romano e sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3.1 Origem no Digesto, do Direito Romano

(...) se consideraba el fideicomiso como el encargo mediante el cual una persona encomendaba a la lealtad y conciencia de otra el cumplimiento, a la muerte del primero, de una serie de disposiciones patrimoniales a favor de un

⁷¹ Cf. PEREIRA, Caio de Mario. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. v. VI, revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira, 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.275

⁷² TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das sucessões*. v.6. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 715

*tercero, surgiendo, pues, como un simple ruego aislado totalmente del rigor del Derecho Civil, pero apoyado en la fides o confianza, que era uno de los rasgos esenciales del carácter nacional de la época, llegando, incluso, a entenderse en Roma que los actos en los que interviniese la fides estaban dotados de una cierta eficacia jurídica, siendo condenado como indigno e infame el que faltase a ella*⁷³.

A substituição fideicomissária possui origem no Digesto, notadamente do título *vulgari et pupillari substitutione*, objetivando, em suma, o contorno da rigidez da norma escrita que impossibilitava a sucessão à determinadas pessoas⁷⁴.

*En el Derecho antiguo de Roma, bajo el régimen republicano, sólo podían recibir liberalidades mortis causa aquellas personas que gozaban de la testamentifacio. Precisamente, para proteger a las personas que carecían de capacitas o de idoneidad para ser heredero o legatario fue para lo que surgió en un principio el fideicomiso, es decir, para favorecer con liberalidades mortis causa a las personas incapacitadas por ley para recibirlas*⁷⁵.

No Direito Romano, o fideicomisso, conhecido como “*fideicommissum*”, era um instrumento autônomo, caracterizado por ser uma disposição de última vontade pela qual o testador determinava ao fiduciário, em confiança (*fides*), a “guarda” de determinados bens, enquanto o fideicomissário incapaz não poderia receber a herança ou legado⁷⁶.

Naquela época, já se caracterizava por ser uma forma de instituição de herdeiro testamentário, quando eram designados dois ou mais indivíduos, sucessivamente, na hipótese em que o seguinte (*heres substitutus*) substituísse o anterior se esse não quisesse ou não pudesse adir à herança⁷⁷.

Explica Felipe Clemente quanto às modalidades do fideicomisso: “*El objeto del fideicomiso podía ser o bien todo el patrimonio del difunto (fideicomiso universal o herencia*

⁷³ HERMOSA, Pedro Ignacio Botello. *Origen histórico de una de las figuras más importantes del derecho sucesorio español en la actualidad: la sustitución fideicomisaria*. In: Revista Brasileira de Direito Civil, Belo Horizonte, v. 24, p. 151-179, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/435/367> . Acesso em 14 mar. 2021. Tradução do autor: O fideicomisso foi considerado como a ordem pela qual uma pessoa confiava, à lealdade e à consciência de outra, o cumprimento, por ocasião da morte do primeiro, de uma série de disposições patrimoniais a favor de terceiro, surgindo, assim, como simples pedido distinto do rigor do Direito Civil, mas, amparado pela *fides*, que era uma das características essenciais do caráter nacional da época, chegando, ainda, a se entender em Roma que esses atos eram dotados de uma certa eficácia jurídica, sendo considerado indigno e infame quem faltasse com lealdade.

⁷⁴ Cf. ROCHA, Manoel Antônio Coelho da. *Instituições do Direito Civil Português*, 7 ed., t. II. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1907, p. 246

⁷⁵ HERMOSA, Pedro Ignacio Botello. *Origen histórico de una de las figuras más importantes del derecho sucesorio español en la actualidad: la sustitución fideicomisaria*. In: Revista Brasileira de Direito Civil, Belo Horizonte, v. 24, p. 151-179, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/435/367> . Acesso em 14 mar. 2021. Tradução do autor: Na antiga lei de Roma, sob o regime republicano, apenas as pessoas que gozavam de liberdade para testar podiam receber liberalidades *mortis causa*. Precisamente, para proteger as pessoas que não tivessem as qualificações ou idoneidade para serem herdeiros ou legatários, foi originalmente criado o fideicomisso, ou seja, para favorecer com liberalidades *mortis causa* pessoas incapazes de as receber por lei.

⁷⁶ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.826

⁷⁷ *Idem*.

fideicomisaria), o bien una o varias cosas determinadas de dicho patrimonio (*fideicomiso singular*)⁷⁸. Noutras palavras, o fideicomisso poderia constituir-se sobre o todo do *monte mor* ou, até mesmo, sobre algum bem específico do patrimônio *de cuius* (tradução do autor).

Naquela época, assevera Ana Cláudia Scalquette que o instituto não possuía força coercitiva, contando apenas com a confiança (*fides*) da pessoa que tivesse recebido a herança ou legado para cumprir ou não a última vontade do testador⁷⁹. No mesmo sentido, as lições de Luiz Paulo Vieira de Carvalho:

Assim, na origem, era incabível a execução forçada de tal disposição, a depender, para o seu cumprimento, exclusivamente da boa-fé do onerado, constituindo-se tão somente num dever moral, sem força obrigatória e não reconhecido pelo *ius civilis* como um negócio jurídico, o que só veio a ocorrer na época do Principado, a partir de 27 a.C.⁸⁰.

Por fim, havia também, no Direito Romano, o fideicomisso familiar, que nada mais era do que uma disposição de última vontade sucessiva dentro no seio da família, para perpetuar, à época, a nobreza dos núcleos familiares⁸¹.

El testador, mediante el fideicomiso familiar, podía ordenar al fiduciario, que tras disfrutar éste de la herencia por un periodo de tiempo, lo restituyese a favor de una persona determinada, o igualmente podía establecer que directamente fuese el beneficiario el que eligiese al próximo heredero, o incluso, podía el testador ordenar el fideicomiso a favor de todos los miembros de la familia, por lo que habrá de estarse a lo que se entendía por familia. En la época de Justiniano, el término familia englobaba tanto a los ascendientes, descendientes y parientes, como al yerno y a la nuera a falta de éstos, y, en último lugar, a los libertos.

Pero la esencia del fideicomiso de familia era, sin lugar a dudas, la prohibición de enajenar los bienes objeto de la herencia, lo cual suponía que el patrimonio del testador iría pasando de unas manos a otras dentro siempre de su familia, y que los bienes quedaban sustraídos al comercio, quasi extra commercium, suponiendo ello una restricción a la libre contratación⁸².

⁷⁸ DE DIEGO, Felipe Clemente. *El fideicomiso de eo quod supererit: Discurso leído en la solemne inauguración del Curso Académico 1.926-1.927*, Madrid, 1926, p. 18, apud HERMOSA, Pedro Ignacio Botello. *Origen histórico de una de las figuras más importantes del derecho sucesorio español en la actualidad: la sustitución fideicomisaria*. In: Revista Brasileira de Direito Civil, Belo Horizonte, v. 24, p. 151-179, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/435/367> . Acesso em 14 mar. 2021

⁷⁹ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Família & Sucessões*. 8 ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p.285

⁸⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 826

⁸¹ Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, v. VII. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 385-389.

⁸² HERMOSA, Pedro Ignacio Botello. *Origen histórico de una de las figuras más importantes del derecho sucesorio español en la actualidad: la sustitución fideicomisaria*. In: Revista Brasileira de Direito Civil, Belo Horizonte, v. 24, p. 151-179, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/435/367> . Acesso em 14 mar. 2021. Tradução do autor: O testador, por meio do fideicomisso familiar, poderia ordenar ao fiduciário, após gozar da herança por um determinado período, a restituí-la em favor de determinada pessoa; estabelecer que o beneficiário escolheria diretamente o próximo herdeiro, ou ainda, ordenar a confiança em favor de todos os membros da família, pelo que se entendia por “família”. Na época de Justiniano, o termo “família” abrangia tanto os ascendentes, descendentes e parentes, como também o genro e a nora em sua ausência e, por último, os libertos. Porém, a essência do fideicomisso familiar era, sem dúvida, a proibição de alienar os bens objeto da herança, o que fazia com que os bens do testador

Moreira Alves elucida que o fideicomisso, no ordenamento jurídico romano, pode ser dividido em quatro períodos. Veja-se:

(...) em um **primeiro momento**, a transferência se dava pela venda fictícia, de modo que o fideicomissário figurava como comprador da herança (*loco emptoris*); em um **segundo período**, com o *senatusconsulto Trabaliano*, o fideicomissário é reputado herdeiro pretoriano (*loco heredis*); em **momento histórico seguinte**, é tido ora como herdeiro pretoriano, ora como legatário parciário; por fim, no **quarto período** do fideicomisso, o fideicomissário é tido como verdadeiro herdeiro⁸³. (grifo do autor)

Moreira Alves prossegue ainda esclarecendo que o instituto ganhou notável popularidade, ocasionando até mesmo a sua desnaturação quando estabelecido sem tempo determinado. Assim, para evitar a perpetuidade do instituto, optou-se, à época, por reduzir a legitimidade do fideicomissário ao quarto grau⁸⁴.

Aos poucos o fideicomisso vai assumindo o lugar dos legados em Roma. O direito canônico manteve o instituto, que impunha uma obrigação ao fiduciário, geralmente um clérigo, de passar os bens para obras pias ou ordens religiosas⁸⁵.

No mesmo sentido, as lições de José Puig Brutau:

(...) *el fideicomiso perdió su utilidad en Roma cuando el Senado Consulto Pegasiano exigió la misma capacidad para ser fideicomisario que para ser heredero. Pero entonces empezó la evolución que ha conducido a que se distinga claramente el fideicomiso puro de la sustitución fideicomisaria. La estructura del fideicomiso romano permaneció al servicio de una función diferente: la que permitía al causante vincular su herencia a una trayectoria predeterminada, de manera que fueran titulares de sus bienes varias personas sucesivamente. Combinándose las ideas de sustitución y fideicomiso, se disponía que éste favoreciera ante todo al heredero instituido en primer lugar, y después, transcurrido cierto plazo o cumplida una condición (generalmente, fallecido el primer instituido), que los bienes del fideicomiso pasaran a un segundo instituido. Es a lo que se llamó substitutio fideicomissaria, origen del fideicomissum familiae relictum, del que deriva la moderna sustitución fideicomisaria*⁸⁶.

circulassem dentro de sua família e fossem retirados do mercado, quase extra *comercium*, verificando-se, assim, uma restrição ao livre comércio.

⁸³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 819

⁸⁴ ALVES, *op. cit.*, p. 4-5

⁸⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v.7, São Paulo: Atlas, 2005, p.339

⁸⁶ BRUTAU, José Puig. *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, 2 ed., v. II. Barcelona: Bosch, 1977, p. 525. Tradução do autor: (...) o fideicomisso perdeu sua utilidade em Roma, quando o Senado Consultivo Pegasiano exigiu a mesma capacidade de ser fideicomissário que de herdeiro. Contudo, iniciou-se uma evolução que levou a uma distinção clara entre o fideicomisso puro e a substituição fideicomissária. A estrutura do fideicomisso romano ficava ao serviço de uma função diferente: aquela que permitia ao falecido vincular sua herança a uma trajetória predeterminada, de forma que várias pessoas sucessivamente possuíssem seus bens. Conjugando as ideias da substituição e do fideicomisso, ficou estipulado que o fideicomisso favoreceria, sobretudo, o herdeiro estabelecido em primeiro lugar e, então, após um determinado período ou condição (geralmente, após o falecimento do primeiro instituído), que os bens fideicomitidos fossem transferidos para um segundo instituído. É o que se chamou de substituição fideicomissária, origem da *fideicomissum familiae relictum*, da qual deriva o moderno fideicomisso.

Além disso, afirma Pontes de Miranda que o instituto ganhou maior notoriedade na Idade Média:

(...) o feudalismo encontrou nos fideicomissos o molde jurídico que se prestava à sua índole política e social, ao orgulho e espírito de conservação de seu tempo. Desenvolveu-o. Usou dele, e dele abusou. A injustiça social das hereditariedades econômicas chegou ao requinte. São os morgados, os vínculos. Vemo-los perdurar de pais a filhos, a netos, a bisnetos, cada geração com o mesmo séquito de credores⁸⁷.

Não por outro motivo, as substituições testamentárias foram abolidas na França, pela Revolução Francesa. Isso porque se tratava de resquícios do feudalismo, gerador de desigualdade dentro dos núcleos familiares⁸⁸.

En Francia, mediante la publicación del Edicto de 3 de mayo de 1.553, siendo Rey de Francia Enrique II, se trató por primera vez de evitar los abusos constantes de dicha institución, exigiendo hacer públicos los actos de liberalidades acompañados de sustituciones, y prohibiendo las sustituciones perpetuas o que alcanzasen plazos muy largos. Si bien, la falta de dependencia de los Tribunales y el escaso respeto social a la legislación de la época, trajeron consigo la resistencia de los Tribunales a la aceptación de estas normas por las que jamás sintieron simpatía alguna, por lo que hubo que reproducir varias veces sus preceptos.

En el año 1.560 se publica la Ordenanza de Orleans, en la que se decreta que la sustitución fideicomisaria sólo podía alcanzar dos grados, sin contar en dicho cálculo con la primera institución. Por su parte, la Ordenanza de Moulins de 1.566, autorizaba que las sustituciones fundadas antes de la Ordenanza de Orleans pudiesen alcanzar hasta el cuarto grado, exigiendo además la publicidad y el registro. Finalmente, la Ordenanza francesa de agosto de 1.747 unificó, recogiendo las dos Ordenanzas anteriores, todo lo legislado en dicha época y a este respecto.

El movimiento revolucionario nacido en suelo francés en el siglo XVIII supuso el golpe definitivo a la sustitución fideicomisaria, llegándose a convertir en uno de los principales enemigos del nuevo régimen existente, y achacándosele la ruina económica y política del país (...)

Todo ello deparó en el Decreto de 25 de agosto de 1.792, a través del cual, quedaban abolidas definitivamente las sustituciones fideicomisarias del futuro Código civil francés de 1.804 (...)⁸⁹.

⁸⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. t. LVIII. atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 191-192.

⁸⁸ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.162

⁸⁹ HERMOSA, Pedro Ignacio Botello. *Origen histórico de una de las figuras más importantes del derecho sucesorio español en la actualidad: la sustitución fideicomisaria*. In: Revista Brasileira de Direito Civil, Belo Horizonte, v. 24, p. 151-179, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/435/367>. Acesso em 14 mar. 2021. Tradução do autor: Na França, através da publicação do Édito em 3 de maio de 1553, sendo Rei da França o Henrique II, buscou-se, pela primeira vez, evitar os constantes abusos da referida instituição, exigindo a publicidade dos atos de liberalidades acompanhados de substituições e proibindo as substituições perpétuas ou a longo prazo. Porém, a falta de dependência dos Tribunais e o escasso respeito social pela legislação da época, trouxeram consigo a resistência dos Tribunais à aceitação dessas normas que nunca sentiram empatia, pelas quais foi necessário reproduzir, diversas vezes, seus preceitos. No ano de 12,560, foi publicada a Portaria de Orleans, na qual foi decretado que a substituição fideicomissária só poderia atingir dois graus, sem contar no referido cálculo com a primeira instituição. Por sua vez, a Portaria de Moulins de 1566 autorizava que as substituições estabelecidas antes da

Quanto ao ordenamento português, as Ordenações Afonsinas e Manuelinas foram silentes sobre o fideicomisso, que, por sua vez, foi disciplinado nas Ordenações Filipinas de modo superficial e incompleto⁹⁰. Em outra obra, exemplifica Armando Dias de Azevedo:

(...) é clássico o caso da rainha Santa Isabel, já viúva do rei D. Diniz, o Lavrador, que, em seu testamento, incluiu este legado: “*Mando a minha coroa de esmeraldas à rainha D. Beatriz, minha filha, e rogo-lhe que a deixe à infanta D. Maria, sua filha*”⁹¹.

Nesse sentido, verifica-se que a substituição fideicomissária teve sua origem no direito romano, notadamente com o fito de contornar a norma escrita, destinando o quinhão a quem, em tese, não poderia suceder o testador. Para tanto, o testador nomeava o fiduciário, que deveria “guardar” determinados bens até que o fideicomissário adquirisse a capacidade para receber a herança ou legado. Contudo, o referido instituto, ao contrário dos dias atuais, não possuía sequer força executória.

2.3.2 Instituto no ordenamento jurídico brasileiro

A substituição fideicomissária é instituto polêmico. Várias legislações baniram-na, mas se conserva em outras, com maior ou menor extensão. Condenam-na juristas e economistas, não somente por ser contrária ao princípio da livre circulação da riqueza, mas também por se ter constituído num seminário de lides, acentuando, todos, os gravíssimos inconvenientes que apresenta sob múltiplos aspectos⁹².

(...)

A proibição absoluta é injustificável, devendo ser aceito com limitações, não apenas quanto ao círculo da família e ao primeiro grau, mas também relativamente à hipótese única em que se apresenta como o processo técnico adequado à consecução de resultados dignos de proteção jurídica. Permitido, deverá ser exclusivamente para ensejar a sucessão de pessoa inexistente no momento de sua abertura. Se o testador quer instituir herdeiros futuros netos, não tem outro meio. Quando, pois, a substituição fideicomissária se apresenta como o recurso exclusivo para favorecer prole eventual do testador, [e] justifica seu emprego. Nos outros casos, não. Se existem as pessoas às quais deseja o testador beneficiar, o propósito pode alcançar-se com o *usufruto*, que tem, sob o ponto de vista prático, as mesmas consequências, proibindo-se o *fideicomisso* em favor de pessoas existentes do tempo da abertura da sucessão, previnem-se, por outro lado, controvérsias e litígios frequentes, que

Portaria de Orleans pudessem atingir até o quarto grau, exigindo também a publicidade e o registro. Por fim, a Portaria francesa de agosto de 1747 unificou, reunindo as duas Portarias anteriores, tudo legislado na época e a esse respeito. O movimento revolucionário nascido em solo francês no século XVIII foi o golpe final à substituição fideicomissária, tornando-se um dos principais inimigos do novo regime existente e acarretando a ruína econômica e política do país (...). Tudo isso resultou no decreto de 25 de agosto de 1792, por meio do qual as substituições fideicomissárias foram definitivamente extintas do futuro Código Civil francês de 1804 (...).

⁹⁰ Cf. AZEVEDO, Armando Dias de. *Do fideicomisso*. Porto Alegre: Boa Imprensa, 1938, p. 7

⁹¹ AZEVEDO, Armando Dias de. *O Fideicomisso no Direito Pátrio: Doutrina, Legislação, Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 11

⁹² GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17. ed. Revista e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.165

costumam surgir na interpretação das cláusulas testamentárias que contêm duplicidade de herdeiros, ou legatários⁹³.

Para a devida contextualização, as normas contidas no ordenamento jurídico brasileiro, nos primórdios, dedicavam-se à aplicação das sanções penais e à composição dos litígios civis. Com o decorrer do tempo, os órgãos do judiciário ganharam outras funções conexas, dentre outras, a tutela de interesses de incapazes e a fiscalização do usufruto, do fideicomisso e da sucessão *causa mortis*⁹⁴.

Como cediço, o instituto da substituição fideicomissária ingressou no Brasil, por meio das Ordenações Filipinas, que vigoraram até o ano de 1916 (século XX), muito embora os dispositivos em referência já estavam revogados desde a metade do século XIX, em Portugal⁹⁵.

Entre nós, o regulamento do fideicomisso surgiu com o Código Civil de 1916. Sob a denominação *substituição compendiosa*, as Ordenações admitiam ao testador a instituição de “*muitas substituições de diferente natureza*”. Embora a amplitude desta expressão, o objetivo era mais restrito, limitado à dupla liberalidade, devidamente esclarecida no exemplo formulado pelo legislador: “*Instituo por meu herdeiro a Pedro; e quando quer que ele falecer, ou depois de sua morte, ou por sua morte seja herdeiro Paulo*”⁹⁶.

A posteriori, o Código Civil de 1916 buscou disciplinar o fideicomisso, nos artigos 1.718 e 1.733, concedendo ao testador autonomia na escolha do fideicomissário, que poderia ser (i) uma pessoa já nascida, inclusive, o nascituro ou a (ii) prole eventual de pessoas já nomeadas no testamento e existentes na abertura da sucessão⁹⁷. Dessa forma, qualquer pessoa legitimada a suceder poderia ser substituída.

O aludido diploma não admitia, no entanto, ao contrário do direito pré-codificado, a constituição de fideicomisso em codicilo, mas somente em testamento. Tal orientação foi mantida no Código Civil de 2002, que estabeleceu, porém, ser a referida estipulação somente permitida “*em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador*” (art. 1.952)⁹⁸.

Na qualidade de coautor, Caio Mario explica que o Projeto de Código Civil de 1965 optou pela manutenção do instituto do fideicomisso, “com restrição aos descendentes do

⁹³ GOMES, Orlando. Sucessões. 17. ed. Revista e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.165

⁹⁴ Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Processo Civil*. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 26

⁹⁵ Cf. AZEVEDO, Armando Dias de. *O Fideicomisso no Direito Pátrio: Doutrina, Legislação, Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 13-15

⁹⁶ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, vol. 06 - Direito das Sucessões*, 7 ed. [S.l.]: Forense, 2016, p.430

⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões – vol. VI*. 27 ed. Revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.278

⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.162

testador ainda não nascidos ao tempo de sua morte, e conversão em usufruto, se nesse momento os fideicomissários já fossem nascidos (Projeto de 1965, art. 805 e seu parágrafo)⁹⁹”.

No entanto, no Código Civil de 2002, os legisladores optaram por maior liberalidade. Conforme dispõe o artigo 1.952, “A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador”. Para Caio Mario, ainda, a substituição fideicomissária disciplinada pelo artigo supracitado deixou de lado a “condição” sugerida no Projeto, para que fossem fideicomissários apenas os descendentes concepturos¹⁰⁰.

Por outro lado, adotando a sugestão do Projeto mencionado, o Código Civil de 2002 prevê que, caso o fideicomissário já tenha nascido quando do momento da abertura da sucessão, o direito do fiduciário será convertido em usufruto e o fideicomissário adquirirá a propriedade dos bens fideicomitidos.

Acentuando que não pode o fideicomisso beneficiar pessoa já nascida, o parágrafo único do art. 1.952 do Código Civil de 2002 estabelece que, em tal ocorrendo, opera-se a sua conversão *pleno iure* em usufruto, no qual o fideicomissário instituído terá a nua-propriedade, e ao fiduciário será conferida a fruição dos bens fideicomitidos com subsistência das cláusulas que acompanham a instituição. Será então usufruto vitalício, a termo ou sob condição¹⁰¹.

Assim, no Brasil, o instituto ingressou por meio das Ordenações Filipinas, que vigoraram até o ano de 1916 (século XX). Até o Código Civil de 1916, o testador poderia nomear como fideicomissários as pessoas já nascidas, incluindo o nascituro e aquelas ainda não concebidas. Com o advento do Código Civil de 2002, o legislador restringiu a utilização da substituição fideicomissária somente em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador. Esse é justamente o ponto que se pretende explicar adiante, em virtude da patente necessidade de ampliar o conceito em referência.

2.3.3 Conceito da substituição fideicomissária e suas modalidades

A substituição fideicomissária pode ser definida como a cláusula constante do testamento, pela qual o testador, intitulado como fideicomitente, nomeia uma pessoa de sua confiança (*fides*), conhecida como fiduciário(a) como seu herdeiro ou legatário. Referida cláusula se traduz em uma condição resolutiva, na medida em que, assim que implementada a

⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões – vol. VI. 27 ed.* Revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.278

¹⁰⁰ *Idem.*

¹⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões – vol. VI. 27 ed.* Revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.278

condição, a herança (no todo ou em parte) ou legado deve ser destinada a outra pessoa conhecida como fideicomissário(a). Importante salientar que, embora a condição seja resolutiva ao fiduciário, a condição é suspensiva no que toca ao fideicomissário¹⁰².

Verifica-se que há, no fideicomisso, três personagens: a) o *fideicomitente*, que é o testador; b) o *fiduciário* ou gravado, em geral pessoa de confiança do testador, chamado a suceder em primeiro lugar para cuidar do patrimônio deixado; c) o *fideicomissário*, último destinatário da herança, ou legado, e que os receberá por morte do fiduciário, ou realizada certa condição, ou se decorreu o tempo estabelecido pelo disponente¹⁰³.

Nesse sentido, reza o artigo 1.950 do Código Civil que “Pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário”.

Além disso, explica Orlando Gomes que o fideicomisso “Caracteriza-se, subjetivamente, pela duplicidade da posição jurídica dos destinatários. Ocupam posições diversas, mas conexas. Uma, de titularidade temporária; outra, definitiva¹⁰⁴”. Ainda, pelo doutrinador, existem três teorias que descrevem, em conjunto, os elementos constitutivos do instituto em referência. São elas: (i) da titularidade temporária; (ii) da relação modal e (iii) da transmissão diferida. Veja-se:

Declaram os pregoeiros da primeira construção que a *substituição fideicomissária* se traduz na contemporânea e imediata aquisição pelos chamados à sucessão da *titularidade ativa* de duas relações. Com apoio no mesmo *título* – a sucessão hereditária –, o fiduciário e o *fideicomissário* inserem-se em posições distintas, mas coincidentes sobre o mesmo objeto, conservando o primeiro a sua até a morte, o advento de certo termo ou implemento de determinada condição. É, por conseguinte, titular temporário do direito hereditariamente transmitido.

A segunda construção enfatiza a obrigação de conservar e restituir os bens, imposta ao fiduciário, considerando-a *determinação acessória* consistente em ônus imposto à liberalidade. Tratar-se-ia, em síntese, de *relação modal*, que assume particular relevância do ponto de vista jurídico e econômico do momento em que tem de ser cumprido o encargo.

Para os adeptos da terceira construção, ocorre, na substituição fideicomissária, *mudança de titularidade* com a transmissão prevista da posição do fiduciário ao fideicomissário, de sorte que, antes de se verificar a

¹⁰² Cf. BORGHI, Hélio. *O novo código civil e as inovações no direito das sucessões: A nova forma da substituição fideicomissária*. 2010. In: Revista de Direito Privado, v. 8, n. 31, p. 91-118.

¹⁰³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.162

¹⁰⁴ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17. ed. Revista e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.167

causa da mutação, tem este apenas uma *expectativa de direito*, ou, com maior rigor técnico, um *direito eventual*. Há, em suma, *transmissão diferida*¹⁰⁵.

Com efeito, nos termos do artigo 1.953¹⁰⁶ do Código Civil, o fiduciário possui a propriedade temporária dos bens fideicomitidos, com a obrigação de preservá-los até a entrega destes ao fideicomissário, que até aquele momento possuía apenas uma expectativa de direito.

Fiduciário, que recebe e guarda a herança, e *fideicomissário*, que a terá depois, são herdeiros da mesma herança. São duas sucessões, que se processam, sucessivamente, no tempo: materialmente, ligam-se as duas ao mesmo instante, que é a abertura da sucessão, a morte do testador; cronologicamente, uma se sobrepõe à outra, começa onde a outra acaba, fim de uma é começo de outra¹⁰⁷.

Conforme será demonstrado no capítulo subsequente, a qualidade de fiduciário o obriga a proceder ao inventário dos bens gravados, bem como a prestar caução de restituí-los, se exigida pelo fideicomissário, conforme parágrafo único do dispositivo supracitado.

Com o caráter de propriedade resolúvel, a visibilidade do fideicomissário, as cautelas dos livros de transferências de imóveis, a nítida composição de dois herdeiros sucessivos, muito se apagou no fideicomisso a fiducialidade da figura jurídica. Aliás, já em Roma o nome lembrava a feição primitiva do instituto, a fé, a lealdade da incumbência¹⁰⁸.

Nas lições de Mário Luiz Delgado, a substituição fideicomissária trata-se de dois momentos processuais: “A primeira em benefício do primeiro instituído, chamado de fiduciário ou substituído; e a segunda em proveito do substituto, chamado do fideicomissário”¹⁰⁹. Orlando Gomes vai além, ressaltando que “Converte-se esse direito em adquirido e atual num segundo momento cronologicamente posterior, o da resolução do direito do fiduciário. Coincidem e se identificam no mesmo instante a perda do direito para um e a aquisição pelo outro”¹¹⁰.

No mais, importante salientar, em **primeiro lugar**, que o fideicomisso conclui duas liberalidades contínuas: “a primeira do testador (fideicomitente) ao herdeiro ou legatário (fiduciário ou substituído) e a segunda do fiduciário ao fideicomissário (substituto); contudo,

¹⁰⁵ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17. ed. Revista e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.167

¹⁰⁶ “Art. 1.953. *O fiduciário tem a propriedade da herança ou legado, mas restrita e resolúvel*”

¹⁰⁷ MIRANDA, Pontes de. *Direito das sucessões: sucessão testamentária, disposições testamentárias em geral*. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 (coleção tratado de direito privado: parte especial; 58), p.203

¹⁰⁸ MIRANDA, *op. cit.*, p.205

¹⁰⁹ DELGADO, Mário Luiz. *As substituições testamentárias*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-08/substituicoes-testamentarias> . Acesso em 13 mar. 2021

¹¹⁰ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17. ed. Revista e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.167

frise-se, o fideicomissário é sucessor do de cujus e não do fiduciário¹¹¹”. Ainda, esclarece Justino Adriano Farias da Silva que:

o “fideicomissário não sucede ao fiduciário, nem o substitui; vem, depois, só no tempo; herdeiro ou legatário do testador, e não do fiduciário; em virtude de instituição igual à do fiduciário, e não de substituição. Vem após o fiduciário o fideicomissário; e não esse em um lugar daquele. No fideicomisso, há dupla disposição testamentária, e não disposição testamentária a favor de alguém para o caso de outrem não querer ou não poder suceder¹¹².”

Em **segundo lugar**, ressalta-se que herdar e recolher materialmente a herança são institutos distintos. Caso fosse o fideicomissário considerado como herdeiro do fiduciário, entender-se-ia que esse último receberia não só o ônus, como também as dívidas. Contudo, apenas o fideicomissário responde pelas dívidas do testador¹¹³, nos termos do artigo 1.957 do Código Civil.

Superados tais esclarecimentos, Carlos Roberto Gonçalves ensina que existem três modalidades de fideicomisso: (i) vitalício, quando a substituição ocorre com a morte do fiduciário; (ii) a termo, no momento fixado pelo testador e (iii) condicional, em que a substituição depende do implemento da condição resolutiva¹¹⁴.

Com o advento do Código Civil de 2002, entende-se, ainda, pela existência de uma quarta modalidade do fideicomisso. Nos termos dos artigos 1.954 e 1.955 do *codex*, salvo disposição em contrário do testador, caso (a) o fiduciário opte por renunciar a herança ou o legado, defere-se ao fideicomissário o poder de aceitar ou (b) o fideicomissário pode renunciar a herança ou o legado e, nesse caso, a substituição fideicomissária caduca, deixando de ser resolúvel a propriedade do fiduciário. É o que explicará oportunamente.

Por oportuno, importante distinguir a substituição fideicomissária da substituição vulgar, na medida em que o substituto vulgar “assume a efetiva posição de herdeiro, podendo exercer os direitos e ter os deveres relativos à herança¹¹⁵”. Nesse sentido, os dizeres de Hélio Borghi:

¹¹¹ BORGHI, Hélio. *O novo código civil e as inovações no direito das sucessões: A nova forma da substituição fideicomissária*. 2010. In: Revista de Direito Privado, v. 8, n. 31, p. 91-118

¹¹² SILVA, Justino Adriano Farias da. *Do fideicomisso*. In: Direito Civil e registro de imóveis. Coordenador Leonardo Brandelli. São Paulo: Método, 2007, p. 133-134

¹¹³ MIRANDA, Pontes de. *Direito das sucessões: sucessão testamentária, disposições testamentárias em geral*. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 (coleção tratado de direito privado: parte especial; 58), p.204

¹¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.161

¹¹⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das sucessões*. v.6. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 716

Assim, o fideicomitente designa deixo testamentária ao fiduciário - pessoa de sua absoluta confiança - que a repassará, cumpridas as exigências da cláusula testamentária, ao fideicomissário, sendo, por isso, uma substituição indireta, havendo autores que entendem ser a substituição compendiosa que constava das Ordenações, loc. cit. retro¹¹⁶.

Nesta oportunidade, verifica-se que a substituição fideicomissária é a possibilidade conferida ao testador (fideicomitente) de nomear uma pessoa de sua confiança para, quando implementada a condição por ele estabelecida, destinar a herança (no todo ou em parte) ou legado a outra pessoa conhecida como fideicomissário(a).

2.3.4 Breves observações sobre a substituição compendiosa

Data máxima vênia o entendimento alcançado por parte minoritária de doutrinadores, filia-se da definição adotada por Caio Mário da Silva Pereira, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Carlos Roberto Gonçalves, Maria Helena Diniz e Sílvio de Salvo Venosa, no sentido em que a substituição compendiosa é aquela em que há a combinação entre a substituição vulgar e a substituição fideicomissária.

No mesmo sentido, explica o juriconsulto brasileiro Teixeira de Freitas:

(...) Esta substituição chama-se *compendiosa*, porque compre[h]ende a *substituição vulgar*, e a *substituição fideicomissária*; de modo, que não há *substituição compendiosa*, sem que seja fideicomissária; mas a substituição pode ser fideicomissária sem que seja compendiosa. Assim acontece, se o testador dá substituto ao herdeiro instituído, quando este fal[is]cer depois de têr aceitado a herança; e não para o caso de não querêr, ou de não poder, o herdeiro instituído aceitar a herança¹¹⁷

Num compêndio ou resumo de palavras, o testador abrange substituições de naturezas diferentes, sendo a substituição compendiosa um misto de substituição vulgar e substituição fideicomissária¹¹⁸.

Igualmente, Caio Mario entende que, na hipótese de se designar um substituto para o caso de o fideicomissário não poder ou não quiser aceitar, ocorre a denominada substituição compendiosa¹¹⁹. No mais, Carlos Roberto Gonçalves esclarece que:

¹¹⁶ BORGHI, Hélio. *O novo código civil e as inovações no direito das sucessões: A nova forma da substituição fideicomissária*. 2010. In: Revista de Direito Privado, v. 8, n. 31, p. 91-118

¹¹⁷ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar, Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, v.2, p.107. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>. Acesso em 13 abr. 2021

¹¹⁸ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 856

¹¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões – vol. VI*. 27 ed. Revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 293

a *substituição compendiosa* ora em estudo, que não ofende o disposto no art. 1.959 do Código Civil porque continua sendo do segundo grau. O substituto só herdará se o fideicomissário não puder ou não quiser aceitar a herança, que passará, então, diretamente do fiduciário àquele¹²⁰.

Por exemplo, o testador nomeia X, ora fiduciária, e Y, filha de X, doravante fideicomissária. Caso X venha a falecer antes do testador, será fiduciária Y, e, se Y também vier a falecer antes do testador, será fideicomissária a prole eventual de W.

In casu, não há que se falar na violação do artigo 1.959 do Código Civil, notadamente pois, na substituição compendiosa, possibilita-se uma segunda nomeação na mesma posição do primevo recebedor em confiança e, do mesmo modo, a herança ou legado será revertida em favor do fideicomissário após o evento resolutivo¹²¹.

Noutras palavras, permite-se a substituição compendiosa, uma vez que o fideicomisso não estaria além do segundo grau, tratando-se apenas de substituição alternativa. Nesse mesmo sentido, colaciona-se julgado do Eg. Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA. FIDEICOMISSO. FIDEICOMISSÁRIO PREMORIENTE. CLÁUSULA DO TESTAMENTO ACERCA DA SUBSTITUIÇÃO DO FIDEICOMISSÁRIO. VALIDADE. COMPATIBILIDADE ENTRE A INSTITUIÇÃO FIDUCIÁRIA E A SUBSTITUIÇÃO VULGAR. CONDENAÇÃO DE TERCEIRO AFASTADA. EFEITOS NATURAIS DA SENTENÇA.

1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas pelo tribunal de origem de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões, deve ser rejeitada a alegação de contrariedade do art. 535 do Código de Processo Civil. 2. A sentença não prejudica direitos de pessoa jurídica que não foi citada para integrar a relação processual (CPC, art. 472). Como ato estatal imperativo produz, todavia, efeitos naturais que não pode ser ignorados por terceiros. 3. O recurso de apelação e a ação cautelar são instrumentos processuais distintos e visam a diferentes objetivos. O ajuizamento de ambos para questionar diferentes aspectos do mesmo ato judicial não configura preclusão consumativa a obstar o conhecimento da apelação. 4. De acordo com o art. 1959 do Código Civil, "são nulos os fideicomissos além do segundo grau". A lei veda a substituição fiduciária além do segundo grau. O fideicomissário, porém, pode ter substituto, que terá posição idêntica a do substituído, pois o que se proíbe é a sequência de fiduciários, não a substituição vulgar do fiduciário ou do fideicomissário. 5. **A substituição fideicomissária é compatível com a substituição vulgar e ambas podem ser estipuladas na mesma cláusula testamentária. Dá-se o que a doutrina denomina substituição compendiosa. Assim, é válida a cláusula testamentária pela qual o testador pode dar substituto ao fideicomissário para o caso deste vir a falecer antes do fiduciário ou de se realizar a condição resolutive, com o que se impede a caducidade do fideicomisso. É o que se depreende**

¹²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 163

¹²¹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 856

do art. 1958 c.c. 1955, parte final, do Código Civil. 6. Recurso especial de Nova Pirajuí Administração S.A. NOPASA a que se dá parcial provimento. 7. Recurso especial de Anita Louise Regina Harley a que se dá parcial provimento.¹²². (grifo do autor)

Nesse diapasão, importante salientar que, nos termos do artigo 1.960 do Código Civil, a nulidade dos fideicomissos estabelecidos para além do segundo grau alcançará apenas parte da cláusula estipulada, em atenção ao princípio corolário da autonomia da vontade do testador. Isso significa que a substituição fideicomissária perfeita permanecerá em sua integridade, afastada apenas a parte que macula o ordenamento jurídico brasileiro¹²³.

Art. 1.960. A nulidade da substituição ilegal não prejudica a instituição, que valerá sem o encargo resolutório.

Ressalta-se, ainda, que a substituição *pupilar* e a *quase-pupilar* não foram reconhecidas pelo novo Código Civil. À época, na substituição pupilar, ao testador caberia nomear quem seria o herdeiro do filho, caso este falecesse antes de atingir a capacidade testamentária. Por outro lado, na substituição quase-pupilar, caberia ao testador designar herdeiro para o descendente incapaz, podendo caducar a substituição em referência caso este venha a adquirir a capacidade necessária ao ato de testar¹²⁴.

Frise-se: a substituição compendiosa se traduz na conjugação da substituição vulgar e da substituição fideicomissária, ou seja, na possibilidade de o testador nomear um substituto se o fideicomissário não puder ou não quiser aceitar.

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **REsp 1.221.817/PE**, Quarta Turma, Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, julgado em 10 dez. 2013, publicado em 18 dez. 2013 Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1288361&num_registro=201002032105&data=20131218&peticao_numero=-1&formato=PDF . Acesso em 11 abr. 2021

¹²³ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 856

¹²⁴ DELGADO, Mário Luiz. *As substituições testamentárias*. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-08/substituicoes-testamentarias> . Acesso em 13 mar. 2021

CAPÍTULO 3 – CONTROVÉRSIAS SOBRE O FIDEICOMISSO

Neste capítulo, serão apresentados, em questões reflexivas, os elementos para a constituição do fideicomisso, os direitos e deveres do fiduciário e do fideicomissário; as hipóteses que levam a caducidade ou nulidade do instituto, e abordadas as controvérsias no fideicomisso entre a autonomia do testador e o fideicomissário, em decorrência da filiação civil e das técnicas de reprodução assistida.

3.1 ELEMENTOS PARA CONSTITUIÇÃO DO FIDEICOMISSO

Fideicomisso é a destinação de bem, como propriedade resolúvel, feita pelo testador (fideicomitente) a uma pessoa de sua estrita confiança (fiduciário) para que o transmita ao destinatário final (fideicomissário), quando ocorrer determinado evento. O CC/2002 mudou, radicalmente, a finalidade do fideicomisso, que passou a ser em benefício apenas da prole eventual de pessoas designadas pelo testador, por força do art. 1.952, inexistente na legislação anterior. Outro requisito essencial, que também restringiu o fideicomisso, é o de que o fideicomissário (prole eventual) não esteja concebido na data da abertura da sucessão do testador. Essa regra remete, necessariamente, ao art. 1.800, § 4º, do Código, que estabelece o prazo de dois anos, após a abertura da sucessão, para a concepção do herdeiro (aqui, fideicomissário) esperado, findo o qual os bens passam à titularidade plena do fiduciário¹²⁵.

Antes do advento do Código de Civil de 2002, consoante as lições de Luiz Paulo Vieira de Carvalho¹²⁶ e Orlando Gomes¹²⁷, para a constituição da substituição fideicomissária, era obrigatório o atendimento de quatro requisitos: (i) capacidade sucessiva do fiduciário e do fideicomissário; (ii) dupla vocação hereditária; (iii) ordem sucessiva e (iv) ônus de conservar para restituir. No mesmo sentido, elucida Paulo Lôbo:

Assim, toda a tradicional construção doutrinária em torno dos direitos e deveres do fiduciário e dos direitos expectativos do fideicomissário ficam relativizados e conformados a esses eventos futuros e incertos, com eficácia resolúvel, ou seja, não existir o fideicomissário na data da morte do testador e ser concebido dentro de dois anos a partir dessa data.

Permanecem, todavia, os efeitos subjetivos essenciais do fideicomisso, de atribuição de dois direitos sucessórios distintos e simultâneos, isto é, de transmissão imediata do domínio e da posse dos bens ao fiduciário e da transmissão de direito expectativo ao fideicomissário esperado, ambas conjuntamente no momento da abertura da sucessão. Como titular de direito expectativo, o fideicomissário está legitimado a alienar esse direito eventual, a receber esse direito na partilha dos bens inventariados, a exigir caução do fiduciário, a aceitar a herança ou o legado se o fiduciário a eles renunciar¹²⁸.

¹²⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil - volume 6: sucessões*, 7. Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 101

¹²⁶ Cf. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 843

¹²⁷ Cf. GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17. ed. Revista e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 169

¹²⁸ LÔBO, *op. cit.*, p. 101

Após, o requisito da capacidade passiva do fideicomissário deixa de ser exigido¹²⁹. Permanecem, portanto, (i) a dupla vocação hereditária; (ii) a ordem sucessiva e (iii) o ônus de conservar para restituir. Entende-se, ainda, pela inclusão de quarto requisito: (iv) o fideicomissário na posição de prole eventual.

Assim, em **primeiro lugar**, percebe-se que a dupla vocação hereditária, conforme brevemente explanado anteriormente, é a disposição do patrimônio pelo testador por duas vezes. Destina-se o patrimônio, direta e inicialmente, em benefício do fiduciário e, indireta e posteriormente, ao fideicomissário¹³⁰. Nesse sentido, esclarece Orlando Gomes que “A *dupla vocação* supõe duas liberdades, uma *direta*, em favor do *fiduciário* ou *gravado*, e outra, *oblíqua*, em favor do *fideicomissário*¹³¹”.

Outro elemento para a constituição do fideicomisso é a ordem sucessiva, notadamente pois o fideicomissário terá direito à herança ou ao legado, como se viu, quando, por exemplo, da morte ou da renúncia do fiduciário, além do implemento da condição resolutiva (para o fiduciário) e suspensiva (para o fideicomissário). Contudo, importante frisar, uma vez mais, que “não há sucessão entre fiduciário e fideicomissário, pois são titulares de direitos distintos e nascidos simultaneamente com a abertura da sucessão¹³²”.

A ordem sucessiva significa que o segundo herdeiro, ou legatário, isto é, fideicomissário, só é chamado quando ocorre o fato determinante da resolução do direito do primeiro. Não há sucessão, mas sequência. Se bem que o fideicomissário não seja herdeiro do fiduciário, e sim do fideicomitente, recebe o bem daquele, não diretamente deste¹³³.

Nesse particular, há que se fazer distinção importante entre abertura da sucessão e abertura do fideicomisso: a abertura da sucessão corresponde ao momento em que nasce o direito hereditário, a partir da morte do hereditando, quando, então, por força da saisina (art. 1.784 do CC), a herança é transmitida, desde logo, para os herdeiros legítimos ou testamentários; já a abertura do fideicomisso só acontece no momento em que se configurar o evento resolutivo previsto pelo testador fideicomitente, quando, efetivamente, o fideicomissário, beneficiário da substituição, recolherá o direito, agora revertido a seu favor (direito expectado, isto é, adquirido)¹³⁴.

¹²⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil - volume 6: sucessões*, 7. Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 101

¹³⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 843

¹³¹ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17. ed. Revista e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 168

¹³² LÔBO, Paulo. *Direito civil - volume 6: sucessões*, 7. Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 102

¹³³ GOMES, *op. cit.*, p. 168

¹³⁴ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 843

No mais, para a constituição da substituição fideicomissária, é necessário que o fiduciário conserve os bens recebidos e restitua-os ao fideicomissário¹³⁵. Após o advento do Código Civil de 2002, referido ônus pode ser mais bem definido como a conservação dos bens e entrega ao fideicomissário e não, a restituição dos bens¹³⁶.

O ônus de conservar para restituir não pode ser limitado aos atos de disposição mortis causa, como acontece no chamado fideicomisso de resíduo. Se o testador estipular a dupla vocação, mas permitir que o primeiro chamado disponha livremente dos bens por negócios *inter vivos*, proibindo apenas a disposição por testamento, não se configura a substituição fideicomissária, sendo discutível a validade de tal cláusula por ferir a liberdade de testar¹³⁷.

Além disso, dispõe o artigo 1.952 do Código Civil que a substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador. Nesse sentido, explica Luiz Paulo Vieira de Carvalho:

Destaque-se que o procedimento de jurisdição voluntária pertinente à extinção de fideicomisso está mencionado no Código de Processo Civil/2015, art. 725, inciso VI, com a participação de todos os interessados;

(iii) na atualidade, somente se permite a favor de conceptuos, ou seja, daqueles ainda não concebidos ao tempo da abertura da sucessão, sob pena de incapacidade passiva do(s) fideicomissário(s) ou falta de legitimação passiva destes;

(iv) salvo disposição contrária do testador, traz em si a obrigação do fiduciário de conservar os bens fideicomitados, para que, depois, possam ser revertidos em favor do fideicomissário¹³⁸.

Com efeito, em razão da amplitude do vocábulo “não concebidos” estabelecido pelo legislador, “impõe-se que se entenda como “prole futura” toda e qualquer descendência, independentemente da consanguinidade ou outra origem, em respeito ao princípio da igualdade da filiação (CR, art. 227, § 6º)¹³⁹”. É o que se demonstrará em momento oportuno.

Atualmente, como visto, para a eficácia da substituição fideicomissária o herdeiro esperado deverá ser “concebido” em até dois anos da abertura da sucessão e, por se tratar de regra cogente, não poderá ser suprimida ou alterada pelo fideicomitente. O Código Civil de 1916, por outro lado, não exigia um prazo para a concepção do fideicomissário¹⁴⁰.

Cabe destacar que o fideicomissário a quem se defere a faculdade de aceitar ou renunciar a herança é prole eventual no momento da abertura da sucessão;

¹³⁵ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17. ed. Revista e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 168

¹³⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil - volume 6: sucessões*, 7. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 102

¹³⁷ GOMES, *op. cit.*, p. 168

¹³⁸ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 843

¹³⁹ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia e MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil: Direito das sucessões*. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 193

¹⁴⁰ Cf. TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia e MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil: Direito das sucessões*. Vol. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.193

se nascido ou concebido já recebe a sucessão na qualidade de proprietário. Desse modo, aplica-se ao fideicomissário o disposto no artigo 1.800 do Código Civil a fim de que os bens sejam administrados por curador nomeado judicialmente até seu nascimento com vida. Se o segundo nomeado não for concebido no prazo de dois anos contados da abertura da sucessão, por não haver fiduciário, o fideicomisso caduca, a ensejar a supletividade da legítima. Assim, se o fiduciário Antônio renuncia à sucessão, o fideicomissário poderá aceitar ou renunciar. Mas sendo o fideicomissário os futuros filhos de Antônio e Maria, ainda prole eventual no momento da renúncia, os bens fideicomitados serão administrados por um curador pelo prazo legal até seu nascimento com vida, quando passará a ser proprietário dos mesmos¹⁴¹.

Trata-se também de uma proteção ao nascituro, só que ao ainda não concebido. São pessoas que virão a nascer, geradas por pessoas designadas pelo testador, estas sim existentes quando da morte. A matéria ganha maior importância agora, com as técnicas de reprodução assistida.

(...)

Assim, não quer o testador deixar a herança para o irmão solteiro e sem filhos, vendo-o como um dilapidador ou não digno de confiança. Atribui, então, o quinhão a sua eventual prole. Se o irmão, vivo quando da abertura da sucessão, não vier a ter filhos, a disposição é ineficaz, caduca. Busca-se, então, como dissemos, a ordem legítima, se não foi outra a destinação preferida pelo testador. Como se vê, nesses casos a lei nem mesmo exige a concepção quando da morte¹⁴².

No mais, é certo que o fideicomisso deverá ser estabelecido apenas por testamento, sendo vedada a sua instituição por contrato, sob pena de macular a proibição do *pactu corvinus*, nos termos do artigo 426 do Código Civil, segundo o qual “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”. Esses foram justamente os termos do enunciado nº 529, aprovado na Quinta Jornada de Direito Civil¹⁴³.

Ante o exposto, verifica-se que, para a eficácia da substituição fideicomissária, é necessário, além da sua instituição por testamento, o preenchimento de quatro elementos: (i) a dupla vocação hereditária; (ii) a ordem sucessiva, ainda que não haja sucessão entre o fiduciário e o fideicomissário; (iii) o ônus de conservar para entregar e (iv) o fideicomissário na condição de prole eventual.

3.2 DIREITOS E DEVERES DO FIDUCIÁRIO

Como visto, o fiduciário é o primeiro beneficiário da herança ou legado, que a transmite ao fideicomissário, por exemplo, quando implementada a condição resolutiva. Imperioso salientar que “Nada obsta a nomeação plúrima de fiduciários conjuntos. O direito de crescer

¹⁴¹ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia e MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil: Direito das sucessões*. Vol. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 197

¹⁴² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v.7, São Paulo: Atlas, 2005, p.229

¹⁴³ Cf. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das sucessões*. v.6. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 716

entre eles é regulado pelos mesmos princípios da instituição direta¹⁴⁴”. Contudo, assim como os demais herdeiros e legatários, os fiduciários devem possuir capacidade sucessória, vide subcapítulo 1.4.1.

Inicialmente, como explicitado anteriormente, o fiduciário tem o direito à propriedade restrita e resolúvel, nos termos do artigo 1.953 do Código Civil. “Com a sua morte, a coisa fideicometida será recolhida pelo fideicomissário, esteja em poder de quem quer que seja, uma vez que se resolve o domínio do adquirente, que se transfere ao fideicomissário¹⁴⁵”. “Na pluralidade de fiduciários conjuntos, somente a extinção de todos implicará na substituição. Salvo, evidentemente, disposição testamentária expressa em contrário¹⁴⁶”.

A obrigação é do fiduciário de passar os bens. O termo *transmitir* colocado no art. 1.951 pode dar ideia diversa. Tecnicamente, só transmitem direitos quem os possui. Não há transmissão propriamente dita do fiduciário ao fideicomissário, mas uma passagem automática, com o advento da morte, termo ou condição. Cessado o direito do fiduciário sobre a coisa, existe mera passagem, uma transmissão anômala de direitos. É, sem dúvida, uma modalidade de *saisine* de bens hereditários. Por isso, a partir dessa *saisine* (o momento da passagem dos bens por morte, termo ou condição), o fideicomissário já está possibilitado para propor a ação reivindicatória¹⁴⁷.

Além disso, possui o fiduciário o direito de usar, fruir ou até mesmo dispor da herança ou legado, no todo ou em parte, a título gratuito ou oneroso, nos termos do artigo 1.228 do Código Civil, exceto quando o testador instituir cláusula de inalienabilidade, ou seja, restringir a alienação – total ou parcial - do bem¹⁴⁸.

Tendo o fiduciário a propriedade da herança ou do legado, *mas restrita e resolúvel* (art. 1.953), pode exercer todos os poderes que o direito real maior lhe confere, inclusive alienar os objetos da disposição. Esse o grande inconveniente do instituto, se não for gravado com a cláusula de inalienabilidade o direito do fiduciário. Alienada a coisa, a propriedade resolve-se no momento da morte do fiduciário, no termo ou no implemento da condição, cabendo ao fideicomissário ir buscá-la, com quem quer que esteja, como corolário de seu direito de seqüela, reivindicando-a. Aplicam-se os princípios da propriedade resolúvel disciplinada nos arts. 1.359 e 1.360. Por essa razão, também, é que o instituto conferido por doação permite a cláusula de inalienabilidade, o que não ocorre num negócio oneroso semelhante, já que ninguém pode gravar dessa forma seu próprio patrimônio¹⁴⁹.

¹⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.416

¹⁴⁵ *Idem*.

¹⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões – vol. VI*. 27 ed. Revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 283

¹⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v.7, São Paulo: Atlas, 2005, p.339

¹⁴⁸ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 850

¹⁴⁹ VENOSA, *op. cit.*, p. 330

Importante mencionar, contudo, que, caso o fiduciário, por determinação do testador ou por mera liberalidade, indagar o fideicomissário previamente, este poderá negar o consentimento para a alienação, inclusive, sem motivação, o que não poderá ser objeto de suprimimento judicial¹⁵⁰.

Não obstante, o fiduciário, ainda que instituída a cláusula de inalienabilidade, poderá gozar dos bens recebidos, como na locação ou no comodato¹⁵¹.

Tendo o fiduciário, na condição de proprietário, todas as prerrogativas do dominus, ou seja, o direito de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa, pode, conseqüentemente, gravá-la ou vendê-la. Todavia, como o seu domínio é resolúvel, torna-se ineficaz, resolve-se, quando se abre a substituição, *ex vi* da regra *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum*, consagrada no art. 1.359 do Código Civil¹⁵².

A locação de imóvel ajustada com o fiduciário cessa com a extinção do fideicomisso, com o término do direito do fiduciário à coisa, salvo se o fideicomissário anuiu, por escrito, no contrato, ou se a propriedade se consolidar em mãos do fiduciário (art. 7º da Lei nº 8.245/91). Abre-se aí ensejo à denúncia vazia.¹⁵³

Não é demais frisar que, implementada a condição resolutiva, os direitos do fiduciário em relação aos bens fideicomitidos são dissolvidos, ainda que estejam sob a posse de terceiro e deverão ser restituídos integralmente ao fideicomissário, nos termos do princípio do *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum*¹⁵⁴. “Nesse caso, o fideicomissário, sobre o qual se opera a resolução do direito do fiduciário, pode reivindicar a coisa em poder de quem a detenha¹⁵⁵”.

No fideicomisso, a prescrição corre contra o fiduciário, não só a aquisitiva (usucapião) de um terceiro que se apodera da coisa objeto da deixa testamentária, como a extintiva dos direitos e ações da deixa fideicomissária, enquanto no usufruto a prescrição não corre contra o usufrutuário mas sim contra o nu-proprietário.¹⁵⁶

(...) além de não correr prescrição alguma contra o fideicomissário, por ser o mesmo titular de direitos sob condição suspensiva (art. 199, inciso I, do CC), tal evento, ao ocorrer, terá eficácia retroativa, isto é, para trás (*ex tunc*). Assim, caso o objeto da propriedade dos bens fideicomitidos não seja, desde logo, entregue ao fideicomissário, este poderá ingressar com a ação

¹⁵⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das sucessões. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 850

¹⁵¹ *Idem*.

¹⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 417

¹⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v.7, São Paulo: Atlas, 2005, p. 339

¹⁵⁴ Cf. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das sucessões. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 850

¹⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 417

¹⁵⁶ BORGHI, Hélio. *O novo código civil e as inovações no direito das sucessões: A nova forma da substituição fideicomissária*. 2010. In: Revista de Direito Privado, v. 8, n. 31, p. 91-118

reivindicatória em face do ex-proprietário resolúvel, agora possuidor injusto (arts. 1.228 e 1.359 do CC).¹⁵⁷

Caberá também ao fiduciário o recebimento de indenização pelas acessões, benfeitorias - úteis e necessárias - que acarretem a valorização do bem fideicomitido, nos termos do Enunciado 81 da primeira Jornada de Direito Civil¹⁵⁸. O fiduciário poderá, inclusive, exercer o direito de retenção, conforme prevê o artigo 1.219 do Código Civil, ou levantar as benfeitorias voluptuárias, quando não ocasionar prejuízo ao bem¹⁵⁹.

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. **Tais benfeitorias representam o produto de sua atividade e gastos, e seria injusto que o fideicomissário delas se apropriasse, em detrimento do fiduciário. Não assim quanto às benfeitorias voluptuárias, porque estas não têm utilidade econômica e, portanto, a sua apropriação pelo fideicomissário não representa um enriquecimento**¹⁶⁰. (grifo do autor)

O fiduciário, ainda, tem o direito aos frutos percebidos, conforme dispõe o artigo 1.232 do Código Civil, justificando, até mesmo, a obtenção de indenização nos casos de desapropriação da propriedade restrita e resolúvel. No entanto, no que toca à quantia depositada pelo poder expropriante, o fiduciário só pode usufruir os juros¹⁶¹.

Como mencionado anteriormente, o fiduciário pode renunciar ao fideicomisso, por termo judicial ou escritura pública, pois não é obrigado a acatar a preferência do testador¹⁶². Nesse sentido, dispõe o artigo 1.954 do Código Civil que “salvo disposição em contrário do testador, se o fiduciário renunciar a herança ou o legado, defere-se ao fideicomissário o poder de aceitar”.

Pode ocorrer que a renúncia do fiduciário se dê e ainda não exista a prole eventual nomeada fideicomissária. Ninguém deve ser herdeiro contra a vontade. Os bens, sob essa contingência, deverão ser deferidos a um administrador, aguardando-se a solução com o surgimento ou não da prole. O administrador não assume a posição de fiduciário. Seus poderes serão mesmo de mera administração. A lei, no entanto, não prevê essa hipótese. Incumbe ao

¹⁵⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 849

¹⁵⁸ “O direito de retenção previsto no art. 1.219 do CC, decorrente da realização de benfeitorias necessárias e úteis, também se aplica às acessões (construções e plantações), nas mesmas circunstâncias do art. 1.219 do Código Civil”. I Jornada de Direito Civil. *Enunciado 81*. Coordenador Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Conselho da Justiça Federal. Brasília. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/708>. Acesso em 11 abr. 2021

¹⁵⁹ CF. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 417 e CARVALHO, *op. cit.*, p. 849

¹⁶⁰ GONÇALVES, *op. cit.*, p.417

¹⁶¹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.849

¹⁶² Cf. GONÇALVES, *op. cit.*, p.417

testador prevê-la expressamente, bem como o prazo de duração dessa administração¹⁶³.

O fiduciário, ainda, pode sub-rogar os bens fideicomitidos por outros bens, contanto que munido de prévio consentimento do fideicomissário, conforme artigo 725, inciso II, do Código de Processo Civil, a ser processado no Juízo competente do inventário¹⁶⁴.

No mais, poderá o fiduciário “ajuizar todas as ações que competem ao herdeiro, inclusive a de petição de herança¹⁶⁵”.

Por fim, nos termos do artigo 1.958 do Código Civil, o fiduciário tem o direito à propriedade, salvo disposição em contrário, quando o fideicomisso caducar nas seguintes hipóteses: (i) se o fideicomissário morrer antes do fiduciário ou (ii) antes de realizar-se a condição resolutória do direito do fiduciário. Caso assim ocorra, os sucessores do fideicomissário não terão direito à herança ou ao legado, que cabia ao seu antecessor, notadamente pois o fideicomissário obteve apenas a expectativa de direito, não se formalizando o direito em si¹⁶⁶.

No que tange ao fiduciário, a caducidade do fideicomisso propicia a consolidação da propriedade na sua pessoa, extinguindo a natureza resolúvel da propriedade, conforme a previsão contida nos arts. 1.955 e 1.958, ambos do novo Código Civil¹⁶⁷.

Pode, porém o testador, tanto no caso da morte do fideicomissário antes do fiduciário, como no caso de renúncia do fideicomissário, designar um substituto para este último (art. 1.947 do CC), caso em que o fideicomisso não cairá por terra, tratando-se de substituição compendiosa, isto é, de um misto de substituição vulgar e de substituição fideicomissária, e não se ferindo o preceituado no art. 1.960 do Código Civil¹⁶⁸.

Por outro lado, o fiduciário deve proceder com inventário judicial dos bens fideicomitidos, conforme artigo 1.953 do Código Civil. Decorre do dispositivo mencionado a principal obrigação do fiduciário que é de conservar o bem, para sua posterior entrega (e não

¹⁶³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v.7, São Paulo: Atlas, 2005, p.339

¹⁶⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v.6, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 405.

¹⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.418

¹⁶⁶ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 848

¹⁶⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Substituições e Fideicomisso. Direito das sucessões e o Novo Código Civil*. Coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo a Cunha Pereira. Belo Horizonte: DELREY/IBDFAM, 2004, p. 349

¹⁶⁸ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 849

restituição) ao fideicomissário, resguardando-se de eventuais reclamações e sendo, inclusive, condição para o recebimento dos bens fideicomitidos¹⁶⁹.

Do inventário dos bens fideicomitidos, nasce o dever do fiduciário no tocante às despesas do inventário e do imposto de transmissão por *causa mortis* (“ITCMD”) ¹⁷⁰. Com relação a este último, o Eg. Superior Tribunal de Justiça, em 27.5.2008, alcançou entendimento pela inexigibilidade do imposto de transmissão por ocasião da extinção do fideicomisso, ou seja, quando os bens fideicomitidos são entregues ao fideicomissário¹⁷¹.

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXTINÇÃO DE FIDEICOMISSO. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO E DOAÇÃO CAUSA MORTIS – ITD. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE BITRIBUTAÇÃO. PRECEDENTE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO-PROVIDO. I. Cuida-se de recurso especial fundado na alínea “a” do permissivo constitucional, manejado pelo Estado do Rio de Janeiro, contra acórdão que, ratificando a sentença, declarou inexigível o imposto de transmissão sobre a extinção de fideicomisso, sob o entendimento de que o único ato de transmissão se verificou na instituição do fideicomisso, operação já tributada, conforme entendimento jurisprudencial indicado. Em recurso especial, afirma o Estado do Rio de Janeiro que no fideicomisso existem duas transmissões, a do testador para o fiduciário e a do fiduciário para o fideicomissário, motivo porque deve incidir, também na segunda hipótese, o imposto sobre transmissão, tal como pleiteado. Nessa ótica, apontam-se violados os arts. 535 do CPC e 1.733 do Código Civil de 1916. II. O reclamo, todavia, não merece amparo, porquanto o acórdão recorrido está em absoluta sintonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, que proclama inoportunidade a incidência tributária pretendida pela Fazenda Pública, dado que na instituição do fideicomisso já se operou de forma regular a aplicação do imposto de transmissão. Impede-se, de tal maneira, a ilegal ocorrência de bitributação. Precedente: REsp 606.133/RJ, DJ 11/04/2005, de minha relatoria. III. **Não é devido o imposto de doação sobre extinção de fideicomisso, sob pena de ocorrência de bitributação, uma vez que, ao ser extinto o fideicomisso não há transmissão de propriedade.** IV. Inexistência de previsão legal para a imposição do tributo. Princípio da legalidade. V. Recurso especial conhecido e não-provido. (grifo do autor)

Reproduzindo o parágrafo único do artigo 1.743 do Código Civil de 1916 e olvidando-se do principal requisito da substituição fideicomissária, qual seja, o fideicomissário como prole eventual, o atual *codex* estabeleceu, ainda, como dever ao fiduciário prestar caução de restituir os bens fideicomitidos, caso o fideicomissário assim exigir, de modo a assegurar a sua futura

¹⁶⁹ CF. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.418

¹⁷⁰ Cf. GONÇALVES, *op. cit.*, p.419

¹⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **REsp 1.004.707**, Primeira Turma, Ministro Relator José Delgado, julgado em 27 maio. 2008, publicado em 23 maio. 2008 Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=786627&num_registro=200702634757&data=20080623&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em 9 maio. 2021

entrega. Ao contrário do inventário, a caução depende do requerimento do fideicomissário, podendo ser exonerada¹⁷².

Desse modo, o testador pode gravar com inalienabilidade o bem fideicomitido, como também pode condicionar o direito do fiduciário à apresentação de caução, tornando obrigatória, para o fiduciário, a caução que está colocada no art. 1.953 (art. 734), parágrafo único, como direito dispositivo do fideicomissário. Pode também o testador cometer ao testamenteiro ou a outrem a fiscalização da fidúcia, mormente quando se trata de aquinhoar prole ainda não existente.¹⁷³

O fideicomissário tem um *direito eventual* sobre bens fideicomitidos em poder do fiduciário. Não há mera expectativa, que existe sim antes da morte do autor da herança. Com a morte, o direito do fideicomissário já apresenta contornos nítidos, faltando apenas a verificação de alguns elementos para inteirar-se. A possibilidade de o fideicomissário renunciar à herança ou legado é prova de que o direito já existe (art. 1.955), porque não se renuncia a direito inexistente. Tanto já é direito que a própria lei lhe confere um procedimento de resguardo dos bens, por meio da exigência de caução. É um direito eventual de natureza real, que possibilitará, se necessário, a ação reivindicatória¹⁷⁴

Além disso, cabe ao fiduciário responder pelas deteriorações do bem fideicomitido, quando demonstrada a responsabilidade subjetiva, ou seja, decorrente de culpa ou dolo. Dessa forma, verifica-se que não há responsabilidade do fiduciário, contudo, com relação àquelas decorrentes do uso regular, do caso fortuito ou da força maior¹⁷⁵.

No mais, o fiduciário deve conservar e administrar o bem fideicomitido sob seus cuidados, para posterior entrega ao fideicomissário, no estado em que se encontrar quando da implementação da condição que lhe era resolutiva¹⁷⁶.

Vale mencionar, ainda, que a doutrina e a jurisprudência majoritária entendiam - no antigo Código Civil, mas aplicável também ao novo *codex* - pela admissibilidade da substituição fideicomissária por ato *inter vivos*, sob a forma de doação, não havendo que se falar no pacto sucessório proibido (“*pactu corvinus*”)¹⁷⁷.

A título de exemplo, poderá o doador dispor da seguinte forma: “Doo a Maria meu apartamento e, por sua morte, o bem doado se transmitirá a João (ou à prole eventual de Sérgio).” Nessa hipótese, tais disposições serão regidas pelo direito das obrigações e não pelo direito sucessório¹⁷⁸.

¹⁷² Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.418-419

¹⁷³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v.7, São Paulo: Atlas, 2005, p.339

¹⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v.7, São Paulo: Atlas, 2005, p. 339

¹⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 418

¹⁷⁶ *Idem*.

¹⁷⁷ Cf. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 849

¹⁷⁸ CARVALHO, *op. cit.*, p. 849

Nesse contexto, o fiduciário - primeiro beneficiário da herança ou legado - tem direito de usar, gozar, fruir e dispor de sua propriedade até implementada a condição resolutiva, oportunidade em que esses direitos são dissolvidos. Não por outro motivo, é evidente que o fiduciário possui direito ao recebimento de indenização pelas acessões, benfeitorias e frutos percebidos. Além disso, decorrente do dever de conservação do bem, o fiduciário deve proceder com o inventário judicial dos bens fideicomitidos, bem como adimplir as despesas do inventário e do ITCMD.

3.3 DIREITOS E DEVERES DO FIDEICOMISSÁRIO

O fideicomissário é o segundo herdeiro ou legatário e possui tão somente a expectativa de direito enquanto restar pendente a implementação da condição - resolutória do fiduciário e suspensiva do fideicomissário - existente na cláusula fideicomissária¹⁷⁹.

Inicialmente, o fideicomissário possui a expectativa de direito ao bem e, não por outras razões, como os demais titulares de direitos diferidos, ou seja, sob condição suspensiva, poderá ceder em favor de terceiro, a título gratuito ou oneroso¹⁸⁰.

Além disso, como não poderia deixar de ser, o fideicomissário possui expectativa de direito também à parte que acrescer ao fiduciário, a qualquer tempo, conforme estabelece o artigo 1.956 do Código Civil¹⁸¹.

Quando o testador nomeia dois ou mais herdeiros ou legatários conjuntos, haverá entre eles o direito de acrescer. Desse modo, somente depois de extinto o direito do último fiduciário é que os bens passarão ao poder do fideicomissário, com os respectivos acréscimos. Nesse sentido, preceitua o art. 1.956 do Código Civil: “Se o fideicomissário aceitar a herança ou o legado, terá direito à parte que, ao fiduciário, em qualquer tempo acrescer”. Afinal, o fideicomissário é sucessor, herdeiro ou legatário, do testador, com todos os direitos e vantagens dessa situação¹⁸².

Como regra geral, o herdeiro responde pelos encargos da herança, em sentido amplo, abrangendo condição, modo e obrigações correlatas, dentro das suas forças (CC, art. 1.997). No caso de fideicomisso, cabe primeiramente ao fiduciário satisfazer os encargos (despesas) da herança, passando ao fideicomissário apenas aqueles que ainda restarem quando lhe for devolvida a

¹⁷⁹ BORGHI, Hélio. *O novo código civil e as inovações no direito das sucessões: A nova forma da substituição fideicomissária*. 2010. In: Revista de Direito Privado, v. 8, n. 31, p. 91-118

¹⁸⁰ CF. GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. Coord. Advaldo Brito; Atual. Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 216

¹⁸¹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 851

¹⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 420

sucessão, mas não pessoalmente, e sim dentro das forças da herança, conforme o benefício de inventário (CC, art. 1.792)¹⁸³.

Nesse contexto, esclarece Pontes de Miranda que o fideicomissário poderá crescer nas seguintes hipóteses:

- I – Ao que advier ao fiduciário pela pré-morte, repúdio ou indignidade de algum ou de todos os coerdeiros (arts. 1.942 e 1.943). Se o fideicomisso for de legado, ao que crescer ao fiduciário como legatário (art. 1.946);
- II – Se o testador fez o fiduciário substituto de outro coerdeiro, ou legatário, o fideicomissário terá direito, também, a esta parte;
- III – Se o testador, com herdeiros legítimos, a um deles dá fideicomisso (‘deixo a B o fideicomisso da quota do meu sobrinho mais velho’, ‘deixo aos meus herdeiros legítimos, sendo fiduciário do mais moço B’, ou se construtivos os fiduciários), o que advier em virtude dos arts. 1.906 e 1.944, entende-se devido ao fideicomissário;
- IV – Se o legado ou modus imposto ao fiduciário cai (por exemplo, parágrafo único do art. 1.944) aproveita isto ao fideicomissário¹⁸⁴.

No mais, o fideicomissário terá expectativa de direito à herança ou legado, a ser transferida por transmissão pura e simples, caso (a) este último faleça antes do testador, salvo no caso de indicação expressa de substituto ao fiduciário faltante, (b) o fiduciário renuncie à herança ou ao legado ou (c) não implementada a condição suspensiva¹⁸⁵.

Aliás, o fideicomissário poderá ajuizar medidas cautelares para conservação do bem fideicomitido, depois da abertura do fideicomisso, sob o qual possui expectativa de direito (*spes debitum iri*) até o evento condicional¹⁸⁶. Nesse sentido, reza o artigo 130 do Código Civil que “ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo”. Assim, explica Carlos Roberto:

Só com a abertura do fideicomisso entra o fideicomissário na posse dos bens. Só então lhe assiste o direito de reivindicar os bens acaso alienados pelo fiduciário (CC, art. 1.359), bem como o de pleitear a reparação dos danos devidos à culpa. Em consequência, enquanto não recebe os bens, não corre contra ele qualquer prescrição, porquanto não pode propor, até então, ação alguma¹⁸⁷.

O fideicomissário, como se viu no subcapítulo anterior, poderá exigir que o fiduciário proceda ao inventário dos bens fideicomitidos e preste caução, bem como recolher o valor do

¹⁸³ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia e MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil: Direito das sucessões*. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 192

¹⁸⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado dos testamentos*. v. 4. n. 1.632. Belo Horizonte: BH Editora, 2005, p. 24

¹⁸⁵ Cf. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.851

¹⁸⁶ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.420

¹⁸⁷ GONÇALVES, *op. cit.*, p.420

seguro no qual o bem fideicomitido se sub-roga, quando ocorrida a desapropriação, por determinação estatal ou distribuição por sinistro¹⁸⁸.

Por outro lado, caso o fiduciário venha a falecer depois do testador, porém, antes da condição resolutiva, o bem fideicomitente será transferido para os herdeiros do fiduciário, até que ocorrido o evento condicional, que, por sua vez, será entregue ao fideicomissário¹⁸⁹.

Em tal hipótese, entendemos de se aplicar, analogicamente, como opinado anteriormente, o prazo de espera de dois anos consignado no § 4º do art. 1.800 do Código Civil, a partir do evento resolutivo, aguardando-se, então, a esperada concepção. Se, no entanto, frustrar-se a reversão, ou seja, se a concepção não ocorrer dentro de tal prazo, de natureza decadencial, os bens fideicomitidos permanecerão nas mãos dos sucessores do fiduciário, agora em plena propriedade.

Conforme já assinalado, o fideicomissário pode renunciar à herança ou ao legado, e, neste caso, haverá caducidade do fideicomisso (art. 1.955 do CC). Todavia, ocorrendo a renúncia depois do evento resolutivo, se esta significar fraude contra credores, estes poderão aceitá-la em seu nome, nos termos do art. 1.813 do Código Civil, não havendo, aqui, caducidade¹⁹⁰.

Para nós é perfeitamente aplicável, por analogia, como enfocamos adiante, o prazo de dois anos para o aguardo do nascimento ou concepção do fideicomissário, nos termos do art. 1.800, § 4º, se o testador não tiver disposto diferentemente¹⁹¹.

Não obstante, o fideicomissário também poderá renunciar à herança ou ao legado, a qualquer momento, conforme artigo 1.955 do Código Civil, pois é notório que qualquer pessoa pode dispor os bens ou os direitos havidos mediante transmissão hereditária. A renúncia, contudo, faz com que o fideicomisso caduque e a propriedade se consolide com o fiduciário¹⁹².

No entanto, tal renúncia, na atualidade, só poderá ocorrer tendo alcançado o renunciante a maioridade, ou, enquanto relativamente incapaz, devidamente assistido, ou, por fim, sendo absolutamente incapaz, não só representado, como também mediante autorização judicial, ouvido o órgão do Ministério Público e a Curadoria Especial, comprovado o interesse e evidente utilidade do ato abdicativo para o renunciante, sob pena de nulidade do ato (arts. 1.691, 1.692 e 1.749, inciso II, do CC)¹⁹³.

Importante mencionar que, caso o fiduciário e o fideicomissário renunciem à herança ou ao legado, os bens fideicomitidos serão devolvidos ao *monte mor*, salvo se os credores do

¹⁸⁸ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.420

¹⁸⁹ Cf. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 851

¹⁹⁰ CARVALHO, *op. cit.*, p. 851

¹⁹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, v.7*, São Paulo: Atlas, 2005, p. 339

¹⁹² Cf. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 848

¹⁹³ CARVALHO, *op. cit.*, p. 848

fiduciário ou do fideicomissário aceitarem em nome dos renunciantes, nos termos do art. 1.813 do Código Civil¹⁹⁴

Ao contrário do Código Civil de 1916 que estabelecia o prazo de vinte anos, o fideicomisso só poderá ser extinto no lapso temporal de dez anos, nos termos do artigo 205 do Código Civil de 2002.

Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

Por isso, é de suma importância que o testador fixe um prazo para o nascimento do fideicomissário. O mesmo ocorrerá caso o bem fideicomitido se perder ou deteriorar, podendo gerar o dever de indenização ao fideicomissário, se ocorrido por culpa do fiduciário¹⁹⁵.

Em contrapartida, o fideicomissário tem o dever de responder pelos encargos da herança que o fiduciário não pode satisfazer ou que, ainda, restarem ao sobrevir a sucessão, nos termos do artigo 1.957 do Código Civil, salvo aqueles encargos criados pelo fiduciário sem o seu consentimento, pois o direito deste se extingue com a resolução¹⁹⁶.

A regra constitui consequência do princípio segundo o qual o herdeiro responde pelos encargos da herança, dentro das forças desta. O fideicomissário, como proprietário e possuidor da herança, também responde pelos encargos desta, mas não pelos assumidos pelo fiduciário, cuja propriedade era restrita e resolúvel¹⁹⁷.

Além disso, correlato ao direito do fiduciário, o fideicomissário deverá indenizá-lo pelas benfeitorias necessárias e úteis, que aumentarem o valor do bem fideicomitido¹⁹⁸.

Nesse contexto, o fideicomissário, que possui a expectativa de direito, inclusive, à parte que acrescer ao fiduciário sobre o bem fideicomitido, deve responder pelos encargos da herança que o fiduciário não pode satisfazer ou que restarem ao sobrevir a sucessão, sendo justificável o ajuizamento de medidas cautelares para conservação do bem gravado de fideicomisso.

¹⁹⁴ Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v.7, São Paulo: Atlas, 2005, p. 339

¹⁹⁵ Cf. VENOSA, *op. cit.*, p. 339

¹⁹⁶ Cf. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 851 e GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 420

¹⁹⁷ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 420

¹⁹⁸ Cf. GONÇALVES, *op. cit.*, p. 420

3.4 CADUCIDADE E NULIDADE DO FIDEICOMISSO

Existem três causas que podem levar a caducidade da substituição fideicomissária: **(i)** a renúncia ou a premoriência dos agentes da substituição fideicomissária (testador fideicomitente, fiduciário e fideicomissário), inclusive, antes do implemento da condição que porventura fora estipulada pelo testador; **(ii)** perecimento do objeto do fideicomisso, além da **(iii)** ausência de legitimidade sucessória ou indignidade do fiduciário e/ou do fideicomissário¹⁹⁹.

Assim como as demais substituições ora pesquisadas, o fideicomisso, na qualidade de disposição testamentária, também poderá **caducar**, isto é, perder os efeitos perseguidos pelo fideicomitente testador, ou seja, cair por terra, a significar que, mesmo quando a cláusula fideicomissária for considerada juridicamente existente e válida, por força de obstáculos estranhos ou fatos posteriores à sua formação, *pode não produzir os efeitos pretendidos ou, então, deixar de produzi-los*²⁰⁰.

Na primeira hipótese, verifica-se que, quando o fideicomissário renunciar à herança ou legado, caberá a plena propriedade do bem ao fiduciário. É o que dispõe o artigo 1.955 do Código Civil, *in verbis*:

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.

Nesse diapasão, cabe mencionar, antes de causar imensa estranheza ao caro leitor, que a regra em apreço tem como fundamento o antigo *codex*, dirigida notadamente ao fideicomissário capaz.

Atualmente, perde-se a notoriedade de tal regramento, pois o fideicomissário (prole eventual) só poderá renunciar à herança ou ao legado, mediante escritura pública ou termo judicial, através de seu representante legal. Porém, é notório que os pais, o tutor e o curador não podem, de maneira alguma, alienar os bens imóveis de seus filhos, pupilos ou curatelados, sem a autorização judicial e, não por outras razões, não podem renunciar à herança ou ao legado dos bens fideicomitidos, exceto quando autorizado pelo Juízo competente, por motivo justificado²⁰¹.

De qualquer modo, se houver colisão de interesses entre os pais e o filho fideicomissário, cabe ao juiz dar a este curador especial (CC, art. 1.692). Considerando que o fiduciário é apenas o concebido após a morte do testador e até dois anos desta data (§ 4º do art. 1.800 do CC/2002), a renúncia é ato

¹⁹⁹ Cf. LÔBO, Paulo. *Direito civil - volume 6: sucessões*, 7 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 104 e CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 853

²⁰⁰ CARVALHO, *op. cit.*, p. 853

²⁰¹ Cf. LÔBO, Paulo. *Direito civil - volume 6: sucessões*, 7 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 104

expresso de seu representante legal, dependente de autorização judicial, depois de ouvido o Ministério Público²⁰².

Vale lembrar novamente que o fideicomisso só se permite em benefício de pessoas ainda não concebidas no momento da morte do testador; caso contrário, transmuda-se em usufruto. Assim, a renúncia do fideicomissário só se torna possível muito depois de aberta a sucessão, pois não é lícito a outrem dispor gratuitamente de seus bens (CC, art. 1.749, II). De todo modo, como são muitos os eventos que podem ensejar a substituição, não é difícil imaginar que antes do seu advento o fideicomissário tenha adquirido plena capacidade civil e possa exercer o seu direito de renunciar. No caso de o direito do fiduciário ter se transformado em usufruto porque estava vivo o fideicomissário na abertura da sucessão, a renúncia do nu proprietário em nada lhe beneficia, mantido o termo final da sua duração, cabendo ao testador regular diversamente se este for o seu interesse. O usufruto vai durar segundo a previsão testamentária para o fato que ensejaria o direito do fideicomissário/proprietário, depois passará para os herdeiros legítimos do testador, salvo nomeação de substituto comum para o fideicomissário/proprietário²⁰³.

Além disso, entende-se que o fideicomisso caduca caso o fiduciário venha a falecer antes do testador. Como apontado anteriormente, a ineficácia da instituição do fiduciário não prejudica o fideicomissário. Nesse caso, o fideicomissário receberá a herança ou legado, como substituto vulgar do fiduciário. Contudo, se o testador nomear um substituto vulgar ao fiduciário, em caso de premoriência, o fideicomissário deverá aguardar a abertura do fideicomisso, como se vivo fosse o primeiro fiduciário²⁰⁴.

O fideicomisso caducará também com a morte do fideicomissário, antes do fiduciário, aplicando-se também ao *natimorto*. A mesma lógica é adotada também quando da não concepção do fideicomissário antes do evento condicional ou, subsidiariamente, no prazo de dois anos. Nesses casos, a propriedade se consolidará com o fiduciário, conforme prevê o artigo 1.958 do Código Civil²⁰⁵.

A morte do fideicomissário (ou sua não concepção) antes do implemento da condição resolutive, hipótese aludida no art. 1.958 do Código Civil, pode ocorrer após a morte do fiduciário, quando este for sucedido por seus herdeiros, que assumem a titularidade da propriedade resolúvel, desde que o fideicomisso não tenha sido personalíssimo. A morte do fiduciário, em fideicomisso personalíssimo, não permite a sucessão a seus herdeiros, pois a caducidade opera, inversamente, em favor do fideicomissário, que consolida a propriedade em seu nome. Se o fideicomissário tiver nascido antes da morte do testador e morrido antes da morte do fiduciário, o fideicomisso terá se convertido, por força de lei (CC, parágrafo único do art. 1.952), em usufruto.

²⁰² LÔBO, Paulo. *Direito civil - volume 6: sucessões*, 7 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 104

²⁰³ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia e MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil: Direito das sucessões*. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 197.

²⁰⁴ Cf. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 863

²⁰⁵ Cf. LÔBO, Paulo. *Direito civil - volume 6: sucessões*, 7. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 104

Nessa hipótese, o fideicomissário adquire a nua-propriedade da coisa e essa titularidade é objeto de transmissão a seus herdeiros. Por não se tratar mais de fideicomisso, inexistente caducidade²⁰⁶.

Além disso, o Eg. Superior Tribunal de Justiça entendeu que, caducando o fideicomisso, consolida-se a propriedade na titularidade do fiduciário e, por isso, o falecimento deste, sem deixar testamento, impõe rigorosa obediência à sucessão legítima, transmitindo-se aos herdeiros legítimos do fiduciário²⁰⁷. Referido entendimento foi replicado em diversos julgados do Tribunal Superior:

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/2002). Afastada a hipótese de sucessão por disposição de última vontade, oriunda do extinto fideicomisso, e, por consequência, 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, provido²⁰⁸.

Exame de eventual boa-fé e eventual direito de retenção por parte do adquirente relegada para a execução, na peculiaridade do caso. Eventual ação de regresso contra o fiduciário ressalvada. Patenteando-se que a venda de imóvel objeto de fideicomisso realizou-se em prejuízo de menor fideicomissária, ainda que mediante alvará judicial em que representada pelo fiduciário, ante a aquisição de imóvel de valor sensivelmente menor, anula-se a venda do imóvel fideicomitido, reservada, nas peculiaridades do caso, da discussão a respeito de eventuais boa-fé e direito de retenção por parte do adquirente do imóvel, bem como ressalvado eventual direito de regresso contra o fiduciário e, finalmente, ressalvada a possibilidade de acionamento da fideicomissária quanto ao destino do imóvel adquirido em sub-rogação, matéria situada fora do objeto do presente processo. Recurso especial conhecido apenas em parte, por maioria de votos, sem interferência na sucumbência determinada pelo acórdão recorrido²⁰⁹.

²⁰⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil - volume 6: sucessões*, 7 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021 p. 104

²⁰⁷ Cf. LÔBO, *op. cit.*, p. 104

²⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **REsp 820.814/SP**, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrichi, julgado em 9 out. 2007, publicado em 25 out. 2007. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=728313&num_registro=200600314039&data=20071025&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em 2 abr. 2021.

²⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **REsp 945.027/BA**, Terceira Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, Relator p/ acórdão Ministro Sidnei Beneti, julgado em 19 ago. 2008, publicado em 24 nov. 2008. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=734904&num_registro=200700921312&data=20081124&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em 2 abr. 2021.

Na segunda hipótese, entende-se que a substituição fideicomissária pode caducar quando perecer o bem fideicomitado, sem culpa do fiduciário, seja total ou parcial. O fideicomisso não caducará se houver sub-rogação no prêmio do seguro, quando perecimento o for total e, quando parcial, a substituição ocorrerá apenas em parte²¹⁰.

Entende-se, ainda, pela caducidade do fideicomisso quando o fiduciário ou o fideicomissário for considerado indigno ou incapaz de suceder.

Os motivos que excluem da sucessão os herdeiros e legatários por indignidade devem também se aplicar ao fideicomissário com relação ao fiduciário, embora não seja ele o autor da herança dos bens sob sua propriedade. A situação aplica-se ao sistema de 1916, pois não mais se adaptará, em princípio, ao art. 1.952 do Código de 2002. Sumamente imoral seria permitir que o fideicomissário recebesse os bens fideicomitados, se atentasse contra a vida do fiduciário, por exemplo. O mesmo se diga das demais causas, não tão graves, de indignidade, do art. 1.814, que também permitem essa exegese, e vão ao encontro do espírito da lei.²¹¹

Nos termos do artigo 1.814, serão excluídos da sucessão os herdeiros ou os legatários quando houverem: (i) sido autores ou partícipes de homicídio doloso, inclusive, quando tentado, contra o *de cuius*, na qualidade de cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; (ii) acusado o *de cuius* caluniosamente em Juízo ou incorrerem em crime contra a honra deste, de seu cônjuge ou companheiro, além de (iii) por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o *de cuius* de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Esclarece Luiz Paulo Vieira de Carvalho que o fideicomissário pode ser considerado indigno quando “evidentemente já nascido e em idade suficiente para o pleno discernimento de sua conduta) contra a memória do falecido fideicomitente ou contra as pessoas que lhe foram próximas (cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente²¹²”.

Tendo em vista que o fideicomissário designado, nos tempos atuais, só pode ser **prole eventual de pessoa viva ao abrir-se a sucessão** (concepturo), a exclusão poderá ser avaliada tanto quando ocorrer a abertura da sucessão ou Ona abertura do fideicomisso²¹³.

Em contrapartida, nos termos dos artigos 1.801 e 1.802 do Código Civil, o fiduciário ou o fideicomissário será incapaz de suceder quando for (i) a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; (ii) as testemunhas do testamento; (iii) o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua,

²¹⁰ Cf. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 853

²¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v.7, São Paulo: Atlas, 2005, p. 339

²¹² CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 853

²¹³ *Idem*.

estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos; (iv) o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento ou (v) interposta pessoa, presumindo-se os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder.

Além disso, conforme exposto em outras oportunidades na presente monografia, consideram-se nulas as disposições sobre os bens que compõem a parte legítima, razão pela qual o fideicomisso será nulo quando ultrapassar a legítima e/ou o segundo grau²¹⁴.

Embora de tradição medieval, a proibição de que a cláusula testamentária possa interferir indefinidamente nas gerações futuras impõe-se como forma de assegurar o direito fundamental à herança, que poderia sofrer repetidas restrições para cumprimento de substituições fideicomissárias perpétuas²¹⁵.

Como cediço, apenas as pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão possuem legitimidade para sucessão, conforme dispõe o artigo 1.798 do Código Civil. O fideicomisso, no entanto, permite ao testador estabelecer os ditames para a disposição em favor de pessoas ainda não concebidas no momento da abertura da sucessão²¹⁶.

No mais, não se admite que haja substituição para além do fideicomissário, ou seja, não é permitido ao testador determinar que o fideicomissário entregue os bens a outrem. Contudo, ainda que assim o for, será nulo apenas o excesso, isto é, a propriedade do fideicomisso consolidar-se-á com o fideicomissário e desconsiderar-se-á o encargo resolutório²¹⁷.

Justifica-se a proibição pelo fato de o fideicomisso além do segundo grau permitir ao testador continuar regendo, por tempo demasiadamente longo após sua morte, os bens que foram de sua propriedade, bem como por deixá-los, de modo inconveniente, por amplo período, fora do comércio. Se o fideicomisso abranger mais de dois graus, como no caso de o testador determinar que seus bens passarão a B, que por sua morte os transmitirá à prole de C, que por sua vez os deixará para a prole de D, nem por isso a cláusula é totalmente nula²¹⁸.

Nesse sentido, importante diferenciar que a substituição fideicomissária poderá ser conciliada com a substituição vulgar, sem ofender a limitação imposta pelo legislador, pois não se estabelece além do segundo grau. *In casu*, nomeia-se um substituto quando o fiduciário ou o fideicomissário não puder ou não aquiescer quanto ao fideicomisso. Nessa hipótese, ficará

²¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.424

²¹⁵ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia e MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil: Direito das sucessões*. Vol. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 192

²¹⁶ Cf. TEPEDINO, *op. cit.*, p. 192

²¹⁷ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 425

²¹⁸ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 425

caracterizada a substituição compendiosa²¹⁹ – estudada no capítulo 2.3.4. da presente monografia.

Outra opção ao testador, como se viu, é a instituição de fideicomissários conjuntos. Nessa última hipótese, sendo um dos fideicomissários premoriente ao fiduciário, caducar-se-á o fideicomisso na parte que concerne àquele fideicomissário²²⁰.

Portanto, ocorrerá a caducidade da substituição fideicomissária quando houver a renúncia ou a premoriência do testador, do fiduciário ou do fideicomissário, observados os pontos asseverados nesta oportunidade; o perecimento (total ou parcial) do objeto do fideicomisso, sem culpa do fiduciário e ausência de legitimidade sucessória ou indignidade do fiduciário e/ou do fideicomissário.

3.4.1 Observações sobre o fideicomisso e o usufruto

Diante do todo exposto, verifica-se que a substituição fideicomissária e o usufruto são institutos distintos²²¹. Isso porque “Quem recebe hereditariamente um bem para usufruí-lo por certo tempo, com a obrigação de conservá-lo porque deverá reverter a outra pessoa designada pelo testador, tem de comportar-se, sob o ponto de vista prático, como se fosse usufrutuário²²²”. A partir desse ponto de vista, é justificável a confusão entre o fiduciário e o usufrutuário, bem como o fideicomissário e o nu-proprietário. Faz-se mister, portanto, diferenciarmos os traços do ponto de vista estrutural e funcional.

Nas lições de Carlos Roberto Gonçalves, os institutos não devem se confundir. **A uma**, porque o fideicomisso é uma das espécies das substituições testamentárias e o usufruto é um direito real sobre a coisa alheia. **A duas**, porque o fideicomisso atribui propriedade plena a cada titular e o usufruto atribui certos direitos a cada um deles: ao usufrutuário, os direitos de usar e gozar e ao nu-proprietário, os direitos de dispor e reaver. **A três**, porque os direitos do fiduciário e do fideicomissário são exercidos de modo sucessivo, enquanto o usufrutuário e o nu-proprietário os exercem simultaneamente. **A quatro**, porque, enquanto o fideicomissário deve ser a prole eventual, o usufruto pode beneficiar pessoas certas e determinadas. **A cinco**, porque,

²¹⁹ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.425-426

²²⁰ Cf. GONÇALVES, *op. cit.*, p.425

²²¹ Cf. GONÇALVES, *op. cit.*, p.427

²²² GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17. ed. Revista e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 147

no fideicomisso, o fiduciário tem direito aos frutos a título de acessão, na medida em que, no usufruto, o nu-proprietário tem direito aos que estiverem pendentes quando ocorrer a extinção do direito real e o usufrutuário os adquire pela percepção²²³.

Enriquecendo o rol de diferenças, explica Luiz Paulo Vieira de Carvalho que, quando premoriente o fiduciário, a propriedade consolidar-se com o fideicomissário, e, quando premoriente fideicomissário ao fiduciário, caduca-se o fideicomisso e a propriedade consolida-se com o fiduciário. De outro modo, quando premoriente o usufrutuário, consolida-se a propriedade com o nu-proprietário, e, quando falece o nu-proprietário, o usufruto não caduca e a nua-propriedade transmite-se a seus herdeiros²²⁴.

Orlando Gomes, ainda, acrescenta quatro importantes pontos de distinção entre o fideicomisso e o usufruto. Em primeiro lugar, enquanto a prescrição dos direitos e ações da herança corre contra o fiduciário, no usufruto, corre contra o nu-proprietário. Em segundo lugar, o fiduciário pode reclamar as despesas com a valorização do bem fideicomitado, ao passo que o usufrutuário não possui esse direito. Em terceiro lugar, se, por um lado, o fiduciário pode alienar o bem fideicomitado, bem como constituir servidão ou hipoteca, o usufrutuário não pode praticar tais atos. Em quarto lugar, o usufrutuário está obrigado a respeitar a destinação econômica do bem fideicomitado, ao contrário do fiduciário²²⁵.

Resta claro, portanto, que os institutos da substituição fideicomissária e do usufruto são notadamente diversos, seja do ponto de vista estrutural ou funcional. Especialmente, enquanto o fiduciário e o fideicomissário possuem os mesmos direitos de usar, gozar e dispor do bem fideicomitado, contudo, em momentos distintos e sucessivos, o usufruto atribui, em um só momento, ao usufrutuário, os direitos de usar e gozar e ao nu-proprietário, os direitos de dispor e reaver.

²²³ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 427

²²⁴ Cf. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 853

²²⁵ Cf. GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17. ed. Revista e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.176

3.5 FIDEICOMISSO E ADOÇÃO

Inicialmente, esclareça-se que a adoção é o “estabelecimento do vínculo legal de paternidade e/ou maternidade a uma pessoa que, biologicamente, não é filho, mas assim passa a ser considerado para todos os fins de direito²²⁶”. Nesse sentido, as lições de Eunice Granato:

(...) a adoção, como hoje é entendida, não consiste em ‘ter pena’ de uma criança, ou resolver situação de casais em conflito, ou remédio para a esterilidade, ou, ainda, conforto para a solidão. O que se pretende com a adoção é *atender* às reais necessidades da criança, dando-lhe uma família, onde ela se sinta acolhida, protegida, segura e amada. É bom que se reflita que existe um processo, um desafio permanente e necessidade de constante reflexão sobre o tema. (...) Para a corrente institucionalista, a adoção é um *instituto de ordem pública*, de profundo interesse do Estado, que teve origem na própria realidade social; não foi criada pela lei e sim regulamentada pelo direito positivo, em função da realidade existente²²⁷.

Isso posto, imperioso trazer à baila as raízes históricas do instituto da adoção. Desde os primórdios, pelo cristianismo, acredita-se que Jesus Cristo era filho adotivo de José e os cristãos, filhos de Deus. A Bíblia trouxe, ainda, outras indicações da existência da adoção entre os hebreus, como, por exemplo, quando Moisés foi adotado por Térmulus, filha do Faraó, após salvá-lo das águas do Nilo; quando Ester foi adotada por Mardoqueu ou quando Sara adotou os filhos de sua serva Agar²²⁸.

No Direito Romano, a adoção, em sentido lato, significava a introdução de uma pessoa estranha como *filius* em um núcleo familiar, por pretensão apenas do *pater familias*²²⁹. Naquele período, havia um movimento contrário à adoção, na medida em que o patrimônio do *de cuius* sem herdeiros seria administrado pela Igreja ou pelo senhor feudal e o instituto era utilizado apenas como forma de proteção dos caminhos do *de cuius* à eternidade²³⁰.

Adotar filho era, portanto, garantir a perpetuidade da religião doméstica, era a salvação do lar pela continuação das oferendas fúnebres pelo repouso dos antepassados (...). Nesse contexto, a adoção não tinha por finalidade o bem-estar do adotando, mas visava aos interesses do adotante. Também não havia preocupação com laços afetivos entre adotante e adotado²³¹.

Exemplo frisante foi o de Júlio César, fundador do grande Império, que tomou Augusto como filho *adotivo*, fazendo-o, desse modo, seu sucessor e consolidador da *dinastia* cesárea. Por outro lado, o célebre exemplo negativo

²²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p.167

²²⁷ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção – doutrina e prática, com comentários à nova lei de adoção*. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, p. 29-30

²²⁸ Cf. PAIVA, Leila Dutra de. *Adoção. Significados e possibilidades*, São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 38

²²⁹ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p.171

²³⁰ Cf. PAIVA, Leila Dutra de. *Adoção. Significados e possibilidades*, São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 38

²³¹ GRANATO, *op. cit.*, p. 36

que consubstanciou a ingratidão filial de outros dos beneficiários da paternidade civil dada por ele resultou na tragédia dos *idos de março*. Recolheu a posteridade, do grande César, na hora do seu assassinio por conspiração, na escadaria do Senado, o brado estupefato: *até tu, Brutus?*²³².

O Direito Canônico, por sua vez, não reconhecia esse método de constituição familiar, pois os sacerdotes o entendiam apenas como uma possibilidade de reconhecimento de filhos adúlteros ou incestuosos²³³.

Da mesma forma, no Brasil, a adoção não era disciplinada até o advento do Código Civil de 1916. Neste *codex*, visava-se a primazia dos interesses dos adotantes que não possuíam filhos. Tanto é assim que apenas os maiores de cinquenta anos poderiam adotar, quando não tivessem prole legítima ou legitimada²³⁴. Apesar de disciplinada tardiamente, desde então se falava, como ainda se fala, sobre os filhos “de criação”, uma adoção sem qualquer documento formal²³⁵.

Como é notório, o procedimento de adoção é deveras burocrático, muito embora existam mais interessados em adotar do que crianças ou adolescentes aptos à adoção. Nesse sentido, explica Nucci que a mora no procedimento decorre, especialmente, da burocratização e o excesso de seletividade dos interessados, bem como da lentidão dos processos de destituição do poder familiar e consequente adoção²³⁶.

Atualmente, os americanos são, em todo o mundo, os mais numerosos a recorrer à adoção: em cada ano ocorrem aproximadamente 140.000 adoções (90.000 adoções familiares e 50.000 adoções extrafamiliares), e o fato marcante é que 1/3 dos adotantes têm filhos biológicos por ocasião da adoção²³⁷.

Assim, malgrado, antigamente, a jurisprudência era consolidada no sentido em que os filhos adotivos não poderiam ser incluídos como fideicomissários, salvo quando houvesse disposição expressa do testador em sentido oposto. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio da igualdade de filiação foi positivado e, atualmente, muito se discute sobre a inclusão dos filhos adotivos como fideicomissários.

²³² TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, São Paulo: Forense, 1998, p. 37

²³³ CF. PAIVA, Leila Dutra de. *Adoção. Significados e possibilidades*, São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008, p. 38

²³⁴ Cf. CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção, guarda e convivência familiar*, São Paulo: Del Rey, 2013, p. 3

²³⁵ Cf. PAIVA, *op. cit.*, p. 44

²³⁶ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 178

²³⁷ WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. *Laços de ternura. Pesquisas e histórias de adoção*, Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 70

Nos tempos de outrora, Sílvio de Salvo Venosa esclarece que “O testador não fazendo referência (e sua vontade deve ser respeitada), não se faz distinção quanto à filiação: recebem os filhos legítimos ou ilegítimos, isto é, na nova sistemática, filhos provenientes ou não de união com casamento²³⁸”. Atualmente, contudo, “a evolução da situação sucessória do adotivo não permite mais essa afirmação peremptória²³⁹”. Veja-se, ainda, nas lições colacionadas abaixo:

(...) alcançando o reconhecimento social e a comunhão dos indivíduos, a dignidade humana pode ser defendida como o substrato essencial e inspirador para a construção das bases em que se funda o tratamento paritário deferido pela ordem jurídica pátria à filiação natural e à adoção, tendo em vista o repúdio à discriminação entre essas duas ordens de parentesco. Desse modo, diante do que informa a dignidade da pessoa humana a igualdade dos filhos, advoga-se o reconhecimento do filho adotando como sendo prole eventual para que possa ser beneficiado com a substituição fideicomissária, passando futuramente a perceber os bens deixados ao fiduciário ao termo da condição resolúvel, enquadrando-se, assim, na categoria de herdeiro testamentário. Entendimento diverso poder-se-ia ser considerado um atentado contra a dignidade da pessoa humana refletida no princípio da igualdade dos filhos²⁴⁰.

Em contrapartida, Maria Helena Diniz entende que “a pessoa indicada poderia adotar tão somente para conseguir o benefício testamentário, fazendo com que a adoção deixe de ser um ato de amor passando a atender finalidades econômicas²⁴¹”, razão pela qual os filhos adotivos não poderiam ser sujeitos fideicomissários.

Com o devido acatamento da posição alcançada pela civilista Maria Helena Diniz, não há que se falar, nos tempos atuais, na diferença entre a filiação biológica (natural) e a filiação civil, instituída com a adoção e, portanto, os filhos adotivos poderiam ser englobados na condição de “prole eventual”, ainda que já concebidos à época do testamento. Nesse sentido o entendimento do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÕES CÍVEIS. RECONVENÇÃO. DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. AÇÃO DE EXTINÇÃO DE FIDEICOMISSO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO.

1. Cabível a anulação da sentença por meio da ação de conhecimento prevista no art. 486 do Código de Processo Civil, também conhecida como *querella nulitatis*.

²³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v.7, São Paulo: Atlas, 2005, p. 229

²³⁹ *Idem*.

²⁴⁰ ARAÚJO, Alana Ramos; DANTAS, Jessica Medeiros; PEDROSA, Maria Amélia Mendes. *Admissibilidade do reconhecimento do filho adotivo como prole eventual para fins de substituição fideicomissária*. 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-67/admissibilidade-do-reconhecimento-do-filho-adotivo-como-prole-eventual-para-fins-de-substituicao-fideicomissaria/#:~:text=Assim%2C%20alcan%C3%A7ando%20o%20reconhecimento%20social,em%20vista%20o%20rep%C3%BAdio%20%C3%A0>. Acesso em 10 abr. 2021.

²⁴¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v.6, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 186

2. Tem direito o filho adotado ao bem reclamado, na hipótese, pois a CF de 1988 consagrou a igualdade entre os filhos, possível outrossim a ampliação do termo concebidos, para garantir que a filiação adotiva seja contemplada pelo instituto da prole eventual.

RECURSO DO AUTOR PROVIDO, E PREJUDICADO O EXAME DO OUTRO²⁴².

Nesse mesmo sentido, reza o artigo 41 da Lei 8.069/90 (“Estatuto da Criança e do Adolescente”) 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” (grifo do autor).

Caso, no entanto, verificar-se que a adoção ocorreu apenas com fins patrimoniais, cabe ao Juiz impedir tal postura²⁴³.

Luiz Paulo Vieira de Carvalho entende, ainda, que “se o disponente expressamente manifestou-se no sentido de somente beneficiar prole natural consanguínea, para nós, sua intenção deve ser respeitada, em homenagem ao princípio da obediência à vontade do testador, insculpido no art. 1.899 do atual diploma legal²⁴⁴”. Com data máxima vênua, discorda-se da posição do doutrinador em referência, em que pese o notório saber jurídico.

Ao contrário, entende-se que a igualdade de filiação deve prevalecer sobre a autonomia do testador e, portanto, ainda que o testador tenha manifestado sua intenção em beneficiar apenas a prole consanguínea, a expressão deve ser considerada como “não escrita”.

3.6 FIDEICOMISSO E PROLE EVENTUAL

Em primeiro lugar, é importante mencionar que existem duas formas de reprodução humana. Elucida Silvio Rodrigues que, enquanto a reprodução homóloga é promovida com a utilização dos genes dos próprios genitores, na reprodução heteróloga, a fecundação é promovida com a utilização de material genético de terceiro, em conjunto ou não dos genes dos próprios genitores²⁴⁵.

²⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Sétima Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70078520038**, Sétima Câmara Cível, Relatora Liselena Schifino Robles Ribeiro, julgado em 31 out. 2018, publicado em 7 nov. 2018. Disponível em:

https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70078520038&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em 10 abr. 2021.

²⁴³ Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v.7, São Paulo: Atlas, 2005, p. 229

²⁴⁴ Cf. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 831

²⁴⁵ Cf. ROGRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direitos das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 341

Nesse sentido, as técnicas de reprodução assistida são a fertilização *in vitro* convencional com transferência intrauterina de embriões; transferência intratubária de gametas; transferência intratubária de zigoto; injeção intracitoplasmática de espermatozoide; doação de oócitos e criopreservação embrionária, oocitária e de tecido ovariano²⁴⁶.

Note-se, conforme as lições de Nestor Duarte e Yussef Cahali, que o “Nascituro é o ser concebido, mas ainda nas entranhas maternas, não nascido, e não se confunde com a prole eventual²⁴⁷”.

Assim, reza o artigo 1.597 do Código Civil que presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos (i) nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; (ii) nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; (iii) havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; (iv) havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga e (v) havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Na Primeira Jornada de Direito Civil, foi aprovado o enunciado nº 106, por meio do qual o Conselho da Justiça Federal consignou “que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte²⁴⁸”.

Parte da doutrina, com o que concordamos, vem sustentando que tal favor legal pode beneficiar igualmente filhos adotivos, frutos de técnica de reprodução assistida heteróloga (sem o material fecundante da pessoa indicada pelo testador) e resultantes da posse do estado de filho (arts. 1.593 e 1.597 do CC)²⁴⁹.

Assim como Ana Claudia Scalquette, entende-se que “É possível existir deixa testamentária que beneficie prole eventual do próprio testador desde que haja autorização para

²⁴⁶ Cf. IZZO, Carlos Roberto; FONSECA, Angela Maggio. *Fertilização Assistida – Seleção de Pacientes e Técnica in Tratado de Ginecologia – Condutas e Rotinas de Ginecologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo -USP*. São Paulo: Editoria: Revinter, 2005, p. 402

²⁴⁷ DUARTE, Nestor; CAHALI, Yussef Said. *Proteção jurídica dos bens de incapazes*. 1989. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989, p. 19

²⁴⁸ Primeira Jornada de Direito Civil. *Enunciado 106*. Coordenador Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Conselho da Justiça Federal. Brasília. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Acesso em 3 abr. 2021.

²⁴⁹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 831

o cônjuge ou companheiro sobrevivente possa fazer uso de seu material para depois de sua morte²⁵⁰”.

Nesse contexto, acredita-se que a substituição fideicomissária poderá beneficiar os frutos da reprodução homóloga, inclusive, com os genes do próprio testador, quando houver autorização de utilização *post mortem*, e da heteróloga, com genes de terceiro, em conjunto ou não dos genes da pessoa indicada pelo testador.

3.7 FIDEICOMISSO E EMBRIÃO CRIOPRESERVADO

Os embriões excedentários, por sua vez, são aqueles não introduzidos no útero materno, resultantes da inseminação artificial²⁵¹. Na Primeira Jornada de Direito Civil, ainda, fixou-se o enunciado nº 107, por meio do qual “finda a sociedade conjugal, na forma do artigo 1.597, deste Código, a regra do inciso IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges, para utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões²⁵²”.

Como visto, a substituição fideicomissária só pode beneficiar os não concebidos ao tempo da morte do testador. Do ponto de vista técnico, portanto, o embrião criopreservado não poderia ser beneficiado na condição de fideicomissário, eis que já concebido²⁵³.

Nesse sentido, vale mencionar que, ainda que concebido, não seria possível a conversão do fideicomisso em usufruto, nos termos do quanto disciplinado no parágrafo único do artigo 1.952 do Código Civil. Isso porque o texto legal estabelece que “Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicomitidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário”.

Logo, como não é possível considerar o embrião criopreservado como nascido, não há que se falar na transformação em usufruto. Da mesma forma, como visto, o usufruto só poderá

²⁵⁰ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*, Tese (Doutorado), Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 329

²⁵¹ Cf. ROGRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direitos das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 341

²⁵² Primeira Jornada de Direito Civil. *Enunciado 107*. Coordenador Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Conselho da Justiça Federal. Brasília. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/738>. Acesso em 3abril .2021.

²⁵³ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*, Tese (Doutorado), Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 208.

ocorrer com a existência de pessoas certas e determinadas e os embriões excedentários também não podem ser classificados como tais²⁵⁴.

Ao prever o fideicomisso restringindo-os aos descendentes do testador, pensavam os juristas nos netos do futuro “*de cujus*”. Neste momento, porém, é mais um reforço à idéia de que o instituto até mesmo pode ser utilizado para beneficiar os próprios filhos do testados, em caso de haver material genético congelado que pudesse ser utilizado, desde que haja a devida autorização²⁵⁵.

Nesse diapasão, ensina Ana Cláudia Scalquette que “já tendo sido concebido, mas ainda não tendo nascido, dar-se-lhe-á curador até o que seu nascimento com vida ocorra, momento a partir do qual adquirirá a sua propriedade, tratamento conferido ao nascituro²⁵⁶”.

Por oportuno, importante esclarecer que o nascituro não deve ser confundido com os embriões criopreservados. Caio Mario leciona que “O nascituro é o embrião, que implantado no útero, é apto para desenvolver-se ou maturar-se até o nascimento, diferentemente do embrião excedentário, que não tem essa capacidade por si só”.

Atualmente, discute-se, ainda, entre os juristas, médicos, religiosos e, inclusive, a sociedade, a possibilidade de adoção de embriões congelados, uma vez que diversas clínicas de reprodução assistida utilizam um número reduzido dos embriões na implantação no útero em comparação àqueles que foram efetivamente fertilizados²⁵⁷.

Nesse contexto, dispõe o inciso I, item 7, da Resolução nº 2.168 do Conselho Federal de Medicina que:

Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de oócitos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos oócitos. O número de embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro.

Além disso, estabelece o inciso V, itens 2 e 4, da mesma Resolução que:

O número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, conforme determina esta Resolução. Os excedentes, viáveis, devem ser criopreservados”, os quais poderão ser descartados após três anos ou mais, se esta for a vontade expressa dos pacientes. (grifo do autor)

²⁵⁴ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*, Tese (Doutorado), Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 208-209.

²⁵⁵ SCALQUETTE, *op. cit.*, p. 210

²⁵⁶ SCALQUETTE, *op. cit.*, p. 208-209.

²⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p.178

Nesse sentido, reza o inciso V, item 5, da Resolução em comento que também poderão ser descartados os embriões criopreservados e abandonados, ou seja, “aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato pré-estabelecido e não foram localizados pela clínica” por três anos ou mais.

Isso posto, compartilha-se do entendimento dos doutrinadores Luiz Paulo Vieira de Carvalho²⁵⁸ e Ana Cláudia Scalquette²⁵⁹, no sentido em que o legislador deve adequar o instituto da substituição fideicomissária à realidade mundial, notadamente quanto às técnicas de reprodução assistida, incluindo o embrião criopreservado no rol daqueles que possam ser fideicomissários, pois, ainda que concebidos, não foram implantados à época da morte do fideicomitente.

²⁵⁸ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 831

²⁵⁹ Cf. SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*, Tese (Doutorado), Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 205-210.

CONCLUSÃO

A presente monografia abordou as questões controversas no instituto das substituições fideicomissárias. Assim, procurou-se esboçar tópicos de relevância englobando os princípios constitucionais, dentre eles, a autonomia de vontade do testador e a igualdade de filiação, contidos nos artigos 226 e 227 da Constituição Federal.

Primeiramente, foi feito um levantamento sobre o direito constitucional à herança e a evolução do direito de suceder, concluindo-se que o patrimônio do falecido a ser partilhado, chamado de *monte mor partilhável*, são os bens, materiais e imateriais, descontadas as despesas do *de cuius*, que não podem ultrapassar o limite da herança, sob pena de violação à Constituição da Federal de 1988.

Além disso, verificou-se que o direito à suceder nasceu com o Direito Romano, época em que o intitulado *pater familias* possuía plena liberdade de testar. Contudo, falecendo sem testamento, a sua herança era partilhada: (i) inicialmente, aos filhos sob o pátrio poder, noras e outros parentes sujeitos ao *de cuius*; (ii) às pessoas sob o pátrio poder ou sujeitos a ele, se o *pater familias* não estivesse morto e (iii) aos membros da mesma *gens*. Após, o *direito justinianeu* limitou a sucessão apenas aos parentes naturais, com base na ordem de vocação hereditária, que teve grande influência no Código Civil Brasileiro de 1916.

Não bastasse, com alicerces centrais no patriarcalismo e no chauvinismo, o homem possuía plena liberdade de administração de sua esposa, por meio do *manus maritalis* e dos filhos decorrentes de tal união, sendo que a herança deveria ser transmitida apenas na linhagem masculina e, tradicionalmente, ao filho primogênito.

Em contrapartida ao Direito Romano, o ordenamento francês introduziu uma mudança de importância significativa: a igualdade dos pais entre os filhos e igualdades dos últimos entre si, o qual, nos tempos de outrora, possuía disposições bastante hostis com relação a filiação intituladas como adúltera ou incestuosa. Permaneceu, como visto, a distinção da filiação quando decorrente de união incestuosa absoluta.

No cenário brasileiro, o advento da Constituição Federal de 1988 trouxe mudanças significativas ao cenário daquela época, dentre eles, o reconhecimento de todas as formas de família como merecedoras de proteção estatal, em especial da união estável; o direito à herança como cláusula pética e a igualdade de filiação, reconhecendo que os filhos de origem biológica

ou civil (com vínculo socioafetivo) possuem os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios. Como visto, imperioso ter mente que o direito à herança não deve ser interpretado como sinônimo ao direito a suceder alguém, pois, antes da morte, os sucessores possuem apenas a expectativa à sucessão.

Verificou-se, ainda, que a sucessão pode ser legítima, obedecendo a ordem de vocação hereditária estabelecida pelo Código Civil, ou testamentária, por meio da qual o testador estabelece, como fruto de última vontade, como seu patrimônio deve ser destinado após a sua morte. Nesse momento, a presente monografia procurou abordar, de modo geral e introdutório, as principais características do testamento, como forma de auxiliar o caro leitor ao grande foco da pesquisa em apreço: as substituições fideicomissárias.

Para isso, em um segundo momento, abordou-se os institutos das substituições testamentárias: a vulgar, a plúrima e a fideicomissária. Com relação às substituições fideicomissárias, tratou-se da origem do instituto, a introdução deste no ordenamento brasileiro, seu conceito, suas modalidades e teceu-se breves observações sobre a substituição compendiosa.

Naquele capítulo, concluiu-se que, enquanto o substituto vulgar só poderá receber o quinhão do herdeiro ou legatário, que não puder ou não o aceitar em nome próprio, a substituição plúrima é aquela em que o testador, ao instituir uma pluralidade de herdeiros ou legatários, os declara substituto uns dos outros, para o caso de qualquer deles não querer ou não poder aceitar em nome próprio. Por fim, verificou-se que substituição fideicomissária é a cláusula constante do testamento, pela qual o testador, intitulado como fideicomitente, nomeia uma pessoa de sua confiança (fiduciário(a)) como seu herdeiro ou legatário e, após implementada a condição estabelecida, a herança (no todo ou em parte) ou legado deve ser destinada ao fideicomissário(a), desde que ainda não concebido à época da morte do testador.

Na sequência, foram discutidas questões reflexivas, como os elementos para a constituição do fideicomisso, os direitos e deveres do fiduciário e do fideicomissário; as hipóteses que levam a caducidade ou nulidade do instituto. Ainda nesse tópico, estudou-se as controvérsias no fideicomisso entre a autonomia do testador e o fideicomissário, em decorrência da filiação civil e das técnicas de reprodução assistida. Nesse tópico, o argumento utilizado foi que a filiação civil, a prole eventual e o embrião criopreservado deverão, sim, ser considerados

como pessoa ainda não concebida e, portanto, legitimados para atuar na condição de fideicomissário.

Destaca-se o fato de que não há que se falar, nos tempos atuais, na distinção entre a filiação biológica (natural) e a filiação civil, instituída com a adoção e, portanto, não pairam dúvidas que os filhos adotivos podem ser englobados na condição de “prole eventual”, ainda que já concebidos à época do testamento. Ademais, ressalta-se que a igualdade de filiação deve prevalecer sobre a autonomia do testador e, portanto, ainda que tenha manifestado sua intenção em beneficiar apenas a prole consanguínea, a expressão deve ser considerada como “não escrita”.

A adoção não deve ser vislumbrada como um mero instrumento ao menor abandonado ou aos parceiros inférteis. Fato é que a adoção é um meio de constituição de laços familiares, que visa o melhor interesse do menor que, por algum motivo, foi destituído do poder familiar.

No mesmo sentido, a prole eventual deve ser considerada como legitimado na qualidade de fideicomissário, até mesmo, quando o próprio testador deixar autorização para o cônjuge ou companheiro sobrevivente possa fazer uso de seu material para depois de sua morte.

Outra questão que deve ser analisada é que, muito embora a substituição fideicomissária só possa beneficiar os não concebidos ao tempo da morte do testador, o embrião criopreservado deve ser considerado como possível fideicomissário, ainda que, do ponto de vista técnico, já tenha sido concebido, uma vez que não implantado.

Diante do todo exposto, restou evidente que o requisito estabelecido pelo legislador para a substituição fideicomissária, qual seja, o benefício de pessoas ainda não concebidas, deve ser flexibilizado e estendido à filiação civil, sem quaisquer ressalvas, e à prole eventual, inclusive, aos embriões criopreservados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Sucessões*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, Editor, 1915

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, v. VII. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001

ARAÚJO JUNIOR, João Batista de; CAMPOS, Mariza Salomão Vinco de Oliveira; GUEDES, Márcio Bulgarelli. *Transmissão da Propriedade no Direito Sucessório*. Revista Reflexão e Crítica do Direito, Ribeirão Preto/SP, p. 173,187, jan/dez. 2013. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/356/pdf> . Acesso em 3 nov. 2020

ARAÚJO, Alana Ramos; DANTAS, Jessica Medeiro; PEDROSA, Maria Amélia Mendes. *Admissibilidade do reconhecimento do filho adotivo como prole eventual para fins de substituição fideicomissária*. 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-67/admissibilidade-do-reconhecimento-do-filho-adotivo-como-prole-eventual-para-fins-de-substituicao-fideicomissaria/#:~:text=Assim%2C%20alcan%C3%A7ando%20o%20reconhecimento%20social,em%20vista%20o%20rep%C3%BAdio%20%C3%A0>. Acesso em 10 abr. 2021.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Sucessões*. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000

AZEVEDO, Armando Dias de. *Do fideicomisso*. Porto Alegre: Boa Imprensa, 1938

AZEVEDO, Armando Dias de. *O Fideicomisso no Direito Pátrio: Doutrina, Legislação, Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1973

BARROS FILHO, Fernando do Rego; PERES, Luciana. *Relação das Doze Tábuas com o Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://unisantacruz.edu.br/revistas/index.php/JICEX/article/view/1880/1723>. Acesso em 9 maio. 2021.

BORGHI, Hélio. *O novo código civil e as inovações no direito das sucessões: A nova forma da substituição fideicomissária*. 2010. In: Revista de Direito Privado, v. 8, n. 31, p. 91-118.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **REsp 1.004.707**, Primeira Turma, Ministro Relator José Delgado, julgado em 27 maio. 2008, publicado em 23 maio. 2008 Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=786627&num_registro=200702634757&data=20080623&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em 9 maio. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **REsp 1.221.817/PE**, Quarta Turma, Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, julgado em 10 dez. 2013, publicado em 18 dez. 2013 Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=1288361&num_registro=201002032105&data=20131218&peticao_numero=-1&formato=PDF . Acesso em 11 abr. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **REsp 820.814/SP**, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrichi, julgado em 9 out. 2007, publicado em 25 out. 2007. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=728313&num_registro=200600314039&data=20071025&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em 2 abril 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **REsp 945.027/BA**, Terceira Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, Relator p/ acórdão Ministro Sidnei Beneti, julgado em 19 ago. 2008, publicado em 24 nov. 2008. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=734904&num_registro=200700921312&data=20081124&peticao_numero=-1&formato=PDF . Acesso em 2 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **RE 163167**, Ministro Relator Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 05 ago. 1997, publicado em 31 out. 1997. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1563268>. Acesso em 27 set. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **RE 878694**, Ministro Relator Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10 maio. 2017, publicado em 15 maio. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>. Acesso em 17 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (6ª Câmara Cível). **EDcl na Apelação Cível 0000349-88.1997.8.19.0006**, 6ª Câmara Cível, Relator Desembargador Nagib Slabi Filho, julgado em 27 jan. 2010, publicado em 12 fev 2010. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003D5286EA24FE8FB7666DF9FCEBDD4BCD719C402360B27>. Acesso em 27 set. 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Sétima Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70078520038**, Sétima Câmara Cível, Relatora Liselena Schifino Robles Ribeiro, julgado em 31 out. 2018, publicado em 7 nov. 2018. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70078520038&codEmenta=7706337&temIntTeor=true . Acesso em 10 abr. 2021.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Considerações sobre a filiação extramatrimonial em Direito de Família francês e brasileiro*. R. Fac. Direito. Curitiba. a.27. n.27. 1992/93, p.61-80. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176402> . Acesso em 3 nov. 2020

BRUTAU, José Puig. *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, 2 ed., Vol. II. Barcelona: Bosch, 1977

CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção, guarda e convivência familiar*, São Paulo: Del Rey, 2013

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2019

CORNU, Gérard. *Droit Civil: La Famille*. Paris, Montchrestien. 1984

DE DIEGO, Felipe Clemente. *El fideicomiso de eo quod supererit: Discurso leído en la solemne inauguración del Curso Académico 1.926-1.927*, Madrid, 1926

DELGADO, Mário Luiz. As substituições testamentárias. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-08/substituicoes-testamentarias>. Acesso em 13 mar. 2021

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v.6, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005

DUARTE, Nestor; CAHALI, Yussef Said. *Proteção jurídica dos bens de incapazes*. 1989. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989

ESPINOSA, Marcelo. *Evolução Histórica da União Estável*. 2014. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_evolucao_historica_da_uniao_estavel_0.pdf . Acesso em 17 out. 2020

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar, Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, v.2, p.107. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>. Acesso em 13 abr. 2021

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Substituições e Fideicomisso. Direito das sucessões e o Novo Código Civil*. Coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo a Cunha Pereira. Belo Horizonte: DELREY/IBDFAM, 2004

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. Coord. Advaldo Brito; Atual. Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 17. ed. Revista e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção – doutrina e prática, com comentários à nova lei de adoção*. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora

HERANÇA. In: MICHAELIS, *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos Ltda., 2020. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=yVmDG>. Acesso em 8 out. 2020

HERMOSA, Pedro Ignacio Botello. *Origen histórico de una de las figuras más importantes del derecho sucesorio español en la actualidad: la sustitución fideicomisaria*. In: Revista Brasileira de Direito Civil, Belo Horizonte, v. 24, p. 151-179, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/435/367>. Acesso em 14 mar. 2021

IZZO, Carlos Roberto; FONSECA, Angela Maggio. *Fertilização Assistida – Seleção de Pacientes e Técnica in Tratado de Ginecologia – Condutas e Rotinas de Ginecologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo -USP*. São Paulo: Editoria: Revinter, 2005

JÚNIOR, Pedro Irinei Vieira. *Fideicomisso no direito das sucessões*. Santa Catarina, 2009. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Pedro%20Irineu%20Vieira%20Junior.pdf>. Acesso 3 nov. 2020

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*, v. I. 2 ed. Curitiba: Juruá, 1991

LÔBO, Paulo. *Direito civil - volume 6: sucessões*. 7. ed.. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

LÔBO, Paulo. *Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar*. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Famílias: Pluralidade e Felicidade. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/290.pdf> . Acesso em 27 set. 2020

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Direito das sucessões: sucessão testamentária, disposições testamentárias em geral*. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 (coleção tratado de direito privado: parte especial; 58).

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. t. LVIII. atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado dos testamentos*. v. 4. n. 1.632. Belo Horizonte: BH Editora, 2005

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008

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

NETO, Helmut Steinwascher. *O matrimônio romano e sua dissolução*. In: Cadernos de Iniciação Científica 3. 2015. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/CIC/article/view/805#:~:text=No%20Direito%20Romano%2C%20a%20mulher,poderia%20constituir%20o%20casamento%20em>. Acesso em 15 abr. 2021

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987

PAIVA, Leila Dutra de. *Adoção. Significados e possibilidades*, São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008

PEREIRA, Caio de Mario. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. Vol. VI, revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira, 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

Primeira Jornada de Direito Civil. *Enunciado 81*. Coordenador Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Conselho da Justiça Federal. Brasília. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/708> . Acesso em 11 abr. 2021

Primeira Jornada de Direito Civil. *Enunciado 106*. Coordenador Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Conselho da Justiça Federal. Brasília. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Acesso em 3 abr. 2021

Primeira Jornada de Direito Civil. *Enunciado 107*. Coordenador Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Conselho da Justiça Federal. Brasília. Disponível em: Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/738>. Acesso em 3 abril .2021

ROCHA, Manoel Antônio Coelho da. *Instituições do Direito Civil Português*, 7 ed., t. II. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1907.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003

RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*. 6 ed. Campinas: BookSeller.1999

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*. Tese (Doutorado), Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Família & Sucessões*. 8 ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020

SIDOU, José Maria Othon. *Matrimonium – I*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, v.52, 1977

SILVA, Justino Adriano Farias da. *Do fideicomisso*. In: Direito Civil e registro de imóveis. Coordenador Leonardo Brandelli. São Paulo: Método, 2007

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das sucessões*, v.6, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das sucessões*, v.6, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, São Paulo: Forense, 1998

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia e MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil: Direito das sucessões*. Vol. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2020

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Processo Civil*. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

VASCONCELLOS, Milton Silva de. *O natimorto: relativizando a personalidade jurídica*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, nº 169. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-civil/1093/o-natimorto-relativizando-personalidade-juridica> . Acesso em 1 nov. 2020

VELOSO, Zeno. *Novo Código Civil comentado*. Coordenação de Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2006

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v.7, São Paulo: Atlas, 2005

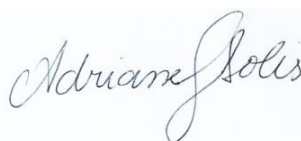
WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. *Laços de ternura. Pesquisas e histórias de adoção*, Curitiba: Juruá Editora, 2004

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Adriane Gouveia Solis, discente regularmente matriculada na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 4161861-0, período matutino, turma A, tendo realizado o TCC com o título: SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA, sob a orientação da Professora Dra. Ana Cláudia da Silva Scalquette, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 20 de maio de 2021.



Assinatura do discente