

# Fideicomisso e Sucessores não Concebidos: Exame de uma Questão Controvertida\*

Carlos Roberto Barbosa Moreira  
*Advogado. Professor Auxiliar (concurgado)  
de Direito Civil da PUC/RJ.*

1. O novo Código Civil manteve o instituto do fideicomisso, reproduzindo, com ligeiras alterações redacionais, todos os artigos que o disciplinavam no diploma revogado. Introduziu, porém, três dispositivos novos: o art. 1.952 estabelece restrição à legitimação para suceder como fideicomissário; o correspondente parágrafo único cuida dos efeitos produzidos pelo nascimento (com vida) do fideicomissário, em momento anterior ao óbito do testador; e o art. 1.954 - inovação apenas aparente - atribui ao fideicomissário o poder de aceitar a herança ou o legado, diante da renúncia do fiduciário, ressalvada, porém, outra destinação que lhes dê o testador.<sup>1</sup>

---

(\*) Este artigo é dedicado a meu pai, José Carlos Barbosa Moreira. Por natural extensão, é também uma afetuosa homenagem à minha mãe, Gilka: os processualistas brasileiros devem-lhe muito.

Agradeço aos amigos Daniela Bessone, Teresa Negreiros, Carlos Nelson Konder e Gustavo Espírito Santo, que, de diferentes maneiras, colaboraram na elaboração deste trabalho.

<sup>1</sup>A consequência já era admitida na doutrina, ao tempo do Código de 1916, como se extrai, por exemplo, da seguinte passagem de CARLOS MAXIMILIANO, *Direito das Sucessões*, v. III, nº 1.280, p. 130: “Quando o renunciante é o fiduciário, a substituição precipita-se: o domínio passa, desde logo, ao fideicomissário, se o falecido não estabeleceu coisa diversa”. No mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. LVIII, § 5.839, nº 6, p. 215 e OROSIMBO NONATO, *Estudos Sobre Sucessão Testamentária*, v. III, nº 817, p. 206.

Neste trabalho, interessa-nos, particularmente, a primeira dentre essas novidades. O *caput* do art. 1.952 acha-se assim redigido: “A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador”. A norma responde, pois, à indagação: quem pode ser nomeado fideicomissário?

Observe o leitor, desde logo, que o dispositivo lida com dois momentos distintos: o da elaboração do testamento, quando o testador institui herdeiros ou legatários sucessivos, e o da abertura da sucessão, quando ocorre a vocação do fiduciário. Se, entre um momento e outro, o fideicomissário já houver nascido, incidirá a norma de conversão legal<sup>2</sup> do parágrafo único: o que seria substituição fideicomissária passa a ser tratado como (e a gerar os efeitos de) um usufruto concedido a quem seria fiduciário. Se, todavia, o fideicomissário, quando da abertura da sucessão do testador, permaneceu “não concebido”, aí sim se poderá cogitar da produção dos efeitos próprios à substituição fideicomissária. É somente dessa última hipótese que pretendemos nos ocupar neste trabalho - ou seja, do caso em que, aberta a sucessão, ainda perdure a situação de fato, relativa ao fideicomissário, contemporânea à confecção do testamento.

2. Vigente o Código Civil de 1916, podiam ser instituídos fideicomissários, indistintamente, (a) pessoas naturais já existentes no momento da elaboração do testamento, (b) pessoas jurídicas, inclusive fundações, (c) nascituros, e (d) a “prole eventual” de pessoas designadas pelo testador “e existentes ao abrir-se a sucessão”.<sup>3</sup> A possibilidade de nomeação dos não concebidos (“prole eventual”, concepturos,<sup>4</sup> *nondum concepti*) resultava, no sistema

<sup>2</sup> JOÃO ALBERTO SCHÜTZER DEL NERO, *Conversão Substancial do Negócio Jurídico*, p. 277.

<sup>3</sup> “O fideicomissário pode ser prole eventual do fiduciário, ou de outrem” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, t. cit., § 5.833, nº 14, p. 159).

<sup>4</sup> A expressão, largamente empregada na doutrina de língua portuguesa, é, no entanto, alvo da crítica de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil e Sucessões*, nº 72, p.126, onde o autor faz referência aos “impropriamente chamados ‘concepturos’”.

daquele diploma, da parte final do art. 1.718,<sup>5</sup> inserido no capítulo intitulado “Da capacidade para adquirir por testamento”, e não naquele consagrado ao fideicomisso; e cuidava-se de exceção à regra segundo a qual aos “indivíduos não concebidos até a morte do testador” faltava aptidão para suceder ao *de cujus* mediante ato de última vontade.

Contra a opinião de Pontes de Miranda,<sup>6</sup> predominou amplamente, na doutrina, o entendimento de que aquela segunda parte do art. 1.718 consubstanciava hipótese de fideicomisso,<sup>7</sup> ainda que “tácito”:<sup>8</sup> a(s) pessoa(s) nomeada(s),<sup>9</sup> a cuja prole se pretendia testar, ali desempenhava(m) o papel de fiduciário(s), recebendo, por morte do *de cujus*, a herança ou o legado, com a “obrigação”<sup>10</sup> de transmitir uma ou outro ao(s) filho(s) que porventura viesse(m) a ter.

Embora entendesse que a finalidade da parte conclusiva do art. 1.718 era “permitir o pulo por sobre uma pessoa (que por si não mereça, ou não precise), para lhe beneficiar a descendência”, Pontes de Miranda enxergava a possibilidade de a cláusula de instituição da prole eventual ser igualmente “construída como

<sup>5</sup> Era esta a redação do art. 1.718: “São absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão”.

<sup>6</sup> **Tratado**, t. cit., § 5.813, nos. 2 (p. 18), 6 (p. 20), 8 (p. 21) e 9 (p. 22). Na mesma linha de PONTES DE MIRANDA, veja-se ARNOLDO WALD, **Direito das Sucessões**, p. 99.

<sup>7</sup> CLÓVIS BEVILÁQUA, **Direito das Sucessões**, p. 282; ID., **Código Civil**, v. VI, comentário ao art. 1.718, p. 139; ITABAIANA DE OLIVEIRA, **Tratado**, v. II, nº 357, p. 412; ORLANDO GOMES, **Sucessões**, nº 75, p. 89 (da 10ª. ed.); CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, **Instituições de Direito Civil**, v. VI, nº 456, p. 104 (da 14ª. ed.); SILVIO RODRIGUES, **Direito Civil**, v. VII, nº 101, p. 190.

<sup>8</sup> CARLOS MAXIMILIANO, **Direito das Sucessões**, v. II, nº 1.136, p. 503, e v. III, nº 1.267, p. 115; OROSIMBO NONATO, **Estudos**, v. II, nº 410, p. 31.

<sup>9</sup> A dicção legal (“pessoas designadas”, no plural) abrangia “a dupla hipótese: designação de duas pessoas ou de uma só”, conforme lição de PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, t. cit., § 5.813, nº 11, p. 25.

<sup>10</sup> O novo Código Civil (art. 1.951) não repetiu a expressão, certamente imprópria por não refletir, de maneira adequada, o fenômeno consistente na resolução automática do direito do fiduciário, pelo advento do termo (aí incluída sua morte) ou pelo implemento da condição, em benefício do fideicomissário. Manifestamos nossa preferência pelo texto atual na 16ª. edição (por nós atualizada) das Instituições de Direito Civil, vol. VI, de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, nº 472, p. 333, nota nº 35, com abonações doutrinárias, às quais se pode acrescentar OLIVEIRA ASCENSÃO, **Direito Civil - Sucessões**, nº 130, p. 223-224.

fideicomisso”: “A construção fideicomissária”, advertia, “não é obrigatória, nem sequer a que mais acontece” - mas, inequivocamente, ele a tinha, ao menos, por admissível. Em síntese: se o testador quisesse aquinhoar, em momentos distintos e sucessivos, a(s) pessoa(s) que designasse e, mais tarde, sua prole eventual, a hipótese seria de fideicomisso; se, ao contrário, o testador “deixou à prole eventual, para não deixar à pessoa designada, claro que excluiu essa, e o fideicomisso não é de admitir-se, nem, por isso mesmo, haverá fiduciário”.<sup>11</sup> A utilização (que Pontes de Miranda reputava meramente facultativa) do mecanismo do fideicomisso dependeria, portanto, da vontade do testador, conforme ele pretendesse ou não ter por seu(s) sucessor(es), também, aquela(s) pessoa(s) a cujo(s) filho(s) deveria transmitir-se, oportunamente, a herança testamentária ou o legado.

Dois exemplos extraídos do próprio Pontes de Miranda talvez ilustrem a diferença por ele identificada:

a) “deixo a A o prédio x, passando, por morte dele, aos filhos de B, se B os tiver”:<sup>12</sup> A é legatário; os filhos que eventualmente B venha a ter também o serão (na qualidade de fideicomissários);

b) “não me merece consideração A, por isso deixo os meus bens aos filhos que tiver”:<sup>13</sup> A não é herdeiro: o testador o “pulou”<sup>14</sup>, para beneficiar somente sua prole; não há fideicomisso pela ausência da vocação dupla, característica essencial do instituto.

Para Pontes de Miranda, portanto, o chamamento do(s) sucessor(es) ainda não concebido(s) na data da abertura da sucessão podia ser direto, isto é, não dependia do anterior chamamento de seu pai, de sua mãe ou de ambos. Coerentemente com tal premissa, sustentava ele que, aberta a sucessão do testador antes do

<sup>11</sup> Os três excertos citados no parágrafo foram extraídos do *Tratado*, t. cit., § 5.813, nº 8, p. 21. A possibilidade de o testador construir “a verba como de fideicomisso” é novamente admitida no § 5.814, nº 18, p. 33.

<sup>12</sup> O exemplo dado no texto é uma simplificação de outros, mais minuciosos e complexos, fornecidos por aquele autor no *Tratado*, t. cit., § 5.834, nº 2, p. 162. Tanto quanto possível, procuramos manter o estilo original.

<sup>13</sup> *Tratado*, t. cit., § 5.813, nº 8, p. 21.

<sup>14</sup> A imagem de PONTES DE MIRANDA - a de um “pulo por sobre uma pessoa (...), para lhe beneficiar a descendência” - reaparece na p. 25 do *Tratado*, t. cit., § 5.813, nº 11.

surgimento da prole eventual, a herança deveria ser guardada por pessoa indicada no ato de última vontade (ou, na ausência dessa designação, pelo testamenteiro) para futura entrega ao herdeiro esperado, “com os acessórios e frutos, desde a abertura da sucessão”, pois “os frutos dos bens do art. 1.718 não pertencem a quem guarda a herança - aumentam a herança, para que a prole eventual os receba, porque lhe pertencem (...)”.<sup>15</sup> Presente, aí também, a idéia do “pulo” por sobre uma geração, com o chamamento, sem intermediário, da prole eventual, à qual se transmitia a herança ou o legado, desde o óbito do testador - como se, desde então, o sucessor já estivesse vivo.

3. Qualquer que fosse, na matéria, a construção doutrinária adotada, não se punha em dúvida que a figura do fideicomisso estava abrangida pela segunda parte do art. 1.718 do anterior Código Civil: para uns, a rigor, havia perfeita identidade entre a hipótese ali versada e o instituto; para Pontes de Miranda, o fideicomisso constituía apenas uma dentre as possíveis soluções para que se produzisse a transmissão hereditária em favor dos ainda não concebidos, cuja capacidade para suceder por testamento (de acordo com a terminologia legal da época) era reconhecida naquele dispositivo.

Aceita, pois, que fosse a construção de Pontes de Miranda, a relação que se estabelecia entre a instituição de sucessores não concebidos e o fideicomisso era a de gênero e espécie.

4. Pontes de Miranda situava no Código Civil italiano de 1865 a fonte de inspiração do art. 1.718 de nosso Código Civil de 1916, afirmando que, “na Itália, de onde houvemos a regra legal, não havia fideicomissos, e foi adotada para obviar a essa falta”.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> *Tratado*, t. cit., § 5.813, nº 14, p. 29, com destaques no original. Pouco adiante (p. 30), o autor volta a tratar dos diferentes efeitos produzidos pela cláusula testamentária, conforme o testador a tenha “construído” como fideicomisso ou como nomeação direta dos *nondum concepti*: “Quando nasce a prole, o que guardou a herança do artigo 1.718 não a perde, porque nunca a teve. Perde-a o fiduciário dos arts 1.733 e 1.740, que a tinha. Os frutos foram deste, e não os restitui; os frutos da herança do art. 1.718 são da prole eventual” (destacado no original).

<sup>16</sup> *Tratado*, t. cit., § 5.813, nº 6, p. 20.

O art. 764 do Código Civil italiano de 1865 efetivamente atribuía legitimação sucessória, na sucessão testamentária, aos “filhos imediatos de uma determinada pessoa viva ao tempo da morte do testador, embora ainda não concebidos”.<sup>17</sup> Também é certo que o diploma proibia o fideicomisso, e que alguns escritores viram no art. 764 um abrandamento a tal proibição.<sup>18</sup> Era, aliás, a justificativa encontrada na **Relazione** do Ministro Giuseppe Pisanelli.<sup>19</sup>

Com pequenas variações de redação, o atual Código Civil daquele país reproduziu a norma (art. 462, 3º. comma).<sup>20</sup> Embora prevalecente a opinião de que ela não configura mera hipótese de fideicomisso,<sup>21</sup> houve quem, no entanto, sustentasse enfaticamente a tese oposta.<sup>22</sup> Mesmo entre os defensores da primeira corrente, porém, não faltou quem pusesse em evidência que o fideicomisso e a instituição do sucessor eventual pelo mecanismo do art. 462 podiam “coincidir parcialmente nos fins”.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> *“Possono però ricevere per testamento i figli immediati di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, quantunque non siano ancora concepiti”*. Informações acerca das origens históricas do dispositivo, nas codificações anteriores à unificação italiana, podem ser encontradas em GANGI, **La successione testamentaria nel vigente diritto italiano**, v. I, nº 196, p. 250-251, assim como em POLACCO, **Delle successioni**, v. I, p. 214, ou em TRIPICCIÓN, “La delazione legittima della eredità nel caso di mancato avvento dei nascituri non concepiti”, p. 452-453.

<sup>18</sup> Cf. GANGI, **La successione**, v. cit., nº 197, p. 252; BARASSI, **Le successioni per causa di morte**, nº 25, p. 57; MESSINEO, **Manuale di diritto civile e commerciale**, v. VI, § 183, p. 149.

<sup>19</sup> Leia-se o trecho pertinente da **Relazione** em LOMONACO, **Istituzioni di diritto civile italiano**, v. IV, p. 124-125, ou em POLACCO, **Delle successioni**, v. I, p. 213.

<sup>20</sup> *“Possono inoltre ricevere per testamento i figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benché non ancora concepiti”*.

<sup>21</sup> BARASSI chegava a dizer que de fideicomisso, naquele dispositivo, não há “neppur l’ombra” (**Le successioni**, nº 25, p. 58). A seu turno, GANGI reputava “evidentemente infundada” a opinião de quem via um caso de fideicomisso nos dispositivos (do Código de 1865 ou do atual) sobre a instituição dos não concebidos (**La successione**, v. cit., nº 199, p. 256). Também a rejeitavam OPPO, “Note sull’istituzione di non concepiti”, p. 2, nota nº 2, e p. 37-38; CICU, **El testamento**, p. 235-236; e MESSINEO, **Manuale**, v. cit., § 183, p. 149. Para uma opinião (substancialmente idêntica) emitida na vigência do diploma de 1865, POLACCO, **Delle successioni**, v. cit., p. 223-224.

<sup>22</sup> TRIPICCIÓN, ob. cit., p. 447 e ss., com citação de outros autores; AZZARITI, MARTINEZ e AZZARITI, **Successioni per causa di morte e donazioni**, p. 20-21, onde se afirma que, mediante o dispositivo em questão, “*il legislatore ha (...) proceduto ad una cauta e limitata restaurazione della sostituzione fedecommissaria di primo grado*”.

<sup>23</sup> MESSINEO, **Manuale**, v. cit., p. 149. Essa parcial coincidência de objetivos seria posteriormente inviabilizada, na Itália, com a reforma empreendida pela Lei nº 151 de 19 de maio de

5. Em exposições como as de Barassi e Gangi, escritas ou revisitas nos anos 40 do século XX (pouco tempo após o advento do vigente Código Civil italiano), o leitor facilmente identificará as linhas mestras do pensamento de Pontes de Miranda - que certamente remontam às obras dos civilistas que haviam escrito sobre o art. 764 do anterior Código peninsular, citados pelo autor brasileiro (Polacco<sup>24</sup> e Filomusi-Guelfi).

Sinteticamente, o leitor pode extrair daqueles volumes as seguintes afirmações:

a) a vocação dos não concebidos é direta (não há fideicomisso, no qual o pai ou a mãe da esperada prole assuma o papel de fiduciário);

b) a utilidade prática daquele dispositivo do *Codice civile* reside na possibilidade de contemplar filhos futuros de pessoa por quem o testador não nutre qualquer estima, ou que já se revelou indigna de confiança ou inclinada à dissipação, e à qual, por conseguinte, o testador quer excluir da sucessão *in modo assoluto*<sup>25</sup>; outra possibilidade, também amparada pela regra, está em beneficiar, igualmente, *todos* os filhos que uma pessoa possa vir a ter, e não apenas os já existentes (e, em regra, conhecidos do testador) no momento em que se redige o testamento;<sup>26/27</sup>

c) o nascimento (com vida) do filho constitui uma *conditio iuris* da delação sucessória. Satisfeita a condição, os efeitos retroagem à data do óbito do testador;<sup>28/29</sup>

---

1975, que deu nova feição ao instituto do fideicomisso, atribuindo-lhe finalidade exclusivamente assistencial, conforme anotamos na 16ª. edição das *Instituições de Direito Civil* de Caio Mário da Silva Pereira, v. cit., nº 472, p. 327, com indicações doutrinárias.

<sup>24</sup> *Delle successioni*, v. cit., p. 212 e ss.

<sup>25</sup> GANGI, *La successione*, v. cit., nº 197, p. 254. Como se expressa o autor, mais adiante (p. 256), o objetivo da norma “è stato quello di dare al testatore la possibilità di far pervenire i suoi beni ai figli in genere di una persona che non vuole personalmente beneficiare”.

<sup>26</sup> GANGI, *La successione*, v. cit., nº 197, p. 251.

<sup>27</sup> As mesmas razões são por vezes enunciadas em obras de juristas de outros países, embora sem a identificação de suas fontes históricas: assim, em Portugal, PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, p. 86-87.

<sup>28</sup> GANGI, *La successione*, v. cit., nº 199, p. 258-261, e nº 203, p. 264; BARASSI, *Le successioni*, nº 25, p. 59; mais recentemente, MESSINEO, *Manuale*, v. cit., p. 150. Há quem, no entanto, recuse eficácia retroativa ao implemento da condição (embora admitindo tratar-se de *conditio iuris*): SANTORO-PASSARELLI, *Saggi di diritto civile*, v. II, p. 749. Esse último

d) conseqüentemente, os frutos produzidos pela herança, a partir da abertura da sucessão, cabem ao sucessor - não à(s) pessoa(s) de quem é filho -, como se vivo desde aquele momento;<sup>30</sup>

e) enquanto se aguarda o nascimento do sucessor, o patrimônio que lhe destinou o *de cuius* é entregue a um administrador, cuja identidade variará conforme os seguintes fatores: a natureza da deixa (herança ou legado); a nomeação de um substituto vulgar; a existência de direito de crescer em benefício de co-herdeiro(s) simultaneamente chamado(s) com o herdeiro póstumo. Não havendo substituto vulgar, nem direito de crescer, a administração tocará ao herdeiro legítimo e, no caso de legado, àquele encarregado de cumpri-lo.<sup>31</sup>

6. O modelo português do Código de 1966 é claramente inspirado no italiano. Os nascituros não concebidos têm capacidade sucessória, na sucessão testamentária, desde que “sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão” (art. 2.033º, nº. 2 a); e o regime de administração dos bens herdados, enquanto se aguarda o nascimento, se acha regulado em dispositivos (arts. 2.237º a 2.240º) que constituem, em linhas gerais, mera tradução do *Codice civile*.<sup>32</sup> No intervalo entre a abertura da sucessão e o

---

autor, em crítica a uma opinião emitida por CARNELUTTI, sintetiza, com precisão, a tese do nascimento do não concebido como condição legal a que se subordina a delação: “(...) Se l’esistenza fosse condicio facti, voluta dal testatore, questi potrebbe porla o non porla, e quidi sarebbe in sua facoltà istituire un nascituro anche con efficacia immediata, anteriore alla sua esistenza. Il testatore può volere o non volere l’istituzione del nascituro, ma se istituisce il nascituro, l’efficacia dell’istituzione dipende dall’esistenza del nascituro non per sua volontà, sibbene per volontà della legge” (p. 748).

<sup>29</sup> É a doutrina também exposta em obra recentíssima: SCIARRINO e RUVOLO, *La rinunzia all’eredità*, p. 132 e 136.

<sup>30</sup> GANGI, *La successione*, v. cit., nº 202, p. 264. Idêntica conclusão era exposta, na vigência do Código de 1865, por POLACCO, *Delle successioni*, v. cit., p. 221.

<sup>31</sup> É o que decorre dos arts. 640 a 643 do Código italiano: cf. GANGI, *La successione*, v. cit., nºs. 200-201, p. 261 e ss. O autor enfatiza que o administrador não exerce o papel de fiduciário: “... qui non vi è che una sola istituzione a favore del nascituro, e colui a cui è conferita l’amministrazione dei beni fino alla nascita dell’istituito, non è e non può essere affatto considerato anche lui comme istituito” (ob. cit., nº 199, p. 256). Veja-se, ainda, OPPO, “*Note sull’istituzione di non concepiti*”, p. 38.

<sup>32</sup> Sobre o ponto, veja-se a didática exposição de PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, p. 88 e ss.

surgimento do sucessor testamentário, entende-se que, relativamente aos bens testados, a situação, temporária, é a de “direitos sem sujeito”, pois “com a morte do *de cuius*, deixou de existir o titular desses direitos e não se vê qualquer outra pessoa a quem, imediatamente, possam ser, de facto, atribuídos”.<sup>33</sup> Os sucessores concepturos “têm a sua vocação dependente da *conditio iuris* suspensiva do seu nascimento”.<sup>34</sup>

A distinção entre, de um lado, a instituição (direta) de não concebidos e, de outro, o fideicomisso, é, também ali, ressaltada pela doutrina.<sup>35</sup>

7. Se era correto (como pretendia Pontes de Miranda) identificar na legislação italiana a fonte da norma do Código Civil de 1916 acerca da capacidade sucessória dos não concebidos, não menos certo é perceber que, noutros centros, preponderou a solução do fideicomisso como veículo para lograr idêntica finalidade.

Pelo BGB, por exemplo, a maneira única de nomeação de herdeiro não concebido reside na utilização do fideicomisso; e, na dúvida, entende-se que o testador quis se valer desse instituto. A cláusula, porém, se reputa ineficaz (*unwirksam*), se a vontade do testador era diversa (§ 2.101, 1).<sup>36</sup>

Na Suíça, dispositivo do Código Civil (art. 545), inserido no título dedicado à abertura da sucessão, torna admissível a substituição fideicomissária em benefício dos não concebidos; e, se o tes-

<sup>33</sup> CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, nº 61, V, p. 158, com destaques no original.

<sup>34</sup> CAPELO DE SOUZA, *Lições de Direito das Sucessões*, v. I, nº 15.2, p. 246. É controvertida, porém, a questão acerca da eficácia retroativa do implemento da condição legal: cf. PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da Família e das Sucessões*, v. II, nos. 291 (nota 266) e 292, p. 197-198; PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, p. 90, nota nº 1.

<sup>35</sup> “Na substituição fideicomissária há uma dupla vocação, e aqui [art. 2.033] há uma única vocação sucessória, a favor dos nascituros ainda não concebidos, cujos progenitores são excluídos da sucessão” (PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, p. 86, nota nº 2)

<sup>36</sup> No original: “*Ist eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht gezeugte Person als Erbe eingesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, dass sie als Nacherbe eingesetzt ist. Entspricht es nicht dem Willen des Erblassers, dass der Eingesetzte Nacherbe werden soll, so ist die Ensetzung unwirksam*”. Cf. KIPP, *Derecho de Sucesiones*, v. I, § 47, p. 447; OPPO, “*Note sull’istituzione di non concepiti*”, cit., p. 3, nota nº 3.

tador não nomeou o fiduciário, exercerão esse papel os herdeiros legítimos.<sup>37</sup> Tampouco ali se cogita de outra via para a instituição dos *nondum concepti*. A utilização do fideicomisso corresponde à “vontade hipotética” do testador, isto é, à vontade que ele teria tido se antecipadamente tivesse obtido a certeza da ausência da concepção (e da conseqüente inexistência do sucessor esperado) ao tempo de seu óbito: irrelevante que, de fato, o testador não tenha desejado o fideicomisso, em razão de acreditar que, antes de sua morte, o sucessor já teria nascido.<sup>38</sup>

Na Espanha, a despeito da presença, no Código Civil, de dispositivo aparentemente hostil à vocação de sucessores não concebidos por meio de fideicomisso (art. 781), doutrina e jurisprudência admitem seu emprego para beneficiar os *hijos nacerderos*.<sup>39</sup>

Mas o caso mais significativo talvez seja o francês. A repulsa a instituições difundidas durante o *Ancien Régime* conduziu à textual proibição do fideicomisso (Código Civil, art. 896), o qual, todavia, reviveu em duas hipóteses excepcionais: pela primeira (art. 1.048), admite-se a nomeação de filhos do testador, para que conservem e transmitam a herança a seus próprios filhos; pela segunda (art. 1.049), permite-se ao testador sem filhos a nomeação de irmãos, a serem oportunamente substituídos pelos sobrinhos.<sup>40</sup> Num caso ou noutro, a disposição deve forçosamente abranger todos os filhos do gravado, nascidos ou por nascer.<sup>41</sup> Admissível, destarte, a capacidade sucessória dos não concebidos, na sucessão testamentária, mas apenas mediante o emprego do fideicomisso e nesses dois únicos casos.

<sup>37</sup> PIOTET, *Traité de Droit Privé Suisse*, t. IV, § 20, p. 101; STEINAUER, *Le droit des successions*, n° 916, p. 448; GUINAND e STETTLER, *Droit Civil*, v. II, n° 12, p. 5.

<sup>38</sup> PIOTET, *Précis de droit successoral*, § 6, p. 38.

<sup>39</sup> HERNANDEZ GIL, *Obras completas*, t. IV, p. 511-513 com citação de antigas decisões do Tribunal Supremo. Mas a questão não é pacífica: cf. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, t. VII (*Derecho de Sucesiones*), p. 141.

<sup>40</sup> Observa TRIPICCIÓN que o *Code Napoléon* evitou o emprego do termo *substitution*, “che avrebbe caratterizzato troppo rudemente l’istituto di eccezione alla norma generale abolitiva” (ob. cit., p. 452).

<sup>41</sup> VOIRIN e GOUBEAUX, *Droit Civil*, t. 2, n°s. 763 e 764, p. 338; GRIMALDI, *Droit Civil - Successions*, n° 381, p. 358.

8. Nosso novo Código Civil manteve a regra que possibilita, na sucessão testamentária, o chamamento de “filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão” (art. 1.799, nº I). Ao aludir, restritivamente, a “filhos”, e não mais à “prole eventual”, o legislador provavelmente quis obviar a reprodução do debate doutrinário em torno dessa última locução, travado ao tempo do Código revogado.<sup>42</sup> Além disso, procurou dar solução explícita ao problema do prazo de espera para que se dê, ao menos, a concepção do herdeiro esperado: fixou-o em dois anos, contados da abertura da sucessão; e determinou que, “salvo disposição em contrário do testador” (leia-se: se este não houver nomeado substituto vulgar, nem instituído o direito de acrescer em benefício de eventuais co-herdeiros), os bens que caberiam àquele herdeiro serão, após escoado o biênio, destinados aos sucessores legítimos (art. 1.799, § 4º.).

O que se passa, de *lege lata*, entre a abertura da sucessão e o nascimento (com vida) do herdeiro? O *caput* do art. 1.800 determina que “os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz”. Ao curador caberá guardar a herança (ou, se for o caso, o legado<sup>43</sup>), para futura entrega ao sucessor, “com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador” (§ 3º.).

É evidente que as novas regras agora inseridas no art. 1.800 e seus parágrafos representam a consagração das idéias que, vigente o Código de 1916, Pontes de Miranda expunha acerca da segunda parte de seu art. 1.718 e que tinham sua origem no direito italiano (supra, nºs. 2 e 5): entre a data da morte do testador e o nascimento (com vida) do sucessor esperado, os bens permanecem

---

<sup>42</sup> Sobre o tema, PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, t. LVIII, § 5.813, nº 11, p. 23-24, no qual o grande jurista sustentava que a expressão abrangia quaisquer descendentes, e não simplesmente os filhos do testador. Em sentido contrário, categoricamente, CARLOS MAXIMILIANO, *Direito das Sucessões*, v. II, nºs. 1.126-1.127, p. 495-496; OROSIMBO NONATO, *Estudos*, v. II, nº 405, p. 26.

<sup>43</sup> A interpretação deve ser extensiva: correto, no ponto, GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, “Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento”, p. 215.

sob a administração de um curador - não se transferem a este, ou a terceiros, para que, em momento futuro, passem ao eleito. Não há dupla vocação (como no fideicomisso), porque o único chamado a suceder é o próprio herdeiro ou legatário concepturo, permanecendo suspensa a delação até o implemento daquela condição legal (*conditio iuris*).

Isso não quer dizer, porém, que a cláusula de instituição de sucessor ainda não concebido não possa continuar a ser (como então admitia Pontes de Miranda) “construída” como fideicomisso: muito ao contrário, pois a nova regra do *caput* do art. 1.952 somente possibilita a substituição fideicomissária “em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador”. Se, na vigência do Código anterior, a cláusula de fideicomisso podia ser usada para ensejar a transmissão hereditária a sucessor não concebido, agora somente<sup>44</sup> pode ser empregada com essa finalidade específica. A desatenção, por parte do testador, à norma - restritiva da legitimação para suceder como fideicomissário - acarreta a nulidade da cláusula de substituição, *ex vi* do art. 166, nº VII, do novo Código Civil, sem prejuízo da validade da instituição do fiduciário (art. 1.960).<sup>45</sup>

Não há como deixar de reconhecer, portanto, nesse “novo” fideicomisso, uma particular manifestação da hipótese contemplada no art. 1.799, nº I, do novo Código Civil. Em outras palavras, no sistema em vigor, a transmissão hereditária a pessoas não concebidas inequivocamente tanto pode ser direta (sem o prévio chamamento de terceiros), quanto indireta (por meio de fideicomisso).<sup>46</sup>

<sup>44</sup> Enfático, sobre o ponto, GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, “Substituições e fideicomisso”, p. 345-346.

<sup>45</sup> “Desse modo, no modelo construído sobre o fideicomisso no novo Código Civil, a instituição de substituição fideicomissária somente será válida sob o prisma dos requisitos subjetivos, caso seja feita para beneficiar, como fideicomissário, filho eventual de pessoa indicada pelo testador, não concebido à época da facção do testamento” (GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, “Substituições e fideicomisso”, p. 346). Por óbvio, quando a lei impõe seja o fideicomissário “somente” um não concebido, ela proíbe ao testador dar qualquer outra destinação aos bens fideicomitados; daí a incidência da regra prevista na parte final do art. 166, nº VII (“... ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”).

<sup>46</sup> GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA (“Capacidade para testar ...”, p. 212 e 215) admite que a instituição de herdeiro concepturo se faça “sem se sujeitar à substituição fideicomissária”, ou “acoplada” a ela.

9. Nem se diga que a cláusula final do art. 1.799, nº I - “desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão” - somente seria aplicável à hipótese de instituição direta dos não concebidos, mas não à de fideicomisso.

A origem da cláusula, segundo informação colhida em Gangi,<sup>47</sup> remonta ao Código sardo, prévio à unificação italiana. Nele, agregou-se à fórmula encontrada no anterior Código parmense - “filhos imediatos de uma determinada pessoa viva” - a expressão “ao tempo da morte do testador”, que seria mais tarde repetida, com ligeiras variações de estilo, nos Códigos italianos de 1865 e de 1942 (supra, nº. 4), nos Códigos brasileiros de 1916 e 2002 e no português ora em vigor (supra, nº 6).

Por um lado, ao exigir que a(s) pessoa(s), cuja prole se pretende beneficiar, esteja(m) viva(s) “ao abrir-se a sucessão”, a lei exclui a possibilidade de nomeação dos futuros filhos de quem, quando da morte do testador, seja ainda um mero nascituro ou concepturo.<sup>48</sup>

Mas é preciso também enfatizar que a expressão ora comentada se justifica (ou, ao menos se justificava, de acordo com a evolução científica do século XIX e de boa parte do século XX) porque, para que sobrevenha o sucessor esperado, após a morte do testador, é preciso que ele seja oportunamente concebido - e, ao menos pelas leis naturais, de semelhante evento apenas se pode cogitar se o pai ou a mãe em potencial (ou ambos, se a nomeação disser respeito a filho comum) esteja(m) ainda vivo(s) e em condições de gerá-lo.

Façamos abstração, aqui e agora, dos admiráveis avanços científicos das últimas décadas em matéria de procriação por

<sup>47</sup> *La successione*, v. cit., nº 196, p. 251, nota nº 2.

<sup>48</sup> Assim, na doutrina italiana, GANGI, *La successione*, v. cit., nº 198, p. 254; CICU, *El testamento*, p. 237; CIAN e TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, p. 463. Já ao tempo do Código Civil de 1865, era a opinião de LOSANA, *Le successioni testamentarie secondo il Codice civile italiano*, p. 37. Na doutrina portuguesa, PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, p. 85, nota nº 3; CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, p. 246. *Aliter*, entre nós, PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, t. cit., § 5.813, nº 10, p. 23; nº 12, p. 28, e nº 17, p. 32-33, onde se admite que o meramente concebido seja a “pessoa designada”.

meios artificiais. Ao legislador do Ottocento, a quem se deve a cláusula em foco, bastava deter-se naquilo que era possível segundo as leis da natureza - e uma delas nos diz que a concepção de um novo ser depende da presença, em determinado momento, de um pai e de uma mãe. Por isso, para que o testador pudesse aquinhoar sucessor nem sequer concebido ao tempo de sua morte, era imperioso que o pai ou a mãe, designado(a) na manifestação de última vontade, sobrevivesse ao *de cuius* e permanecesse apto a gerar prole.

Ora, o falecimento da mãe em potencial definitivamente frustrava a futura concepção de filhos, determinando a caducidade da disposição testamentária.<sup>49</sup> Se, ao revés, a pessoa designada fosse homem, ainda se poderia cogitar do caso de filiação póstuma; mas o filho póstumo era, necessariamente, aquele gerado por pai ainda vivo no momento da concepção, conquanto nascido depois da morte desse último. Assim, se o pai (a pessoa designada) falecesse antes do *de cuius*, seu filho, nascido posteriormente, já não mais seria um não concebido ao tempo da morte do testador: seria um nascituro, e sua legitimação para suceder decorreria da norma, difundida em vários ordenamentos, segundo a qual, para ter aquela aptidão, basta estar concebido no momento da abertura da sucessão - em outras palavras, a situação se submeteria à regra geral (por exemplo, do art. 462, primeiro *comma*, do Código italiano de 1942, ou da primeira - não mais da segunda - parte do art. 1.718 do nosso Código de 1916), e não à excepcional.<sup>50</sup>

É possível que as técnicas de reprodução assistida tenham tornado sem sentido a exigência de que os pais do sucessor esperado estejam vivos “ao abrir-se a sucessão”, e que a derradeira cláusula do art. 1.799, nº I, do novo Código tenha permanecido no texto

<sup>49</sup> É a conseqüência, ainda hoje, indicada, entre nós, por EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, *Comentários*, p. 105.

<sup>50</sup> Em relação ao Código Civil italiano de 1865 - como se viu, uma das fontes históricas da norma do nosso atual art. 1.799, nº I -, escrevia LOSANA: “Che se la persona determinata fosse premorta al testatore lasciando figli nati o concepiti, questi succederebbero, ma non più in forza dell’eccezionale disposto di questo capoverso [referia-se à parte final do art. 764 daquele diploma], bensì giusta la regola generale proclamata in principio dello stesso art. 764” (*Le successioni testamentarie*, p. 37).

legal, ainda agora, como simples eco de suas fontes inspiradoras, distantes ou próximas. Afinal, se o Código de 2002 expressamente admite a fecundação artificial homóloga *post mortem* (art. 1.597, nº III), daí se extrai a possibilidade<sup>51</sup> de o sucessor eleito resultar de inseminação posterior tanto ao óbito de seu pai, quanto ao do testador; e - este é o ponto - o primeiro pode ter falecido antes do segundo (não estará, pois, vivo “ao abrir-se a sucessão”). É claro que, se se tratar de filho de pessoas casadas, sua legitimação sucessória decorrerá, indiscutivelmente, da “presunção” (*rectius*, ficção) do art. 1.597, nº III,<sup>52</sup> pois a fecundação, em semelhante hipótese, se tem por ocorrida “na constância do casamento”, com a conseqüente incidência da parte final do art. 1.798 (regra geral sobre a legitimação sucessória): nesse caso, tudo se passa como se a concepção houvesse ocorrido antes do dia em que de fato ocorreu. A equiparação constitucional dos filhos de qualquer origem forçosamente assegura idêntico tratamento aos demais, ainda que não lhes seja aplicável a regra inscrita no art. 1.597, nº III.

Pondo de lado, porém, os (graves) problemas que o emprego das técnicas de procriação artificial suscita, mormente em matéria sucessória, parece-nos que, tal como redigido o art. 1.799, nº I, a exigência nele formulada - a de que estejam vivas ao abrir-se a sucessão as pessoas cujos filhos eventuais se quer ter por sucessores - vale tanto para a instituição direta de futuro herdeiro, como para a nomeação do fideicomissário de que trata o *caput* do art. 1.952 de nosso vigente Código Civil: em ambas as hipóteses, é imprescindível, para que a disposição produza os efeitos perseguidos pelo testador, que o sucessor venha a ser concebido após o óbito do *de cuius*.

**10.** Pode o testador subordinar o direito do fiduciário a um termo final (aí incluída a morte do próprio fiduciário) ou a uma condição

<sup>51</sup> Para GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, é inconstitucional - por violação “aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da futura criança”, bem assim “ao princípio da igualdade material entre os filhos”, a norma que admite a fecundação artificial *post mortem* (“Capacidade para testar ...”, p. 208). O ponto certamente merece atenção dos estudiosos, mas escapa aos limites deste trabalho.

<sup>52</sup> Veja-se o que escrevemos na 16ª. edição das *Instituições de Direito Civil* de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, v. cit, nº 431, p. 33-34.

resolutiva: sobrevivendo o fato - certo no primeiro caso; incerto, no segundo -, resolve-se o direito do fiduciário em favor do fideicomissário, a quem se abre a oportunidade para aceitar a herança ou o legado e exigir a entrega da primeira ou do segundo.

Entretanto, pode ocorrer que, na data do advento do termo ou do implemento da condição, o fideicomissário ainda nem sequer tenha sido concebido. Então, *quid iuris?*

Ao atualizarmos o volume de encerramento das **Instituições de Direito Civil** de Caio Mário da Silva Pereira, desde sua 15<sup>a</sup>. edição, temos sustentado que se deva admitir, nessa hipótese, a incidência do art. 1.800 (naquilo em que for, evidentemente, compatível com as características essenciais do fideicomisso), contando-se o biênio de seu § 4<sup>o</sup>., porém, não da abertura da sucessão do testador, mas sim a partir da ocorrência do evento desconstitutivo do direito do fiduciário.<sup>53</sup> Isso porque o testador pode ter subordinado a resolução do direito do fiduciário a termo ou condição que, por sua própria natureza, não se configurará senão depois de escoados os dois anos subseqüentes à abertura da sucessão: assim, por exemplo, se o direito do fiduciário deva durar mais de um biênio. Torna-se necessário, então, conciliar o termo excedente desse prazo, ou a condição apenas passível de implementar-se depois dele, com a manifestada vontade de contemplar sucessor ainda nem sequer concebido. O reconhecimento da caducidade da substituição, por ausência do fideicomissário, representa a frustração daquela vontade. Ao revés, a interpretação que sugerimos favorece sua realização prática.

Nossa posição foi objeto de censura, assim redigida: “A hipótese tratada no art. 1.800 do novo Código Civil é dirigida especificamente para os casos de designação de filho eventual de pessoa existente à época da abertura da sucessão e revela-se como a outra modalidade de benefício testamentário instituído em favor de pessoa não existente à época do falecimento do testador que não o fideicomisso. Assim, devem ser consideradas as duas hipóteses de maneira separada, não sendo possível transportar para o campo

<sup>53</sup> *Instituições*, v. cit., nº 472, p. 331-332 (da 16<sup>a</sup>. edição).

do fideicomisso a disciplina normativa a respeito de benefício sucessório sem o emprego do instituto da substituição fideicomissária. O processo de integração analógica não comporta ser aplicado ao tema em questão diante das várias e importantes diferenças entre os preceitos dos arts. 1.800 e 1.951 e seguintes, todos do novo Código Civil”.<sup>54</sup>

E prossegue o crítico ilustre, no parágrafo subsequente: “A solução passível de ser encontrada para a questão prática é reconhecer a incapacidade testamentária passiva do filho eventual de pessoa indicada pelo testador, especialmente em decorrência de a verificação de sua capacidade ocorrer no momento do fato idôneo à transmissão da herança ou do legado ao fideicomissário. Assim, caso não tenha ocorrido a concepção do fideicomissário até o momento da resolução do direito do fiduciário, é de se reconhecer a caducidade do fideicomisso, consolidando-se a propriedade no fiduciário (nas hipóteses de termo ou condição) ou nos seus herdeiros (no caso de morte do fiduciário)”.

A inegável autoridade intelectual do crítico e a natural atenção que suas opiniões despertam, nos meios acadêmicos e judiciais, nos forçaram a revisitar o tema para avaliar a força persuasiva das objeções por ele formuladas. Concluimos, porém, por manter nossa posição original, já agora ratificada na 16ª edição das *Instituições*, em que fizemos (como se impunha) o registro daquela divergente manifestação doutrinária.<sup>55</sup> Os argumentos que nos pareceram decisivos para assim concluir são os seguintes:

a) tanto no Código anterior, quanto no atual, o fideicomisso tem sido admitido como um dos mecanismos postos à disposição do testador para ensejar a atribuição de herança ou legado a sucessores nem sequer concebidos ao tempo da abertura da sucessão. Segundo a doutrina majoritária formada em torno do art. 1.718 do Código de 1916, a hipótese contemplada na parte final daquele dispositivo era de fideicomisso; mas, mesmo que a razão estivesse com aqueles (como Pontes de Miranda) que o negavam, nunca se

<sup>54</sup> GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, “Substituições e fideicomisso”, p. 351-352.

<sup>55</sup> *Instituições*, v. cit., p. 332, nota nº 32.

pôs em dúvida a aptidão do fideicomisso como veículo de instituição de sucessores concepturos;

b) portanto, na pior hipótese, a relação que se podia estabelecer, na vigência do Código revogado, entre a nomeação de sucessores não concebidos e o fideicomisso era a de gênero e espécie (a outra das espécies do mesmo gênero residiria - sempre de acordo com a concepção de Pontes de Miranda - na instituição direta dos não concebidos);

c) o mesmo se pode afirmar, sem dúvida, quanto ao novo Código Civil, no qual, aliás, o fideicomisso passou a ter a finalidade única de permitir sejam aquinhoados, como fideicomissários, sucessores não ainda concebidos na data da abertura da sucessão (art. 1.952, *caput*). O diploma em vigor, limitando o escopo do fideicomisso, acabou por aproximá-lo daquela outra figura, se se considerar a finalidade comum a ambos;

d) o fideicomisso nada tem de incompatível com a norma do art. 1.799, nº I, do novo Código Civil. Cabe repisar que, vigente o Código anterior, a doutrina amplamente majoritária via na porção final de seu art. 1.718 (correspondente ao atual art. 1.799, nº I) a presença daquele instituto. E o atual art. 1.800 nada mais é do que uma complementação ao art. 1.799, nº I;

e) mesmo que algumas das normas agora constantes dos parágrafos do art. 1.800 sejam de aplicação aparentemente restrita à hipótese de instituição direta do sucessor concepturo (v.g., aquelas atinentes à curatela, a qual, em princípio,<sup>56</sup> não existirá, se empregado o fideicomisso), a de seu § 4º, que prevê um prazo para a concepção do sucessor esperado, se mostra evidentemente compatível com a nomeação de futuro sucessor pela via da substituição fideicomissária;

f) a aplicação do art. 1.800 ao fideicomisso, naquilo em que harmônico com o instituto, ocorre, portanto, ao nosso ver, diretamente, e não por analogia;

---

<sup>56</sup> Nada impede que também o fiduciário seja pessoa não concebida ao tempo do óbito do testador: a norma restritiva do art. 1.952, *caput*, não inibe o testador de se valer do art. 1.799, nº I, para a nomeação (direta) de um fiduciário concepturo - caso em que, aberta a sucessão, incidirão, se for o caso, as regras do art. 1.800 e seus parágrafos.

g) se é correto que a aferição da legitimação sucessória do substituto se faz, na hipótese de fideicomisso, “no momento do fato idôneo à transmissão da herança ou do legado ao fideicomissário” - e não se põe em xeque semelhante premissa<sup>57</sup> -, o argumento, entretanto, deveria conduzir à conclusão oposta a que chegou o eminente crítico.

Quando se cuida de sucessor concepturo, instituído diretamente (e não por meio de fideicomisso), sua legitimação se apura quando da abertura da sucessão do testador, sendo irrelevante que, nesse momento, não esteja concebido: no biênio do § 4º, mantém-se suspensa a delação, porque ainda inexistente o destinatário da herança ou do legado; mas de caducidade da cláusula que o nomeou somente será lícito cogitar após vencido aquele prazo - ou, antes disso, no instante em que se configurar a impossibilidade absoluta de seu nascimento.<sup>58</sup> Enquanto se aguarda, durante o biênio, o nascimento (com vida) do sucessor, não se pode afirmar que sua legitimação seja atual<sup>59</sup>: tal como a delação, está sujeita à condição (legal) do nascimento. Portanto, como bem se percebe, basta uma legitimação meramente potencial para determinar a incidência do art. 1.800 e de seus parágrafos.

A situação é rigorosamente idêntica à do fideicomissário cuja concepção ainda não tenha ocorrido na data da resolução do direito do fiduciário: sua legitimação, não sendo atual, pode, todavia, ser adquirida, se e quando nascer vivo. Não há razão lógica para negar-lhe essa possibilidade e proclamar, desde logo, a caducidade da cláusula testamentária que o instituiu.

h) soluções que deságuam no reconhecimento da caducidade da cláusula testamentária (no caso, na parte relativa à nomeação

<sup>57</sup> Por todos, ORLANDO GOMES, *Sucessões*, nº 180, p. 217 (da 12ª. edição).

<sup>58</sup> PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, p. 91-92.

<sup>59</sup> Cf. OPPO, “Note sull’istituzione di non concepti”, p. 9-11 e 59. O próprio GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, em relação aos nascituros concebidos, afirma que “sua capacidade sucessória passiva não é atual, mas sim condicional”, acrescentando depois que, no caso do art. 1.799, nº I, a hipótese é de “instituição testamentária condicional, condicionando, via de consequência, a capacidade testamentária passiva do filho eventual de pessoa designada e existente na época da abertura da sucessão (...)” (“Capacidade para testar ...”, p. 205 e 213-214, respectivamente).

do fideicomissário) devem ser, sempre que possível, evitadas, pois representam a definitiva frustração da vontade manifestada pelo testador. E, na questão em análise, parece-nos haver bons fundamentos para sustentar a subsistência da cláusula de fideicomisso - ao menos, até que se escoe o biênio legal, contado este, porém, a partir da desconstituição do direito do fiduciário, e não da abertura da sucessão. 📄