



**Universidade Federal de Pernambuco – UFPE**  
**Centro de Ciências Jurídicas – CCJ**  
**Faculdade de Direito do Recife - FDR**

**MAYARA DE ARAÚJO BEZERRA**

# **A Sucessão da Prole Eventual no Ordenamento Brasileiro**

Recife

2017

**MAYARA DE ARAÚJO BEZERRA**

# **A Sucessão da Prole Eventual no Ordenamento Brasileiro**

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão do Curso de Bacharelado em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Pernambuco.

SEMESTRE: 2017.1

Orientadora: Professora Cristiniana Cavalcanti Freire

Recife

2017

**Mayara de Araújo Bezerra**

**A sucessão da prole eventual no ordenamento brasileiro**

**Monografia Final de Curso**

**Para Obtenção do Título de Bacharel em Direito**

**Universidade Federal de Pernambuco/CCJ/FDR**

**Data de Aprovação:**

---

Profa. Cristiniana Cavalcanti Freire

---

Prof.

---

Prof.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus pais, por toda a dedicação e apoio às minhas escolhas. Sem vocês, todo esse caminho não seria possível;

À minha família, sempre tão presente, com um abraço acolhedor e um sorriso nos momentos mais difíceis. Vocês são minha fortaleza;

Agradeço à professora Cristiniana Freire, minha orientadora, por ter me acolhido, incentivado e guiado meu caminho com as palavras certas;

Obrigada a Rodrigo, meu melhor amigo e parceiro, pelo apoio mútuo e pela calma e segurança extras que tem quando me falta;

Aos companheiros de jornada, que tornaram mais leves todos os obstáculos enfrentados ao longo dos últimos 5 anos;

Por fim, agradeço à Mariana, por estar comigo em mais da metade da minha vida, sempre acompanhando cada passo e torcendo pelos próximos que virão.

## RESUMO

O presente trabalho de monografia tem por objeto a análise do instituto da sucessão da prole eventual no direito sucessório brasileiro. Segundo o artigo 1.799, I do Código Civil é facultado ao autor da herança, por intermédio do testamento, deixar herança destinada àquele ainda não existente, que constitui uma clara exceção ao princípio da coexistência, vigente no ordenamento pátrio, segundo o qual, para configurar como herdeiro, é necessário ter existência ou ser, ao menos, concebido, no momento da abertura da sucessão. O tema levanta discussões, dado que o referido inciso I, do artigo mencionado traz a expressão “ainda não concebidos”, demonstrando clara preferência do legislador pela filiação biológica, quando, por outro lado, a Constituição Federal rege a igualdade entre filhos. Nesse contexto, o estudo fundamentou-se em pesquisa doutrinária, através de livros, artigos científicos e conteúdos publicados na internet.

Palavras-chave: Sucessão testamentária. Herança. Prole Eventual. Filiação.

## Sumário

Introdução 7

|      |   |    |
|------|---|----|
| 1.   | Dos Direitos Sucessórios                      | 9  |
| 1.1. | Noções Gerais                                 | 9  |
| 1.2. | Princípios da Sucessão Em Geral               | 10 |
| 1.3. | Características da Herança                    | 16 |
| 1.4. | Tipos de Sucessão                             | 18 |
| 2.   | Prole e Direito                               | 22 |
| 2.1. | Noções Gerais                                 | 22 |
| 2.2. | Capacidade Civil e Capacidade de Suceder      | 24 |
| 2.3. | Direitos da Prole na Sucessão                 | 26 |
| 3.   | Da Prole Eventual                             | 28 |
| 3.1. | Conceito e Características                    | 28 |
| 3.2. | Aspectos Controvertidos na Legislação Vigente | 30 |
| 3.3. | Importância de regulamentação                 | 33 |
|      | Considerações Finais                          | 37 |
|      | Referências Bibliográficas                    | 39 |

## Introdução

O presente trabalho tem como objeto o instituto da prole eventual no contexto do direito das sucessões.

O direito brasileiro prevê a possibilidade do autor da herança, em testamento, destinar parte do seu patrimônio para alguém ainda não existente, com futura existência determinada, chamada prole eventual. A análise dessa possibilidade, no ordenamento jurídico pátrio, consiste no objeto de pesquisa deste trabalho, com foco no estudo dos aspectos controvertidos na legislação acerca do tema.

Esta eventualidade da prole em nada se confunde com o direito do nascituro, pois este último apenas ainda não nasceu, mas já possui expectativa de direito, posto já concebido, apenas aguardando o seu nascimento com vida. A possibilidade da prole eventual prevê a herança a alguém incerto, determinado por sua origem, haja vista não haver previsão para sua existência, condicionando a aquisição da herança a um fato futuro e incerto.

O direito brasileiro estabelece duas formas para sucedera herança: a legítima e a testamentária. A sucessão legítima tem seus herdeiros e suas preferências reguladas em lei, enquanto a sucessão testamentária atende aos últimos anseios do falecido, cujos bens seguem para inventário, juridicamente conhecido como *de cuius*. Tratando-se de testamento, nesta última disposição de vontade, no entanto, o *de cuius* somente poderá dispor de até metade do patrimônio existente à época da morte, restando, pelo menos, 50% para os herdeiros legais.

O Código Civil vigente não traz o conceito de testamento, mas o Código Civil de 1916, em seu artigo 1.626, trazia a seguinte definição: testamento é “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”<sup>1</sup>, ou seja, é ato pelo qual uma pessoa dispõe de seus bens para depois de sua morte, ou faz outras declarações de última vontade”. Assim, é o negócio jurídico pelo qual essa declaração irá produzir efeito tão somente após a morte. Apesar de não trazer conceituação, o Código Civil vigente traz as características de um testamento.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Institui o Código Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

Quanto à legitimação de suceder, esta não se confunde com a capacidade civil. Ter capacidade civil é ser sujeito de direitos e obrigações. É ter personalidade jurídica, é existir, é estar vivo. A legitimidade para sucessão testamentária é mais ampla por abranger outros sujeitos de direitos, que não se limita a pessoas, como pessoas jurídicas futuras e nascituros. Para Maria Helena Diniz (2008, p. 46) capacidade sucessória “é a aptidão específica da pessoa para receber os bens deixados pelo *de cuius*, ou melhor, é a qualidade virtual de suceder na herança deixada pelo *de cuius*.”, enquanto capacidade “é a aptidão que tem uma pessoa para exercer, por si, os atos da vida civil”.

O ordenamento brasileiro prevê, no entanto, ser requisito para configuração como herdeiro, a existência da pessoa no momento da abertura da sucessão, isto é, no momento em que se resta comprovada a morte do autor da herança. Há imediatismo na transmissão da herança, ou seja, com a morte, passam-se instantaneamente para os herdeiros os bens do autor.

Desta forma, a prole eventual, por permitir a transmissão da herança a um ser não existente, apresenta-se como exceção à regra do direito das sucessões no ordenamento brasileiro, que tem como regra o princípio da coexistência, ou seja, capacidade para herdar é apenas para os nascidos ou concebidos à época da abertura da sucessão.

Aspectos controvertidos na legislação apontam para um entendimento ainda não consolidado a respeito dos direitos sucessórios nessa questão. Observe-se a princípio, o disposto no art. 1.799 do código civil vigente, ao usar a expressão “ainda não concebidos”, trazendo dúvidas a respeito desse herdeiro ser proveniente de adoção, bem como outras situações em que o ordenamento, inclusive da ordem constitucional, trata da prole referindo que são iguais independentemente da origem de filiação.

Diante da importância dos direitos sucessórios, que tem implicações nas relações patrimoniais e de família, interessante determinar-se esse alcance da prole eventual como sujeito de sucessão e suas implicações na ordem sucessória. Este trabalho tem por fim a análise desse instituto, a partir do levantamento legal, doutrinário e jurisprudencial, visando concluir pelo seu lineamento na ordem do direito.

## 1. Dos Direitos Sucessórios

### 1.1. Noções Gerais

O homem, na certeza de sua finitude, contrai obrigações e constitui direitos, os quais podem ou não resistir ao evento morte. Com a morte, e o conseqüente fim da personalidade jurídica do ser humano, os bens e direitos deste restam acéfalos, necessitando de um liame de continuidade. Nesse momento, entra o Direito das Sucessões, com objetivo de reger a questão patrimonial daquele que faleceu.

Nas palavras de Paulo Lôbo<sup>2</sup>, o “direito das sucessões não é dos mortos, mas sim dos vivos”, pois estes que recebem os frutos daquele. Estes frutos, objetos da sucessão, são o composto de ativos e passivos, direitos e obrigações contraídas pelo morto. Trata-se, portanto, de uma universalidade de direito, haja vista ser a totalidade desse patrimônio, a herança<sup>3</sup>, transmitida em sua integralidade aos herdeiros. No processo de inventário, será feita a partilha, pois se adquire a propriedade, a priori, a título universal, ou seja, o herdeiro é dono de tudo, mas em copropriedade com os outros herdeiros. A partir da partilha se individualiza e singulariza o bem.

A questão sucessória, no entanto, não é intrínseca a questão humana. Resulta de uma evolução cultural, findando com momento em que os grupos e indivíduos deixam de ser nômades para formar tribos. De início, contudo, não há o que se falar em sucessão para herdeiros, haja vista a morte de um membro acarretar na transmissão em detrimento da coletividade.

Apenas com a revolução urbana pode-se falar no embrião do direito das sucessões como hoje conhecido. Graças a ela, e com o sentimento individualista, surge a ideia de apropriação privada de bens e a vontade de manutenção da posse para a posteridade.

“Em todos os povos primitivos, de modo geral, havia características comuns: os direitos patrimoniais não se partilhavam, mas pertenciam à família. Com a morte do pai, a administração passava ao filho primogênito, sempre do sexo masculino. (...) Os demais filhos trabalhavam para aquele, a quem ficavam subordinados, e numa situação econômica inferior. Nos povos em

---

<sup>2</sup> LOBO, Paulo. Direito Civil: **Sucessões**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 15.

<sup>3</sup> A concepção do vocábulo *herança*, acima empregado, foi em lato sensu, representando a universalidade deixada após a morte. O vernáculo também poderá ser considerada em concepção stricto sensu, referindo-se aos bens devidos aos herdeiros, depois de abatidos os passivos.

que a sucessão restringia-se à linha masculina, não havendo filho, adotava-se um herdeiro, que recebia o encargo de dirigir as práticas religiosas.”<sup>4</sup>.

A sucessão era vista, então, como forma de continuar os laços religiosos, criando assim um sentimento de perpetuidade. A sucessão em função do filho do sexo masculino se dava em razão do pensamento que a filha primogênita se casaria e adotaria os cultos da família do marido, extinguindo-se, assim, o culto de sua família.

A revolução de entendimento, em termos de sucessão, foi instituída, pela França, a partir do século XIII, com o direito de Saisine. Através dele, foi instituído o imediatismo da transmissão da herança, cuja posse e propriedade dos bens e direitos do falecido passam, imediatamente, após a morte, para a pessoa dos herdeiros. Esse pensamento veio em resposta à prática feudalista de cobrar tributos exacerbados aos herdeiros do servo para que estes pudessem configurar na posição de herdeiros.

Atualmente, o imediatismo da transmissão de bens está previsto no Código Civil Brasileiro no art. 1.784: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”.

O ordenamento brasileiro muito bebeu das águas do direito romano, inspirando-se nele, inclusive para o direcionamento do direito das sucessões. Segundo Pontes de Miranda, “em nenhum povo foi tão violenta e mais rica de consequências a vontade individual de poder”, afinal o homem não apenas almejava poder, mas como desejava perpetuá-lo através de gerações, confortando-se com o sentimento ilusório de imortalidade.

## 1.2. Princípios da Sucessão Em Geral

A abertura da sucessão começa com a morte, e no exato momento do acontecimento se opera, independente, de qualquer ato ou providência nesse sentido. Isso quer dizer que, com o falecimento, transmite-se, imediatamente, a herdeiros e legatários, o patrimônio do *de cuius*, ou de outra forma, o acervo deixado seria de responsabilidade de ninguém.

---

<sup>4</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 9ª Ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pág. 05.

A sucessão presume existência. Ainda que essa transmissão se dê por breve espaço de tempo, a sucessão se efetivará. É o caso do herdeiro que falece após a morte do seu predecessor. O herdeiro receberá, adicionará a seu patrimônio e depois transmitirá a seus herdeiros.

Quando for impossível determinar qual morte se operou primeiro, temos a comoriência. O artigo 8º do Código Civil traz que “se dois ou mais indivíduos falecem na mesma ocasião, não podendo se averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.”.

O instituto da comoriência é de grande relevância para o Direito das Sucessões. Quando duas pessoas morrem juntas, uma futura herdeira da outra, quem morreu primeiro implica diretamente na sucessão. Se possível determinar quem morreu primeiro, torna-se perfeitamente viável determinar quem têm direito à partilha. Quando não, determina-se a comoriência, prosseguindo como se um não existisse no liame sucessório do outro.

Francisco Cahali<sup>5</sup> discute acerca da necessidade de utilizar-se de todos os meios de prova, dentre eles a perícia, laudo médico e até testemunhas, para determinar com exatidão o momento da morte e conseqüente afastamento da comoriência. A jurista atenta para o fato que, em casos como doação com cláusula de reversibilidade (aquelas em que determina o retorno do bem doado ao patrimônio do doador, caso o donatário faleça antes) ou apólice de seguro de vida, é necessária a real ordem cronológica das mortes para concretização.

Antes da morte de uma pessoa não há de se falar de herança, muito menos de sucessão, pois não há herança de pessoa viva (*“hereditas viventis non datur”*). Enquanto não ocorrer o óbito, os ditos herdeiros apenas possuem expectativa de direito, não cabendo a eles especular sobre tal. Ao permanecerem inalteradas a linha sucessória e o patrimônio estabelecido após o falecimento, a expectativa concretiza-se em direito. Nesse sentido, jurisprudência é convergente:

“APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE PARTILHA AMIGÁVEL. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO NA ORIGEM. - LEGITIMIDADE. ARGUIÇÃO FUNDADA NA QUALIDADE DE HERDEIRA NECESSÁRIA. DEMANDA AJUIZADA COM O FIM DE AUMENTAR A MEAÇÃO RECEBIDA PELO GENITOR E ASSEGURAR FUTURO MAIOR QUINHÃO HEREDITÁRIO. MERA EXPECTATIVA DE

---

<sup>5</sup> CAHALI, Franciso José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 43

DIREITO. ILEGITIMIDADE ATIVA FLAGRANTE. - SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. - Carente de ação é todo aquele que não cumpre as condições da ação - interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade de parte -, ocasionando, por conseguinte, a extinção do processo sem resolução do mérito, nos moldes do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. - A autora não pode ser considerada herdeira, desde logo, de 1/3 (um terço) do valor recebido por seu pai a título de meação (por ocasião do falecimento de sua ex-esposa). Isso porque, enquanto vivo, o genitor pode dispor do seu patrimônio da forma como melhor lhe aprouver - aumentando-o ou, inclusive, dele se desfazendo por completo, mantido o mínimo necessário à sua subsistência. - **A transmissão do domínio dos bens herdados opera-se tão somente após a abertura da sucessão, que se dá com a morte do autor da herança. Até o falecimento, não há direito sobre patrimônio nenhum, mas, quando muito, apenas expectativa de direito.**(grifos nossos)” (TJ-SC - AC: 20080604431 SC 2008.060443-1 (Acórdão), Relator: Henry Petry Junior. Data de Julgamento: 15/08/2012, Quinta Câmara de Direito Civil Julgado).

A morte real pode ser a causa da transmissão da herança. Também se transmite a herança em função da morte presumida – certificada por sentença e que acontece naqueles casos em que há uma grande probabilidade de que a pessoa tenha falecido – e, ademais, a morte em face do ausente.

A ordem jurídica não possui suporte científico para conceituar a morte, porém necessita fazê-lo devido as suas implicações no mundo jurídico, requerendo suporte à Medicina.

Inicialmente, o conceito antigo de morte trazia que esta estava concretizada quando havia completa parada da respiração e da circulação sanguínea no corpo humano. Com o decorrer do tempo e evolução da medicina, novas técnicas surgiram para superar esta barreira e recuperar essa parada, quebrando o critério inicial de morte. Atualmente, para a comprovação da morte, é necessária a constatação do processo irreversível deflagrado pela morte encefálica, a qual deságua na falência dos demais órgãos.

No Brasil, o legislador de 2002 optou por não aprofundar na matéria. A matéria de referência acerca do tema é a Lei 9.434/1997, a Lei dos Transplantes, a qual traz as condições necessárias para a retirada dos órgãos daquele que se foi. Nela, está explicitada a necessidade da constatação da morte encefálica para a retirada de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, vigendo, então, como guia para o conceito de morte.

Em algumas situações, todavia, não é possível a verificação do óbito, sendo necessária comprovação indireta da morte. Considerando os graus de probabilidade

da morte, o legislador separou a morte indireta em: com decretação ou sem decretação de ausência.

Nos casos sem a declaração de ausência, temos a morte presumida regulamentada pelo artigo 7º do Código Civil:

“Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;  
II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.”

Sem declarar a ausência, a morte é presumida em razão do perigo de vida que se encontrava. Ela é suposta por ser altamente provável que tenha acontecido e baixas chances de sobrevivência. Em ambas as situações, a morte deve ser declarada judicialmente, datando quando ocorreu a provável morte, depois de findas todas as buscas. A fixação da data da morte é de extrema relevância por determinar a data da abertura da sucessão.

Quando presumida em razão da ausência, a morte também precisa ser declarada. A ausência “é o desconhecimento, por longo período de tempo, do paradeiro de uma pessoa, por seus parentes e conhecidos, constatado pela demorada interrupção de informações.”<sup>6</sup>. Para que ela seja declarada, é necessário o desaparecimento dessa pessoa, falta de notícias e inexistência de representante ou procurador para os bens. Esse reconhecimento se faz imprescindível de modo que seu patrimônio não se mantenha estático e seja administrado.

Enquanto a morte presumida sem declaração de ausência é constatada por mera justificação judicial, a presunção da morte por declaração de ausência deve ser feita mediante sentença, em processo movido pelos interessados. Nessa sentença, além da ausência, deverá ser nomeado curador para administração dos bens. A curatela, entretanto, apenas se opera por certo período de tempo, a fim de oportunizar eventual retorno, o que, caso não ocorra, abrirá para sucessão provisória.

Após um ano da sentença judicial e sem retorno do ausente, abre-se para a sucessão provisória. Provisória, pois, em mais um momento, mantêm-se a janela

---

<sup>6</sup> LOBO, Paulo. **Op. cit.** P. 28.

para reaparecimento ou se tenha notícias do presumidamente morto. Nesse momento, há imissão na posse dos sucessores que, pelo prazo de dez anos, dependerá de garantia. Caso surjam notícias ou o ausente reapareça, os bens deverão ser devolvidos.

Não havendo qualquer mudança de cenário, opera-se a sucessão definitiva. O prazo de dez anos do trânsito em julgado da sentença de abertura da sucessão provisória apenas não será observado se o ausente, à época do seu desaparecimento, tinha setenta e cinco anos de idade e já data mais de cinco anos de suas últimas notícias. Com a sucessão definitiva, os herdeiros estão autorizados a dispor livremente dos bens, apenas constrangidos a devolver os bens, na forma em que se encontram, caso o ausente reapareça.

A sucessão desenvolver-se-á no último domicílio da pessoa que veio a falecer. Isto se dá em razão do pensamento de que o último domicílio seria aquele onde se encontram os interesses e interessados básicos na sucessão, como bens e herdeiros. Ainda que este último domicílio não tenha situado qualquer bem sujeito a inventário, será da mesma forma o local da sucessão.

Esta regra do domicílio serve igualmente para estrangeiro domiciliado no Brasil e para brasileiro ou estrangeiro domiciliado no exterior. Conforme o artigo 10 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, as normas do último domicílio regerá o processo de sucessão, independentemente de onde localizados bens e direitos deixados.

O momento da transmissão da herança se dá com a morte, conforme traz o artigo 1.784 do Código Civil. É com ela que sabemos quem são os herdeiros e como se dará essa transmissão.

Esse patrimônio, com a transmissão imediata, não ficará acéfalo, ou seja, terá um titular que determine seus fins e interesses. No momento da morte, terá alguém responsável pela administração dos bens.

Essa transmissão, no entanto, apesar de imediata é dependente da aceitação do herdeiro. Baseado no princípio constitucional da liberdade, ninguém será obrigado a receber herança que não queira. Enquanto não manifestado o aceite, não é definitiva a transmissão, de acordo com o artigo 1.804 do Código em vigor: “Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão”.

O aceite é ato unilateral de vontade, que independe de qualquer concordância dos demais herdeiros para ter validade. Além disso, não é permitido aceitar condicionando a exigências ou bens específicos. Se aceita, é ao todo, para depois ter seu quinhão individualizado<sup>7</sup>.

Com o início do inventário judicial, os herdeiros devem ser citados para manifestarem-se acerca do aceite. Quanto a isso, a aceitação pode ser manifestada de três formas: expressa, tácita ou presumida.

Será expresso o aceite quando realizado por declaração escrita, por escritura pública ou particular, reduzida a termo nos autos. Como traz José de Oliveira Ascensão<sup>8</sup>, é a modalidade menos frequente por precisar de um documento escrito em que o herdeiro assume a intenção de assumir a posição de herdeiro.

O mais comum, na prática, é a pessoa praticar atos compatíveis com a condição de herdeiro. Ela está arrolada e não se insurge contra este ato. É o caso do aceite tácito. Importante ressaltar o que traz o §1º do artigo 1.805 CC, que os atos referentes a velório do defunto ou de mera conservação não importam em aceitação.

Também é considerada como aceite a omissão do herdeiro, diante do escoamento de prazo dado pelo juiz para pronunciamento dos intimados. É a espécie presumida da aceitação. O Código Civil preconiza que em caso de silêncio, presume-se a aceitação da herança. Eduardo de Oliveira Leite considera a espécie presumida como pertencente à classe da aceitação tácita, bem como Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, que não fazem distinção entre tais<sup>9</sup>.

A Lei Civil também permite a aceitação da herança pelos credores do herdeiro renunciante, para salvaguardar seus direitos. Caso se verifique que o herdeiro não possui patrimônio ativo suficiente para pagar suas dívidas, e renunciar, poderá configurar fraude contra credores. Assim, os credores poderão aceitar a herança até o limite do seu crédito, necessitando de comprovação ao juiz nos autos no inventário.

---

<sup>7</sup> No Brasil, na época das Ordenações Filipinas e Manuelinas, havia a possibilidade de dizer que se aceitava a herança até as forças da própria herança, até as forças do inventário. Aceitava-se se os bens pagarem as dívidas, se extrapolava, não queria. Isso mudou com o CC/1916, que é taxativo ao dizer que o herdeiro só responde até as forças da herança. O CC/2002 adota o mesmo.

<sup>8</sup> ASCENSAO, José de Oliveira. **Direito Civil das Sucessões**. *Apud*: RIZZARDO, Arnaldo. **Op. Cit.**. P.66

<sup>9</sup> NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v. 6: **direito das sucessões**. 7ª Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 80.

É uma forma indireta de aceitação da herança, sendo a representação por sucessores do herdeiro falecido outro exemplo do gênero. A forma direta, claramente, é o aceite realizado pelo próprio herdeiro.

O herdeiro ou legatário poderá também renunciar ao direito à herança. É ato jurídico unilateral e formal, pois exige expressamente o pronunciamento contrário ao recebimento. Só é permitida de forma expressa, por instrumento público ou termo nos autos. O renunciante considera-se como se não existente na condição de herdeiro e, bem como a aceitação, não admite divisibilidade: renuncia-se ao todo.

A renúncia é irrevogável e imediata, não cabendo qualquer arrependimento posterior.

Aceitação e renúncia prescindem de qualquer justificativa, bastando o herdeiro expressar sua vontade. A exceção repousa na questão dos incapazes. Os incapazes não podem renunciar sozinhos, necessitando de representante legal, previamente autorizado pelo juiz.

Os efeitos da renúncia retroagem para a data da morte, data em que foi aberta a sucessão. O mesmo não acontece com a aceitação, pois não há qualquer alteração quanto à origem e ao alcance da herança. A transmissão é imediata após a morte, a aceitação apenas a confirma. A retroatividade da aceitação apenas é cabível quando o ordenamento não adere ao princípio de Saisine, afastando o imediatismo da transmissão e condicionando-a à aceitação, o que temos no direito português, por exemplo<sup>10</sup>.

### 1.3. Características da Herança

Já é sabido que domínio e posse dos bens do *de cuius* transmitem-se aos herdeiros no exato momento da morte. Essa transferência, no entanto, ocorre a título universal, como direito indivisível independente do quantitativo dos herdeiros, segundo dispõe o artigo 1.791: “A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros”.

Todo o acervo deixado pelo morto, enquanto em inventário, ainda que composto apenas por coisas móveis, constitui bem imóvel. Com a sucessão aberta, o patrimônio, em sua totalidade, é cedido e cada um dos herdeiros tem direito sobre

---

<sup>10</sup> LOBO, Paulo. **Op. cit.** P. 53.

o todo em forma de condomínio. Apenas com o término do inventário e a consequente partilha, haverá a individualização da quota correspondente a cada um.

Por isso, é passível dizer que a herança é indivisível. Essa indivisibilidade não será absoluta em casos de venda de bens pertencentes ao espólio, desde que em concordância dos demais condôminos e com prévia autorização judicial.

INVENTÁRIO. DECISÃO QUE DETERMINOU A VENDA DE BEM IMÓVEL PERTENCENTE AO ESPÓLIO E O DEPÓSITO EM JUÍZO DOS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE LOCAÇÃO PELOS AGRAVANTES, SOB PENA DE MULTA. DISCORDÂNCIA DOS HERDEIROS A RESPEITO DA VENDA DO BEM. FRUTOS ADVINDOS DOS BENS DO ACERVO. **É certo que a venda antecipada de bens no curso do inventário é medida excepcional e que, portanto, deve ser justificada.** Dispõe o art. 619, I, do novo Código de Processo Civil: "Incumbe ainda ao inventariante, ouvidos os interessados e com autorização do juiz: I- alienar bens de qualquer espécie". No caso, **verifica-se que não houve concordância de todos os herdeiros do de cujus para que se proceda à venda do bem**, de modo que, a despeito do inventário se estender por longos anos e a venda se dar para quitação dos tributos, **a discordância expressa dos agravantes impede a alienação do bem.** Consoante determina o art. 2.020 do Código Civil, in verbis: "Os herdeiros em posse dos bens da herança, o cônjuge sobrevivente e o inventariante são obrigados a trazer ao acervo os frutos que perceberam, desde a abertura da sucessão; têm direito ao reembolso das despesas necessárias e úteis que fizeram, e respondem pelo dano a que, por dolo ou culpa, deram causa". A decisão agravada se mostra prudente e cautelosa ao determinar o depósito em Juízo dos valores recebidos a título de aluguéis, a fim de resguardar eventuais direitos dos agravados advindos dos bens que formam o acervo do espólio. Decisão parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido. (TJ-SP - AI: 20955425520168260000 SP 2095542-55.2016.8.26.0000, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 30/08/2016, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 31/08/2016)

Resta claro, portanto, a imprescindibilidade da outorga dos demais herdeiros e da autorização judicial. Na ausência de um destes, o negócio não será válido.

O *de cujus* poderá deixar, além de patrimônio, dívidas vencidas ou a vencer. O patrimônio é composto por ativos e passivos e, com a sucessão, transmite-se tudo. Quem herda, herda dívidas e obrigações. Essa responsabilidade com as dívidas do morto, no entanto, não ultrapassa a sua quota recebida como herança.

Nem sempre foi assim.

Em Roma, adquirir de imediato a herança levava o herdeiro a herdar também as dívidas do *de cujus*, ou seja, se a pessoa falecesse e deixasse apenas dívidas, o filho as herdava e podia ir à ruína também. Esse era um dos motivos que justificavam a herança imediata.

No Brasil, a herança poderia ser algo indesejável, quando o montante herdado era inferior ao montante de dívidas deixado. Era permitido a credores, por exemplo, alcançar o patrimônio pessoal do herdeiro como forma de responder pela dívida do morto.

A responsabilidade por dívidas e encargos é exclusivamente do herdeiro, seja ele legítimo ou testamentário, desde que não ultrapassem as quotas hereditárias correspondentes.

Ao herdeiro é resguardado o direito de transferir sua parte da herança a outro herdeiro ou a terceiro. Desde o momento da abertura até a finalização da partilha, cada herdeiro é titular de uma quota ideal, pois ainda não foi feita a partilha. Ele irá transferir um direito que já possui.

Aquele que se dispõe a ceder precisa ser capaz, assim como na renúncia. É necessário ter capacidade para alienar, de forma que a cessão somente é válida após a abertura da sucessão. Não se pode jamais ceder o direito hereditário de uma pessoa viva.

Além disso, a cessão deve ser de forma pública, como a renúncia, e deve ser concluída até a partilha, em face do caráter universal, pois senão estaria caracterizada uma doação ou compra e venda.

No caso da cessão de direitos hereditários a título oneroso, ocorre o direito de preferência dos demais coerdeiros, sob o princípio de que a herança ficaria dentre os herdeiros originários. É ineficaz a cessão da herança feita a terceiro, se outro herdeiro quiser para si. Aquele herdeiro que não teve seu direito de preferência respeitado poderá reaver a parte para si, mediante depósito do preço acordado com o terceiro.

#### **1.4. Tipos de Sucessão**

Com o óbito do titular de um patrimônio, resta aberta a sucessão, que pode ser transmitida conforme uma ordem de vocação hereditária, determinada pelo legislador ou por ato de vontade do morto, o qual determinou seus sucessores via testamento.

A sucessão pode ser na modalidade legítima<sup>11</sup> ou testamentária. A legítima será quando o autor da herança possuir herdeiros necessários, o que limita sua liberdade de dispor, em testamento, de até metade do patrimônio. Os herdeiros necessários são os descendentes, cônjuges e ascendentes e sua existência determina a manutenção de uma parte indisponível da herança.

A sucessão testamentária se verifica quando o morto institui, em ato de última disposição de vontade, em documento escrito e formal, admitido em lei, quem são os contemplados do patrimônio por ele deixado. A cláusula testamentária que comprometer a parte legítima é nula, conforme princípio da intangibilidade da legítima. Nada impede que um herdeiro necessário seja agraciado em testamento, quando terá condição dupla de herdeiro legítimo e testamentário.

Prevalece a sucessão legítima quando inexistente testamento. Quando alguém morre e não deixa testamento, entende-se que tudo é dos herdeiros legítimos. Havendo testamento, porém não contemplando determinado bem, presume-se da sucessão legítima. Caduco ou nulo o testamento, resta para a legítima.

A partilha de bens na sucessão legítima acontece entre os familiares do falecido. O legislador optou por criar uma ordem de primazia entre os familiares, sendo os descendentes, ascendentes e cônjuges os herdeiros necessários, enquanto os facultativos são os colaterais até o quarto grau. A existência de um herdeiro necessário afasta a herança para um colateral. Esta ordem é a busca pelo privilégio dos parentes mais próximos: os mais próximos preferem aos mais distantes<sup>12</sup>.

A ordem de vocação hereditária é de ordem pública, não podendo ser alterada por qualquer iniciativa que seja, primando pela proteção da família.

A lei determina que, pelo menos, metade do acervo deixado pelo *de cujus* será dividido entre os herdeiros necessários: descendentes, ascendentes e cônjuges, nessa ordem. O artigo 1.829 traz elencada a ordem a seguir:

---

<sup>11</sup> A expressão “sucessão legítima” sofre duras críticas, haja vista não existir sucessão ilegítima. O que ocorre é ser a expressão resultado cultural da época em que surgiu, quando buscava diferenciar filhos legítimos dos ilegítimos, aqueles concebidos fora do casamento, e que não poderiam herdar. Também buscava colocar em patamar inferior as uniões extramatrimoniais. Com a Constituição Federal de 1988, o reconhecimento de igualdade dentre os filhos e da união estável como entidade familiar, não há o que falar acerca de ilegitimidade. Mais adiante, veremos que a sucessão legítima é destinada aos familiares do morto.

<sup>12</sup> Ao falar em descendentes, filhos preferem a netos, que preferem a bisnetos e assim sucessivamente. Na linha ascendente, pais preferem a avós, que preferem a bisavós e assim segue. Os herdeiros necessários preferem aos colaterais.

Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

O cônjuge, como observado, herda em concorrência com os descendentes ou ascendentes, salvo vedação do regime de bens do matrimônio, e na ausência destes, herda sozinho. Com o advento da Constituição de 1988 e a igualdade da união estável perante o casamento, companheiros e cônjuges possuem o mesmo tratamento. Portanto, companheiro concorre igualmente com descendentes e ascendentes.

Apenas na carência de todos estes, serão abarcados os colaterais.

A finalidade da qualificação legal dos herdeiros necessários, entre os herdeiros legítimos, diz respeito à proteção da parte da herança que não pode ser destinada a parentes mais distantes ou estranhos, a parte indisponível. No direito brasileiro, o testador apenas poderá dispor no limite máximo de 50% do seu patrimônio. Isso quer dizer que metade ficará reservado para os herdeiros necessários.

Acerca da outra metade, poderá o autor da herança exercer livremente sua autonomia de escolha. Para isso, deverá determinar em testamento, seja por instrumento público ou privado, suas últimas disposições de vontade sobre o que deve ser feito com a parcela do seu patrimônio.

Para fazer um testamento, a pessoa tem que ser capaz. Para isso, todas as pessoas civilmente capazes têm legitimidade. Especificamente para testamento, a idade é reduzida, bastando ser acima de 16 anos. A capacidade para testar é verificada e necessária no momento da realização do ato, não sendo relevante como estava o autor à época da morte. A incapacidade posterior a celebração do ato não invalida o ato. Cabe aos interessados provar que o *de cujus* já estava incapacitado de exprimir livremente sua vontade.

O Código vigente não traz o conceito de testamento, mas elenca suas características.

Primeiramente, é ato personalíssimo. Cada pessoa poderá fazer o seu testamento e apenas este. Não é possível que um testamento seja redigido por duas pessoas, do patrimônio de duas pessoas, ou que haja uma influência de um terceiro em face do testamento de uma determinada pessoa. Desse modo, o testamento não comporta procuração. Deve ser feito pela própria pessoa, sem interferência<sup>13</sup> de terceiros.

A última disposição de vontade do morto é negócio jurídico unilateral, pois basta a emissão de uma única manifestação de vontade para ser completo: a do testador. No negócio jurídico, os efeitos vão ser produzidos pela vontade da pessoa. São manifestações de vontade, que os amplos efeitos desejados podem criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica. Então, a pessoa pode instituir através do testamento, segundo a sua vontade, a pessoa de um herdeiro. Isso é a sua característica principal por ser um negócio jurídico.

Outra característica é a gratuidade. O testamento não admite contraprestação. O testamento permite que haja condição, encargos, mas ele não permite que haja um preço pelo bem que está sendo recebido. Então, a disposição que contenha uma contraprestação ela passa a ser inválida.

Testamento também é solene. Um testamento, além de ser escrito e de ter uma escritura pública, ele também tem algumas solenidades, e essas solenidades devem ser cumpridas, sob pena do negócio jurídico não ter validade. As solenidades variam de acordo com o tipo de testamento.

Por fim, o testamento é uma disposição de bens. Pode o testador dispor da totalidade de seus bens ou de parte deles. Poderá dispor da totalidade quando não tiver herdeiros necessários, pois tendo herdeiros necessários só pode dispor de até 50% de seu patrimônio.

O testamento poderá, a qualquer tempo, ser revogado pelo testador, isto porque, apesar de ser existente e válido, ainda não produziu efeitos. Poderá revogar também o testamento através da realização de um novo documento. Uma vez feito, no entanto, não possui prazo prescricional: o testamento valerá até a sua morte.

Todo testamento deverá ser apresentado perante o juiz. Com a abertura da sucessão, as disposições testamentárias passam a produzir efeitos e as

---

<sup>13</sup> Importante diferenciar redação de interferência. Poderá o autor pedir que alguém o redija, fazer um rascunho e pedir que alguém o perfaça de forma. Isto não fere o personalismo do ato. O que não poderá ocorrer é este redator influenciar na vontade da pessoa.

impugnações relativas à validade do testamento ou de disposições específicas deverão ser feitas em audiência. O interessado na invalidade do testamento terá o prazo decadencial de cinco anos para ajuizar o pedido. Também deverá ser analisado se respeitado o limite mínimo da sucessão legítima. Caso contrário, o excedente será invalidado e reconduzido à legítima.

Importante função do testamento não se limita a simples disposição de testamento. Também é importante instrumento de declaração em matérias extrapatrimoniais, como direito de família, por exemplo. Muito comum a máxima de reconhecimento de filiação via testamento. Basta que o testador assuma, de modo expresso e direto, que determina pessoa é seu descendente, sendo merecedor da herança. Esse reconhecimento, no entanto, necessita de inexistência de outra filiação registrada. A invalidação do testamento não invalida a disposição de reconhecimento.

Não obstante seja livre a manifestação de vontade do testador, existem limites. É proibido deixar herança para animais e coisas, porque não são sujeitos de direito. Não fere essa disposição deixar herança para alguém e essa pessoa ter o encargo de cuidar da coisa ou animal. O beneficiário da herança tem personalidade jurídica, sendo apto a suceder, e a ele será imposto uma obrigação específica.

## **2. Prole e Direito**

### **2.1. Noções Gerais**

Os descendentes são os primeiros na linha da vocação hereditária. Isso se dá porque filhos, netos, bisnetos, e assim sucessivamente, são a continuidade da pessoa natural e retrata a ordem natural da vida.

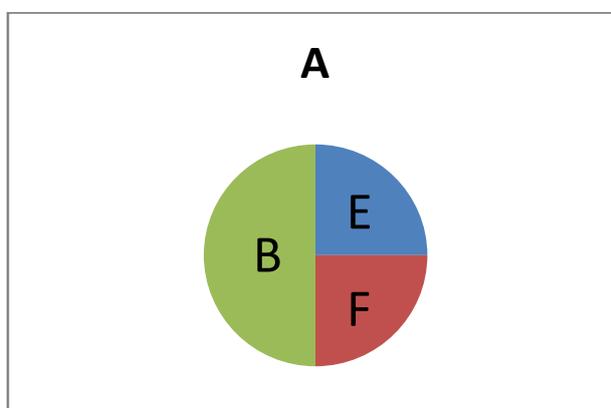
A primeira máxima sobre essa sucessão é a igualdade entre filhos. A Constituição Federal e o Código Civil trazem dispositivos que confirmam a isonomia de filiação, independente de sua origem. Isto é, filhos naturais, frutos de adoção ou de laços socioafetivos, provenientes do casamento ou não, são todos iguais, possuindo o mesmo direito.

Como já dito anteriormente, os mais próximos preferem aos mais distantes, então existindo filhos, a linha sucessória para nestes, não seguindo para os demais descendentes. Um neto apenas herdar caso: 1) não haja filhos, situação da qual

todos os netos serão chamados à sucessão; ou 2) o autor da herança tenha mais de um filho, um morrer antes da abertura da sucessão, conjuntura em que os descendentes do filho pré-morto, ou seja, os netos receberão em nome do pai, o chamado direito de representação. Hipótese também cabível nos casos de indignidade e deserdação.<sup>14</sup>

Os filhos sucedem por cabeça. Isto quer dizer que os descendentes, preservado o direito de concorrência do cônjuge ou do companheiro<sup>15</sup>, herdaram por direito próprio, ou seja, a divisão é feita pelo número de herdeiros existentes. Quando um filho é pré-morto, seus descendentes o representarão e haverá a sucessão por estirpe. Nesse caso, falecido o autor da herança, há a divisão pelo número de filhos, incluindo o pré-morto, para depois o quinhão cabido ao filho já falecido ser repartido, em partes iguais, dentre os seus descendentes.

Considere que A tinha dois filhos: B e C. No momento da sua morte, C já havia morrido, mas tinha deixado filhos, E e F. A sucessão operar-se-á da seguinte forma:



---

<sup>14</sup> Deserdação e indignidade têm a mesma fonte e natureza jurídica: a de excluir um herdeiro que tenha cometido uma falta em relação ao autor da herança. Na indignidade, há uma falta grave, enquanto na deserdação a falta é leve. Ambas têm um rol de faltas. Ocorre que a falta na indignidade é grave e, por si só, independentemente da vontade do testador ou do falecido, é válida. Na deserdação, por sua vez, as faltas são mais leves e dependem do interesse do autor da herança em manifestar sua vontade para excluir por deserdação o herdeiro.

Indignidade e deserdação são penas civis que buscam não premiar aqueles que não mereciam receber a herança. A exclusão faz com que percam a capacidade sucessória. Por ser uma penalidade, é personalíssima, portanto não pode passar da pessoa do penalizado, cabendo o direito de representação para seus sucessores.

<sup>15</sup> Segundo regramento do artigo 1.829, I, os cônjuges concorrem com os descendentes do autor da herança, conforme critérios do artigo 1.832. Quantos aos companheiros, o regramento está disposto no artigo 1.790.

Portanto, é possível concluir que B sucederá por cabeça, enquanto E e F herdarão por estirpe, convocados no lugar do pai, repartindo o quinhão destinado a C, devido ao direito de representação.

Na hipótese de renúncia, não há direito de representação, pois o renunciante escolheu não configurar como herdeiro. Seu quinhão é devolvido ao montante e repartido entre os demais, como se este não existisse.

## 2.2. Capacidade Civil e Capacidade de Suceder

Para herdar, a pessoa precisa ter capacidade suceder. Essa capacidade de suceder depende da capacidade civil, mas não se confunde com esta. Alguém poderá ter capacidade civil e não ter capacidade sucessória e vice versa. Vejamos.

Uma pessoa morre e você, para configurar como herdeiro, não basta ter capacidade civil. Você pode ter pleno gozo dos seus direitos, mas se não estiver na linha da vocação hereditária, não está apto a concorrer como herdeiro.

Capacidade civil é a aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil<sup>16</sup>. Ter capacidade civil é ser sujeito de direitos e obrigações, sendo suficiente ter existência, nascer com vida.

Já a legitimidade sucessória é mais ampla que a capacidade civil. Para suceder, é preciso ter a aptidão para receber os bens deixados pelo morto. São os sujeitos de direito que poderão ser qualificados como herdeiros, de acordo com a lei ou pelo testamento designados. Essa capacidade para suceder é verificada no momento da morte.

“São legitimados a suceder, no direito brasileiro: a) as pessoas físicas; b) os nascituros; c) as pessoas físicas ainda não concebidas, ou prole eventual de determinadas pessoas, contempladas em testamento. (...) d) as pessoas jurídicas, designadas em testamento; e) as entidades não personificadas, porém existentes, como as sociedades em comum ou as sociedades em cota de participação, designadas em testamento; f) as pessoas jurídicas futuras, que serão constituídas com legados deixados pelo testador, sob forma de fundações.”<sup>17</sup>

A capacidade de suceder é mais ampla que a capacidade civil por abranger outros sujeitos de direito, não restringindo apenas a pessoas. Pessoas jurídicas, até

---

<sup>16</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P.118

<sup>17</sup> LOBO, Paulo. **Op. cit.** P. 62.

ainda não constituídas, e pessoas ainda não nascidas não possuem capacidade civil, não são pessoas físicas, contudo possuem capacidade sucessória.

Para a sucessão legítima, apenas pessoas físicas, ainda que não nascidas, porém já concebidas, podem atuar como herdeiros. O rol de legitimados na sucessão testamentária é um pouco maior. Por outro lado, a sucessão testamentária há impedimentos não existentes na legítima.

Em relação a pessoas não nascidas, o direito brasileiro resguarda o direito do nascituro, além de abarcar a possibilidade de deixar herança a determinada pessoa, ainda não existente, a chamada prole eventual. Referido assunto, será melhor explicado em tópico futuro, mas que fique guardado que ambos possuem legitimidade para suceder.

Ao ser contemplado em testamento, o sujeito possuirá capacidade civil e sucessória. No entanto, algumas pessoas serão incapacitadas de configurar na posição de herdeiro, devido a fundamentos éticos estabelecidos pelo legislador. É o caso da pessoa que escreve o testamento a pedido e das testemunhas, como forma de resguardar a autonomia da vontade do testador e não haver parcialidade no resultado final. Da mesma forma, não poderá ser beneficiado, via testamento, o concubino de pessoa casada. Essa vedação visa proteger os herdeiros legítimos do testador.

Quanto às pessoas jurídicas, estas poderão herdar desde que tenham existência. Para que isso ocorra, na data da morte, a pessoa jurídica deverá já existir e ter todo seu estatuto e contrato social registrado. Não importa se, à época do testamento, era empresa não regularizada, mas estava conforme os certames no momento da morte. O que importa é no momento da abertura da sucessão.

Em relação a pessoa jurídica não constituída, poderá o *de cujus*, através do testamento, determinar a organização de da pessoa, que apenas poderá ter forma de fundação. No momento da morte, ela não existe, mas será constituída a partir de então, sendo a personificação jurídica do patrimônio ou de um conjunto de bens destinados a uma finalidade definida pelo testador. O estatuto dessa fundação, que apenas poderá ser de cunho religioso, moral, cultural ou assistencial, será elaborado pelas pessoas a quem o testador tenha confiado os bens. Como a criação dessa pessoa jurídica pressupõe a morte do seu criador, a lei entrega ao Ministério Público a competência de fiscalização de suas contas e atividades.

### 2.3. Direitos da Prole na Sucessão

O titular do direito hereditário chama-se herdeiro, e podem ser da forma legítima ou testamentária. Legítimo aquele que se encontra na vocação hereditária e testamentário aquele agraciado via testamento. Tanto o herdeiro legítimo como testamentário recebem a herança a título universal, para ter seu quinhão individualizado após a partilha. A diferença é para o legatário, que recebe a título singular, pois foi escolhido para receber bem específico determinado pelo testador.

No direito brasileiro, vigora o princípio da coexistência, isto é, para herdar, o sujeito deverá ter existência ou já ter sido concebido no momento da abertura da sucessão.

Ao nascituro é garantido o direito à herança. No caso do nascituro, adota-se a teoria concepcionista<sup>18</sup> de que, com a concepção, ele é considerado pessoa e passa a ter uma personalidade civil, mesmo que relativa, que lhe garante certos direitos. Ainda assim, para o nascituro, a aquisição da capacidade sucessória e consequente obtenção de direitos patrimoniais, são dependentes do nascimento com vida. Maria Berenice Dias (2011, P. 121) chama de capacidade sucessória passiva condicional.

Aberta a sucessão, por o nascituro não ter existência e não poder receber em nome próprio, será nomeado curador. Normalmente, o curador é a própria genitora, somente cabendo nomeação diferente quando for a mãe incapaz.

O avanço da medicina possibilitou a casais, antes com problemas para procriação por métodos convencionais, alcançar a paternidade por meio da reprodução assistida. Se para o mundo científico foi uma grande conquista, para o mundo jurídico trouxe algumas problemáticas.

O Código Civil, no artigo 1.798, dispõe serem legítimos a suceder os nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão. Esta disposição exclui em tese, os nascidos após a morte do autor da herança, mediante fecundação artificial *post mortem*.

Há uma diferença grande entre inseminação e fecundação. A inseminação é uma etapa anterior. A inseminação se faz com o espermatozóide e o óvulo ainda

---

<sup>18</sup> Em contraposição à teoria concepcionista, temos a teoria natalista. Nesta, baseado no artigo 2º do Código Civil, a personalidade jurídica é adquirida no nascimento com vida. Assim, o nascituro teria mera expectativa de direito, dependendo do seu nascimento para se tornar pessoa. Apesar desta teoria ser adotada por doutrinadores como Caio Mário e Silvio Venosa, a teoria concepcionista é o entendimento majoritário da doutrina.

separados. A fecundação é a implantação do óvulo fecundado - já sendo uma célula embrionária – no útero. Há quem diga, como a Professora Maria Helena Diniz, que o óvulo fecundado, mesmo congelado, é nascituro. Francisco Cahali discorda<sup>19</sup>.

A grande discussão gira em torno da ausência legislativa acerca do fato. Não há lei proibindo ou admitindo a possibilidade da inseminação *post mortem*. O legislador brasileiro não acompanhou os avanços da medicina e tecnologia, os quais influenciaram diretamente na forma como a sociedade se comporta. Atualmente, apenas uma resolução do Conselho Federal de Medicina trata do tema, exigindo a expressa manifestação de vontade para armazenamento e preservação dos gametas. Portanto, não trata de direitos fundamentais, haja vista não ser sua competência.

Para Maria Helena Diniz, “filho póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito do pai genético e por isso é afastado da sucessão legítima”<sup>20</sup>. No mesmo sentido, Eduardo de Oliveira Leite traz que:

“quanto à criança concebida por inseminação post mortem, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no do direito das sucessões. Nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão”. E conclui: “solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação post mortem”<sup>21</sup>

Em contrapartida, Maria Berenice Dias acredita que “sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, descabido afastar da sucessão quem é filho e foi concebido pelo desejo do genitor.”<sup>22</sup>. Para a autora, a inseminação *post mortem* é legitimado pelo projeto parental assumido em vida.

Concebido dentre os 300 (trezentos) primeiros dias após a dissolução matrimonial, dentre um dos motivos é a morte, não há qualquer problemática, tendo em vista ser a filiação presumida.

<sup>19</sup> CAHALI, Franciso José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 123.

<sup>20</sup> PESSOA, Thays. **A filiação por inseminação artificial homóloga "post mortem" e a (im) possibilidade de suceder**. Disponível em: <https://thaystanajurapessoa.jusbrasil.com.br/artigos/114957280/a-filiacao-por-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-e-a-im-possibilidade-de-suceder>. Acesso em 13 de abril de 2017.

<sup>21</sup> CAVALCANTI, Carlos. **Fecundação artificial post mortem**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em 13 de abril de 2017.

<sup>22</sup> DIAS, Maria Berenice. **Op. Cit.**. P.123

Primordial a importância de diferenciação dentre as formas de inseminação. Esta poderá ser pela forma homóloga ou heteróloga. Na homóloga, utiliza-se do material genético de ambos os envolvidos, sendo a fecundação realizada *in vitro* e depois implantada; enquanto na heteróloga, o material genético utilizado é de um terceiro doador.

O legislador de 2002 optou pela presunção absoluta de paternidade para os casos de inseminação homóloga, mesmo após a morte do genitor. Para os casos de fecundação heteróloga, resta primordial o consentimento, manifestado em vida.

Como é possível observar, o assunto ainda trará muita discussão doutrinária e jurisprudencial.

Seguimos.

Além do nascituro e do descendente via reprodução assistida, ainda há a possibilidade de deixar herança para aquele que ainda não nasceu. A prole eventual é a não existência do herdeiro, e ainda não concebido, no momento da morte do *de cuius*. O autor da herança institui, via testamento, herdeiro que irá nascer a partir de certa pessoa designada. Essa pessoa determinada terá o prazo de 02 (dois) para conceber a criança.

Falaremos melhor sobre o assunto no capítulo a seguir.

### **3. Da Prole Eventual**

#### **3.1. Conceito e Características**

Prole eventual ou prole futura são os descendentes do *de cuius* que não existiam à época de sua morte. A estes é reservada a possibilidade de herança, unicamente através de testamento. Para isso, o testador deverá determinar a pessoa cujos filhos deseja beneficiar, devendo aquela estar viva no momento da abertura da sucessão. Se o testador não esclarecer, todos os filhos da pessoa determinada herdam por igual, porém resta reservado ao autor da herança o direito de especificar seu desejo.

Este cenário, possível graças à sucessão testamentária, representa clara exceção ao princípio da coexistência, regedor do direito sucessório brasileiro, o qual diz ser apto para configurar como herdeiros apenas os vivos ou concebidos no

momento da morte do autor da herança. Para Sílvio de Salva Venosa<sup>23</sup>, a possibilidade traz tantos problemas para o ordenamento jurídico, que deveria ser extinta, permanecendo a figura do fideicomisso com a mesma finalidade, contudo, mais segura.

O artigo 1.799 do Código Civil expressa a possibilidade:

“Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

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

II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação”.

É passível concluir que esta disposição é cláusula incerta e condicional. Incerta, pois a prole poderá não existir, ou existir, porém fora do prazo legal; e condicional por apenas ter eficácia a partir da existência da dita prole.

A partir da abertura da sucessão e conseqüente leitura do testamento, a pessoa designada em testamento terá o prazo de 2 (dois) anos, prazo este decadencial, para conceber o herdeiro da quota deixada. Nesse tempo, a cláusula testamentária resta suspensa. Transcorrido o prazo legal e o herdeiro sequer tenha sido concebido, a disposição testamentária caducará, ou seja, perderá sua eficácia, retornando o destinado a ele para os herdeiros legítimos ou os demais herdeiros na linha vocacional. Não existindo, herança será considerada vacante.<sup>24</sup>

Durante esse prazo, os bens destinados à prole eventual ficarão reservados. Aberta a sucessão e realizada a partilha, o juiz deverá nomear curador especial, caso omissivo o testador quanto a isso, para administração dos bens, em obediência ao artigo 1.800 do Código: “No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz”. O mesmo artigo, em seu parágrafo primeiro, traz que o curador, salvo

---

<sup>23</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 204.

<sup>24</sup> Com a morte e conseqüente abertura da sucessão, transmite-se de imediato aos herdeiros a posse dos bens do *de cuius*. No entanto, nem sempre esses herdeiros são conhecidos. Quando estes são desconhecidos, a herança é considerada jacente. Ela não tem nenhum dono, então haverá arrecadação dos bens deixados, nomeação de curador para administração e prática de atos conservatórios, além da publicação do edital para que os herdeiros se manifestem. Passados cinco anos da abertura da sucessão, declara-se a jacência e os bens passarão para o domínio do Município ou da União. Passado o período da jacência, passa-se para o período de vacância. Nesse momento, o Estado administrará a herança, sendo apenas incorporada ao patrimônio dele após transcorridos mais cinco anos.

disposição em contrário, deverá ser aquele de quem se espera o herdeiro. Pontes de Miranda<sup>25</sup> defendia, no sistema anterior, que, na ausência de disposição testamentária, a administração caberia ao testamenteiro, haja vista ter por função o cumprimento do testamento.

Com a concepção, encerra-se a curatela especial, vigendo as normas referentes ao nascituro, cuja representação é, em regra, dos genitores.

O nascimento do herdeiro esperado gera a transmissão dos frutos e rendimentos devidos, contados a partir da morte do testador. Esse nascimento, naturalmente, deve ser com vida, mesmo que por um breve momento. Ainda que faleça após o seu nascimento, a transmissão será efetuada e repassada para os herdeiros do recém-nascido. Haverá a sucessão da sucessão. Nascendo morta, não se dará a transmissão planejada pelo testador.

Nada impede, contudo, que o testador antecipe a possibilidade do natimorto e preveja cláusula no testamento, segundo explicava Maria Helena Diniz, determinando que “na ocorrência desse fato, o direito à sucessão passará aos descendentes daquele, ou herdarão em razão da substituição ordenada no testamento e não em razão de direito de representação, que inexistente na sucessão testamentária”<sup>26</sup>.

Ressalta-se, no entanto, que, caso a prole eventual já tenha nascido na data da abertura da sucessão, este herda em nome próprio. É o caso, por exemplo, do pai que deixa herança para o descendente da sua filha, mas que ainda não existe. Na hipótese desse neto já ser nascido no momento do falecimento do autor da herança, este herda diretamente.

### **3.2. Aspectos Controvertidos na Legislação Vigente**

O inciso I do artigo 1.799 traz a expressão “ainda não concebidos” como forma de caracterização dessa prole eventual. A locução gera dúvidas quanto as possibilidades de origem da filiação para poder ser considerada apta à sucessão na prole eventual. Se interpretado literalmente, apenas os descendentes consanguíneos poderiam assumir a posição de herdeiro.

---

<sup>25</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2009. P. 103.

<sup>26</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 6, Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 191.

A partir do tema, e com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe a igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem, surgiram discussões doutrinárias acerca da viabilidade desse herdeiro ser proveniente de filiação civil. Esse debate está calcado no choque da interpretação literal do dispositivo frente à proteção constitucional à filiação.

O legislador de 1916, através do artigo 1.718, expressava a possibilidade de cláusula testamentária beneficiadora de prole eventual “de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão”. O dispositivo apenas fazia menção a ser prole eventual de pessoa determinada pelo testador, sem fazer qualquer limitação quanto à origem, se biológica ou afetiva, derivada de adoção. Portanto, bastava ser fruto da pessoa determinada para estar cumprido o requisito.

A adoção remonta a mais antiga parte da história da civilização e surgiu, principalmente, por ordens religiosas, para que se mantivesse o culto aos deuses, mesmo após a morte, e que as preces abrissem as portas do céu para aquele que se foi.

Adoção é vínculo socioafetivo, pois não tem relação biológica e realizada expressamente por um ato de vontade. Segundo Caio Mário da Silva Pereira: “A adoção é, pois, o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim.”<sup>27</sup>

A partir do momento em que o processo de adoção se encerra, por meio de sentença judicial, o adotado se converte integralmente em filho. Onde sempre houve distinção e desigualdade entre filhos legítimos e filhos adotados, a Constituição Federal de 1988 quebrou esse paradigma e, no artigo 227, §6º, estabeleceu que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Outro marco na legislação, definidor sobre filiação, foi a edição da Lei nº 8.069, em 1990, conhecido como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual aborda o tratamento jurídico a respeito da adoção e o reconhecimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. O ECA, no seu artigo 20, repetiu a disposição constitucional a respeito da igualdade entre os filhos: “os filhos, havidos

---

<sup>27</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 392

ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”. Em outro momento, no artigo 41, traz que “a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com mesmos direitos e deveres, *inclusive sucessórios*” (grifos nossos).

Segundo Lôbo, “a origem se apaga no momento da adoção”<sup>28</sup>. Se a partir da emissão do registro de nascimento fruto de sentença judicial toda desigualdade entre filhos se extingue, por que a distinção de origem da filiação na possibilidade de agraciar prole eventual em testamento?

Os doutrinadores dividem suas opiniões entre rejeitar completamente, em razão da literalidade do preceito; os que admitem, desde que expressamente deliberada pelo testador; e os que defendem a aplicação da regra principiológica da igualdade, em função da supremacia da Constituição.

Washington de Barros Monteiro, na análise do Código anterior, afirma categoricamente que a descendência da prole eventual é a natural, pois de outra forma “fácil seria burlar a disposição testamentária, bastando-lhe realizar o ato de adoção.”<sup>29</sup>. Os teóricos que defendem a impossibilidade da adoção na prole eventual baseiam-se na autonomia da vontade do testador, a qual não poderia ser desviada ou substituída por vontade arbitrária da pessoa designada. No mesmo sentido, apóia Sérgio Abdalla Semião.

Em outra direção, está Silvio de Salvo Venosa, defendendo a possibilidade da adoção na prole eventual, desde que não tenha disposição expressa do testador em sentido contrário.

“O testador não fazendo referência (a sua vontade deve ser respeitada), não se faz distinção quanto à filiação: recebem os filhos legítimos ou ilegítimos, isto é, na nova sistemática, filhos provenientes ou não de união com casamento. Afirmava-se que os adotivos não se incluíam nessa possibilidade, a menos que houvesse referência expressa do testador.”<sup>30</sup>

Tartuce (2013, P. 30) coaduna do mesmo entendimento, ao acreditar ser ranço do passado qualquer distinção entre filhos e, se houver o desejo de limitação dos herdeiros, que seja expresso em testamento.

---

<sup>28</sup> LÔBO, Paulo. **Famílias**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 247

<sup>29</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, Vol. 6, **direito das sucessões**. 6ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Gen/Método, 2013. P. 30

<sup>30</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. VII. P. 205

Em outro caminho, segue Maria Berenice Dias (2011, P. 339), que afirma categoricamente não poder o princípio da obediência à vontade do testador ser superior à vedação constitucional de desigualdade entre filhos. Portanto, mesmo que o testamento contenha dispositivo em prol de filhos naturais consanguíneos, a leitura deverá ser abrangente, incluindo os resultantes de reprodução assistida, os que detém a posse de estado de filho e adoção.

Francisco José Cahali, Giselda Hironaka, Guilherme Calmon Nogueira da Gama e parte majoritária da doutrina alinham-se nesse sentido.

“A autonomia da vontade deve adequar-se e se mostrar conforme aos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, como a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária. O reconhecimento da presença dos valores subjacentes à sucessão testamentária significa encampar a funcionalização social do testamento, em sintonia perfeita com o estágio atual do ordenamento jurídico brasileiro e, consequentemente, da constitucionalização do direito civil.”<sup>31</sup>

### 3.3. Importância de regulamentação

O documento testamento não é praxe comum, e a vasta maioria das sucessões rege-se pelo o instituído em lei, então a discussão acerca da filiação na prole eventual não é pauta típica nos tribunais brasileiros. Tal fato cerceia nossa análise jurisprudencial, mas não significa que diminua a relevância de normatização do tema.

O legislador concedeu à prole eventual capacidade testamentária passiva, não obstante condicionada ao prazo decadencial de 02 (dois) anos. Nenhum problema será encontrado se a leitura for de modo literal; as mudanças na cultura e na sociedade, no entanto, alteram as relações entre pessoas, incidindo diretamente na ordem jurídica, que também merece atualizações.

O avanço dos diferentes laços de filiação para o pé de igualdade gera debates e margens para dúvidas e críticas ao dispositivo. A divergência

---

<sup>31</sup> RUSSI, Patrícia; FONTANELLA, Patrícia. **A possibilidade da adoção da prole eventual diante da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas**. P. 13. Disponível em: <http://patriciafontanella.adv.br/wp-content/uploads/2010/12/Prole-Eventual.pdf>. Acesso em 24 de abril de 2017.

essencialmente esbarra no choque de dois princípios constitucionais: igualdade – entre filhos -e autonomia privada – liberdade de testar.

“O ponto nodal da questão consiste na busca de uma fórmula de compatibilização entre, de um lado, uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, neste cenário em que as agressões e ameaças a eles vêm de todos os lados, e, de outro, a salvaguarda da autonomia privada da pessoa humana.”<sup>32</sup>

O testamento é ato de liberalidade, portanto o testador é livre para dispor como bem entender sobre seus bens, desde que respeitados os limites impostos em lei. A igualdade foi conquistada ao longo da evolução histórica da sociedade e de pensamento e merece atenção.

O Código de 1916 trazia clara distinção entre filhos havidos dentro e fora do matrimônio, nomeando-os de legítimos e ilegítimos, respectivamente. A adoção era vista com discriminação por doutrinadores, haja vista não ser fruto do casamento. Filhos ilegítimos poderiam ter sua paternidade reconhecida, mas com critérios definidos em lei, como o consentimento do cônjuge, por exemplo. Em termos de sucessão, os ilegítimos preteriam aos legítimos ao ter direito a apenas metade do deixado pelo *de cuius*.

Posteriormente, o desquite permitiu o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, conforme Decreto-Lei 4.737/42. Mais tarde, o decreto foi substituído pela Lei nº 883 de 1949, a lei do reconhecimento dos filhos ilegítimos. Perceba-se a nomenclatura utilizada, enraizada de preconceito e discriminação.

A segregação de filhos entre legítimos e ilegítimos durou até a Carta Magna de 1988. A Constituição Federal, conhecida como a carta cidadã, veio regida por princípios, dentre eles o da dignidade da pessoa humana. Alinhado a isso, exterminou por completo qualquer diferença na origem da filiação, acabando com os privilégios antes previstos. Flávio Tartuce enxerga isso como, “na ótica familiar, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional.”<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional - ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. *Apud*: RUSSI, Patrícia; FONTANELLA, Patrícia. **Op. Cit.**

<sup>33</sup> TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. 2006. Disponível em: [http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1036&revista\\_caderno=14](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1036&revista_caderno=14). Acesso em 25 de abril de 2017.

A posteriori, o ECA/Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8069/90, trouxe a filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, independente de origem, seguido da Lei 8.560/92, a qual permitiu a investigação de paternidade de filhos fora do casamento com expressa vedação de conter, na certidão de nascimento, a origem da filiação.

Por fim, temos o Código Civil de 2002 que, repetindo o disposto na CFRB/88, iguala filhos, havidos ou não da relação de casamento, além dos decorridos por adoção, tendo os mesmos direitos e proibindo quaisquer discriminações.

Isto posto, é perfeitamente plausível concluir que a evolução histórica veio para consagrar a igualdade, inclusive equiparando a socioafetividade à consanguinidade e, quando em choque, o afeto deverá sobressair, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana. Nossos tribunais apontam nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. MEDIDA DE PROTEÇÃO. GUARDA DEFERIDA AO PAI AFETIVO. INSURGÊNCIA MATERNA. NEGLIGÊNCIA E MAUS TRATOS PERPETRADOS PELA MÃE. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO INFANTE. Na hipótese, o ambiente familiar materno não se mostra favorável ao bom desenvolvimento do infante. Além disso, a ocorrência de negligência e maus tratos perpetrados pela genitora, além da ausência de condição psicológica e financeira, atesta que o menor não pode ficar sob o poder familiar materno. Diante da ausência de responsabilidade da família biológica em querer permanecer com o menor, e da vontade deste, bem como do ex-companheiro da mãe, o qual o menor chama de pai, em pretender a guarda do infante, já sendo exercido de forma satisfatória, razoável ser concedida a guarda do menor ao ex-companheiro da genitora, pois existente a socioafetividade e o melhor interesse da criança. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70070611660, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 28/09/2016).

(TJ-RS - AC: 70070611660 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 28/09/2016, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/09/2016)

DECISÃO MONOCRÁTICA. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. EXAME DE DNA. RESULTADO NEGATIVO. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO DO VÍNCULO FAMILIAR PROMOVIDO PELO AUTOR AO REGISTRAR A MENOR, ATRIBUINDO A ELA O PRÓPRIO NOME. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO A INQUINAR A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE, A QUAL SUCUMBE QUALQUER RESERVA MENTAL PRÉVIA. PRECEDENTES DO STJ. **PREVALÊNCIA DO INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA NA MANUTENÇÃO VÍNCULO PARENTAL.** ESTUDO SOCIAL CONCLUSIVO NO SENTIDO DE **RECONHECER A SOCIOAFETIVIDADE E POSSE DO ESTADO DE FILHA (NOME, TRATO E FAMA) QUE PERDURA POR MAIS DE DEZ ANOS. VÍNCULO AFETIVO QUE NÃO SE DESFAZ EM FUNÇÃO DO RESULTADO DE MERO EXAME PERICIAL,** TAMPOUCO PELA SEPARAÇÃO DO AUTOR E A REPRESENTANTE LEGAL DA MENOR. **TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PERSONALIDADE**

DA RÉ. BLINDAGEM AMPARADA PELA IMPOSSIBILIDADE DE PONDERAÇÃO DO EPICENTRO AXIOLÓGICO DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Recurso que se nega seguimento, na forma do art. 557, caput, do CPC. Suspendo de ofício a condenação do Autor ao pagamento das custas e honorários em respeito à gratuidade de justiça deferida a seu favor, na forma do art. 12 da Lei nº 1.060/50. (TJ-RJ - APL: 00223867120098190206 RJ 0022386-71.2009.8.19.0206, Relator: DES. TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES, Data de Julgamento: 16/01/2013, SEXTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 26/04/2013 18:26) (grifos nossos)

Toda essa análise nos leva a crer na necessidade da isonomia atingir todos os aspectos da sucessão, especificamente no que toca à prole eventual. A lei traz claro favorecimento à filiação biológica ao trazer expressa a sentença “ainda não concebidos” no corpo do artigo 1.799, excluindo massivamente as demais formas de filiação surgidas pelo afeto.

Doutrinadores contrários à leitura abrangente do dispositivo utilizam como argumento poder ser a adoção uma forma de burlar a última vontade do testador ou até o processo de adoção surgir sem o laço afetivo, apenas visando a recompensa econômico-financeira.

Não é possível descartar o argumento, todavia o pensamento ignora todos aqueles processos de adoção guiados pelo afeto, todos aqueles que, a natureza os impediu de seguir com a paternidade pelo método natural e encontraram na adoção uma forma de constituir família, na qual reside a realização de todos os entes que a compõem. O que, sem dúvidas, é a imensa maioria.

Ademais, devemos optar pelo primado da boa fé. Dizer-se que a adoção acontece por interesse patrimonial é tomar má-fé como regra.

Então, por que não contemplar também a filiação civil?

Autores como Paulo Nader, Maria Berenice Dias e Paulo Lôbo vêm a adoção como prole futura de pessoa determinada.

Os entendimentos jurisprudenciais de ponderação da socioafetividade frente os laços biológicos são de grande avanço, porém trazem certa instabilidade jurídica por depender do olhar do julgador. A normatização no sentido de igualdade aprecia não só a primazia da dignidade da pessoa humana, mas também a segurança jurídica das relações sucessórias.

## Considerações Finais

Com a morte do titular de um patrimônio, a tarefa do Direito das Sucessões é guiar o caminho desse acervo rumo aos seus novos titulares. A sucessão poderá ser legítima ou testamentária, ou a conjunção de ambos, e, pelo princípio de Saisine, transmitir-se-á imediatamente após a morte para os herdeiros.

A transmissão *post mortem* é da totalidade, sendo apenas individualizada após a partilha. O imediatismo, no entanto, não é completo, haja vista seu caráter provisório por ser dependente de aceitação. Portanto, o decorrer da sucessão dá-se nas seguintes fases: 1) morte e abertura da sucessão; 2) chamamento dos herdeiros para pronunciar-se sobre aceitação ou renúncia da herança; 3) aceitação ou renúncia; 4) inventário e partilha. A sucessão legítima significa que o vínculo com o autor da herança foi previsto pelo legislador. A vocação hereditária segue pelos membros da família, começando pelos descendentes, ascendentes e cônjuges, estes últimos concorrendo com os primeiros quando sobreviventes. São os herdeiros necessários. Na falta destes, segue-se para os herdeiros facultativos, que são os parentes colaterais até quarto grau.

O testamento segue as últimas vontades daquele que o escreveu. A sucessão testamentária esbarra no limite de disposição de, no máximo, metade do patrimônio quando existentes herdeiros necessários. Foi uma forma que o legislador encontrou de proteger a família. O fundamento de testar baseia-se na autonomia da vontade e, para exercê-la, o testador deverá estar em plena capacidade no momento da lavratura do documento. O documento poderá ser por instrumento público ou privado, mas deverá seguir as regras e princípios dos negócios jurídicos.

Se na sucessão legítima é necessário ter existência ou ao menos concebido para figurar como herdeiro, para suceder por meio de testamento não é preciso já ter sido fecundado. O ordenamento brasileiro prevê a oportunidade de alguém ainda não existente herdar, desde que, na disposição de última vontade tenha a indicação da pessoa cujo descendente será beneficiado.

O *de cuius* deverá, unicamente via testamento, estabelecer o pai, a mãe ou ambos da prole futura agraciada e estes terão o prazo de 02 (dois) anos para conceber esta prole. Nesse período, os bens destinados serão administrados por curador especial designado pelo juiz, caso o testador também não o tenha estabelecido.

A discussão doutrinária acendeu com o a expressão trazida no inciso I do artigo 1.799 do Código Civil, ao referir à prole eventual como os “ainda não concebidos”. A locução lida de forma literal gera debates devido ao choque com o entendimento pregado pela Constituição Federal de igualdade entre filhos.

Entre os que defendem a leitura literal do dispositivo, os que seguem o disposto no testamento, seja qual caminho tenha seguido, e os completamente a favor da filiação civil e sua aceitação como prole eventual, a doutrina segue em debate.

Nosso entendimento segue no caminho da abrangência, abraçando as diversas formas que uma família pode tomar. Limitar a prole eventual de uma pessoa apenas a linha biológica é continuar com o liame histórico de discriminação que muito levou para ser superado. Desprestigiar alguém por não ter os laços sanguíneos é cercear a dignidade da pessoa humana, tanto do adotado como de quem adota.

É verdade que o testamento não é praxe comum em nosso cotidiano, embora o Código Civil facilite sua produção. Planejar a sucessão vai além de preservação de patrimônio, perpetua a unidade familiar e os laços que os unem. Regulamentar uma discussão e sedimentar entendimento no sentido plural de família é consolidar que família vai muito além de simples vínculos de sangue.

## Referências Bibliográficas

ARAUJO, Vanessa Nascimento de. **Prole Eventual e Filiação Civil: Uma Problemática Sucessória e Constitucional**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3387&idAreaSel=1&seeArt=yes>>. Acesso em 24 de abril de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em: 24 de abril de 2017.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5ª Ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CAVALCANTI, Carlos. **Fecundação artificial post mortem**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/8.pdf>>. Acesso em 13 de abril de 2017.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 6, Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, José Heleno de; CARVALHO, Dimitre Braga Soares de; LIRA, Daniel Ferreira de. **O tratamento jurídico da prole eventual no Brasil: da inquietação sucessória às indiferenças**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12152](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12152)>. Acesso em 06 fevereiro de 2017.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: **Famílias**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Direito Civil: **Sucessões**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2009

NADER, Paulo. Curso de direito civil, v. 6: **direito das sucessões**. 7ª Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PESSOA, Thays. **A filiação por inseminação artificial homóloga "post mortem" e a (im) possibilidade de suceder.** Disponível em: <<https://thaystanajurapessoa.jusbrasil.com.br/artigos/114957280/a-filiacao-por-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-e-a-im-possibilidade-de-suceder>>. Acesso em 13 de abril de 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões.** 9ª Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, Vol. 6, **direito das sucessões.** 6ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Gen/Método, 2013.

\_\_\_\_\_. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro.** Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1036&revista\\_caderno=14](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1036&revista_caderno=14)>. Acesso em: 25 de abril de 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões.** 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 204.

ZENI, Bruna Schlindwein. **A Evolução histórico-legal da Filiação no Brasil.** Disponível em: <<https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/641/363>>. Acesso em: 24 de abril de 2017.