

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
CAMPUS DE ERECHIM
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

JÚLIA CRISTINA CANAL

ANÁLISE JURÍDICA DO DIREITO SUCESSÓRIO DOS CONCEPTUROS NO BRASIL

ERECHIM
2020

JÚLIA CRISTINA CANAL

ANÁLISE JURÍDICA DO DIREITO SUCESSÓRIO DOS CONCEPTUROS NO BRASIL

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Erechim.

Orientadora: Prof.^a M.e Simone Gasperin de Albuquerque

**ERECHIM
2020**

JÚLIA CRISTINA CANAL

ANÁLISE JURÍDICA DO DIREITO SUCESSÓRIO DOS CONCEPTUOS NO BRASIL

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Erechim.

Erechim, 26 de novembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a M.e Simone Gasperin de Albuquerque
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Prof. Alessandra Regina Biasus
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Prof. M.e Vera Maria Calegari Detoni
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Dedico este trabalho especialmente a minha família e a todas as pessoas que de alguma forma contribuíram para minha formação acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus, autor da vida e socorro nos momentos de angústia.

A minha família, por me apoiar e não medir esforços para que eu chegasse até essa importante etapa da minha vida.

Ao Leonardo, por me incentivar e com todo carinho me compreender nos momentos mais difíceis.

A minha orientadora Prof. Me Simone Gasperin de Albuquerque por todo auxílio e impecável orientação para a elaboração desse trabalho.

Aos meus colegas e amigos, por todo apoio e companheirismo.

*Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades,
lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram
conquistadas do que parecia impossível. "*

Charles Chaplin

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar juridicamente o direito sucessório dos concepturos no Brasil, tendo-se como problemática quais os efeitos sucessórios em relação aquele que ainda não nasceu. Trata-se de tema que vem tendo um grande aumento de espaço na literatura jurídica, eis que ainda não possui um regramento específico no ordenamento jurídico brasileiro. A monografia foi dividida em três capítulos. Inicialmente, analisou-se a natureza jurídica dos nascituros, definiram-se os conceitos de testamento e testador, e foram comentados os pormenores da sucessão testamentária. Examinou-se a figura do concepturo no Código Civil Brasileiro de 2002. Foram averiguadas as teorias natalista e concepcionista, apresentando-se os comentários e análises de diversos autores. Em um segundo momento, relatou-se o direito sucessório no Brasil expondo suas fases, a ordem, a vocação hereditária e o direito a sucessão. Discorreu-se sobre a figura do curador e das pessoas não legitimadas a suceder. Finalmente, apresentou-se uma análise sobre a sucessão em face do concepturo, os pressupostos do regime, observando sua aplicabilidade no Código Civil Pátrio. Para a coleta de dados foi usado principalmente o método bibliográfico, através de publicações periódicas e documentos eletrônicos. O trabalho foi elaborado utilizando-se o método indutivo através de um procedimento de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Concepturo. Nascituro. Sucessão. Concepcionista. Herdeiro.

ABSTRACT

The present study aims to analyze legally the succession law of conceptuos in Brazil, having as problematic what are the succession effects in relation to the one who has not yet been born. This is a topic that has been increasing in the legal literature, since it does not yet have a specific rule in the Brazilian legal system. The monograph was divided into three chapters. Initially, the legal nature of the unborn was analyzed, the concepts of testament and testator were defined, and the details of the testamentary succession were commented. The figure of the concepturo was examined in the Brazilian Civil Code of 2002. The natalist and conceptionist theories were investigated, presenting the comments and analyzes of several authors. In a second step, succession law in Brazil was reported, exposing its phases, order, hereditary vocation and the right to succession. The figure of the curator and the non-legitimate people to succeed were discussed. Finally, an analysis was presented on the succession in face of the concepturo, the assumptions of the regime, observing its applicability in the Civil Code Pátrio. For data collection, mainly the bibliographic method was used, through periodical publications and electronic documents. The work was elaborated using the inductive method through a procedure of bibliographic and documentary research.

Keywords: Concepturo. unborn child. Succession. Conceptionist. Heir.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 NATUREZA JURÍDICA DOS NASCITUROS	11
2.1 O NASCITURO E O DIREITO.....	11
2.2 DA FIGURA DO CONCEPTURO	12
3 O DIREITO SUCESSÓRIO NO BRASIL	18
3.1 FASES	19
3.2 CAPACIDADE SUCESSÓRIA	19
3.3 VOCAÇÃO HEREDITÁRIA	26
4 SUCESSÃO EM FACE DO CONCEPTURO	30
4.1 PRESSUPOSTOS DO REGIME	30
4.2 APLICABILIDADE DO CÓDIGO CIVIL NA SUCESSÃO DO CONCEPTURO	30
5 CONCLUSÃO	33
REFERÊNCIAS	35

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como propósito abordar a análise jurídica do direito sucessório dos concepturos no Brasil.

Dentro do Direito Civil, um dos temas que tem ganhado bastante atenção dos autores contemporâneos é o relacionado ao concepturo. O Concepturo, na definição do Código Civil, é o “ser que ainda não foi concebido, embora haja a esperança de que venha a ser.”

A necessidade de garantir ao nascituro direitos desde a sua concepção, estabelecendo regras nos processos judiciais, tornou o assunto imprescindível no país, devido também ao aumento exponencial de casos presentes nos tribunais brasileiros, relativos a testamentos e afins.

De início, o trabalho irá abordar a natureza jurídica dos nascituros, definindo do que se trata o termo nascituro e sua relação com o Direito. Em seguida, será feito um breve resumo sobre o que é um testamento e um testador, e as particularidades da sucessão testamentária. Será analisada a figura do Concepturo no Direito das Sucessões do Código Civil, confrontando as teorias natalista, concepcionista e da personalidade condicional, vigentes no nosso CC.

No capítulo posterior, será apresentado o estágio atual do direito sucessório no Brasil, com suas fases, a ordem hereditária, a sucessão testamentária e o direito a sucessão. Também será analisado o papel do curador e das pessoas não legitimadas a suceder. No tópico sobre vocação hereditária se falará também sobre os herdeiros aptos a sucessão.

Por fim, será discorrido sobre a sucessão em face do concepturo, demonstrando os pressupostos do regime e a aplicabilidade do Código Civil, enumerando os artigos que tratam do tema.

O método de pesquisa utilizado foi o indutivo, através de uma bibliografia técnica - livros, artigos, legislação, literatura jurídica – e bibliografia de divulgação – revistas e sites.

2 NATUREZA JURÍDICA DOS NASCITUROS

2.1 O NASCITURO E O DIREITO

O termo nascituro significa “aquele que há de nascer”. É o ente que já foi gerado ou concebido, mas ainda não nasceu, embora tenha vida intrauterina e natureza humana. Tecnicamente (teoria natalista), ele não tem personalidade, pois ainda não é pessoa sob o ponto de vista jurídico. Mas apesar de não ter personalidade jurídica, a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, na segunda parte do artigo segundo do Código Civil (CUNHA, 2015).

O Nascituro é o titular de direitos personalíssimos: vida, honra, imagem, etc.; tem direito à filiação, direito de ser contemplado por doação ou por testamento (legado ou herança), sem prejuízo do recolhimento do imposto de transmissão, sendo nomeado um curador para a defesa de seus interesses, etc (CUNHA, 2015).

O principal direito do nascituro é o de ter direito à sucessão. Se ele já foi concebido no momento da abertura da sucessão (morte do de cujus) legitima-se a suceder de forma legítima. Também se legitimam a suceder por testamento “os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir se a sucessão” (art. 1.799, I, Código Civil).

Por tal motivo, tendo já tantos “direitos”, é que está crescendo a teoria concepcionista, considerando o nascituro como sendo uma Pessoa Natural. Justifica-se esta posição porque somente uma pessoa pode ser titular de direitos, e o art. 2º do CC afirma que o nascituro tem direitos, logo, tendo direitos, ele já poderia ser considerado como tendo personalidade (CUNHA, 2015).

A situação fica ainda mais definida (segundo os seguidores desta teoria) com o art. 542 do Código Civil que estabelece: “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”. Ainda assim, será uma “doação condicional”, pois somente se concretizará se o nascituro nascer com vida. Isso ocorrendo, receberá o direito, no entanto, as obrigações acompanham esse direito. Ou seja, ficará obrigado ao pagamento de impostos, como o da transmissão do bem (ITCMD, IPTU, etc.). Assim, mesmo sendo

recém-nascido, houve o fato gerador, passando, a partir daí a ser sujeito passivo de obrigação tributária (CUNHA, 2015).

O que se pode afirmar, sem medo de errar, é que o nascituro é titular de um direito eventual. Exemplo: homem falece deixando a esposa grávida. Não se pode concluir o processo de inventário e partilha enquanto a criança não nascer. O nascituro, nesta hipótese, tem direito ao resguardo à herança. Os direitos assegurados ao nascituro estão em estado potencial, sob condição suspensiva: só terão eficácia se nascer com vida. A representação do nascituro se dá por intermédio de seus pais. Nascendo com vida, as expectativas de direito se transformam em direitos subjetivos e a sua existência, no tocante aos seus interesses, retroage ao momento de sua concepção (CUNHA, 2015).

2.2 DA FIGURA DO CONCEPTURO

Pelo site Jus Brasil temos que o conceito de Concepturo está descrito no Código Civil de 2002, no artigo 1798, 1799, inciso I, e 1800 quando trata do Direito das Sucessões, quando, por exemplo, um avô deixa sua herança para um neto que ainda não foi concebido. De acordo com o artigo 1799, podem ser chamados a suceder: os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas ao abrir-se a sucessão. O Código Civil, aqui, pretendeu dar amparo ao chamado concepturo, do latim *concepturus*: aquele que há de ser concebido, porém, ainda não o foi. Aberta a sucessão, a herança será confiada a um curador que deve ser designado pelo juiz. Nascendo com vida, a criança usufruirá dos bens como previsto. Contudo, decorrendo dois anos após a morte do testador e não havendo a concepção do futuro herdeiro, caso o testamento não indique contrariedade, a herança percorrerá a vocação hereditária.

De acordo com Pontes de Miranda no caso de concepção do herdeiro sem o nascimento deste, devido a morte intraútero, temos que: "quando o filho de A nasce morto, o herdeiro é outra pessoa, porque o filho de A não foi herdeiro. Não houve herdeiro nem herança sob condição resolutiva; nem retroatividade, nem qualquer efeito de suspensividade aposta ao negócio jurídico do testamento, nem criada pela lei sobre sucessão legítima."

O testamento representa a principal forma de expressão da liberdade individual. A palavra vem de *testamentis*, que significa a **atestação da vontade**, a confirmação daquilo que está na mente do autor da herança (TARTUCE,2018).

Com base em todos esses ensinamentos, pode-se definir o testamento como um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, para depois de sua morte. Trata-se do ato sucessório de exercício da autonomia privada por excelência (TARTUCE, 2018).

O testamento é a declaração de última vontade deixada pelo falecido, podendo ser realizado somente por ele, com a possibilidade de alteração em qualquer tempo durante sua vida, sobre a disposição dos seus bens e direitos para depois da sua morte. Qualquer pessoa, física ou jurídica, pode receber bens por testamento, assim como o nascituro e, inclusive, filhos ainda não concebidos, desde que de pais vivos no momento do testamento (ELTZ, 2018).

No que se refere a sucessão testamentária, no momento em que o testamento foi feito é importante analisar a capacidade do testador. Ele deve estar em condições mentais sãs e ter entendimento do ato para que o testamento seja válido. Caso contrário, se ele fez a ação sem estar plenamente capaz o testamento é inválido (RIZZARDO, 2019).

Todos podem receber o patrimônio mediante testamento, inclusive com a previsão de pessoas não nascidas ou concebidas, indo mais além o princípio que a regra genérica do art. 1.798, restrita à sucessão legítima, a qual estabelece: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Como herdeiros legítimos incluem-se apenas as pessoas já nascidas ou concebidas (RIZZARDO, 2019).

Idêntica exegese aplica-se aos filhos já concebidos, mas não nascidos. Se aos não concebidos se preserva a possibilidade de receberem em testamento, com sobradas razões estende-se a faculdade quanto aos filhos já concebidos, mas como direito em expectativa, que se concretiza quando do nascimento com vida. Já era assim no direito anterior, explicando Caio Mário da Silva Pereira que o nascituro, embora *nondum natis*.

[...] é, entretanto, iam conceptus, pondo a lei a salvo os seus interesses. Trata-se de capacidade condicional, que se consolida pelo nascimento com vida. Caducará, contudo, a instituição se vem a nascer morto, ou se morre antes da abertura da sucessão”. (RIZZARDO, 2019)

Há incapazes de receber, os quais não se confundem com os incapazes para a vida civil. Aos ausentes e incapazes nomeia-se curador. O art. 671 da lei processual desta forma ordena: O juiz nomeará curador especial: I – ao ausente, se não o tiver; II – ao incapaz, se concorrer na partilha com o seu representante, desde que exista colisão de interesses (RIZZARDO, 2019).

Ao nascituro cabe nomear curador, ilustrando Leão Vieira Starling, em lição ainda válida: “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer, estando a mulher grávida e não tendo o pátrio poder. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro– arts. 458, 462 e parágrafo único, do Código Civil”. Os artigos nomeados anteriormente equivalem, respectivamente, aos arts. 1.778 e 1.779 e seu parágrafo único, da lei civil em vigor. Anote-se, também, que a expressão “pátrio poder” passou para “poder familiar” (RIZZARDO, 2019).

O incapaz terá curador unicamente enquanto durar a incapacidade e se aparecer colidência de interesses com os respectivos representantes naturais: o filho que também concorre com os pais, em virtude de testamento; ou o incapaz com o tutor, por ser este credor do espólio (RIZZARDO, 2019).

Atualmente, em face da Lei nº 13.146/2015, a incapacidade é para determinados atos. Não mais se dá a interdição total. Daí concluir, quanto ao incapaz (afora o menor de dezesseis anos), a nomeação de curador depende da extensão da interdição na gerência ou administração do patrimônio, ou da decretação da curatela na previsão das hipóteses do art. 1.767 do CC. A questão não apresenta dificuldades, visto que, nomeando-se ou não curador, ou representante, constatando-se prejuízos, anula-se a partilha. No sentido reverso, mesmo que não se faça a nomeação, se inexistir prejuízo patrimonial descabe a anulação. O caminho mais correto é a nomeação, inclusive se relativamente incapaz o herdeiro. Existindo progenitores, são eles os representantes naturais, sequer exigindo-se a sua nomeação (RIZZARDO, 2019).

Carlos Alberto de Menezes e José Tavares Bastos ensinavam:

O curador, ou promotor, tem a obrigação de apontar e indicar os erros que há no inventário, promover a sua expedição, examinar a descrição dos bens, os títulos e documentos, a natureza dos prazos, requerendo tudo quanto for a favor dos menores, ausentes e desassistidos, instruindo a partilha de modo que ajude o juiz para a determinação; logo que o inventário é concluído, gozam os herdeiros do seu benefício. (RIZZARDO, 2019).

A CF de 1988 assegura o tratamento igual para todos perante a lei. Segundo Mendonça (2018), a lei garante que, mesmo antes do nascimento, o feto tenha direitos, como a prestação alimentícia à mãe pelo pai, por exemplo. Logo, percebe-se que a CF serve de substrato para todo o ordenamento jurídico, inclusive o Direito Civil. Assim, como o Código Civil define o “início” dos direitos (o nascimento), também estabelece o seu fim — a morte. Já o art. 2º do Código Civil aborda a distinção entre pessoa e nascituro, dispondo que pessoa é o ser humano nascido com vida e o nascituro é o ser humano não nascido ou ainda em ventre materno. Porém, ambos são sujeitos de direito, personalizado e não personalizado, respectivamente. Os sujeitos de direito não personalizados são os seres humanos concebidos ou não, aos quais o direito empresta consequências jurídicas ou tutela, não havendo a necessidade, para esses casos, de se atribuir personalidade. No que se refere à pessoa natural, a personalidade civil começa pelo nascimento com vida. No entanto, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Desse modo, se a criança nasce morta, não adquire personalidade.

Cabe ressaltar que já há decisões judiciais pelos tribunais superiores que dissociam o nascimento com vida da personalidade jurídica, protegendo o nascituro como pessoa. Apesar da literalidade do art. 2º do Código Civil — que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento —, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei. Há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais (MENDONÇA, 2018).

No terreno patrimonial, a ordem jurídica, embora não reconheça no nascituro um sujeito de direitos, leva em consideração o fato de que, futuramente, o será, e, por isso, protege, antecipadamente, direitos que ele virá a ter quando for pessoa física. Em vista disso, o nascituro pode, por exemplo, ser instituído herdeiro num testamento. E, para resguardar o interesse do nascituro, a mulher que o está gerando pode requerer ao magistrado competente a nomeação de um curador: o *curator uentris*. Com base nesses princípios que foram enunciados pelos juriconsultos clássicos, surgiu, no direito justinianeu, a regra geral de que o nascituro, quando se trata de vantagem em seu favor, se considera como se estivesse vivo (*in rerum natura esse*) (ALVES, 2014).

A *teoria concepcionista* reconhece direitos ao nascituro, devendo este ser tratado como pessoa humana. A grande maioria dos doutrinadores contemporâneos é filiada à ideia de que deve ser reconhecida a personalidade jurídica do nascituro, com a tutela dos seus direitos. Sem prejuízo do seu art. 2.º, que afirma ter, o nascituro, direitos desde a concepção, o CC de 2002 parece ter adotado o entendimento concepcionista, ao reconhecer legitimidade sucessória ao nascituro, pois somente *personas naturais* podem herdar por meio da sucessão legítima (TARTUCE, 2018).

A lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Assim sendo, o *conceptus* (nascituro) é chamado à sucessão, mas o direito sucessório só estará definido e consolidado se nascer com vida, quando adquire personalidade civil ou capacidade de direito. O nascituro é um ente em formação (*spes hominis*), um ser humano que ainda não nasceu. Se o concebido nascer morto, a sucessão é ineficaz (VELOSO, 2008, p. 1.971-1.972).

No mesmo trilhar, no que tange ao nascituro:

[...] se vier a nascer com vida, ainda que já falecido o autor da herança, herdará este, de acordo com o seu título sucessório; se, por outro lado, a gestação não chegar a termo, será como se nunca houvesse existido; nesse caso, defere-se a herança aos outros de sua classe, ou aos da classe imediata, caso ele fosse o único herdeiro.” (MALUF; MALUF, 2013, p. 109-110).

Também há outros juristas que seguem a teoria natalista ao invés da concepcionista.

Citando as palavras de Maria Berenice Dias, pela *teoria natalista*:

[...] a aquisição da capacidade sucessória está sujeita à ocorrência de condição suspensiva: o nascimento com vida. Assim, o nascituro se coloca como dotado de capacidade sucessória passiva condicional, já que ainda não tem personalidade civil” (DIAS, 2008, p. 115).

Para Maria Helena Diniz, a capacidade sucessória do nascituro é excepcional, somente sucedendo se nascer com vida:

[...] havendo um estado de pendência da transmissão hereditária, recolhendo seu representante legal a herança sob condição resolutive. O já concebido no momento da abertura da sucessão e chamado a suceder adquire desde logo o domínio e a posse da herança como se já fosse nascido, porém, em estado potencial, como lhe falta personalidade jurídica material, nomeia-se um curador de ventre. Se nascer morto, será tido como se nunca tivesse existido, logo, a sucessão é ineficaz. Se nascer com vida, terá capacidade ou legitimação para suceder” (*Código...*, 2010, p. 1.276). Vale lembrar que, para a jurista, o nascituro tem *personalidade jurídica formal* – relativa aos direitos da personalidade –, mas não a *personalidade jurídica material* – relacionada a direitos patrimoniais (TARTUCE, 2018).

A partir da leitura dos trabalhos de Diogo Leite de Campos e Silmara Chinellato, estamos inclinados a entender que ao nascituro devem ser reconhecidos direitos sucessórios desde a concepção, o que representa a atribuição de uma *personalidade civil plena* a tal sujeito de direitos, sem qualquer restrição (CAMPOS; CHINELLATO, 2009).

Na mesma esteira, pondera Luiz Paulo Vieira de Carvalho que:

[...] temos para nós que, se o nascituro nascer com vida, apenas confirma o direito sucessório preexistente, não sendo o nascimento com vida condição legal para que a personalidade exista, mas sim para que esta se consolide (CARVALHO apud TARTUCE, 2018).

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

somente adquire o direito sucessório se nascer com vida parece reconhecer que o nascituro seria uma *meia-pessoa*, pois não teria a personalidade plena, relativa aos direitos patrimoniais sucessórios (TARTUCE, 2018).

3 O DIREITO SUCESSÓRIO NO BRASIL

3.1 FASES

A sucessão evoluiu através de fases.

Primeiramente, havia uma comunhão familiar, ou seja, os bens ficavam com o grupo familiar, já que persistia a comunidade agrária, sendo as terras de propriedade coletiva da *gens*. Isto numa fase anterior, o que também se verificou em outros povos (RIZZARDO, 2019).

Posteriormente, foram prevalecendo os sentimentos individualistas, surgindo a propriedade familiar, um grupo restrito e ligado pelo parentesco próximo. Transmitia-se a propriedade do varão aos descendentes, considerados como um pequeno grupo (RIZZARDO, 2019).

Finalmente, firma-se a propriedade individual, com o arrefecimento dos laços políticos, religiosos e de parentesco. Opera-se a transmissão não aos membros da família, mas aos herdeiros, assim considerados os que estavam submetidos diretamente à potestade do pai, e aos escravos instituídos herdeiros por testamento (RIZZARDO, 2019).

3.2 CAPACIDADE SUCESSÓRIA

Carlos Roberto Gonçalves conceitua o direito sucessório da seguinte maneira: “a palavra sucessão, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens.

O art. 1.787 do Código Civil diz: “Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela”. Ele põe a salvo os direitos do herdeiro, não importando posterior alteração. De suma relevância o momento da transmissão, sem olvidar, todavia, por exemplo, que, com a declaratória da filiação, não remontam os efeitos à data da ação, de pouco valendo se já aberta a sucessão. Nasce os efeitos desde quando ocorreu a concepção (RIZZARDO, 2019).

O art. 1.829 traz a ordem hereditária, enquanto os arts. 1.798 e 1.799 limitam a capacidade de receber na sucessão por vocação hereditária e em testamento aos concebidos até a morte do testador, exceto se expressamente for contemplada prole eventual de pessoas designadas e vivas ao abrir-se a sucessão, consignando-se que, no caso de testamento, são ainda aptas a figurar como beneficiadas as pessoas jurídicas e aquelas pessoas jurídicas que se determinar a organização na forma de fundações (RIZZARDO, 2019).

Eis a redação do art. 1.798, sem regra paralela no Código revogado, que se restringia à sucessão testamentária: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da sucessão”. (BRASIL, 1988, Art. 1.798)

Já o art. 1.799:

Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

- I – os filhos, ainda que 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. (BRASIL, 2002)

O art. 1.829, de onde se conclui que o vínculo de consanguinidade liga o herdeiro legítimo ao autor da herança (RIZZARDO, 2019).

Todas as pessoas nascidas e as já concebidas são contempladas na abertura da sucessão, dentro da previsão do art. 1.798. Está-se diante, aqui, da sucessão legítima. Não se transmite a herança para pessoa que não existe, ou já falecida, ou ficticiamente criada e imaginada. É condição decisiva que se verifique a existência de vida da pessoa. Caso falecida, pode operar-se a sucessão por direito de representação. Certos parentes serão contemplados no lugar daquele que faleceu, como no caso de morte dos filhos ou dos irmãos do *de cuius* (RIZZARDO, 2019).

Aquele já concebido ingressa na relação de herdeiros. A lei põe a salvo e protege o nascituro, ou aquele que já está concebido, como vem garantido no art. 2º do Código, o qual, se nascer com vida, quando adquire personalidade civil ou capacidade de exercer direitos, torna-se herdeiro. Nascendo morto, não se dá a inclusão na herança, e indo, assim, todo o patrimônio aos demais herdeiros. Assim, não há a personalidade a partir

da concepção, embora alguns direitos já sejam reconhecidos desde aquele momento (RIZZARDO, 2019).

O nascituro tem plena capacidade sucessória, como qualquer ser humano. Ao ser chamado a suceder, o nascituro o é como pessoa já existente (plenamente) com todas as consequências que daqui derivam. Se falecer antes do nascimento, os bens adquiridos transmitem-se aos seus herdeiros. A prova da existência do nascituro pode fazer-se por todos os meios. Presumir-se-á concebido no momento da abertura da sucessão, o ser humano que nasça nos trezentos dias seguintes (artigo 1796º). Trata-se de uma presunção relativa. Note-se que o artigo 1798º admite ação destinada a provar que o período de gestação do filho foi superior a trezentos dias. Sendo a ação julgada procedente, o tribunal fixará a data provável da concepção que valerá também para efeitos sucessórios (CAMPOS, 2016).

Por outro lado, não se admite prova contrária à presunção do artigo 1796º, se com tal prova se levar à impugnação da legitimidade do nascituro. A não ser nos casos enunciados nos artigos 1815º e seguintes, em que a lei admite a impugnação da legitimidade dos filhos. A administração dos bens deixados aos nascituros é regulada pelo artigo 2240º, 2. (CAMPOS, 2016).

Pelo fato de se reconhecer o direito sucessório, tem o nascituro a existência jurídica. Deve ser respeitado como ente. O exercício de direitos e a prática de atos jurídicos é que iniciam com o nascimento (RIZZARDO, 2019).

Para reconhecer-se o direito à sucessão, cumpre se observem certas regras. Assim a do art. 1.597:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002)

Difícil é a prova para apurar o momento da concepção, pendendo sempre a presunção da filiação se ocorre o nascimento dentro dos períodos acima. No entanto, se provada a filiação a qualquer tempo, desde que não se opere a prescrição aquisitiva em

favor daquele que detém a posse, não se afasta o direito à ação para a anulação da partilha, com a competente reclamação ou reivindicação do quinhão hereditário (RIZZARDO, 2019).

Conforme acima visto, quando da transcrição do art. 1.799, dentre os chamados a participar na sucessão testamentária estão os filhos ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão. No Código revogado, art. 1.718, previa-se a prole eventual de pessoas designadas pelo testador e existentes quando da abertura da sucessão (RIZZARDO, 2019).

Segundo Rodrigues, “os direitos (potenciais) do nascituro ficam esperando o nascimento com vida do que será o titular deles. Ocorrendo esse nascimento, os direitos se concretizam e são efetivamente adquiridos, retroativamente”. (RODRIGUES, 2003).

O testador indica a prole que terão determinadas pessoas, reservando-lhe a participação ou o quinhão na herança que no futuro se abrir. É evidente que se trata de uma previsão incerta e condicional. Opera-se a sucessão unicamente se nascerem os filhos da pessoa indicada (RIZZARDO, 2019).

Aberta a sucessão, e feita a partilha, deve-se nomear curador para o fim de administrar os bens e deles cuidar, em obediência à ordem do art. 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” (RIZZARDO, 2019).

O curador é considerado depositário, incumbindo-lhe todos os deveres próprios que incumbem a quem administra o patrimônio de outrem, respondendo pelos prejuízos acarretados, e devendo dar conta dos rendimentos e frutos advindos (RIZZARDO, 2019).

O § 1º do mesmo art. 1.800 designa quem se nomeará curador, se o contrário não vier disposto no testamento: “Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775”. Parece normal que fique curador o pai ou a mãe da pessoa que o testador contemplara no testamento. Efetivamente, os pais são os curadores naturais dos filhos. Se inexistirem os mesmos, incide o cargo em pessoa que o juiz nomear (RIZZARDO, 2019).

A referência ao art. 1.775 está equivocada, devendo considerar-se o art. 1.797, que trata das pessoas legitimadas a administrar a herança, até ser prestado o compromisso de inventariante (RIZZARDO, 2019).

Os mesmos deveres e responsabilidades estabelecidos para a curatela dos incapazes incidem no caso, como, aliás, assinala o § 2º do mesmo artigo: “Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeados, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber”. Tais deveres e responsabilidades concernem à administração dos bens, à representação do herdeiro a partir de seu nascimento, ao recebimento de rendas e outros valores, aos gastos necessários, à prestação de contas, em obediência ao art. 1.781, que remete às disposições sobre a tutela, e, dentre elas, às do art. 1.747 (RIZZARDO, 2019).

Vindo a nascer a pessoa indicada, defere-se-lhe a sucessão com os frutos e rendimentos, a partir da morte do testador. É o que está no § 3º do art. 1.800: “Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador”. Nota-se que se faz mister o nascimento com vida, mesmo que num breve momento. Falecendo, transferem-se os bens aos herdeiros. Nascendo morta a pessoa, não se dá a transmissão sucessória. Outrossim, a sucessão se verificará somente com o decesso do testador (RIZZARDO, 2019).

O § 4º contempla o caso de decaimento da sucessão se não concebida a pessoa designada no testamento em dois anos após a abertura da sucessão: “Se decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos”. Nota-se, pois, que não se impõe a obrigação de aguardar indefinidamente o nascimento da prole eventual (RIZZARDO, 2019).

Há, ainda, a ineficácia da designação se algum evento surgir que impeça o nascimento futuro. Morrendo a pessoa que iria gerar o filho contemplado, ou tornando-se ela irremediavelmente estéril, ou impotente, fica sem efeito a disposição testamentária. Transferem-se os bens que iriam aos filhos da pessoa indicada aos demais herdeiros (RIZZARDO, 2019).

Em vista do período de dois anos reservado para ser concebido o filho ou os filhos das pessoas designadas no testamento, resta evidente que a quota ou o legado destinado deve ficar sobrestado até o decurso do prazo, devendo ser entregue ao administrador ou curador, a quem compete preservar os bens e prestar contas dos frutos e rendimentos (RIZZARDO, 2019).

Quanto às pessoas jurídicas, unicamente a sucessão testamentária é reconhecida em seu favor, na forma do art. 1.799, incisos II e III do Código Civil, consoante acima se transcreveu. Cumpre lembrar, porém, a exceção no pertinente aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União, na inexistência dos herdeiros relacionados no art. 1.829, conforme art. 1.844, assim redigido: “Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado à herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal”. Opera-se, no caso, a arrecadação por um daqueles entes, sem que se configure propriamente a qualificação de herdeiro (RIZZARDO, 2019).

Apenas as pessoas físicas podem suceder na sucessão legítima, de acordo com o art. 1.829. Amparado o direito sucessório nos laços de parentesco e matrimoniais, tal não ocorre com pessoas jurídicas, razão pela qual devem ser designadas, dentro do *quantum* permitido, em testamento, para que haja alguma transmissão de bens a elas em virtude da sucessão por morte (RIZZARDO, 2019).

Já era a lição de Orlando Gomes: “Equiparadas às pessoas físicas na órbita patrimonial, podem as pessoas jurídicas ser chamadas à sucessão. Necessária, porém, a designação em testamento, como é intuitivo” (RIZZARDO, 2019).

Alguma regularidade na constituição das pessoas jurídicas deve existir, ou aconselha-se que se procure exigir conforme o citado mestre: “Em princípio, devem estar constituídas pela forma exigida na lei. Debate-se, no entanto, a possibilidade do chamamento de pessoa por se constituir. A relação de continuidade que deve existir entre o *de cuius* e o herdeiro impede, em tese, a designação de herdeiro inexistente. Mas, podendo o testador instituir fundação, óbvio se torna que essa pessoa jurídica, ainda não constituída, pode suceder, formando-se, precisamente, com a dotação especial que aquele lhe fizer (RIZZARDO, 2019).

Admitem outros a capacidade sucessória das sociedades de fato, no pressuposto de que atuam no mundo jurídico, podendo, a qualquer tempo, tornar-se sociedade regular. À semelhança do nascituro, confirmar-se-ia a delação no momento em que se convertesse, de direito, em pessoa jurídica”. Qualquer pessoa jurídica pode incluir-se na deixa, vindo a enumeração principalmente nos arts. 41 e 44 do Código Civil, assim destacadas: a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios, as autarquias, as empresas públicas ou outras entidades de caráter público, as associações, as sociedades e as fundações (RIZZARDO, 2019).

Sobreleva observar o inc. III do art. 1.799, contemplando a destinação de herança por testamento em favor de pessoa jurídica cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação. Há uma disposição ordenando a constituição de uma fundação através de bens. O art. 62 estabelece que, para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la (RIZZARDO, 2019).

Dentro do presente item, incluem as incapacidades para suceder indicadas nos arts. 1.801 e 1802, que serão aqui apenas referidas, já que a matéria é objeto da sucessão testamentária, a ser analisada adiante (RIZZARDO, 2019).

Na redação do art. 1.801, não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

- I – a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;
- II – as testemunhas do testamento;
- III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;
- IV – o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento. (BRASIL, 2002)

Salienta-se, quanto ao item III (culpa ou não na separação do testador há mais de cinco anos), nas palavras de Maria Aracy Menezes da Costa, “certamente a discussão não se fará nos próprios autos, pois não se presta o inventário a discutir questões de alta indagação. Qualquer questão de alta indagação é remetida para as vias ordinárias. E não será de outra forma na discussão da culpa” (RIZZARDO, 2019).

O art. 1.802 tem como nulas as disposições em favor de pessoas não legitimadas a suceder: “São nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa”. Indica o parágrafo único quem se considera interposta pessoa: “Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder” (RIZZARDO, 2019).

Extrai-se que a lei proíbe o favorecimento de pessoa não legitimada a receber em herança por testamento, usando o subterfúgio malicioso, o embuste, a fraude, a interposição de outra pessoa na disposição, já considerando o parágrafo único esta última manobra quando são utilizadas determinadas pessoas, como os ascendentes, os descendentes, os irmãos, o cônjuge ou o companheiro do não legitimado a suceder (RIZZARDO, 2019).

De modo que as pessoas indicadas no art. 1.801 não podem ser contempladas em testamento, mesmo que o testador se valha de contrato oneroso, ou utilize interposta pessoa no testamento (RIZZARDO, 2019).

Abre uma exceção o art. 1.803, que constitui novidade em relação ao Código revogado: “É lícita a deixa ao filho do concubino, quando também o for do testador”. Por outras palavras, ao testador faculta-se contemplar filho seu e do concubino (RIZZARDO, 2019).

3.3 VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Significa a vocação hereditária a capacidade de receber na sucessão, ou corresponde ao ordenamento legal que confere às pessoas a condição de herdeiras para o fim de receber o quinhão hereditário. As pessoas sucedem por força da lei ou do testamento. Isto é, em razão de se colocarem em determinada ordem numa escala de parentesco, ou por serem contempladas em ato de última vontade. Nesse sentido, o disposto no art. 1.786: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade” (RIZZARDO, 2019).

Segundo Carlos Roberto Gonçalves “os contemplados, verdadeiramente, são os próprio filhos, que poderão ser concebidos e nascer. A deixa não é feita em favor das pessoas indicadas pelo testador, passando, com a morte destas, a seus filhos, o que seria por substituição fideicomissária. O testador dá um salto, passando por cima dos genitores, contemplando os filhos que estes tiverem, e se tiverem”. Não estamos falando de nascituro, e sim, do *nondum conceptus*, ou seja, de individuo ainda nem concebido. Nesse caso, a transmissão hereditária subordina-se a evento futuro e incerto, afinal, o feto pode nascer sem vida.

Eis a didática explicação plenamente atual de Caio Mário da Silva Pereira:

Com a morte de uma pessoa, seus herdeiros são chamados a suceder. Este chamamento ou vocação pode obedecer ao impulso da vontade (sucessão testamentária) ou da lei (sucessão legítima). A primeira atende ao que dispõe o testador, e a sua disciplina coincide com o duplo aspecto da facção testamentária e da capacidade para receber por testamento (PEREIRA, 2001).

Há uma ordem que deve ser obedecida na distribuição da herança que segue os estritos termos da lei. Trata-se de uma sucessão legal, assim denominada por derivar da lei, ou em virtude de se encontrar prevista na lei. É preferencial a relação, pois chamados os herdeiros em obediência à ordem legal, contemplando-se a que consta em segundo lugar unicamente se faltar a anterior, exceto quanto ao cônjuge sobrevivente, que acompanha as duas primeiras classes (RIZZARDO, 2019).

Esta classe é a seguinte, prevista no art. 1.829:

- 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 deixar bens particulares;
- II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III – ao cônjuge sobrevivente;
- IV – aos colaterais (RIZZARDO, 2019).

O cônjuge vem, no Código Civil de 1916, colocado em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, após os descendentes e ascendentes. Não é herdeiro necessário, podendo, pois, ser afastado da sucessão pela via testamentária. Nesse código, o cônjuge

herda na ausência de descendentes ou ascendentes. A dissolução da sociedade conjugal exclui o cônjuge da vocação sucessória. A separação de fato por si só não o exclui. Tal exclusão só ocorrerá com sentença de separação, ou de divórcio, com trânsito em julgado. Até aí o cônjuge é herdeiro. Separação de fato, ainda que por tempo razoável, não basta para que o cônjuge saia da linha sucessória. A meação do cônjuge não é herança. Quando da morte de um dos consortes, desfaz-se a sociedade conjugal. Como em qualquer outra sociedade, os bens comuns, isto é, pertencentes às duas pessoas que foram casadas, devem ser divididos. A meação é avaliada de acordo com o regime de bens que regulava o casamento. (VENOSA, 2003)

De qualquer modo, era mesmo tempo de se colocar o cônjuge como herdeiro necessário. Como vimos, o novo código assim o faz, concorrendo o cônjuge com descendentes e ascendentes, em porcentagens diversas, dependendo do grau e do número de herdeiros, o que, talvez, ainda não seja a fórmula ideal. (VENOSA, 2003)

Neste encadeamento, as pessoas são chamadas a receber os bens deixados por um parente, mas sempre umas na falta de outras. A sequência de convocação ou chamamento, dentro do elenco previsto, importa que os primeiros excluam os subsequentes, jamais se admitindo a concomitância de categorias diferentes, resultando exclusivamente da lei, e nem podendo ser modificada pela vontade do morto, quando em vida, através de testamento. A sua vontade tem força quanto ao patrimônio, podendo dispor parte dele; nunca, porém, quanto à classificação dos herdeiros estabelecida pela lei. É possível que outras pessoas venham a receber parte do patrimônio, não incluídas naquele rol, por império único de sua vontade, e sem qualquer vínculo de parentesco – mas quanto à legítima nada é alterável, ou seja, quanto à metade dos bens do falecido (RIZZARDO, 2019).

Nota-se do dispositivo acima que os herdeiros de cada classe preferem os das classes imediatas. Herdam os ascendentes unicamente na inexistência de herdeiros da classe de descendentes. E, quanto ao cônjuge sozinho, se também não houver ascendentes. Já os colaterais, mais remotamente, dependem, para o recebimento, da inexistência de todos os outros parentes. Ainda na participação do cônjuge como herdeiro, a totalidade do patrimônio ingressa na contemplação de sua quota. Não se pense que se leva na apuração de sua quota o princípio que domina no regime de

comunhão parcial, estabelecendo que ingressam na comunhão os bens adquiridos na constância do casamento, e não originados de doação ou herança. Na totalidade da herança participa independentemente do regime de bens (RIZZARDO, 2019).

Percebe-se, pois, a existência de várias classes. Três delas, porém, se subdividem em graus. São os descendentes, os ascendentes e os colaterais. Prevalece sempre o parente de grau mais próximo do falecido. O filho antecede o neto. O pai receberá a herança se inexistirem descendentes, e não o avô. Quanto aos colaterais, antecede o irmão, e não o sobrinho (RIZZARDO, 2019).

De outro lado, naquela ordem temos a sucessão direta, posto que as pessoas indicadas vão receber o respectivo quinhão. Todavia, é possível que um outro parente seja chamado a receber no lugar de quem deveria ser contemplado, e que não o é em razão de sua morte. Ocorre, aí, a sucessão indireta, que se materializa pelo direito de representação, o qual, no magistério de Orlando Gomes, constitui um “artifício imaginado pelo legislador para abrir exceção à regra de que, na mesma classe, os parentes mais próximos preferem os mais afastados. Obtém-se esse resultado atribuindo-se a esses parentes mais remotos a posição dos mais próximos, aos quais substituem como se fossem estes que estivessem a recolher a herança. Eles ingressam nessa posição por determinação legal” (RIZZARDO, 2019).

4 SUCESSÃO EM FACE DO CONCEPTURO

4.1 PRESSUPOSTOS DO REGIME

Quanto à sucessão do concepturo, é claro, também, que só poderá ocorrer se este for concebido e nascer com vida, caso em que lhe será deferida a sucessão, com todos os frutos e rendimentos produzidos pela sua herança desde a morte do testador (art. 1.800, § 3º). Todavia, para a validade da disposição testamentária, não é necessário que tenha ainda sido concebido ao tempo da abertura da sucessão. Sobre a hipótese, infere-se do art. 1.800, § 4º, que a capacidade testamentária passiva do concepturo se extingue se este não for concebido em até dois anos contados da abertura da sucessão, caso em que sua herança se devolve aos herdeiros legítimos (RIZZARDO, 2019).

Após aberta a partilha do acervo hereditário, a herança do concepturo será confiada a um curador, a ser nomeado pelo juiz (art. 1.800, *caput*). Se o testador não tiver disposto diversamente no testamento, o juiz deve nomear curador a pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, ou, sucessivamente, as pessoas indicadas no art. 1.775 (art. 1.800, § 1º). Quanto aos poderes, deveres e responsabilidades do curador, aplicam-se, no que couber, as disposições concernentes à curatela dos incapazes (art. 1.800, § 2º) (RIZZARDO, 2019).

4.2 APLICABILIDADE DO CÓDIGO CIVIL NA SUCESSÃO DO CONCEPTURO

Com relação à fundação cuja instituição o testador determinar, vale lembrar que, quando os bens a ela destinados forem insuficientes para sua constituição, serão, se de outro modo não dispuser o testador, incorporados em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante (art. 63) (RIZZARDO, 2019).

O art. 1.801, por outro lado, enumera as pessoas a quem a lei rejeita a capacidade testamentária passiva: (1) a pessoa que escreveu o testamento a rogo do testador, e também o cônjuge ou companheiro, os ascendentes e irmãos daquela; (2) as testemunhas do testamento; (3) o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos; (4) o tabelião, civil ou

militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem foi feito, ou o que fez ou aprovou o testamento (RIZZARDO, 2019).

Quanto ao concubino do testador casado, cuja incapacidade testamentária passiva é, no mínimo, bastante questionável, cabe lembrar que, para o Código, trata-se da pessoa que mantém relações conjugais com pessoa casada, na constância da sociedade conjugal (art. 1.727). Impende lembrar, ainda, que está se dissolve também com a separação judicial (art. 1.571, III), com o que, mesmo antes do divórcio, extinguem-se os deveres de coabitação e de fidelidade, e o regime de bens (art. 1.576) (RIZZARDO, 2019).

Observe que o Código ressalva a validade da instituição do concubino como herdeiro ou legatário se o testador casado, “sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos”. Seguimos o entendimento doutrinário segundo o qual o dispositivo deve ser interpretado no sentido de que o testador devesse estar separado de fato há mais de cinco anos quando da abertura da sucessão, e não quando da elaboração do testamento. De todo modo, cabe ressaltar que, se a relação com o concubino perdurou após a separação de fato, deverá ser considerada união estável – se reunir as características desta –, vez que cai o impedimento da bigamia (art. 1.723, § 1º, parte final). Com isso, cai, também, a incapacidade testamentária passiva, pois o companheiro, ao contrário, é herdeiro necessário. Logo, deve-se aplicar a norma apenas ao concubino instituído cuja relação com o testador não chegou a configurar união estável – por exemplo, porque se extinguiu antes da separação (RIZZARDO, 2019).

Pois bem. O art. 1.802 considera nulas as disposições testamentárias que favoreçam as pessoas que não têm capacidade testamentária passiva, ainda que tenham sido simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa. O art. 1.900, inc. V, posteriormente, repete a norma (RIZZARDO, 2019).

O parágrafo único do art. 1.802 presume pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do incapaz de suceder. O art. 1.803, todavia, como não poderia deixar de ser, ressalva a validade da disposição em favor do filho – leia-se: descendente – do concubino, que também o é do testador. Nesse caso, vale lembrar, o descendente é herdeiro necessário do testador. O art. 1.803 somente se justifica no sentido de afastar qualquer dúvida sobre a presunção de

simulação por meio de pessoa interposta, que alguém poderia suscitar pelo fato de o parágrafo único do art. 1.802 estabelecê-la quanto à disposição em favor do descendente do concubino (RIZZARDO, 2019).

5 CONCLUSÃO

O Direito Civil tem a obrigação e a responsabilidade de acompanhar as mudanças na sociedade para servi-la com competência e retidão. Nesse contexto, ambos evoluem, e todos os novos temas jurídicos que surgem são envolvidos pelo âmbito jurídico.

A gradativa atenção que o tema do concepturo recebeu dos juristas recentemente foi acompanhada de um aumento na quantidade de ações judiciais que falam desse assunto. Há muito debate sobre o início da vida humana, quando de fato o nascituro pode ser tratado como um ser com personalidade jurídica, podendo adquirir e efetuar seus direitos. Biologicamente, é natural relacionarmos a fecundação como o marco inicial da vida, mas no ambiente jurídico essa questão é mais ampla.

Ao longo da monografia, foi estudado o Direito das Sucessões no Brasil, a figura do concepturo, do nascituro e sua natureza jurídica. Foram analisadas as teorias concepcionista, natalista e da personalidade condicional, todas elas defendidas na literatura jurídica por doutrinadores defensores de cada teoria. Ambos convergem na proteção ao nascituro desde a sua concepção. Na sucessão testamentária, existe a possibilidade de a herança ser transmitida para um ser que ainda não nasceu, tendo porém, um prazo para vir a nascer após a abertura da sucessão.

No decorrer do trabalho, observando a importância do tema, ficou claro que cada caso depende da análise de uma série de fatores, que só serão conhecidos pelo magistrado quando ele tiver contato com o fato. Resumindo, cada caso tem suas particularidades que devem ser examinadas.

Do artigo 1.799 do Código Civil de 2002, deduzimos que no referente a filhos dá-se a entender que a inclinação da lei é para beneficiar os filhos de sangue da pessoa a quem o testador determinou no testamento. Porém, pelo art. 227, §6º, da Constituição Federal de 1988, a isonomia entre filhos de qualquer origem é clara e absoluta, impedindo diferenciação entre as filiações. Pelo Supremo Tribunal Federal, entendemos que onde se lê filhos, se entende tanto os naturais como os adotivos, iguais em direitos constitucionais.

Na construção do trabalho monográfico, pode-se perceber o quão relevante é a análise dessa figura do concepturo, já que existe a possibilidade de contemplá-lo

configurando como herdeiro a fim de receber a herança com todos os frutos e rendimentos desde a morte do testador. Embora seja um desafio abordar tal assunto em face da carência de material, é visível que a legislação através do Código Civil, não deixa de amparar aquele ainda não concebido. Bem como, o nascituro é protegido pela legislação como tendo personalidade jurídica, sendo assim titular de direitos e podendo ser contemplado como herdeiro.

Analisadas as hipóteses relativas ao assunto, concluímos que a teoria conceptionista, embasada no Art. 2º do Código Civil e respaldada na Constituição, que concede personalidade jurídica ao nascituro desde a concepção, e defendida pela maior parte dos doutrinadores é a mais amplamente difundida e aceita no nosso Judiciário.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 mar. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 26 maio 2020.
- CUNHA, Douglas. **O Nascituro**. 2015. Disponível em:
<https://douglasr.jusbrasil.com.br/artigos/176047250/o-nascituro> Acesso em: 13 abr. 2020.
- JUS BRASIL. **Qual é a diferença entre nascituro e concepturo?** 2009. Disponível em:
<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1822527/qual-e-a-diferenca-entre-nascituro-e-concepturo-andrea-russar-rachel> Acesso em: 13 abr. 2020.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil: Alguns aspectos de sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral** 4. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 179.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: parte geral**. 32^a.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil comentado**. 1^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.