

Data de aprovação: ___/___/_____.

DIREITO À SUCESSÃO DOS EMBRIÕES CONCEBIDOS POR FECUNDAÇÃO HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Larissa Guedes da Silva¹

Emmanueli Carina de B. G. M. Soares²

RESUMO

O presente trabalho foi direcionado ao estudo do direito sucessório dos embriões concebidos por fecundação homóloga *post mortem*, em virtude da ausência de previsão normativa que enseje a pacificação do conflito existente sobre o questionamento; tal questão foi fomentada pela crescente adoção de métodos de fertilização artificial utilizados no Brasil, tendência mundial. A metodologia adota foi a hipotético-dedutiva, baseada em pesquisa bibliográfica, com consulta em leis, códigos, doutrinas, jurisprudências, que possibilitassem a busca por uma solução, através da formulação de hipóteses; tendo em vista que não há legislação ou jurisprudência, para uso no caso concreto. Percebida, a dificuldade na abordagem do tema, pois, não há pacificação doutrinária, no que tange à teoria da personalidade, sendo a majoritária, a concepcionista; que serviu como base para as reflexões do estudo, em convergência com normativos pátrios, fundamentalmente CC/2002. Embora, não exista uma solução jurídica, expressa, consensual, o artigo propõe uma solução transitória, através da sucessão testamentária fideicomissária, expressa nos artigos 1.951 e 1.952 CC/2002, direcionada para os ainda não nascidos na abertura da sucessão, podendo, analogamente, ser adotada para o objeto do estudo.

Palavras-chave: Direito sucessório. Sucessão *post mortem*. Bioética.

RIGHT TO SUCCESSION OF EMBRYOS CONCEIVED THROUGH

¹ Acadêmica do Curso de Direito Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: laraguesi37@gmail.com.

² Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Mestra em Direito Constitucional. E-mail: emanuelli@unirn.edu.br.

HOMOLOGOUS FERTILIZATION *POST MORTEM*

ABSTRACT

The present work was directed towards the study of the succession rights of embryos conceived through post-mortem homologous fertilization due to the absence of normative provisions that would bring about the resolution of the existing conflict surrounding this issue. This question has been fueled by the increasing adoption of artificial fertilization methods in Brazil, a global trend. The adopted methodology was hypothetical-deductive, based on bibliographic research, consulting laws, codes, doctrines, and jurisprudence to seek a solution through the formulation of hypotheses, given the lack of specific legislation or jurisprudence for the concrete case. Recognizing the difficulty in addressing the topic, as there is no doctrinal consensus regarding the theory of personality, with the majority favoring the conceptionist perspective, this viewpoint served as the basis for the study's reflections, in alignment with domestic norms, primarily the Civil Code of 2002. Although there is no explicit, consensual legal solution, the article proposes a transitional resolution through testamentary fiduciary succession, as outlined in Articles 1,951 and 1,952 of the Civil Code of 2002. This proposed solution is directed towards those unborn at the time of succession and could analogously be applied to the subject of the study.

Keywords: Succession law. Post-mortem succession. Bioethics.

1 INTRODUÇÃO

A evolução de procedimentos relacionados à reprodução humana assistida gerou questionamentos dos mais diversos aspectos; inclusive, discussões na esfera jurídica no que diz respeito aos direitos dos embriões resultantes deste procedimento.

Todavia, as normas jurídicas não acompanharam com a mesma celeridade este cenário de ascendente evolução, e, por consequência, as suas indagações geradas; surgindo uma inquietação por parte dos juristas visando a solução de conflitos desta ordem.

Dentre as mais variadas facetas da problemática evidenciada, este estudo propõe-se a análise de um aspecto ainda controverso, em razão da ausência de

instrumentos normativos que propiciem a pacificação sobre o entendimento da matéria; sendo, o tema proposto, Direto à Sucessão dos Embriões Concebidos por Fecundação Homóloga *Post Mortem*.

Emergindo o questionamento: será que os embriões originários de fecundação homóloga post mortem devem ter a garantia de um direito sucessório?

De início, pode-se defender este direito, evocando pelo princípio da igualdade entre filhos, expresso no art. 227, § 6º da CF/1988, que dispõe da não discriminação entre filhos, independente da sua origem; prevista, da mesma forma, no art. 1.596, CC/2002.

Essa mesma legitimação assentida, pela presunção de paternidade, inserta no art. 1.597, CC/2002, inciso III, dos concebidos de fecundação artificial homóloga pós-morte do cônjuge masculino; igualmente, os de origem do processo homólogo, embriões excedentários, tidos a qualquer tempo, inciso IV.

No entanto, dispositivo, do CC/2002, restringe, esta hipótese, na medida em que o art. 1.798, condiciona de forma, imprescindível, para habilitação a sucessão, estar vivo ou concebido, no início da abertura do processo da sucessão.

Surge, então, a possibilidade de atribuir participação sucessória, prevista no art. 1.799, I, CC/2002, por via testamentária, do art. 1.857, CC/2002, que possibilita ao capaz a livre disposição dos seus bens, desde não seja incluída a parte destinada aos herdeiros necessários em testamento; como maneira de beneficiar os filhos, não concebidos, das pessoas mencionadas no testamento, desde que estes últimos, os genitores, encontrem-se vivos, quando aberta a sucessão.

Convergindo, neste sentido, o art. 1.951, CC/2002, surge a figura do fiduciário, intermediário, na transferência, do legado ou herança; possuindo a propriedade por certo tempo ou condição, em favor, do fideicomissário; neste caso, os beneficiados através da sucessão testamentária.

Esta hipótese, adequa-se, perfeitamente, ao estudo do artigo proposto; pois, o art. 1.952, CC/2002, afirma, que a possibilidade da substituição fideicomissária é privativa aos não concebidos no instante da morte do testador, situação está, sendo a dos embriões concebidos através da fecundação homóloga pós-morte.

Porém, apesar da compatibilização dos institutos da sucessão testamentária em conjunto com a substituição fideicomissária; não há pacificação no sentido do implemento desta solução no caso abordado.

Conforme argumentação explícita, a proposta do presente trabalho será a

busca de soluções alternativas, utilizando o método hipotético-dedutivo, com base em pesquisas de leis, códigos, doutrinas, jurisprudência; embora, sem sucesso de subsídios específicos, para o caso concreto em análise.

Desta forma, justifica-se a importância do tema, a medida que o legislador se mostra silente quanto a esta problemática; insurgindo, um quadro de incerteza, no mundo jurídico.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO: BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Relata Venosa (2022, v. 5), nos primórdios, na sociedade oriental antiga, a livre disponibilidade dos bens do falecido era a prática comum; sendo percebido, porém, de indícios da sucessão testamentária no povo hebreu. Ademais, nesta cultura, a distribuição dos bens em vida era a prática costumeira.

No Direito Romano a regra era o testamento, tendo em vista que o filho varão daria continuidade a linha hereditária, sendo a este dado a incumbência da administração da propriedade e da perpetuação do culto familiar.

Através da Lei das XII Tábuas, acrescenta Tartuce (2023), era garantido ao *pater familias* a livre disponibilidade dos seus bens, após o falecimento; mas, no caso de não o houver feito, a divisão seria através de três categorias de herdeiros: *sui*, *agnati*, e os *gentiles*. Os *sui*, filhos “sob o pátrio poder”, com suas mulheres, e demais parentes dependentes do falecido; os *agnati*, sujeitos a este mesmo poder, ou, que se submetiam a este, quando vivo era o patriarca; e os *gentiles*, pertencentes a mesma *gens*.

Com o advento do Código Justiniano, apresenta Tartuce (2023), adotou a sucessão legítima baseada no parentesco natural, sendo a ordem a ser seguida: primeiramente, os descendentes; depois, os ascendentes, incluindo irmãos bilaterais; seguido, pelos irmãos consanguíneos/uterinos; e, por fim, demais parentes colaterais.

Tartuce (2023) ressalta, ainda, que o direito privado, especialmente o Código de Civil/1916, foi notadamente influenciado sob esta perspectiva vocativa.

Seguindo esta abordagem histórica, Gonçalves (2023, v. 7) menciona que o direito germânico apenas admitia o parentesco consanguíneo, para fins de direitos sucessórios.

A partir desta visão, de origem germânica, foi concebido na França do século

XII, o instituto *droit de saisine*, incorporado ao Código Civil Francês, em 1804; declarando que os herdeiros legítimos, naturais e o cônjuge supérstite, adquirem o patrimônio e encargos, de pleno direito, após o evento morte, do respectivo parente (GONÇALVES, 2023, v. 7).

Com a evolução do direito francês, menciona, Gonçalves (2023, v. 7), sobre a importância da Revolução Francesa, à medida que foi banida do ordenamento jurídico a destinação da sucessão apenas para os primogênitos varões, resquícios do passado feudalista.

Prossegue, Gonçalves (2023, v. 7) evidenciando que na legislação brasileira, previamente ao CC/1916, já havia previsão da vocação hereditária, inspirada no código francês do início do século XIX.

Destaca, igualmente, conquistas havidas mediante a promulgação da Carta Magna de 1988, com impacto no direito das sucessões, como art. 5º, XXX, inserindo a herança dentre as garantias fundamentais; e o art. 227, § 6º, resguardando igualdade entre filhos (advindos ou não do casamento e os adotivos).

Nesta análise, importante destacar dentre os princípios norteadores do direito de família: o princípio de igualdade entre filhos, citado acima e o da igualdade entre cônjuges; pela sua intrínseca relação com o direito das sucessões.

Pontua, Tartuce (2023), que o princípio da igualdade entre filhos, além de previsão da Constituição Federal de 1988; apresenta-se, da mesma forma, com idêntica redação, no Código Civil de 2002, art. 1.596: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 2002).

Tartuce (2023) demonstra a evolução do direito de família, apresentando, inicialmente, o conceito de filiação, ainda restrito, do CC/1916, art. 332: “O parentesco é legítimo, ou, ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção” (BRASIL, 1916). Dispositivo, este, posteriormente, revogado, com a Lei 8.560/1992, Lei de Investigação de Paternidade.

Com estas considerações, Tartuce (2023) conclui a inadmissibilidade da distinção entre filhos no ordenamento pátrio atual, independente da origem destes; tendo a incorporação deste princípio, efeitos tanto na esfera pessoal, com também, na patrimonial.

No que tange aos efeitos patrimoniais sucessórios, verifica-se uma mudança de paradigma do Código Civil/1916 para o Código Civil/2002 no tocante ao direito de

sucessão dos filhos adotivos.

A exemplo disto, apresentavam-se duas situações de participação sucessória destes filhos: a primeira, designada no art. 377, CC/1916, quando o casal tinha filho, anterior a adoção, legítimo, legitimado ou reconhecido, o adotado não participaria da sucessão; a segunda, prevista, no art. 1605, §2º, CC/1916, ocorria quando pós adoção, nascia filho sanguíneo do casal, o adotado herdaria metade do que seria destinado ao primeiro.

Superada esta situação jurídica com a incorporação do princípio da igualdade entre filhos, assegurado na CF/1988, endossado pelo Código Civil/2002.

Quanto ao princípio de igualdade entre os cônjuges e companheiros, o doutrinador, Tartuce (2023), faz referência aos artigos, 226, § 5º, CF/88, igualdade de direitos e deveres da união conjugal entre homem e mulher (BRASIL, 1988 *apud* TARTUCE, 2023) e 1.511, CC/2002, no casamento, direitos e deveres são iguais das partes (BRASIL, 2002 *apud* TARTUCE, 2023).

Complementa, Diniz (2023), que o princípio da igualdade entre cônjuges promove o fim da supremacia “do poder marital”, criando uma relação igualitária entre as partes de uma relação conjugal; situação está, mais condizente, com a mútua colaboração entre os cônjuges na atualidade.

Em consonância, conforme a autora acima, aos ditames da CF/88, art. 1º, inciso III, princípio da dignidade da pessoa; art. 5º, inciso I, igualdade entre homens e mulheres; e, por fim, art. 226, § 5º, que expressa a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher, quando formam um casal (BRASIL, 1998 *apud* DINIZ, 2023).

Nesta perspectiva, o CC/2002, no art. 1.829, apresenta a participação destes agentes, na sucessão legítima; assim, determinando-os com herdeiros necessários e cabendo a estes a reserva de metade da herança, art. 1.845 e 1.846, CC/2002, respectivamente; pormenorizada, no decorrer do trabalho.

Além disso, é possível encontrar na Carta Magna, dispositivos que possam proteger o indivíduo que nascerá diante do processo de fertilização artificial, nas circunstâncias permeadas pelo trabalho: o princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III e o da proteção da criança e do adolescente, art. 227, caput.

Haja vista, as considerações apresentadas, em consequência dos princípios da não discriminação entre filhos; dignidade da pessoa humana; proteção da criança e adolescente; igualdade entre os cônjuges, é possível constatar o resguardo dos direitos sucessórios de cônjuges e filhos do ordenamento jurídico brasileiro.

Partindo do geral para o particular, após a apresentação da evolução histórica social, prossegue-se para a análise dos indivíduos, sob perspectiva da sucessão.

3 PERSONALIDADE JURÍDICA E LEGITIMIDADE PARA SER HERDEIRO

Previamente, ao conceito de personalidade jurídica, o entendimento sobre processos de reprodução humana assistida, auxiliará no entendimento da questão abordada.

Venosa (2022, v. 5) explica que a inseminação é um meio induzido, artificial, de fecundação: união do óvulo e sêmen, de competência de atuação da ciência biomédica. Sendo, deste modo, sinônimos da inseminação artificial: a concepção artificial, fertilização artificial, sementeira artificial, fecundação ou fertilização assistida Scarparo (1991, *apud* VENOSA, 2022, v. 5).

Seguindo com os esclarecimentos, Venosa (2022, v. 5) explica que a fertilização homóloga ocorre quando se pressupõe que a mulher esteja comprometida, em casamento ou união estável, sendo o material genético do marido ou companheiro; já, a heteróloga, este material, seria de um doador.

Em continuidade desta visão analítica, o conceito de personalidade jurídica importa para o entendimento das consequências sucessórias relativas aos indivíduos gerados pelo método de concepção artificial.

O Código Civil atual, no art. 1º, expressa: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (BRASIL, 2002), conclui Tartuce (2023) que os destinatários do direito são as pessoas.

Mais à frente, no art. 2º do Código Civil/2002, indica o marco inicial da pessoa natural: “a personalidade civil da pessoa natural começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” Brasil (2002).

Através da análise do artigo mencionado, Tartuce (2023) explica que o nascituro é o indivíduo que ainda não nasceu, mas concebido; incita o questionamento sobre este ser detentor de personalidade.

Com a proposta de esclarecer, sucintamente, sobre a personalidade jurídica do nascituro, Gonçalves (2023, v. 7) apresenta as três teorias doutrinárias vigentes: natalista, em que a personalidade surge apenas quando nascimento com vida; a da personalidade condicionada, considerada uma variação da teoria natalista, em que os direitos do nascituro estariam sujeitos a uma condição suspensiva, o nascimento; e a

concepcionista em que a personalidade surge desde o momento da concepção, porém os direitos sobre o patrimônio, sejam, herança, legado ou doação, só podem ser adquiridos após o nascimento com vida.

A despeito das teorias da personalidade civil do indivíduo, Tartuce (2023) faz apontamentos relevantes sobre cada uma delas.

Quanto a teoria natalista, discorre, Tartuce (2023), como superada, na medida que não pode prever os avanços da reprodução assistida, o resguardo aos direitos dos embriões nela originados; portanto, afastando-se da proteção dos direitos de personalidade e dignidade humana, em desacordo o presente Código Civil.

Na teoria da personalidade condicional, a crítica, deve-se, a limita-se ao trato de questões sobre o patrimônio; inclusive, esta, impõe, de forma inapropriada, condição, termo, ou encargo, a direitos de personalidade; não suscetíveis a estas limitações (TARTUCE, 2023).

Assevera, Tartuce (2023), que em contraponto às teorias anteriores, que previam mera expectativa de direitos aos nascituros; a concepcionista, resguarda os direitos destes.

Apesar da existência de decisões anteriores favoráveis, que concediam alimentos na gravidez ao nascituro, Tartuce (2023) menciona que a Lei 11.804/2008, Lei dos Alimentos Gravídicos, como um marco para consagração da teoria concepcionista.

A partir de observações no âmbito de doutrina e jurisprudência do STJ, Tartuce (2023) afirma que atualmente, a teoria concepcionista é adotada de forma majoritária no país; reafirmando, a condição humana do nascituro e o resguardo dos seus direitos.

O mestre, Gonçalves (2023, v. 1), aponta para importância da diferença entre o nascituro e o indivíduo não concebido, o concepturo; este são os destinados a sucessão testamentária, prole eventual do art. 1.799, I.

Ressalta, Gonçalves (2023, v. 1), que o atual código civil assegura apenas a sucessão dos nascidos e embriões concebidos, conforme art. 1.798, CC/2002; não deixando claro, sobre a situação dos que apesar de concebidos, não estão inseridos no útero da mãe.

Partilhado estas indagações, Venosa (2022, v. 5) expressa haver uma lacuna no CC/2002, pois, não há previsão da sucessão em casos de inseminações artificiais após a morte; considerando, apenas, os vivos ou concebidos em razão do evento morte.

Desta forma, o instituto sucessão testamentária surge como uma possível alternativa para sucessão da prole eventual; incluindo, de forma correlata, embriões concebidos pós-morte, tendo em vista, que na abertura sucessória, o embrião ainda não estava concebido no interior do útero materno.

4 DIREITO SUCESSÓRIO NAS REPRODUÇÕES ASSISTIDAS PÓS MORTE

Venosa (2022, v. 5) explica que a sucessão consiste na substituição de um titular de uma relação jurídica por outro, mantendo inalterados o conteúdo e objeto desta relação.

Podendo ocorrer, esta substituição, entre vivos, a exemplo, de um contrato de compra e venda, ou, devido a morte, do titular originário do direito.

Nesta última hipótese, *causa mortis*, será regida por normas do direito das sucessões; o qual regula a transferência dos bens, direitos e deveres, aos seus destinatários.

No Código Civil/2002, art. 6º, atesta o marco inicial da sucessão, o evento morte, seja natural ou presumida, sendo o fim da pessoa natural, o início da sucessão.

Corroborando, o artigo 1.784, do mesmo código, estabelece o momento efetivo da transmissão de patrimônio, “aberta a sucessão, a herança, transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (BRASIL, 2002).

O artigo acima, evidencia Tartuce (2023), consiste na expressão do princípio *droit de saisine*, um dos fundamentos do direito sucessório.

Esta transmissão, ocorrerá, conforme art. 1.786, CC/2002 “a sucessão dar-se por lei ou por disposição de última vontade” (BRASIL, 2002).

Consoante, ao artigo art. 1.798, CC/2002, estabelece como requisito essencial para suceder, a obrigatoriedade da pessoa natural estar nascida ou concebida, ao seu tempo de abertura.

A sucessão por imposição normativa, a dita legítima, Tartuce (2023) explica que surge da presumida ordem de benefício do *de cuius*, na disposição dos bens aos familiares; a sucessão *ab intestato*, por não ser definida através de testamento.

Os herdeiros, por força de lei, encontram-se dispostos no art. 1.829, CC/2002, nesta ordem de preferência: descendentes, correndo com o cônjuge supérstite, excetuando-se, quando casados em comunhão universal, separação obrigatória de bens ou comunhão parcial, quando o falecido não deixou bens particulares; os

ascendentes, concorrendo com o cônjuge; cônjuge sobrevivente; por última, os colaterais.

Segue, Tartuce (2023) apresentado outra forma de sucessão, prevista no código civil, a testamentária, sendo esta, o exercício da autonomia privada do indivíduo, explicitando sua última vontade; podendo, ser instituída, por testamento, legado ou codicilo.

O artigo art. 1.799 do Código Civil/2002 prevê que a sucessão testamentária, tanto poderá evocar pessoas jurídicas como as pessoas físicas; neste último caso, serão os filhos das pessoas especificadas em testamento, ainda não concebidas, mas, com a condicionante que, tais pessoas, indicadas pelo testador, estejam vivas no momento de abertura sucessória.

Tratando-se estes indivíduos da prole eventual ou concepturo, não sendo, portanto, considerado, nascituro, enfatiza Tartuce (2023).

Todavia, Gonçalves (2023, v. 7) ressalve que esta disposição de testar, será permitida, desde que respeitada a garantia de resguardo do percentual destinado aos herdeiros necessários; esta modalidade, permite legitimar herdeiros, dispondo de forma universal, e os legatários, de forma particular.

Garantia, esta, em acordo com que preceitua, o art. 1.846, CC/2002, que garante a metade dos bens herdados aos herdeiros necessários; discriminados, no art. 1.845, do mesmo código, com sendo: os descendentes, ascendentes e o cônjuge.

Assim, partindo destas considerações, a sucessão por testamento poderia incluir o concepturo, que eventualmente, nascesse daqueles nomeados pelo testador.

Este concepturo, por sua vez, possui a sua proteção resguardada por conceitos bioéticos, instituídos, por lei específica, a Lei de Biossegurança.

5 BIOÉTICA E BIODIREITO SOBRE O RESGUARDO DO DIREITO SUCESSÓRIO

A bioética e o biodireito entraram em discussão na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, em seu Enunciado nº 2, expressando que apesar dos direitos de personalidade serem resguardados através do art. 2º CC/2002, este, é insuficiente no trato de questões de reprogenética, emergindo a necessidade de normas específicas; neste cenário, surge a Lei de Biossegurança (TARTUCE, 2023).

A Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/2005) possui um importante papel quanto a manipulação de material genético humano, tendo os seus objetivos

materializados no art. 1º:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes **o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal**, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente (BRASIL, 2005, grifo nosso).

Deve-se a esta lei a instituição de normas sobre o uso de células-tronco dos embriões originários de fertilização artificial humana com fins de pesquisa e terapêuticos.

Em seu art. 5º, a utilização apenas será permitida nos casos de embriões inviáveis, inciso I; quando preservados, anterior a lei, autoriza-se a utilização a contar 03 (três) anos pós criopreservação, e na vigência, prevê a utilização com 03 (três) anos ou mais, inciso II; em ambos os casos, é preciso a autorização dos pais, inciso II, § 1º.

O artigo acima, relembra, Tartuce (2023) foi alvo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI n. 310/DF, porém, prevaleceu o entendimento sobre a permissão da utilização terapêutica de células-tronco embrionárias.

É possível observar que a Lei da Biossegurança alcançou avanços relativos a biossegurança e biotecnologia dos embriões originários de fecundação artificial; porém, não inovou em relação aos direitos civis destes, tão pouco, sucessórios.

Neste mesmo contexto, foi criada a Resolução 2.168, 21/09/2017, do Conselho Federal de Medicina (CFM), surgindo para atender a necessidade de regulamentação ética na conduta médica em relação a fecundação humana artificial, tendo o seu inciso V, criopreservação de gametas ou embriões, observado a necessidade de autorização por escrito da destinação destes embriões, das situações enumeradas a seguir:

No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los (CFM, 2017).

Um certo progresso é percebido a partir da resolução acima mencionada no

que consiste na discussão de questões relacionadas a reprodução humana artificial; sendo referenciada, inclusive, em decisão, recente, 2021, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), pronunciando-se em relação a autorização de implantação de embriões concebidos por fecundação homóloga pós-morte (BRASIL, STJ, 2021).

Inicialmente, os filhos do casamento anterior acionaram o poder judiciário para impedir a implantação dos embriões pela viúva do pai falecido, neste sentido, obtiveram sentença favorável, em primeira instância; porém, a decisão foi reformada, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). No entendimento deste Egrégio Tribunal o contrato do hospital, responsável pela preservação do material genético, como continha a previsão de no caso da morte de um dos cônjuges, ao sobrevivente cabeira a guarda; portanto, como a única utilidade dos embriões seria a implantação no útero materno, esta cláusula, permitiria o uso de tais embriões pós-morte; entretanto, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, permaneceu com a negativa, conforme a sentença primeira.

O voto vencedor do ministro Luís Felipe Salomão, expressou que a legislação brasileira se mostra escassa referente a questões de reprodução artificial; especialmente ao uso de material proveniente deste processo, quando uma das partes falece.

Além disso, em auxílio a sua argumentação, evocou, a Resolução 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina (CFM), que preceitua, na utilização de embriões *post mortem* se faz necessária a autorização expressa do falecido; em consonância com o Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que afirma que esta autorização deverá ser lavrada em instrumento público ou particular com firma devidamente reconhecida; conforme, igualmente, atesta, o Enunciado 633 do Conselho da Justiça Federal (CJF).

Assinalou, que os efeitos da decisão favorável a implantação póstuma, teria efeitos além da esfera patrimonial, inclusive de personalidade; além disso, a vontade do *de cuius* deveria ser apresentada de maneira inequívoca, através de testamento ou outro meio, com semelhante formalismo e garantismo.

O ministro arrematou que o hospital, de forma semelhante, entendeu que o contrato não estabelece a expressa autorização do falecido e na hipótese de considerar o contrato com tal permissão seria um desrespeito a disposição testamentária; concluindo, por fim, que a autorização contratual, só dispõe sobre a utilização dos embriões para fins de pesquisa, descarte ou simplesmente, para

permanecerem preservados.

Conforme anteriormente abordado, normativamente, o método de concepção artificial, apresenta-se no Código Civil de 2002, art. 1.597, nos incisos, III e IV, admitindo, a presunção de paternidade, durante união conjugal, dos filhos originários por fecundação homóloga; seja pós falecimento do cônjuge ou resultante de embriões excedentários, respectivamente.

Assim, nesta crescente progressão, existe em tramitação no Senado, o Projeto de Lei (PL) 1.851/2022, de autoria da senadora Mara Gabrilli (PSB-SP), com o objetivo de modificar o artigo supramencionado (BRASIL, 2022).

Desta forma, o cônjuge ou companheiro supérstite, poderia utilizar os embriões originários de fertilização assistida, sendo assim, “consentimento presumindo”, conforme a senadora; salvo, se houver uma manifestação em sentido contrário, podendo ser expressa, inclusive por testamento.

Ao artigo seria acrescentado, além disso, a previsão de que clínicas médicas, centros ou serviços responsáveis pela concepção artificial, deveriam apresentar um documento, no momento de contratação do método, em que o cônjuge/companheiro se manifestasse sobre o uso do material destinado a este método ou sobre a sua implantação, no caso de falecimento destes.

A senadora ressalta que existe, ainda, um projeto de lei anterior, o PLS 90/1999, do na época, senador Lúcio Alcântara (CE), ainda aguardando apreciação na Câmara, o qual previa o descarte compulsório de gametas do cônjuge, a menos, que houvesse, expressão em documento ou testamento, possibilitando o seu uso; criminalizando a utilização fora desta previsão.

Gabrilli salienta, a urgência, de criação de instrumentos normativos, que disciplinem, os casos relacionados a fertilização artificial, pois acabam por ser discutidos judicialmente, por ausência de normativos específicos; esclarecendo, que a Resolução 2.294, 2021, do Conselho Federal de Medicina, apenas possui o condão de disciplinar eticamente a atuação médica, no sentido de ser necessário a autorização do(a) cônjuge falecido(a) para utilização dos embriões preservados; não possuindo a condição de dispositivo legal.

Com estas considerações, é possível inferir que o Código Civil/2022, não só considera a condição de filhos aos concebidos através da semente artificial, através do artigo 1.597; como da mesma forma assegura ao casal a liberdade da utilização deste método, conforme artigo 1.565, § 2º, em que afirma que o planejamento familiar

poderá ser exercido livremente pelo casal, atuando o Estado, apenas, na educação e fornecendo recursos financeiros para tal, proibindo qualquer interferência pública ou privada neste sentido; ainda, reforçando, esta mesma liberdade, se encontra guardada, no artigo 1.513, que declara: “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” (BRASIL, 2002).

Entretanto, mesmo diante, destas previsões enumeradas, o sistema jurídico brasileiro isenta-se em termos de legislação quanto a participação destes embriões no processo sucessório; especificamente, na situação da concepção/nascimento com vida pós-morte do referido genitor.

6 DISPONIBILIDADE DOS BENS IMATERIAIS DA AUTONOMIA NO DIREITO SUCESSÓRIO (TESTAMENTO)

O direito a herança está expresso no art. 5º, XXX, CF/88, sendo fundamento de umas das garantias fundamentais destinada aos cidadãos.

Sendo, o testamento, o instrumento adequando para livre destinação da herança:

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, 2023, p. 344).

O Código Civil/2002, art. 1.857 e parágrafos seguintes, descreve os pressupostos gerais do testamento, determinando que todo aquele que for capaz poderá decidir sobre a destinação dos seus bens, totalmente ou parcialmente, desde que respeite a legítima dos herdeiros necessários; inclusive, poderá, igualmente, dispor sobre direitos extrapatrimoniais.

No que concerne a capacidade de testar, inadmite-se, neste Código, o testamento daqueles lhe faltava o discernimento no momento de testar; porém, admite, que o menor de dezesseis, possa testar; artigo 1.860, caput e parágrafo único, respectivamente.

Referente as suas modalidades, o Código Civil/2002 prevê três formas ordinárias de criação de testamento: público, particular e cerrado.

No testamento público, previsto no art. 1.864, CC/2002, o testador dirá as

disposições de atos de última vontade ao tabelião, em voz alta, ou ao seu substituto legal, que por sua vez, transcreverá em livro de notas, inciso I; após a lavratura, o tabelião fará a leitura em alta voz para o testador e duas testemunhas, ou se o testador preferir poderá ler, para os demais, inciso II; em seguida, será colhidas as assinaturas do tabelião, testemunhas e tabelião, inciso III.

Sendo ao cego permitida apenas esta modalidade testamentária, art. 1.867, CC/2002.

O art. 1.864, Código Civil/2002, institui o testamento cerrado, este, será escrito pelo testador, ou por outrem, devidamente assinado pelo primeiro, caput; inciso I, entregue as duas cópias ao tabelião; o testador declara este documento como sendo o seu testamento, solicitando a aprovação deste; inciso II, seguindo-se o rito, aprovação, logo após a leitura na presença do testador, acompanhado de duas testemunhas; finalmente, a assinatura do auto de aprovação pelo testador, testemunhas e tabelião.

Este tipo defeso aos que não saibam ou não possam ler, art. 1.872, CC/2002.

O testamento particular poderá ser manualmente inscrito ou mecanicamente, art.1.876, CC/2002; a validação do inscrito de próprio punho deverá ser realizada por leitura e assinatura do testador, na presença de três testemunhas, § 1º; os escritos de forma mecânica, não podem apresentar rasuras ou espaços em branco, após a leitura do testador, deverá ser assinado pelo mesmo ou por três ou mais testemunhas, § 2º.

Superadas estas noções essenciais sobre o testamento, é fundamental correlacionar ao problema indagado.

Partindo do pressuposto que o princípio da não discriminação entre filhos é albergado pelo art. 277, 6º, CF/88, é possível retomá-lo, para conferir aos filhos resultantes de fertilização homóloga *post mortem* direitos à sucessão; mesmo, que ainda, não nascidos ou concebidos no momento da sucessão, condições expostas, através do artigo, art. 1.799, I, CC/2002, através da sucessão por testamento, destinada a prole eventual.

Na participação testamentária, acima aludida, caso de prole eventual, é possível a utilização do instituto da substituição fideicomissária como meio de viabilizar a transmissão de bens para o concepturo:

Art. 1.951. Pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao **fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo**

ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Este instituto, favorece ao tema questionado, na medida em que o art. 1.952, CC/2002, prevê que esta disposição é exclusiva para os ainda não concebidos, na ocasião do falecimento do testador.

Neste tipo de transmissão, o fiduciário ainda que detenha a propriedade da herança ou legado, a detém de forma restrita e resolúvel, conforme enuncia o art. 1.953, CC/2002.

Interessante atentar, conforme art. 1.800, § 4º, CC/2002, para que a prole eventual seja beneficiada pelo instituto do fideicomisso, deverá nascer em até 02(dois) anos da morte do testador; salvo disposição ao contrário, estes bens reservados serão destinados aos herdeiros legítimos.

Portanto, diante exposição realizada, a sucessão testamentária, através da substituição fideicomissária, seria, possivelmente, uma alternativa, para viabilizar a sucessão dos embriões originários homologamente pós-morte, nos moldes da análise da problemática proposta; devendo-se, entretanto, observar as limitações impostas, ou ampliá-las, do artigo acima mencionado.

7 CONCLUSÃO

A preocupação com a disposição de bens é percebida desde o início da organização da sociedade, passando por vários estágios: iniciando com a prática de distribuição de bens, baseada em costumes; avançando, ainda que de forma rudimentar, para aplicação de códigos primitivos; e, finalmente, nos tempos atuais, para a institucionalização legal, normativa, definindo a previsão da destinação dos bens aos sucessores legais ou designados por ato de manifestação de última vontade.

Porém, com o avançar social, sobretudo, das técnicas de fertilização *in vitro*, surge um anacronismo: a realidade imposta é incompatível com atuais regras definidas juridicamente.

A discussão começa quando a pessoa, ser humano, possui, de maneira inata a esta condição, direitos civis.

Todavia, estes direitos só poderão ser exercidos mediante ao nascimento com vida; dada aos nascituros, apenas a expectativa, a reserva, aguardando a condição do nascimento, para aquisição desses direitos.

Atualmente, há três correntes na abordagem da personalidade jurídica, tentativa de elucidar sobre conflitos relacionados a este garantismo dos direitos civis.

A teoria natalista só prevê a garantia dos direitos civis decorrente do nascimento com vida; a teoria da personalidade condicional, só garante os direitos patrimoniais, excluindo os direitos de personalidade; por, último, a concepcionista, em que há resguardo dos direitos civis na sua integralidade, desde o momento da concepção.

Porém, a legitimação à sucessão só é destinada para as pessoas nascidas ou concebidas, quando a sucessão aberta; portando, segundo a corrente majoritária, o código civil adota a corrente concepcionista.

Neste sentido, surge a garantia de alimentos aos nascituros em ordenamento jurídico brasileiro reafirmando a presença da teoria concepcionista no código civil atual.

Interessante, apontar, que a doutrina, distingue, o nascituro e o concepturo: o primeiro está inserido no útero materno, portanto, possui reserva de direitos civis; o segundo, ainda está criopreservado, fora do útero materno, por consequência, não possuindo mesmo escopo protetivo garantido ao nascituro, apenas com previsão normativa sobre o seu manuseio de forma ética.

Assim, o desafio se mostra notório referente a definição de regras destinadas a sucessão dos concepturos; sobretudo, dos que ainda se tornarão nascituros, apenas, com a abertura da sucessão, na morte do seu genitor.

A referência aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana; da proteção da criança e do adolescente; o da igualdade entre filhos; por si só, não possuem o condão assentir todas as possibilidades envolvidas no aspecto civil, sucessório, dos embriões que serão implantados no útero da genitora, após o falecimento do respectivo pai.

Inclusive, juristas, perceberam, a problemática, defendem que o Código Civil Brasileiro vigente, não possui, por ora, condições de dirimir conflitos relacionados a “reprogenética”; sendo necessário uma inovação legal neste referido aspecto.

Emergindo, neste cenário em ebulição social científica, foi normatizado regras quanto ao uso de células-tronco de embriões não habilitados ao nascimento; determinando prazos para que o embrião possa ser utilizado em pesquisas científicas. Assim, será de três anos, de preservação, no momento de vigência da lei; quatro anos ou mais, daqueles anteriores a lei.

Projetos de lei tem surgido, em tramitação, mas apesar dos esforços em

prevê mecanismos de regulação dos procedimentos de inseminação artificial, ainda não conseguem abarcar a esfera do direito civil e as consequências destes procedimentos.

A exemplo disto, previsão da classificação de conduta criminosa tanto na utilização do material genético individual, como também dos embriões; caso não exista prévio consentimento expresso do companheiro/marido falecido.

Ou, mais recente, o projeto de lei que define como presumido o livre consentimento de utilização dos embriões, no caso de ausência declaração por escrito em sentido diverso, descriminalizando a conduta, contrapondo-se ao anterior mencionado.

Como relatado, há um longo caminho a ser percorrido, pois, tais projetos possui abrangência limitada, não conseguindo delinear as questões das reproduções assistidas *post mortem*.

Em corte superior foi definido a necessidade de autorização expressa do marido falecido para implantação de embrião criopreservado; demonstrando a fragilidade atual da legislação.

A lacuna no ordenamento jurídico brasileiro é uma situação propicia a insegurança jurídica, provocando incertezas nas relações envolvidas na condição do concepturo; sendo, progressivamente, o Estado compelido a definir limitações legais, visando uma pacificação do conflito social.

Na ausência expressa de regulamentação própria, a solução proposta é a compatibilização entre a sucessão dos embriões fecundados homologamente após a morte, com o que há de disposição legal atual; tendo como embasamento teórico, a corrente doutrinária de maior aceitação, a concepcionista.

A presunção de paternidade, aos que forem concebidos por fecundação homóloga pós-morte, durante a constância do casamento, já permite um vislumbre de mudança quanto a mudança de percepção do legislador, quanto aos filhos advindos nesta condição.

Por outro lado, o direito a herança, é garantia fundamental e poderá ser disponibilizada imediatamente, com o fim da pessoa natural.

Assim, como forma de livre disponibilidade dos bens, o indivíduo capaz poderá dispor dos seus bens, através de testamento; desde que respeite a sucessão legítima em seu testamento.

Sendo a legítima, determinação legal, a qual destina aos herdeiros

necessários metade dos bens hereditários; ratificando o direito à sucessão dos filhos.

Assim, ao longo da análise do tema proposto, a solução apontada para problemática apresentada foi a sucessão testamentária, em conjunto com a utilização do instituto da substituição; atentando que o testador deverá se pronunciar sobre um prazo superior a dois anos de sua morte, para beneficiar aos nascidos de uma prole eventual.

Desta forma, é possível compatibilizar o destino da herança aos filhos ainda não concebidos, das pessoas previstas no testamento, se estas vivas, no momento de aberta a sucessão; pois, a substituição fideicomissária, só é permitida aos que ainda não tiverem sido concebidos no tempo da morte do testador; portanto, servindo, adequadamente, aos embriões fertilizados homologamente após morte do genitor.

A transmissão ocorre através de um intermediário, o fiduciário, que repassa, a herança para o fideicomissário; exercendo, o fiduciário, a propriedade com restrições e de uma condição resolutiva, a depender da morte do testador, a um determinado tempo, ou sob certa condição.

Esta construção foi concebida, com fundamentação teórica, baseado-se, na teoria de personalidade, a concepcionista, a qual considera o resguardo dos direitos civis desde o momento da concepção; partindo, então de maneira a conciliar com a legislação, por ora, disponível, em busca de uma solução possível de ser alcançada, diante do desafio imposto pelo artigo.

Portanto, é possível concluir, por tudo que foi exposto, que não há entendimento pacificado com relação a sucessão dos embriões da problemática proposta, tão pouco previsão normativa, doutrinária ou jurisprudencial; ainda, necessitando, de debates, para finalmente, temos uma normatização com previsão de se impor diante da realidade conflituosa debatida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 8 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l111105.htm. Acesso em: 28 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l111105.htm. Acesso em: 05 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.804, de 05 de novembro de 2008.** Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm. Acesso em: 05 nov. 2023.

BRASIL. Senado Federal. 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/07/04/projeto-legaliza-implantacao-de-embrioes-apos-a-morte-de-um-dos-membros-do-casal#:~:text=Na%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%202.294%2C%20de%2027,acordo%20com%20a%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20vigente.%22>. Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Implantação de embriões congelados em viúva exige autorização expressa do falecido, decide Quarta Turma do STJ.** 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/15062021-Implantacao-de-embrioes-congelados-em-viuvia-exige-autorizacao-expressa-do-falecido—decide-Quarta-Turma.aspx>. Acesso em: 1 jun. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.168/2017.** Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19405123/do1-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-19405026. Acesso em: 20 set. 2023.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro, v. 6:** direito das sucessões. São Paulo: SaraivaJur, 2023. [E-book]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627772/>. Acesso em: 28 maio. 2023.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** v.5. São Paulo: SaraivaJur, 2023. [E-book]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627802/>. Acesso em: 05 nov. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, v, 1.** São Paulo: SaraivaJur, 2022. [E-book]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596212/>. Acesso em: 1 jun. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 7:** direito das sucessões. São Paulo: SaraivaJur, 2023. [E-book]. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628335/>. Acesso em: 20 set. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 1: lei de introdução e parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. [E-book]. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646951/>. Acesso em: 12 nov. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. [E-book]. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647132/>. Acesso em: 01 jun. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 6: direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. [E-book]. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646975/>. Acesso em: 20 set. 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, v. 5: família e sucessões**. Barueri: Atlas, 2022. [E-book]. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773039/>. Acesso em: 1 jun. 2023.