O NASCITURO E O EMBRIÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

THE UNBORN CHILD AND THE EMBRYO IN BRAZILIAN INHERITANCE LAW

Leonardo Estevamde Assis Zanini[1]
Odete Novais Carneiro Queiroz[2]

DATA DE RECEBIMENTO: 04/08/2025

DATA DE APROVAÇÃO: 19/12/2025

RESUMO: O presente artigo analisa os problemas relacionados ao direito sucessório do nascituro e do embrião. Trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente em revisão bibliográfica, no estudo da jurisprudência e na investigação da legislação vigente. Inicialmente, examina-se a capacidade e legitimação para suceder, temática bastante importante para o estudo do direito das sucessões. Em seguida, estuda-se a capacidade sucessória do nascituro e o princípio da coexistência. Também é investigada a polêmica envolvendo os embriões criopreservados, cujos diferentes posicionamentos doutrinários podem impactar a segurança jurídica na transmissão patrimonial. Em suma, o texto combina aspectos teóricos e práticos do direito sucessório do nascituro e do embrião, objetivando apresentar ao leitor uma visão precisa, clara e atualizada da matéria no Brasil.

ABSTRACT: This article analyses issues related to the inheritance rights of the unborn child and the embryo. The research employs a descriptive and deductive methodology, based mainly on a review of the literature, a study of case law and an investigation of current legislation. The initial focus is on the capacity and legitimation to inherit, a very important topic for the study of inheritance law. Next, it studies the inheritance capacity of the unborn child and the principle of coexistence. Furthermore, it investigates the controversy surrounding cryopreserved embryos, whose different doctrinal positions can impact legal certainty in the transfer of assets. In short, the text combines theoretical and practical aspects of the succession rights of the unborn child and the embryo, with the objective of providing the reader with an accurate, clear and up-to-date view of the subject in Brazil.

PALAVRAS-CHAVE: direito das sucessões; embrião; nascituro; sucessão testamentária; biodireito.

KEYWORDS: succession law; embryo; unborn child; testamentary succession; biolaw.

---

[1] Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP. http://lattes.cnpq.br/8214409754548917. Contato: assiszanini@gmail.com

[2] Doutora e mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Contato: odetenovaes@uol.com.br

INTRODUÇÃO

O presente artigo examina o direito sucessório do nascituro e do embrião diante dos constantes avanços científicos que têm impactado a compreensão do direito das sucessões. Para tanto, considera-se que a legislação brasileira adota o princípio da coexistência, o qual estabelece que, para que alguém possa herdar, é indispensável que esteja vivo no momento da abertura da sucessão.

Após a compreensão do conceito e das diferenças entre a capacidade e a legitimação para suceder, o texto examina, de forma minuciosa, o art. 1.798 do Código Civil, o qual considera capazes para suceder todas as pessoas físicas, desde que nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Também se estuda a compatibilidade do referido artigo com a possibilidade do nascituro e do embrião participarem de uma sucessão legítima, lembrando que, no último caso, não existe legislação específica regulando a temática, o que demanda um maior amadurecimento científico e jurídico.

Em seguida, o texto busca analisar a controvérsia em torno da sucessão de embriões criopreservados, explorando, particularmente, os diferentes posicionamentos doutrinários e os impactos que essa questão pode ter sobre a segurança jurídica na transmissão patrimonial.

Igualmente, investiga-se a capacidade sucessória na sucessão testamentária, que apresenta um rol mais abrangente do que aquele previsto para a sucessão legal, incluindo filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador.

A metodologia utilizada no presente trabalho é descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. Assim sendo, a pesquisa se ocupa de aspectos teóricos e práticos do direito sucessório do nascituro e do embrião, objetivando apresentar ao leitor uma visão precisa, clara e atualizada da matéria no Brasil. Ao mesmo tempo, o texto não deixa de apresentar as inúmeras divergências existentes entre os autores que se ocupam da matéria.

1 CAPACIDADE E LEGITIMAÇÃO PARA SUCEDER

O Código Civil procura esclarecer quem pode ser herdeiro, legítimo ou testamentário, e quem está impedido de suceder.

A regra geral prevista no art. 1.798 do Código Civil, aplicável tanto à sucessão legítima como à testamentária, estabelece que estão legitimadas a suceder todas as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Isso significa que as pessoas naturais e os nascituros existentes à época do falecimento do autor da herança podem ser herdeiros ou legatários (PENTEADO, 2014, p. 44).

Apesar do art. 1.798 do Código Civil mencionar falta de legitimação, a doutrina compreende o texto legal como falta de capacidade para suceder. O referido artigo apresenta nítida confusão terminológica, visto que não cuida de “legitimação”, mas sim da “capacidade de herdar”. Ora, não se admite a confusão entre a capacidade e a legitimação (POLETTO, 2013, p. 133).

A capacidade jurídica corresponde à aptidão das pessoas, físicas ou jurídicas, para a aquisição de direitos e deveres. Conforme o art. 1º do Código Civil, toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. No caso das pessoas físicas, a personalidade civil e a capacidade de direito começam do nascimento com vida (art. 2º do Código Civil). Mas nem toda pessoa capaz está legitimada para a prática de um determinado ato jurídico, pelo que a legitimação se traduz em uma capacidade específica (GAGLIANO; FILHO, 2025, p. 126).

Nessa linha, a capacidade para suceder constitui a aptidão para adquirir a herança. A regra é que somente têm capacidade para suceder as pessoas físicas nascidas e vivas no momento da abertura da sucessão (HOUSSIER, 2023, p. 64). Isso significa dizer que, em geral, é necessário ter personalidade no momento da abertura da sucessão. Em casos especiais, indicados na lei, basta que a personalidade se verifique mais tarde (ASCENSÃO, 2000, p. 119).

A despeito da proximidade, o instituto da capacidade de direito, previsto no art. 1º do Código Civil, não corresponde à capacidade para suceder, uma vez que esta é mais ampla do que aquela. É que a lei concede capacidade sucessória a sujeitos ainda não concebidos no momento da abertura da sucessão, o que afasta essa concepção daquela de capacidade de direito, visto que somente são capazes as

pessoas físicas (seres humanos nascidos com vida) ou as pessoas jurídicas (LÔBO, 2025, p. 66-67). Assim sendo, não se pode confundir a capacidade de direito com a capacidade sucessória.

Ademais, a legitimação, também chamada de vocação hereditária, representa o chamamento, legal ou voluntário, para a aquisição da herança. A qualidade de herdeiro tem a ver com a ordem da vocação hereditária, que não se confunde com a capacidade para suceder.

2 CAPACIDADE PARA SUCEDER NA SUCESSÃO LEGÍTIMA

O art. 1.798 do Código Civil considera capazes para suceder todas as pessoas físicas, desde que nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão[3]. Para que exista o direito sucessório, é então condição indispensável que, no momento da abertura da sucessão, o herdeiro esteja vivo, isto é, que ele exista (já tenha nascido) e sobreviva ao autor da herança, ou tenha sido pelo menos já concebido (BEIGNIER; TORRICELLI-CHRIFI, 2022, p. 183).

No caso da sucessão legítima, o critério para a aferição da legitimidade para suceder é "a existência de particular relação ou situação pessoal estabelecida entre o sucedido e os eventuais sucessíveis", o que exclui, consequentemente, as pessoas jurídicas (MAIA JÚNIOR, 2020, p. 160).

Até mesmo por questão de lógica, é imprescindível que o herdeiro ou legatário sobreviva ao *de cujus*. Trata-se do chamado princípio da coexistência, isto é, o sucessor (herdeiro ou legatário) deve sobreviver ao autor da herança. Não se transmite a herança para pessoa que não existe ou que já estava morta quando o autor da herança faleceu[4].

Faz-se mister provar que o herdeiro permanece vivo ou que sua morte tenha

---

[3] A previsão do art. 1.798 do Código Civil brasileiro é muito semelhante à do § 1923 do Código Civil alemão (BGB), que concede capacidade sucessória (*Erbfähigkeit*) a quem vivia ao tempo da abertura da sucessão, bem como àquele que já estava concebido (FRANK; HELMS, 2024, p. 6-7). O Código Civil italiano também atribui, em seu art. 462, aptidão hereditária a todos aqueles vivos ou concebidos no momento da abertura da sucessão, dispondo que: "*Possono inoltre ricevere per testamento i figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benché non ancora concepiti*".

[4] RIZZARDO, 2019, p. 47; FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 141.

sido posterior, ainda que por breve lapso, à morte do autor da herança (ASCENSÃO, 2000, p. 119). Isso ocorre porque a existência do herdeiro sucessível é antes um pressuposto da sucessão hereditária do que uma causa de incapacidade de exercício ou de falta de legitimação.

Ademais, como o art. 1.798 do Código Civil menciona pessoas, os animais não podem ser beneficiários de herança. Não há que se falar em cláusula testamentária contemplando animais de estimação, uma vez que eles não são sujeitos de direito, mas sim objetos das relações jurídicas (POLETTO, 2013, p. 139). O que é possível é beneficiar um determinado animal de forma indireta, pela imposição ao herdeiro, em disposições testamentárias, do encargo de cuidar dele enquanto viver (GAGLIANO; FILHO, 2025, p. 147). Também estão excluídas da herança as coisas inanimadas e as entidades metafísicas, celestiais e místicas, como deuses ou santos. Desse modo, não há que se falar em uma suposta capacidade sucessória de animais ou de coisas.

3 O NASCITURO E O PRINCÍPIO DA COEXISTÊNCIA

O princípio da coexistência é um dos fundamentos do direito das sucessões pátrio. Para que alguém possa herdar, é necessário que esteja vivo no momento do falecimento do autor da herança. Entretanto, a regra geral segundo a qual só têm capacidade para suceder as pessoas já existentes, isto é, as pessoas nascidas quando se abre a sucessão, tem como exceção aquele que já foi concebido no ventre materno, mas ainda não nasceu com vida, ou seja, o nascituro (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 143).

Realmente, a capacidade para suceder também foi concedida pelo legislador àquele que, no momento da abertura da sucessão, era apenas concebido (TORRENTE; SCHLESINGER, 2013, p. 1268). Nessa senda, o art. 1.798 do Código Civil menciona, expressamente, que, além das pessoas nascidas, têm capacidade para suceder as já concebidas, o que coloca o nascituro em uma situação peculiar.

Apesar de não ter personalidade jurídica, que somente será adquirida no momento de seu nascimento com vida (art. 2º do Código Civil), o nascituro tem

capacidade para suceder, quer se trate de sucessão legítima ou testamentária, bastando que tenha sido concebido até o momento da abertura da sucessão (VOIRIN; GOUBEAUX, 2024, p. 189). Isso ocorre pelo fato do legislador considerar o processo vital em curso desde a concepção (BEIGNIER; TORRICELLI-CHRIFI, 2022, p. 184).

Os direitos do nascituro dependem do seu nascimento com vida para a sua materialização. Aliás, no que toca ao direito sucessório, não há dúvida em relação à opção do legislador pela compreensão condicionalista, uma vez que se está diante de direitos patrimoniais[5]. Assim, se o autor da herança morrer antes do nascimento do *conceptus*, a titularidade da herança ou legado fica, provisoriamente, em suspenso (POLETTO, 2013, p. 135).

Com o nascimento, os direitos que estavam em suspenso se concretizam e são adquiridos retroativamente (MAXIMILIANO, 1958, p. 121). Tal solução era também a adotada pelo direito romano, que, por ficção, considerava o nascituro como se tivesse nascido no que se referia aos seus interesses (*nasciturus pro iam nato habetur quoties de eius commodis agitur*) (HONSELL, 2015, p. 189). Isso significa que aquele que nasce com vida não é titular da herança a partir do nascimento, mas sim desde a abertura da sucessão. Aliás, exatamente por conta dessa retroação na aquisição dos direitos patrimoniais, se nascer com vida, o nascituro faz jus aos bens hereditários, bem como aos seus frutos, rendimentos e acréscimos. Em contrapartida, responde pelas despesas decorrentes da titularidade do acervo hereditário.

Por outro lado, se o nascituro nascer morto (natimorto), os bens serão devolvidos aos herdeiros legítimos do falecido ou ainda a eventual substituto testamentário, retroagindo a devolução à data da abertura da sucessão. É que, não obstante estejam resguardados os direitos da personalidade do natimorto, ele não tem nenhum direito sucessório (POLETTO, 2013, p. 135). Pode ainda ocorrer do nascituro nascer com vida, mas morrer logo depois, caso em que houve a aquisição da

[5] No mesmo sentido, asseveram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que: "Dúvida inexiste de que o nascituro possui legitimação condicional para suceder: vindo a nascer com vida, recebe a herança ou o legado que lhe foi dedicado; em se tratando de natimorto, não será beneficiado pela transmissão sucessória. Repita-se à exaustão: trata-se de uma legitimação condicional, afinal somente titularizará direitos sucessórios se nascer com vida" (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 144). Igualmente, afirma Paulo Nader que: "não é o nascituro quem sucede, mas a pessoa ao nascer", isso porque "o nascituro sucede só quando nasce e se nasce e sucede em virtude de uma ficção legal: o seu nascimento é considerado já existente ao tempo da abertura da sucessão" (NADER, 2016, p. 53).

personalidade jurídica, ainda que a vida tenha sido muito breve, pelo que adquiriu direitos e com a sua morte os transmitiu a seus sucessores (NADER, 2016, p. 60).

4 ENQUADRAMENTO DO EMBRIÃO CRIOPRESERVADO

As grandes inovações no domínio da Biologia certamente produzem consequências no âmbito sucessório (ASCENSÃO, 2000, p. 128). Esse é o caso da polêmica atinente à capacidade sucessória do embrião criopreservado (congelado), que ainda não foi implantado no útero ou que foi implantado artificialmente após o falecimento do pai (LEIPOLD, 2022, p. 13). A matéria acertadamente não foi regulada pelo Código Civil de 2002, uma vez que se trata de um avanço ainda muito recente, necessitando de maior amadurecimento científico e jurídico para que possa fazer parte do texto codificado.

A legislação brasileira apresenta algumas definições sobre a temática, diferenciando a fecundação artificial homóloga da heteróloga. Enquanto a fecundação homóloga ocorre com células reprodutivas (gametas) provenientes do próprio casal, a heteróloga utiliza gametas de terceiros (art. 1.597, incisos III, IV e V do Código Civil). Como envolve outra pessoa estranha ao casal, a fecundação artificial heteróloga apresenta questões éticas e legais específicas sobre consentimento, anonimato e direitos parentais (POLETTO, 2013, p. 135).

Nesse contexto, em se tratando apenas de gametas congelados, sem que tenha ocorrido a concepção laboratorial, não há que se falar em direito sucessório[6]. Em contrapartida, na hipótese da realização prévia dos procedimentos, inclusive com a implantação do embrião, ainda que o nascimento ocorra após a morte do pai, não resta dúvida quanto aos direitos relacionados à sucessão. Isso porque, se o embrião já existia e foi implantado antes do falecimento, devem ser seguidas as regras relativas ao nascituro.

[6] Em sentido contrário, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho sustenta o cabimento de efeitos sucessórios na fecundação *post mortem*. Para tanto, invoca genericamente os princípios da não discriminação entre os filhos, da liberdade e do planejamento familiar. Assim sendo, reconhece plenos efeitos à inseminação *post mortem* homóloga, inclusive no tocante à sucessão (ALBUQUERQUE FILHO, 2006, p. 190).

Duas outras situações possíveis são mais problemáticas: a) quando o embrião já existia no momento da abertura da sucessão, mas não tinha sido implantado, ocorrendo a implantação *post mortem*, isto é, sua realização se dá após o falecimento e, consequentemente, depois da abertura da sucessão[7]; b) o embrião foi concebido posteriormente à abertura da sucessão, utilizando material biológico (espermatozoide ou óvulo) criopreservado do falecido (MAIA JÚNIOR, 2020, p. 142).

Nesses casos, questiona-se se o filho nascido teria direito à sucessão, existindo bastante polêmica entre os estudiosos.

Parte da doutrina, interpretando literalmente o art. 1.798 do Código Civil, considera que o embrião não tem capacidade para suceder, visto que somente são dotadas dessa capacidade as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão (POLETTO, 2013, p. 136). Tomando-se a ideia de pessoas já concebidas como correspondendo à existência de uma nova vida em desenvolvimento no ventre materno (FRANK; HELMS, 2024, p. 7).

Em sentido diverso, argumenta-se que o embrião congelado já poderia ser considerado um ente humano, tal qual o nascituro, tendo plena aptidão para suceder. Conforme defende Fábio Ulhoa Coelho, objetivando evitar "discriminação da filiação, deve-se considerar que os embriões crioconservados produzidos com o material genético fornecido por pessoas casadas ou em união estável têm capacidade para suceder se vierem um dia a ser inseminadas num útero e nascerem com vida" (COELHO, 2016, p. 253). Esse posicionamento é expresso no Enunciado 267 das Jornadas de Direito Civil do CJF, que dispõe:

> A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

Na linha do enunciado, os embriões teriam capacidade para suceder, sendo-lhes aplicável o disposto acerca da petição de herança, isto é, caso haja o nascimento, seria possível reclamar, no prazo de 10 anos (art. 205 do Código Civil), a sua participação na herança (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 148). Tal situação exigiria

[7] Na Alemanha, é interessante observar que a Lei de Proteção ao Embrião proíbe a reprodução assistida póstuma, incluindo a implantação de embriões congelados após a morte de um dos parceiros (§ 4, 1 da *Embryonenschutzgesetz* - ESchG).

que os demais sucessores devolvessem parte do que receberam, a fim de compor a quota do novo herdeiro, o que geraria graves prejuízos à segurança jurídica. Além disso, o enunciado é fonte de incertezas, pois não faz distinção entre embriões concebidos antes ou depois da abertura da sucessão. Ademais, subordinar o fenômeno sucessório a um prazo tão extenso se mostra incompatível com a necessidade de solução célere e definitiva em processos envolvendo direito sucessório.

Assim sendo, diante da ausência de regras claras acerca do tema, é melhor a interpretação que se alinha à redação do art. 1.798 do Código Civil e garante a segurança jurídica. Admitir que o embrião congelado tenha capacidade sucessória traz grande instabilidade à sucessão, visto que as novas técnicas médicas prolongam cada vez mais a viabilidade do nascimento de um embrião congelado. Reconhecer capacidade sucessória ao embrião congelado é acrescentar mais um elemento de discórdia na sucessão, que já é conturbada por sua própria natureza, haja vista as constantes disputas entre herdeiros pelos bens. É que, enquanto não implantado o embrião e nascida a criança, a sucessão estaria pendente, "não atendendo às exigências do direito de imediata continuidade das relações e situações jurídicas de titularidades do *de cujus*" (MAIA JÚNIOR, 2020, p. 143). Ademais, também não é razoável se afirmar que não há diferença entre a concepção uterina e a laboratorial, uma vez que na primeira o embrião vai imediatamente se desenvolver, o que pode conduzir a um futuro nascimento, enquanto na segunda o embrião somente permanece vivo graças às técnicas de criopreservação, permanecendo nesse estado se não houver sua implantação. Por isso, não se pode afirmar que, no momento da sucessão, está-se dando tratamento desigual aos filhos, posto que não nos parece razoável considerar que já se está diante de um filho, nos termos da Constituição Federal, quando há apenas a fertilização *in vitro*[8].

No que toca ao embrião que foi concebido *post mortem*, após a abertura da

[8] Em sentido contrário, entendem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que: "se já havia concepção laboratorial, quando do falecimento do genitor, o filho terá direito sucessório, uma vez que o art. 1.798 é de clareza solar ao afirmar que a capacidade para suceder é reconhecida em favor de quem nasceu ou foi concebido. Ora, não havendo diferenciação entre a concepção uterina ou laboratorial, é forçoso concluir que ambas estão abarcadas, em homenagem ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos" (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 147).

sucessão, é ainda mais evidente que a situação não se enquadra na previsão do art. 1.798 do Código Civil, uma vez que sua concepção se deu após a morte do autor da herança. Também não se pode admitir, nesse caso, a utilização de analogia em relação à possibilidade do testador dispor em benefício de prole eventual (art. 1.799, I do Código Civil)[9]. É que a previsão da lei é a designação de filhos de outras pessoas existentes no momento da abertura da sucessão, não de filhos do testador (ASCENSÃO, 2000, p. 129).

Por conseguinte, ante a inexistência de legislação específica sobre a sucessão do embrião, as disposições constantes do Código Civil, interpretadas de acordo com os princípios hermenêuticos amplamente reconhecidos, sem deixar espaço para DESVIOS ideológicos, levam à solução que prestigia o desenlace da situação sucessória em curto prazo e acaba seguindo a ordem natural das coisas. Nessa linha, a interpretação mais razoável a ser dada ao Código Civil é no sentido de se considerar como já concebida, para efeitos sucessórios, somente aquela vida já em desenvolvimento no ventre materno. Assim sendo, a segurança jurídica e a estrutura atual da relação sucessória não admitem que se reconheça capacidade sucessória ao embrião criopreservado e implantado após a abertura da sucessão (BAMBERG; ROTH, 2003, p. 1303).

5 CAPACIDADE PARA SUCEDER NA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

No que toca à deixa testamentária, o art. 1.798 do Código Civil cuida tanto da sucessão legítima como da testamentária. A regra geral é então a de que todas as pessoas podem ser contempladas em atos de última vontade (*testamenti factio*

[9] Há, entretanto, posicionamento em sentido diverso, considerando que se "o *de cujus* tiver autorizado, por testamento, a utilização *post mortem* de seus gametas, deve-se admitir a incidência do previsto no art. 1.799, I do CC02, permitindo seja à situação aplicada a mesma solução indicada para os casos de concepturo" (MAIA JÚNIOR, 2020, p. 147). Semelhante também é o entendimento de Guilherme Calmon, para quem o art. 1.798 disse menos do que queria, cabendo ao intérprete estender sua incidência aos filhos concebidos por meio de técnica de reprodução humana assistida, inclusive no caso de fecundação *post mortem* (GAMA, 2001, p. 57). Na mesma linha, dispõe o Enunciado 633 das Jornadas de Direito Civil do CJF: "É possível ao viúvo ou ao companheiro sobrevivente, o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma - por meio da maternidade de substituição, desde que haja expresso consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira".

passiva), bastando, para tanto, que a pessoa exista ao tempo da morte do disponente, ainda que por um instante (MONTEIRO, 2016, p. 57).

A vontade do falecido é o único e exclusivo fator de designação do sucessor na sucessão testamentária. E nesse ponto vale notar que a disposição de última vontade tem caráter *intuitu personae*, seja a título singular (legatário) ou a título universal (herdeiro). Dessa forma, se após a feitura do testamento o herdeiro ou legatário morrer antes do testador, a cláusula que os beneficia caduca, tornando-se ineficaz a disposição que os instituía (VENOSA, 2022, p. 1687).

É possível, entretanto, que o testador, prevendo a possibilidade de pré-morte do herdeiro instituído, determine que, nessa hipótese, o direito à sucessão passará aos filhos daquele. Nesse caso, os filhos do herdeiro instituído receberão a herança por força da disposição testamentária, por meio da chamada substituição testamentária, e não como representantes de seu pai. Isso porque, no direito brasileiro, não se admite o direito de representação na sucessão testamentária, de maneira que os beneficiários devem ser instituídos pelo testador (GOMES, 2015, p. 173).

Em relação à sucessão legítima, o âmbito da capacidade testamentária passiva é mais amplo, o que procura garantir o império da autonomia privada do testador (MAIA JÚNIOR, 2020, p. 160). De fato, o art. 1.799 do Código Civil apresenta algumas regras especiais, indicando outras pessoas, além das existentes ou já concebidas quando da abertura da sucessão, que também podem ser chamadas a suceder: a) os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; b) as pessoas jurídicas; c) as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação. Assim sendo, a capacidade sucessória na sucessão testamentária evidentemente apresenta rol mais abrangente do que aquele previsto para a sucessão legal (POLETTO, 2013, p. 139).

6 FILHOS AINDA NÃO CONCEBIDOS DE PESSOA INDICADA PELO TESTADOR

O princípio de que somente têm legitimação para suceder as pessoas

nascidas ou já concebidas na época do decesso do autor da herança encontra importante exceção no art. 1799, I do Código Civil, que admite, como sucessível, a designação de concepturo (futuro filho de pessoa determinada no testamento).

Tal regra opera, no âmbito da sucessão testamentária, um evidente alargamento da capacidade de suceder, estabelecendo que poderão ser chamados à sucessão os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas no momento da abertura da sucessão (TORRENTE; SCHLESINGER, 2013, p. 1268). Ora, não se trata de nascituro (*conceptus*), que já foi concebido e implantado no útero, cuja situação já foi resolvida pelo art. 1.798 do Código Civil. Também não se cuida do embrião laboratorial, que já foi artificialmente concebido, mas ainda não foi implantado no útero. Aqui se está diante do *nondum conceptus*, isto é, de pessoa futura, de indivíduo que ainda não foi concebido ao tempo da abertura da sucessão (NADER, 2016, p. 57).

Vale observar que o art. 1.799, I do Código Civil não fala em prole, mas sim em filhos (e não outros descendentes, como netos ou bisnetos), ainda não concebidos, de pessoas designadas pelo testador. Com isso, evita-se polêmica que existiu durante a vigência do Código Civil de 1916, que se referia à “prole eventual”, expressão que era compreendida apenas como a descendência natural (de filhos legítimos, legitimados ou ilegítimos). Assim sendo, o legislador de 2002 abandonou a expressão prole e referiu-se expressamente aos filhos ainda não concebidos, superando a dúvida quanto à extensão do vocábulo prole (MONTEIRO, 2016, p. 60).

Nessa senda, considerando a redação do art. 1.799, I do Código Civil, apenas podem ser objeto de disposição testamentária os filhos de pessoas determinadas, não sendo admissível a indicação de netos ou outros descendentes (OLIVEIRA; MELO, 2019, p. 174). Deve ainda o testador indicar claramente a pessoa determinada, ou as pessoas determinadas, cujo filho ou filhos serão beneficiados, o que decorre de exigência legal e atua como requisito de validade e eficácia da disposição de última vontade (MAIA JÚNIOR, 2020, p. 164). Admite-se que somente um dos genitores esteja especificado, caso em que pouco importa quem seja o outro pai ou mãe (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 149).

Também se apresenta controvertida a aplicação do art. 1.799, I do Código Civil aos filhos não decorrentes de filiação natural. Interpretando-se a disposição de

forma restritiva, conclui-se que somente podem ser nomeados herdeiros testamentários os filhos concebidos naturalmente, visto que mencionada regra expressamente se refere aos "filhos, ainda não concebidos". Desse modo, como a concepção somente se verifica nos casos de filiação biológica ou natural, não faz sentido a sua aplicação aos casos de filiação civil. E aqui não há que se falar em interpretação conforme o princípio constitucional da isonomia entre os filhos (art. 227, § 6º da Constituição Federal), visto que se está diante de disposição atinente à sucessão testamentária, devendo-se levar em conta que os eventuais agraciados não são filhos do autor da herança, bem como que a elaboração do negócio jurídico testamentário está fulcrada na liberdade de testar[10].

Outro questionamento que se coloca é a possibilidade de que a prole eventual resulte de procedimentos de fertilização assistida utilizando gametas de uma pessoa já falecida. Sobre esse tema, a doutrina majoritária entende que o dispositivo legal faz menção expressa à prole eventual de "pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão". Assim sendo, tais pessoas devem estar vivas no momento da abertura da sucessão, quando se verificarão as circunstâncias da declaração de vontade[11], não se admitindo, conforme a legislação, a utilização de material genético de pessoa que faleceu anteriormente[12].

---

[10] Em sentido diverso, afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que, apesar "de a redação do dispositivo legal insinuar uma referência somente aos filhos biológicos (concebidos pelas pessoas indicadas pelo testador), utilizando a técnica da interpretação conforme a Constituição (CF, art. 227, § 6º), notadamente à luz do princípio da igualdade entre os filhos, que proíbe discriminações em relação à origem da prole, não se pode excluir a possibilidade de adoção da prole eventual. Dessa forma, a prole eventual pode decorrer de adoção, salvo expressa restrição imposta pelo testador" (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 150). Nessa mesma linha, entende Mairan Gonçalves Maia Júnior que, interpretando extensivamente o art. 1.799, I, poder-se-ia admitir que o testador contemplasse "filho ou filha de pessoa determinada, sem especificar decorresse o vínculo de filiação de relação consanguínea". Argumenta-se que tal interpretação "estaria em conformidade com o princípio constitucional da isonomia entre os filhos, consagrado no art. 227, § 6º, da Constituição Federal e com o art. 1.596 do CC02, além de prestigiar a vontade do testador" (MAIA JÚNIOR, 2020, p. 165-166). Igualmente, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho consideram que "nada impede que à categoria de prole eventual tanto possam se subsumir os filhos biológicos da pessoa indicada pelo testador como também os havidos por adoção, ou, até mesmo, em virtude de reconhecimento direto de filiação socioafetiva" (GAGLIANO; FILHO, 2025, p. 127).

[11] Sobre o tema, bastante elucidativo é o exemplo apresentado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona: "Joaquim poderá indicar, em seu testamento, como beneficiário, o filho que a sua sobrinha Lélia ainda não concebeu (o futuro filho dela), mas, ao tempo da sua morte, Lélia deverá estar viva, sob pena de a cláusula testamentária caducar (GAGLIANO; FILHO, 2025, p. 123).

[12] Entendimento diverso é apresentado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, os quais defendem que, incorporando "os ideais emanados da *Lex Fundamentallis*, notadamente no que tange à igualdade de direitos sucessórios entre os filhos, parece que o ideal é o reconhecimento do direito sucessório, mesmo que a prole eventual decorra de uso de material genético do falecido genitor. Até porque pensar em contrário é proceder com

Outrossim, há controvérsia no que toca à legalidade de cláusula restritiva, que estabelece, por exemplo, que será beneficiado apenas o filho que seja homem ou que seja biológico (POLETTO, 2013, p. 139). Como se trata de mera liberalidade do autor da herança, referida cláusula não pode ser afastada, prevalecendo os ditames da autonomia privada[13].

Conforme estabelece o art. 1.800 do Código Civil, se houver a cláusula testamentária prevista no inciso I do art. 1.799 do Código Civil, isto é, no caso de serem beneficiados os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz. Salvo disposição testamentária em contrário, o curador será a própria pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, as pessoas indicadas no art. 1.797 (art. 1.800, § 1º do Código Civil)[14]. Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber (art. 1.800, § 2º do Código Civil).

Se não falhar a expectativa, nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão desde o momento da morte do testador, juntamente com os frutos e rendimentos que houver produzido (art. 1.800, § 3º do Código Civil), uma vez que o acessório segue o destino do principal. Os frutos e rendimentos dos bens da herança não são do curador, que é apenas um administrador. Todavia, se o curador for a pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, aplica-se então o art. 1.689 do Código Civil, de modo que o curador, por ser pai ou mãe, enquanto no exercício do poder familiar, permanecerá na administração dos bens que pertençam a seu descendente, bem como será usufrutuário (HIRONAKA, 2003, p. 102).

Ademais, o § 4º do art. 1.800 do Código Civil estabelece que se, decorridos

---

exclusão de direitos de filhos" (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 151). Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, por sua vez, consideram que se "a concepção e a implantação se deram dentro do prazo de dois anos, o ente assim formado será considerado filho e herdeiro do autor da herança. Por outro lado, se a concepção ocorrer após o prazo de dois anos, indiscutivelmente a criança será considerada 'filha do falecido' (que autorizou previamente a fecundação), mas não poderá ser considerada 'herdeira', pois a concepção se deu fora do biênio" (GAGLIANO; FILHO, 2025, p. 129).

[13] Enunciado 268 das Jornadas de Direito Civil do CJF: "Nos termos do inc. I do art. 1.799, pode o testador beneficiar filhos de determinada origem, não devendo ser interpretada extensivamente a cláusula testamentária respectiva".

[14] Note-se, que, por engano, o art. 1.800, § 1º faz remissão ao art. 1.775, e não ao art. 1.797, que é o correto.

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. Isso significa que se as pessoas designadas pelo testador não tiverem o filho esperado, nem puderem mais tê-lo, porque morreram antes da abertura da sucessão, a disposição testamentária será ineficaz, pelo que os bens caberão aos herdeiros legítimos[15]. Note-se que o prazo é para a concepção e não para o nascimento com vida, de maneira que "o herdeiro esperado não precisa ter nascido no prazo de dois anos fixado na lei, mas, sim, apenas, ter sido concebido" (GAGLIANO; FILHO, 2025, p. 125). Além disso, é de se observar que o prazo decadencial em questão não pode ser alterado[16], não se admitindo que o testador estipule mais do que dois anos, pois tal prazo legal tem natureza de *conditio ex legis* (MAIA JÚNIOR, 2020, p. 164).

Em face da redação do § 4º do art. 1.800 do Código Civil, o grave transtorno que poderia ser gerado pelo fato de se deixar a herança em suspenso, aguardando o nascimento dos filhos ainda não concebidos, é minimizado, pois o tempo de espera não será tão longo. Realmente, não sendo concebido o herdeiro esperado no prazo de dois anos após a abertura da sucessão, a disposição testamentária se resolve, por força de lei, de modo que os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos, incluindo seus frutos e rendimentos. É possível, entretanto, que o testador preveja a situação e determine que os bens reservados caibam a outras pessoas (substituição vulgar), e não aos herdeiros legítimos (OLIVEIRA; MELO, 2019, p. 176).

---

[15] Bastante interessante é a reflexão apresentada por Carlos Roberto Gonçalves acerca do prazo em questão: "A estipulação do chamado 'prazo de espera' supre omissão do Código de 1916, que possibilitava a perpetuação da situação de espera do herdeiro aguardado. O período fixado limita, porém, a instituição, que jamais será feita em favor da prole eventual de pessoa que não possa gerar ou conceber no prazo de dois anos, contados da data da morte do testador, sendo este pessoa idosa e aquela de tenra idade, por exemplo" (GONÇALVES, 2020, p. 74-75).

[16] Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona também entendem que o prazo de espera "não comporta flexibilização pela autonomia da vontade, por imperativo de segurança jurídica" (GAGLIANO; FILHO, 2025, p. 124). Em sentido diverso, asseveram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que o prazo de espera "pode ser alterado pelo testador, por meio de disposição expressa, ampliando ou diminuindo, em homenagem à autonomia privada e com vistas a respeitar a vontade do testador" (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 150).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código Civil previu, como regra geral, que podem suceder todas as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Isso significa que, conforme determina o princípio da coexistência, para que alguém possa herdar, deve estar vivo no momento da morte do autor da herança. No entanto, a legislação excepciona o nascituro, que embora ainda não tenha nascido, tem capacidade para suceder (art. 1.798 do Código Civil).

No que toca à sucessão legítima do embrião, trata-se de tema recente, sem regulamentação pelo Código Civil de 2002. Ante a inexistência de legislação específica, a interpretação mais razoável à ser dada à codificação é no sentido de se considerar como já concebida, para efeitos sucessórios, somente aquela vida já em desenvolvimento no ventre materno. Esse não é o caso do embrião que estava congelado, mas foi implantado somente após o passamento do autor da herança. Entretanto, existem autores que defendem que o embrião congelado já pode ser considerado um ente humano com direito à sucessão.

Nesse contexto, parece-nos que a segurança jurídica e a estrutura atual da relação sucessória não admitem que se reconheça capacidade sucessória ao embrião criopreservado e implantado após a abertura da sucessão. Em contrapartida, no caso de embrião implantado antes da morte do pai, simplesmente se aplicam as regras atinentes à sucessão do nascituro.

Por outro lado, a capacidade sucessória na sucessão testamentária apresenta rol mais abrangente do que aquele previsto para a sucessão legal. De fato, o art. 1.799 do Código Civil apresenta algumas regras especiais, indicando outras pessoas, além das existentes ou já concebidas quando da abertura da sucessão, que também podem ser chamadas a suceder. E nesse ponto temos a possibilidade de sucessão de filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao se abrir a sucessão.

Em suma, a presente pesquisa se ocupou de aspectos teóricos e práticos do direito sucessório do nascituro e do embrião, objetivando apresentar ao leitor uma visão precisa, clara e atualizada da matéria no Brasil. Em todo caso, não obstante a tomada de posição dos autores acerca dos temas examinados, ficou evidente que a

matéria apresenta bastante divergência, especialmente na doutrina, o que é consequência da sua regulamentação lacunosa pelo ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *post mortem* e direito sucessório. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e dignidade humana*: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

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

BAMBERG, Heinz Georg; ROTH, Herbert. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. München: C. H. Beck, 2003.

BEIGNIER, Bernard; TORRICELLI-CHRIFI, Sarah. *Libéralités et successions*. 6. ed. Paris: LGDJ, 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*: família, sucessões. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, v. 7.

FRANK, Rainer; HELMS, Tobias. *Erbrecht*. 8. ed. München: C.H. Beck, 2024.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2025, v. 7.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: direito das sucessões. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 7.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*: parte especial: do direito das sucessões: arts 1.784 a 1.856. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20.

HONSELL, Heinrich. *Römisches Recht*. 8. ed. Berlin: Springer, 2015.

HOUSSIER, Jérémy. *Droit des successions et des libéralités*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2023.

LEIPOLD, Dieter. *Erbrecht*. 23. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2025, v. 6.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *Sucessão legítima*: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. I.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das sucessões. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 6.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 6.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito civil*: sucessões. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Manual de direito civil: sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. *Indignidade sucessória e deserdação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di diritto privato*. 21. ed. Milano: Giuffrè, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

VOIRIN, Pierre; GOUBEAUX, Gilles. *Droit Civil*: Régimes matrimoniaux, successions, libéralités 33. ed. Paris: LGDJ, 2024, t. 2.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2024.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito civil: sucessões*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2024.