CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS - UNIFIP
FACULDADES INTEGRADAS DE PATOS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

YASMIN LAYA PEREIRA DOS SANTOS

A GARANTIA DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS: UM ESTUDO A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

PATOS
2019

YASMIN LAYA PEREIRA DOS SANTOS

A GARANTIA DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS: UM ESTUDO A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito das Faculdades Integradas de Patos como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof° Me. Ivison Sheldon Lopes Duarte.

PATOS

2019

FICHA CATALOGRÁFICA
Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Biblioteca Central UNIFIP

Santos, Yasmin Laya Pereira dos.
S237g A garantia dos direitos sucessórios dos embriões criopreservados ./ Yasmin Laya Pereira dos Santos. – Patos – PB: UNIFIP, 2019.
52 fls.

Orientador (a): Prof. Ms. Ivison Smeldon Lopes Duarte.
Monografia (Bacharelado em Direito) –
Centro Educacional de Ensino Superior de Patos - CEESP/ UNIFIP

1.Embrião criopreservado 2. Direito sucessório 3. Herdeiro necessário.
I.Título II. CEESP /UNIFIP

FIP/BC CDU: 340

Laureno Marques Sales, Bibliotecário especialista. CRB -15/121

YASMIN LAYA PEREIRA DOS SANTOS

A GARANTIA DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS EMBRIÕES CONGELADOS: UM ESTUDO A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Patos – UNIFIP, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a) Prof. Me. Ivison Sheldon Lopes Duarte.

Aprovada em 27 de novembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Me. Ivison Sheldon Lopes Duarte
Orientador

Prof. Esp. Henrique Mota Feitosa
Examinador

Prof. Dra. Karoline de Lucena Araújo
Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por permitir que eu fosse forte, determinada e não desistisse dos meus sonhos de criança. Mesmo com tantas dificuldades, conquistas foram alcançadas e devo tudo ao pai, pois ele permitiu que tudo acontecesse e hoje eu chegasse ao referido resultado. Obrigada senhor, és a luz da minha vida.

Posteriormente e não menos importante, agradeço a minha família em nome da minha mãe que lutou tanto por mim, trabalhou para custear meus estudos e sempre fez tudo sem pensar nela, viveu para os filhos. Minha mãe é a responsável pelas minhas conquistas e o ser humano que sou hoje, pois esteve ao meu lado nos momentos mais difíceis dessa caminhada. Mainha, agradeço-lhe com minha vida e dedico mais essa conquista.

Agradeço ao meu pai, JOSÉ IVAN, por todo o desprezo e ausência em minha vida. Com isso, eu tive mais vontade e determinação para ser uma guerreira, lutar pelos meus ideias e viver para dar orgulho em dobro a minha mãe que sempre desempenhou o papel de mãe e pai. Ao senhor, obrigada!

Aos meus colegas de profissão, deixo aqui toda a minha admiração. Foram companheiros em todos os momentos. Cito, em especial, colegas da Delegacia Especializada da Mulher na pessoa da Delegada Tâmara, pois ela me ensinou a profissão com todo amor e dedicação. Também aos meus grandes amigos da Defensoria Pública do Estado da Paraíba, os quais estão diariamente ao meu lado ensinando não só leis, mas ensinando a viver no mundo. A vocês, meu muito obrigada!

Por fim, agradeço aos meus amigos e todos aqueles que fizeram parte dessa caminhada. Sem o devido apoio emocional, tenho certeza que não conseguiria chegar até onde estou. Aos amigos, irmãos escolhidos, agradeço com todo o coração.

RESUMO

Este trabalho monográfico versa sobre um tema relacionado ao Direito Sucessório, ou ainda mais especificadamente, trata sobre a possibilidade de sucessão pelos embriões criopreservados. Busca-se estudar as principais características referente a sucessão, como instituto jurídico geral, e suas inúmeras possibilidades, regras e exceções. Utilizando-se dos métodos de abordagem dialética, procedimentos histórico e comparativo, além de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, o presente estudo aborda o conceito e a gênese do Direito Sucessório, explicando mais detalhadamente conceitos diretamente relacionados às relações sucessórias, seus participantes e cada figura jurídica que lhe influencia diretamente. Em seguida passa a analisar as técnicas de reprodução assistida, discutindo as principais teorias do ordenamento jurídico pátrio. Por fim, e em que pese as influências diretas das teorias e conceitos previamente abordados, estuda-se a aquisição do direito sucessório pelo embrião e, consequentemente, a possibilidade de que o embrião criopreservado participe da relação sucessória. Isto posto, leva-se a crer que é possível o resguardo judicial de quota ao embrião criopreservado, quando herdeiro necessário, consoante ao entendimento constitucional de igualdade entre filhos e, principalmente, pela expectativa de maior equilíbrio jurídico.

Palavras-chave: Embrião Criopreservado. Direito Sucessório. Herdeiro Necessário.

ABSTRACT

This monographic work discusses about a topic connected to Succession Law, or even more specifically, about the possibility of succession by cryopreserved embryos. It seeks to study the mainly characteristics related to succession, as a general legal institute, and they numerous possibilities, rules and exceptions. Making use of dialectical approaches, historical and comparative research methods, in addition to bibliographic and documentary research techniques, the current academic work addresses the concept and the origin of the Succession Law, explaining in detail concepts related to the succession relations, they figures and each law institute that directly influences those relations. Then, proceeds to analyze the assisted reproduction techniques, discussing about the main theories of national legal system. Lastly, in spite of the previously discussed theories and concepts direct influences, the study of embryo's inheritance rights acquisition and, consequently, the possibility for the cryopreserved embryo to participate in the inheritance relationship. Thus, it takes believed that the legal protection of the cryopreserved embryo is possible, when necessary heir, founded on the constitutional understanding of equality between children and, mainly, the expectation of greater legal balance..

Keywords: Cryopreserved embryo. Succession Law. Necessary Heir.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 4
2 O DIREITO SUCESSÓRIO E A SUCESSÃO ENTRE ASCENDENTE E DESCENDENTE 6
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE HERANÇA 6
2.2 CONCEITOS GERAIS DO DIREITO SUCESSÓRIO 9
2.3 OS DESCENDENTES COMO HERDEIROS NECESSÁRIOS 14
3 O EMBRIÃO E O NASCITURO NO DIREITO SUCESSÓRIO 18
3.1 ASPECTOS ACERCA DA VIDA NO DIREITO BRASILEIRO 18
3.2 CONFLITO ENTRE TEORIA NATALISTA E CONCEPCIONISTA 20
3.3 O NASCIMENTO PELA REPRODUÇÃO ASSISTIDA 24
4 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E A SUCESSÃO AO FETO CRIOPRESERVADO 29
4.1 HISTORIA DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL 29
4.2 A GARANTIA DO EMBRIÃO PELO ASPECTO GENÉTICO 30
4.3 AQUISIÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO PELO EMBRIÃO 33
4.3 A TRANSMISSÃO DA HERANÇA AO EMBRIÃO CRIOPRESERVADO 35
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 42
REFERÊNCIAS 44

1. INTRODUÇÃO

As técnicas de reprodução humana assistida tem crescido consideravelmente com o avanço da tecnologia e a acessibilidade aos diversos meios de fertilização, o que resultou em diversos debates de ordem técnica, social, ética, religiosa e jurídica.

Em razão desta crescente, o meio jurídico passou a verificar diversas lacunas em seu ordenamento, desde os métodos de fertilização, das destinações dos fetos criopreservados e das demais relações cíveis que circulam o embrião não fecundado.

Um dos instrumentos jurídicos que busca regular tal matéria é a Lei de Biossegurança, de nº 11.105/2015, a qual traz diversas determinações quanto aos requisitos para manutenção do embrião criopreservado, prazos para seu possível descarte ou utilização em pesquisas científicas ou até sobre a forma na qual o embrião deve ser mantido, em consonância também com diversas resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Ocorre, mesmo assim, que não há terminação quanto aos direitos do embrião, principalmente no que lhe é resguardado enquanto permanece criopreservado.

Na tentativa de sanar tal lacuna o executivo passou a edição dos projetos de Lei nº 4.892/2012 e o de nº 115/2015, com o intuito de criar o Estatuto do Embrião.

Um dos temas mais controversos, quanto a reprodução assistida, é acerca da utilização do embrião após a morte de um dos companheiros, o que vai desde a possibilidade de discussão acerca da anuência sobre a utilização, do reconhecimento de paternidade e, principalmente, quanto aos direitos sucessórios do embrião implantado *post mortem*.

O presente trabalho, através da pesquisa bibliográfica, visa a exposição da regulamentação dos embriões excedentários e, principalmente, a necessidade do resguardo do direito sucessório do embrião criopreservado.

Não obstante, uma das principais finalidades é comparar o que tem sido adotado nas normas e na jurisprudência, demonstrando a possibilidade de

preservação do direito em comento sem que haja um prazo determinado, ou a fixação de um, para utilização do embrião.

Para tal, o primeiro capítulo abordará a evolução histórica do direito sucessório através de um importante e breve relato, explicando ainda conceitos gerais que o rege e, principalmente, a figura do descendente como herdeiro necessário.

A *posteriori*, o segundo capítulo passa a explicar o instituto da vida e a sua importância para o direito sucessório, explanando conceitos e influências, o conflito entre teoria natalista e concepcionista e introduz acerca da utilização da reprodução humana assistida, abordando métodos, conceitos e breves regulamentações.

Por fim, o terceiro e último capítulo abordará exclusivamente a sucessão para o embrião excedentário, em especial aquele que permanece criopreservado, analisando a ordem normativa já existente e sua possível aplicação extensiva no tema discutido.

2 O DIREITO SUCESSÓRIO E A SUCESSÃO ENTRE ASCENDENTE E DESCENDENTE

O presente capítulo tem como objetivo iniciar o leitor na área do Direito Sucessório, abordando, primordialmente, seu conceito, sua história e, mais especificadamente, explanando os aspectos da sucessão entre ascendente e descendente, através da análise de seus critérios, objetivos e demais observações pertinentes que servirão como base para o entendimento e desenvolvimento do tema abordado.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO SUCESSÓRIO

A humanidade vive em constante evolução desde o seu surgimento, onde a nova geração evolui tomando por base construções e aprendizados de gerações anteriores.

Partindo de tal premissa, ao decorrer da evolução do homem e da construção dos núcleos familiares patriarcais, surgiu a necessidade de preservação dos costumes religiosos e da preservação do patrimônio do *de cujus*, surgindo assim a função social da sucessão.

Ocorre que, na realidade, nem sempre se houve a necessidade da preservação do patrimônio do falecido, como preconiza Paulo Lôbo (2018), ao tratar das civilizações antigas:

> Os povos primitivos, em todos os continentes da Terra, não conheceram e não praticaram o direito das sucessões. Até os primeiros rudimentos de civilização urbana, a eventualidade de herança esbarrava na concepção comunitária de família e de propriedade. [...] Em alguns povos, os bens (objetos) de uso pessoal, como vestes de guerra, armas ou adornos, ou até mesmo animais, eram enterrados juntamente com a pessoa morta.

Deste modo, a transmissão de um patrimônio ou de costumes é algo relativamente recente na história dos povos, que está relacionado ao surgimento das sociedades organizadas e, portanto, sempre correlacionado ao conceito de família.

A transmissão, todavia, não se limitava ao patrimônio do *de cujus*, mas a toda obrigação jurídica que onerava o falecido no momento de sua morte, “isso porque uma das características do direito clássico era de que o herdeiro, na época, substituía o morto em todas as relações jurídicas e, também, nas relações que nada tinham a ver com o patrimônio, mas com a religião” (VENOSA, 2018), bem como, não obstante, transmitiam-se “apenas pela linha masculina, pois, como o filho é sacerdote da religião doméstica, é ele, e não sua irmã, quem recebe o patrimônio da família” (GONÇALVES, 2018).

No aspecto jurídico, o herdeiro era tratado como um continuador do culto familiar, pois não se podia adquirir a propriedade separadamente do culto, nem vice-versa, o que correlacionava fortemente a propriedade aos costumes e religiões praticados pelos antepassados.

O Direito sucessório somente passou a ganhar notoriedade com a Lei das XII Tábuas, a qual estabelecia, na tábua V, que o *pater famílias* possuía o poder absoluto de dispor dos seus bens *post mortem*, bem como dando prioridade, na sucessão, aos *herdei sui et necessarii*, ou seja, aos filhos sob o poder do *pater.*

Com o advento do *direito justinianeu* ficou reconhecido a figura da sucessão legitima fundada no parentesco natural, garantindo prioritariamente aos herdeiros necessários.

Neste marco, a sucessão já passa a adquirir características que permanecem até os dias atuais, como a transmissão do patrimônio jurídico e a prioridade de sucessão aos descendentes.

A partir da origem da transmissão de patrimônio pela sucessão, surgiram no Direito Sucessório diversas correntes que visavam direcionar a sucessão, como leciona Orlando Gomes (2015), partindo de teorias que preconizaram a continuação da vontade do falecido e a compropriedade aristocrática da família romana, preconizada por Lassale, até as afetas pela economia política, como a transmissão de bens de produção e disposição de bens de consumo, de Lenger, ou o Estado como herdeiro universal de fortunas privadas, de Saint Simon.

O Direito germânico, todavia, baseava a sucessão na figura da copropriedade familiar, reestruturando e firmando a ordem da vocação hereditária, de maneira que a sucessão testamentária tornou-se totalmente estranha ao ordenamento jurídico da época.

Somente com o ordenamento jurídico francês e com a edição do Código de Napoleão que firmou-se um consenso e equilíbrio entre a sucessão testamentária e a hereditária, além do privilégio da masculinidade e dos filhos primogênitos, bem como estabeleceu as quotas disponíveis do patrimônio.

O Brasil, por sua vez, adotava por superposição o direito do Reino de Portugal, durante o período colonial e parte do Brasil Império, assim gerando uma "confusa agregação de diretrizes tradicionais de direito romano, uso e costumes centenários dos povos que habitaram a península Ibérica, de direito canônico e de normas e leis editadas pelo Estado" (LÔBO, 2018).

Mesmo com o advento da República do Brasil e a edição da Constituição de 1891, "continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime", conforme preconiza o art. 83 da referida Carta.

A vigência do Código Civil de 1916 ainda não trouxe grande avanço ao direito sucessório, à exemplo da exclusão dos filhos extraconjugais das linhas sucessórias, tendo "esse quadro excludente perdurou durante boa parte da primeira metade do século XX, em grande medida impulsionado pela pressão conservadora de forças religiosas e moralistas" (LÔBO, 2018).

Assim, a evolução do direito sucessório somente se consolidou com a edição da Constituição Federal de 1988, que proclamou, em seu art. 27, §6, a igualdade dos filhos no âmbito matrimonial e genético.

Por fim, a edição do Código Civil de 2002 trouxe reforço aos dispositivos de igualdade preconizados na Constituição Federal, principalmente no que tange a garantia dos direitos sucessórios de todos os descendentes, independentemente de qualquer condição.

Tal sucessão justificou-se ao longo dos anos de diversas formas, desde o cunho religioso da família, da figura do homem varão, ao aspecto afetivo e biológico da família, tratando-a como uma continuidade da vida humana projetada na figura dos herdeiros, que passou a ser fundamentada no artigo 6º e 1.784 do Código Civil de 2002, preconizando o momento limiar de morte e início da sucessão, mas tendo encontrado sua justificativa maior no interesse social quanto à preservação da propriedade.

Assim, nesta óptica, Tartuce (2017) conclui que "o Direito Sucessório está baseado no direito de propriedade e na sua função social [...]. Porém, mais do que

isso, a sucessão *mortis causa* tem esteio na valorização constante da dignidade humana", ou seja, a sucessão pelo meio familiar busca a garantia de um bem social maior e a garantia da dignidade humana do *de cujus*.

2.2 CONCEITOS GERAIS DO DIREITO SUCESSÓRIO

O livro das Sucessões é apresentado como o último do Código Civil de 2002, mantendo a tradição do texto normativo apresentado no Código Civil de 1916, tendo em vista que a morte é responsável por encerrar as condições da vida humana, não podendo ser diferente nas relações jurídicas.

Conforme visto, a sucessão é um dos dispositivos mais antigos da ordem normativa civilista, remetendo à construção da própria civilização, mantendo assim uma correlação com todos os dispositivos do Direito Civil.

Para Paulo Lôbo (2018) "o direito das sucessões não deriva da natureza humana; é fruto da cultura, da evolução cultural, na trajetória da vida comunitária para o indivíduo e deste para os deveres de solidariedade familiar".

A palavra sucessão significa, em linhas gerais, o ato de substituição *inter* partes, onde o sucessor irá adquirir os ônus e os bônus gravados em determinada relação jurídica de anterior titularidade do sucedido. Neste sentido, explica Gonçalves (2018, p. 845):

> A ideia de sucessão, que se revela na permanência de uma relação de direito que perdura e subsiste a despeito da mudança dos respectivos titulares, não ocorre somente no direito das obrigações, encontrando-se frequente no direito das coisas, em que a tradição opera, e no direito de família, quando os pais decaem do poder familiar e são substituídos pelo tutor [...]. No direito das sucessões, entretanto, o vocabulário é empregado em sentido estrito, para designar tão somente a decorrente da morte de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*.

A sucessão, nas palavras de Orlando Gomes (2015), "compreende todas as espécies de aquisição, sendo complexa por natureza. É o modo por excelência de sucessão universal, tendo tamanha significação que o substantivo se emprega comumente para designá-la".

Deste modo, note-se que a sucessão é nada mais que uma forma de aquisição de matéria jurídica, seja através da transferência da propriedade de bens ou seja através da titularidade de direitos e deveres de ordem jurídica.

Reforça, todavia, que o objeto de estudo do direito sucessório se restringe apenas quando esta for *causa mortis*, assim “o referido ramo do direito disciplina a transmissão do patrimônio, ou seja, do ativo do passivo do *de cujus* ou autor da herança a seus sucessores” (GONÇALVES, 2018).

Entende Tartuce (2017), citando Giselda Hironaka, que o Direito das Sucessões é uma forma necessária para alinhar o Direito de Família ao direito de propriedade, “eis que o fundamento da transmissão *causa mortis* estaria não apenas na continuidade patrimonial, ou seja, na manutenção pura e simples os bens de família como forma de acumulação de capital [...]”.

A sucessão *causa mortis* depende de inúmeros fatores afetos aos demais ramos do direito civil, como os conceitos gerais de vida e morte, as obrigações, as inúmeras espécies de contratos, os direitos reais do falecido, seu regime de casamento e demais instrumentos essenciais a plena garantia da continuidade do direito patrimonial.

Consequentemente, necessário a observância de conceitos essenciais ao desenvolvimento da figura sucessória, dentro das suas correlações com o próprio direito civilista.

O Código Civil de 2002, em seu art. 6º, dispõe que “a existência da pessoa natural termina com a morte; [...] nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”.

A morte, para o direito civil, se dá a partir do momento em que o a atividade cerebral da pessoa é totalmente cessada, consoante disposto no art. 3º da Lei 9.434/97, que trata da morte para fins de remoção de órgãos para transplante, vejamos:

> Art. 3º - A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina. 1º Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames

> referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º, parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º; 9º, §§ 2º, 4º, 6º e 8º, e 10, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos. § 2º Às instituições referidas no art. 2º enviarão anualmente um relatório contendo os nomes dos pacientes receptores ao órgão gestor estadual do Sistema único de Saúde. § 3º Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica

A morte torna-se, assim, o marco inicial da sucessão *causa mortis*, podendo sofrer influências das mais minuciosas informações, como a hora da morte, o local e demais circunstâncias.

O momento da morte, por exemplo, é critério crucial para o direito sucessório, pois conforme observado é o momento exato da abertura da sucessão e da transmissão da herança, a qual pode ser estabelecida através da morte real ou através do procedimento de decretação de ausência, respeitados todos os tramites legais.

Com a morte, a transmissão da herança ocorre de forma imediata aos herdeiros legítimos e testamentários, conforme preceitua o art. 1.784 da Lei Civil e consoante leciona GOMES (2015):

> A abertura da sucessão é efeito instantâneo da morte de alguém. Não se confunde, portanto, com sua causa, Deriva de fato jurídico *stricto sensu* com o qual coincide cronologicamente, mas, do ponto de vista lógico, sucede à morte do *autor sucessiones*. Não se identificam, numa palavra.

Não é possível, portanto, a abertura e transmissão da herança sem que tenha sido decretada a morte, conforme dispõe a jurisprudência pátria, senão vejamos:

> APELAÇÃO CÍVEL. [...]. ARGUIÇÃO FUNDADA NA QUALIDADE DE HEREIRA NECESSÁRIA. DEMANDA AJUIZADA COM O FIM DE AUMENTAR A MEAÇÃO RECEBIDA PELO GENITOR E ASSEGURAR FUTURO MAIOR QUINHÃO HEREDITÁRIO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. ILEGITIMIDADE ATIVA FLAGRANTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

> Carente de ação é todo aquele que não cumpre as condições da ação – interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade de parte -, ocasionando, por conseguinte, a extinção do processo sem resolução do mérito [...]. A autora não pode ser considerada herdeira, desde logo, de 1/3 (um terço) do valor recebido por seu pai a título de meação, por ocasião do falecimento de sua ex-esposa). Isso porque, enquanto vivo, o genitor pode dispor do seu patrimônio da forma como melhor lhe aprouver – aumentando-o ou, inclusive, dele se desfazendo por completo, mantido o mínimo necessário para à sua subsistência. A transmissão do domínio dos bens herdados opera-se tão somente após a abertura da sucessão, que se dá com a morte do autor da herança. Até o falecimento, não há direito sobre patrimônio nenhum, mas, quando muito, apenas expectativa de direito. (TJ-SC – AC: 20080604431 SC 2008.060443-1. Relatoria do Des. Henry Petry Júnior. Quinta Câmara de Direito Civil, DJe 15/08/2012).

Vejamos, à exemplo, da morte presumida, onde não há cadáver para confirmar a morte, explica Carvalho (2015, p. 64):

> [...] esta surge ao ocorrer uma catástrofe ou acidente (p. ex.: inundação, incêndio, naufrágio, queda de aeronaves etc.) de tal magnitude que é perfeitamente perceptível o inevitável perigo de vida das pessoas nela diretamente envolvidas, plasmando-se no desparecimento do cadáver ou na impossibilidade de seu reconhecimento, tudo com indício tais que levam à certeza (ou quase certeza) de que o desaparecido, nessas circunstâncias, foi vítima fatal.

Nesta espécie de morte presumida, há a necessidade de um procedimento judicial para averiguar indícios da morte, respeitando todo um procedimento que ocorrerá em um prazo de 10 (dez) anos, conforme estabelecido no artigo 7º do Código Civil, porquanto apenas ao fim deste prazo que poderá ser solicitada, pelos herdeiros, a sucessão definitiva.

A alteração na hora da morte pode trazer diversos prejuízos às relações sucessórias, em razão dos diversos dispositivos e matérias que a envolvem, à exemplo do instituto da comoriência, como explica Nader (2015, p.33):

> Se pai e filho morreram, a ordem dos óbitos provocará importantes efeitos. Caso o pai tenha falecido em primeiro lugar, a herança chegou a ser transmitida ao seu filho. Então, com a morte subsequente, o patrimônio do filho, aumentado com a herança paterna, passará aos seus herdeiros. Na falta de descendentes, a

> herança será atribuída à mãe. O quadro sucessório será outro, caso o filho tenha falecido antes do pai. Se não deixou descendentes, o acervo patrimonial será distribuído entre os ascendentes: pai e mãe. Com o falecimento em seguida do pai, observado o regime de bens no casamento ou união estável, a herança será distribuída entre os herdeiros deste.

Após a morte o patrimônio do falecido se transforma automaticamente na herança, a qual é apresentado de duas maneiras, sob a definição de Lôbo (2018), com o intuito de determinar o início e o fim da sucessão, vejamos:

> No sentido amplo compreende tudo o que se transmite do *de cujus* a seus sucessores, de acordo com a lei ou de acordo com suas últimas vontades, nos limites da lei. [...] No sentido estrito é o que se transmite do *de cujus* a outra pessoa ou a outras pessoas, como patrimônio ativo e passivo ou parte do patrimônio, sem especificação dos bens ou valores deixados. Em ambos os sentidos, a herança tem como termo inicial a abertura da sucessão (morte) e como termo final a partilha.

Observa-se ainda que a herança é uma definição limitada ao conteúdo patrimonial, não compreendendo os direitos meramente pessoais, como o direito de personalidade ou o direito a alimentos.

Assim, não há que se confundir a tutela de um direito com a possibilidade de transmissão deste, à exemplo do resguardo, mesmo após o óbito, dos direitos à honra, a dignidade, dentre outros.

Neste contexto, a jurisprudência tem entendido que, em caso de dano aos direitos subjetivos do falecido, resta transmitido o direito de indenização, este pela sucessão do direito de ação, mas não pela sucessão do direito pessoal, *in verbis*:

> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. VÍTIMA. FALECIMENTO. SUCESSORES. LEGITIMIDADE. [...] DANO MORAL. EXISTÊNCIA.
>
> 1. Embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio e os herdeiros legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo *de cujus*. Precedente. (Superior Tribunal de Justiça, STJ. REsp 1040529 PR 2008).

A herança consiste, portanto, em uma junção de bens e dívidas, créditos e débitos, direitos e obrigações de que era titular o *de cujus*, sendo está dividida em duas, uma parte disponível, através da sucessão testamentária, e outra parte indisponível, de garantia dos herdeiros necessários, chamada de legítima.

A transmissão da herança, por força do princípio Saisine, não depende de aceitação ou consentimento dos herdeiros beneficiados, de modo que a transmissão ocorre automática e imediatamente após a decretação da morte do *de cujus*.

Nesta óptica, defende Carvalho (2015, p. 63):

> [...] o fenômeno da saisine exsurge através de uma ficção jurídica (*ficta iuris*), cujo sentido primeiro é evitar que o patrimônio do morto, dele destacado com morte, fique sem titular (acéfalo). Diante de tais circunstâncias, a transferência opera-se diretamente do morto para seus sucessores universais dentro da antiga fórmula: *les mort saisit le vif, son hoir plus proche et habli a succéder (*o morto prende o vivo, seu herdeiro mais próximo é hábil a suceder).

Assim, o patrimônio do morto não perde titularidade, pois esta é transferida logo após sua morte.

2.3 OS DESCENDENTES COMO HERDEIROS NECESSÁRIO

Necessário atentar a prioridade resguardada a sucessão legitima, ou seja, aqueles herdeiros que fazem parte do seio familiar do *de cujos*.

Para Carnacchioni (2017, p. 1661), os descendentes estão na primeira classe de sucessão, sendo portanto “herdeiros legítimos necessários e, nessa condição, tem direito à legítima. Se o autor da herança tiver descendente, todos os herdeiros das demais classes estão excluídos da sucessão”.

A figura do herdeiro necessário, em especial o descendente, decorre de toda construção histórica do Direito Sucessório, onde coexistia a necessidade de perpetuação da propriedade e dos costumes do falecido, os quais eram assumidos pelos seus filhos.

Segundo Orlando Gomes (2015), essa garantia sucessória não pode ser afastada pela vontade de quem lhe dá causa, ou seja, “herdeiro necessário é o

parente e o cônjuge com direito a uma quota-parte da herança, da qual não pode ser privado".

A posição dos descendentes, como herdeiros necessários, disposta no art. 1.845 do Código Civil de 2002, onde "são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge", remonta sua prioridade na linha de sucessão e reforça a ideia de preservação e continuidade do patrimônio do falecido, consoante teorias evolucionistas no Direito Sucessório.

Assim, tal resguardo se fundamenta, pois, "a existência de herdeiros necessários impede a disposição, por ato de última vontade, dos bens constituídos da legítima ou reserva" (GOMES, 2015).

O resguardo normativo ocorre por conta do art. 1.846 do Código Civil de 2002, o qual prevê que "pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima". Ora, tal garantia é uma expressa limitação a liberdade de testar, consoante leciona Gonçalves (2018):

> Aparecem assim, ao lado da expressão herdeiro necessário, os conceitos de legítima e de porção disponível, que estão intimamente ligados. Aos herdeiros necessários a lei assegura o direito à legítima, que corresponde à metade dos bens do testador, ou à metade da sua meação [...]. Se não existe descendente, ascendente ou cônjuge, o testador desfruta de plena liberdade, podendo transmitir todo o seu patrimônio [...].

Notoriamente, a princípio, percebe-se a impossibilidade de exclusão dos herdeiros necessários do exercício de seus direitos sucessórios, pela vontade do próprio falecido, garantindo a legítima um resguardo que toma como base toda a evolução história do direito sucessório.

Essa evolução do Direito Sucessório, bem como sua própria construção na base social patriarcal e, por vezes, biológica, preconiza uma das figuras mais importantes para realizar a continuidade e preservação do patrimônio do *de cujus*, os descendentes.

Estabelecidos como herdeiros necessários, estão no rol máximo de garantia dos direitos sucessórios, participando da quota denominada legítima, o que traz uma importância supra a tal garantia e o diferencia, em inúmeros aspectos normativos, dos herdeiros testamentários.

A legítima, fonte *ab intestato* [1] de transmissão da herança, se dá principalmente pela ordem de vocação hereditária expressamente indicada na lei, por tal modo “costuma-se dizer, por isso, que a sucessão legítima representa a vontade presumida do *de cujus* de transmitir o seu patrimônio para as pessoas indicadas na lei, pois teria deixado testamento se outra fosse a intenção” (GONÇALVES, 2018).

Neste caso, possível a percepção de que o próprio Estado criador de normas estabeleceu, na força da lei, a presunção da vontade do falecido, direcionando seus bens ao seu ciclo familiar, em específico, a priorização aos seus descendentes.

O Código Civil, por sua vez, é claro no resguardo máximo desta garantia, em seu art. 1.846, ao estabelecer que “pertence aos herdeiros necessários de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”.

Ora, não há dúvidas, portanto, quanto ao direito de sucessão resguardado aos descendentes do falecido, que somente podem ser excluídos por exceções apresentadas na própria Lei.

Neste ponto, necessário a observância do disposto na lei quanto aos que estão aptos a receber a sucessão.

Para o Direito Sucessório, todavia, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.798, estabelece que somente as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão estão aptas, como legítimas, para suceder, deferindo-a prioritariamente aos descendentes, como estabelece o art. 1.829, inciso I do Código Civil.

O fundamento da norma jurídica baseia-se no princípio da coexistência, o qual prevê a necessidade de que o herdeiro sobreviva ao *de cujus*, assim é como Gonçalves (2018), citando Carlos Maximiliano, explica que “herdar é adquirir a propriedade do espólio; ora o nada não pode adquirir. A sucessão transmite-se no momento da morte; logo nesse momento é preciso haver sucessor, coexistirem hereditando e herdeiro”.

Inegável que a morte, retratada como dispositivo jurídico e científico, possui demasiada importância e influência no Direito Sucessório, o conceito jurídico

[1] Latim, significa sem testamento.

de vida também possui grandes influências na garantia dos direitos sucessórios, tema que será abordado no capítulo posterior.

3 O EMBRIÃO E O NASCITURO NO DIREITO SUCESSÓRIO

O presente capítulo abordará os aspectos da vida no direito sucessório, mais especificadamente acerca da inclusão da figura do embrião, em especial o *in vitro*, e do nascituro quanto à garantia dos direitos sucessórios, utilizando-se de conceitos científicos, normativos, doutrinários e jurisprudenciais com a finalidade de verificar a possibilidade do resguardo jurídico às novas espécies de concepção.

3.1 ASPECTOS ACERCA DA VIDA NO DIREITO BRASILEIRO

Observando sob o aspecto jurídico, a vida, assim como a morte, possui um conceito definido em diversos dispositivos normativos, a fim de nortear as relações jurídicas que dependam de tal orientação, à exemplo de direitos da personalidade, como o nome, dignidade, imagem ou ainda no próprio direito sucessório.

A vida possui resguardo no art. 5º da Constituição Federal de 1988, constituindo um direito fundamental do indivíduo e, não obstante, uma cláusula pétrea.

Antes da previsão Constitucional o direito à vida ganhou um forte resguardo normativo, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu art. III, com a premissa que “todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” ou ainda verificado no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), parte III, art. 6º, onde “o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”.

A doutrina majoritária entende ainda que o direito à vida pode ser observado em “duas acepções, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência”, conforme leciona Alexandre de Moraes (2016).

Tais aspectos do direito à vida são extremamente abrangentes no direito civil, à exemplo da previsão do art. 121 ou ainda do art. 124, ambos do Código Penal, que através da criminalização do homicídio e do aborto protegem a continuação da vida.

Não obstante, leciona Maria Helena Diniz (2009, p. 22) acerca da proteção indistinta à condição da vida digna, vejamos:

> O direito à vida integra-se à pessoa até seu óbito, abrangendo o direito de nascer, o de continuar vivo e o de subsistência, mediante trabalho honesto (CF, art. 7º) ou prestação de alimentos (CF, art. 5º, inc. LXVII, e 229), pouco importando que seja idosa (CF, art. 230), nascituro, criança adolescente (CF, art. 227), portadora de anomalias físicas ou psíquicas (CF, arts. 203, inc. IV, 227, § 1º, inc. II), que sendo, não se pode recusar humanidade ao bárbaro, ao ser humano em coma profundo, com maior razão ao embrião e ao nascituro. A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar. O direito ao respeito da vida não é um direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma.

O resguardo apresentado por Maria Helena Diniz possui a característica constitucional, quanto à proteção sem distinção de qualquer natureza e, não obstante, abrangeu ainda o embrião e o nascituro, tanto no tocante a continuidade da vida, assim é possível afirmar o reconhecimento da existência de vida, e da dignidade deste.

Apesar do ordenamento jurídico pátrio adotar a vida como bem jurídico maior a ser tutelado, a própria lei trás exceções a proteção da vida, inclusive no próprio texto Constitucional.

A pena de morte no Brasil somente é possível após a declaração de uma guerra externa, nos termos expressos do art. 5º, inciso XLVII, alínea a, da Constituição Federal.

Tal previsão é a única relativização da norma, sendo impossível a criação de exceções que autorizem a pena de morte em demais casos, por estar previsto em cláusula pétrea o direito à vida, ou seja, “tendo em vista o princípio da continuidade e proibição ao retrocesso. Isso quer dizer que os direitos fundamentais conquistados não podem retroceder” (LENZA, 2018).

Outra relativização bastante discutida é a possibilidade da realização de abortos, que consiste na interrupção da gravidez e a consequente destruição do feto.

No Brasil, “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque” é crime tipificado no art. 124 do Código Penal. Ocorre, todavia, que o

ordenamento autoriza o aborto, no art. 128 do mesmo dispositivo legal, caso necessário para salvar a vida da gestante, se a gravidez resultar de estupro ou em caso de anencefalia do feto.

Conforme exposto, a proteção jurídica à vida é extremamente importante no ordenamento jurídico nacional vigente, a qual inicia-se desde a concepção do nascituro e segue até sua morte.

Tal conceituação também é demasiada importante para definir o momento em que o ser humano efetivamente adquire a personalidade jurídica, podendo assim efetivamente se tornar sujeito de direitos, nos termos estabelecidos no Código Civil de 2002.

Para o direito tais conceitos são cruciais, pois direcionam as normas que indicam o momento da aquisição de personalidade, a extensão do resguardo de direitos do nascituro e a possibilidade de participação deste nas relações jurídicas, ainda que não haja vida extra uterina.

Nesta óptica, surge a necessidade do estudo das diferentes teorias que cercam o efetivo momento do início da proteção jurídica da vida e a sua aplicabilidade nos diversos ramos do direito, bem como a abrangência destes em detrimento das novas espécies de fertilização.

3.2 CONFLITO ENTRE TEORIA NATALISTA E CONCEPCIONISTA

O avanço da tecnologia tem proporcionado o acesso a diversas formas de reprodução assistida, dentre as quais encontra-se a fertilização *in vitro*, que consiste em um método capaz de “propiciar, em condições específicas determinadas para tal fim, em laboratório, a fecundação do óvulo pelo espermatozoide fora do corpo da mulher”[2].

Este método de reprodução assistida permite a criopreservação, ou seja, o congelamento dos embriões fecundados, para que venham a ser utilizados a qualquer momento.

Tendo em vista o posicionamento clássico de que o Direito deve acompanhar a sociedade, com o avanço da tecnologia o Direito passou a rediscutir o

[2] Procedimento de Fertilização *in vitro:* Experiência de mulheres e homens.

conflito acerca das garantias, bem como do momento, que devem ser asseguradas aos embriões e aos nascituros.

O embate entre estas duas teorias tem como fundamento primordial o art. 2º do Código Civil, o qual preconiza que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Observe-se, em complemento, que nos termos do art. 53º, parágrafo 2º, da Lei nº 6.015, de dezembro de 1973, independe, para determinação do nascimento com vida, o corte do cordão umbilical.

De antemão, necessário a observação do conceito de nascituro, apresentado por Maria Helena Diniz (2002, p. 27):

> A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é transformação morfológico-temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, sem que haja qualquer alteração no código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepetível e, com isso, cada ser humano único.

Destaque-se, no conceito explorado supra, que a literatura médica indica que a vida ocorre a partir do momento da fecundação, ainda que esta ocorra fora do útero materno, abrangendo assim a fertilização *in vitro*.

A teoria concepcionista sustenta a ideia do nascituro como pessoa titular de direitos resguardados pela lei.

Tal teoria tem prevalecido na doutrina nacional e aplicada, inclusive, em jurisprudências dos tribunais superiores, à exemplo do Recurso Especial nº 399.028 do STJ, *in verbis*:

> DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO *QUANTUM*. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOUTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
> I – Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que

> não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do *quantum*. II – O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do *quantum*. III – Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional. (STJ, REsp 399.028/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.ª Turma, j. 26.02.2002, *DJ* 15.04.2002, p. 232).

A decisão do ministro resguardou ao nascituro o direito ao dano moral, entendo assim a existência de personalidade jurídica mesmo antes do nascimento com vida, regra prevista no Código Civil.

Cite-se, não obstante, o emblemático caso do humorista Rafinha Bastos em relação à cantora Wanessa Camargo, onde o Superior Tribunal de Justiça também entendeu cabível a indenização por danos morais ao nascituro, através do Recurso Especial nº. 1.487.089/SP, consolidando uma nova linha de aplicação do direito.

Assim, necessário usufruir da ideia encabeçada pela professora Silmara Juny Chinellato, citada por Tartuce (2017), “de que a proteção referente ao nascituro abrange também o embrião pré-implantatório *in vitro* ou crioconservado, ou seja, aquele que não foi introduzido no ventre materno”.

O texto normativo do art. 5º da Lei de Biossegurança, de nº 11.105/2005, adota a tutela à integridade física do embrião, através da proibição da utilização de células-troncos de embriões que não foram considerados inviáveis.

Em contrapartida, a teoria natalista indica que a vida inicia-se somente após o nascimento com vida, ou seja, a respiração extrauterina do feto, consoante o disposto no art. 2º do Código Civil, onde o nascituro somente terá resguardado a expectativa de direitos, como explica Tartuce (2017):

> [...] o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direitos. [...] Do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem.

A abordagem adotada pela teoria natalista fundamenta-se, quase se exclusivamente, no próprio texto normativo, tendo em vista que o nascimento com

vida é expressamente exigido como requisito para aquisição da personalidade civil, “assim sendo, o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direitos” (TARTUCE, 2018).

De acordo com a teoria natalista, Carvalho (2015, p. 63), defende que não há direito à sucessão do embrião não fecundado, vejamos:

> Sem demitir-se dessa qualidade, a transmissibilidade só será efetiva se os sucessores universais do falecido estejam vivos, mesmo por fração ínfima de tempo, ou ao menos concebidos, ao abrir a sucessão (art. 1.798 do CC, de onde extrai o princípio da coexistência) [...].

Ainda segundo Tartuce (2018), esta teoria passa pela “interpretação literal e simplificada da lei, que dispõe que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, o que traz a conclusão que o nascituro não é pessoa”.

Esta teoria nega direitos fundamentais ao nascituro, não reconhecendo a proteção ao direito à vida, à personalidade, ao nome, à imagem. Ocorre, todavia, que o ordenamento jurídico pátrio possibilita a realização de inúmeras relações jurídicas com o nascituro, dentre as quais a doação, prevista no art. 546 do Código Civil, vejamos: “Art. 546. A doação feita em contemplação [...], ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar”.

Em concordância, a corrente doutrinária já tende a indicar a necessidade de extinção desta teoria, como explica Tartuce (2018) que “a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos aquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária”.

No tocante ao Direito Sucessório, a norma civilista prevê, em seu artigo 1.798, que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Considerando a aplicação literal do artigo, entende-se que em caso de inseminação artificial *post mortem*, não haveria possibilidade de participação do embrião inseminado.

Pela óptica de José de Oliveira (2000, p. 128), deveria ser aplicado ao embrião *in vitro* o prazo prescricional da ação de herança, onde ainda não há segurança jurídica plena na relação sucessória, pois há possibilidade do reconhecimento de novos filhos, e assim não há o que se falar em uma relação jurídica infinita.

O Enunciado nº. 267 CJF/STJ, da 3ª Jornada de Direito Civil, na tentativa de resguardar o direito sucessório, dispôs que:

> A regra do art. 1.798 do CC/02 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.

A doutrina de Fábio Ulhoa (2003, p. 148), entende que o embrião *in vitro* só passará a ser sujeito de direito (ou ter existência jurídica, sem ser sujeito de direito, conforme a concepção que se adotar em relação ao nascituro) no momento em que for implantado no útero, de modo que, diante da impossibilidade de retroação à data da fertilização, a solução é o resguardo do direito sucessório ao filho advindo desse embrião, ainda que nasça depois da morte de seu pai, ainda que seja uma situação futura e incerta.

3.3 O NASCIMENTO PELA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A reprodução assistida também é uma figura que remonta os tempos mais antigos da humanidade, com histórias cercadas de folclores culturais e religiosos.

Com o decorrer dos anos a reprodução assistida deixou de integrar contos e passaram a se tornar comuns, em razão do desenvolvimento da tecnologia científica, passaram a surgir novos métodos que auxiliam na reprodução humana, através de diversos métodos de fecundação e concepção.

Atualmente, no Brasil, as técnicas de reprodução assistida já são bastante avançadas, gerando uma enorme busca por diversas pessoas com problemas de fertilidade.

Apesar de tamanho avanço da tecnologia, ainda falta um avanço enorme em outras searas do contexto social, para que passe a existir um equilíbrio e segurança jurídica, com o intuito principal de que não restem lacunas e questões de ordem jurídica, ética, moral, social, psicológica, médica e bioética.

A reprodução assistida é a união de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas. Nesse sentido, Ribeiro (apud SÁ. 2002, p. 286), diz que esse procedimento é um "conjunto de técnicas da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana".

Para Azevedo (1996, p. 44), é a "fecundação, com artificialidade médica, informada e concedida por escrito, por meio de inseminação de gameta humanos, com probabilidade de sucesso e sem risco grave de vida ou saúde, para paciente e para o seu futuro filho".

Atualmente estão entre as mais comuns técnicas de reprodução medicamente assistida a inseminação artificial, a fecundação *in vitro*, a transferência de zigoto nas trompas de falópio e a transferência intratubária de gametas, além de outras que também envolvem diversas técnicas mais complexas.

A criopreservação, por sua vez, consiste em técnicas de preservação do embriões em temperaturas que variam de -180ºC à -196ºC, e que permitirão a utilização futura do embrião para fins de reprodução.

A fecundação, por si só, é um processo biológico, que consiste em um sequência que se inicia na união do espermatozoide com o óvulo e termina com união entre seus núcleos, misturando os cromossomos e finalmente formando um embrião.

Outra problemática se dá em razão da falta de um instituto jurídico que resguarde o direito do embrião, por tal, descreve Mendonça (2016) a diferença entre nascituro, feto e embrião, com a finalidade de estabelecer a titularidade e a mera expectativa de direito, vejamos:

> O nascituro é aquele que irá nascer, que foi gerado, porém não nasceu ainda. Em outras palavras, nascituro é o ser já concebido e que está pronto para nascer, mas que ainda está materno. [...]
> O embrião humano é a fusão dos gametas masculinos (espermatozoide) e feminino (óvulo), determinante da união de seus núcleo numa única célula (zigoto), num processo que se denomina

> fecundação. É como uma célula ou grupo de células capazes de se desenvolver em um ser humano, desde que interagindo em ambiente adequado. Haverá embrião a partir da fecundação, isto é, da união dos gametas masculino e feminino, que constituem uma nova célula composta de 46 cromossomos e vocacionada à vida autônoma.
> Já o feto é um estágio de desenvolvimento intrauterino que tem início após oito semanas de vida embrionária, quando já se podem ser observados braços, pernas, olho, nariz e boca, e vai até o fim da gestação.

Ocorre, todavia, que a fecundação não é, por si só, garantia de gravidez e, tampouco, do nascimento de uma nova pessoa, tendo em vista que o embrião ainda passará por todo o processo de desenvolvimento natural, no interior do corpo materno.

No aspecto jurídico, a reprodução assistida está diretamente ligada ao direito à concepção e a descendência, bem como a forte premissa da liberdade e da dignidade da pessoa humana, restando resguardado na Carta Magna nos artigos 5º, inciso L, artigo 7º, incisos XVIII e XIX, artigo 208, inciso IV, e artigo 226, parágrafo 7º, o qual deu texto ao artigo 1.565 do Código Civil de 2002, vejamos:

> Art. 5º [...]
> L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;
>
> Art. 7º [...]
> XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
> XIX – licença maternidade, nos termos fixados em lei;
>
> Art. 208 [...]
> IV – o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
>
> Art. 226 [...]
> § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Há, neste sentido, a primazia da liberdade como direito humano, quanto à escolha e meios para garantia da fecundação e concepção do embrião, assim como a garantia do Estado nas necessidades do nascituro e, *a posteriori*, da criança gerada.

A expressão da vontade dos cônjuges também é primordial quanto a destinação dos embriões criopreservados, nos termos da Resolução 1.957, item V, do Conselho Federal de Medicina:

> 1- As clínicas, centro ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões;
> 2- Do número total de embriões produzidos em laboratórios, os excedentes, viáveis, serão criopreservados;
> 3- No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doença grave ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Não obstante, o item VIII da mesma resolução já resguarda a possibilidade e a licitude da reprodução após o óbito de um dos companheiros, prevendo que “não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização prévia específica do falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.

Conquanto o tempo em que o embrião poderá ficar criopreservado e ser utilizado para fecundação, não se há um posicionamento direto da lei, a qual somente passou a regular prazos nos quais o embrião poderá ser utilizado para pesquisas.

A Lei nº 11.105, de março de 2005, conhecida como a Lei de Biossegurança, determinou em seu art. 5º, inciso II, que é permitida, para fins de pesquisa e terapia com a utilização de células-tronco, a utilização de embriões congelados há mais de 3 (três) anos.

Na mesma óptica, a Resolução nº 2.121 do Conselho Federal de Medicina também estabeleceu, no item V, que os “embriões criopreservados com mais de cinco anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes”, todavia, conforme descrito, o descarte é condicionado a anuência dos proprietários do embrião.

Percebe-se, neste ponto, que a própria norma jurídica passa a determinar prazos em que é permitida a utilização, mesmo sem o consentimento dos pacientes/companheiros, dos embriões que estão criopreservados, sob o aspecto de um interesse maior.

Entretanto, ainda resta uma forte lacuna no ordenamento jurídico, pela necessidade da criação de um Estatuto do Embrião, a fim de regular a sua condição jurídica, delimitação de direitos ou sua expectativa.

4 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E A SUCESSÃO AO FETO CRIOPRESERVADO

O presente capítulo incidirá diretamente no contexto das reproduções assistidas, em especial à fertilização *in vitro*, analisando seu início, seus aspectos jurídicos e a sucessão da herança quando o embrião estiver, ou não, fecundado e suas consequências no meio social e jurídico.

4.1 HISTÓRIA DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

A inseminação artificial assistida, realizada depois do óbito do cônjuge, tornou-se alvo de discussão no mundo depois do caso do “Affair Parpalaix”. O caso aconteceu na França, no ano de 1984, quando a jovem Corine Richard se envolveu com Alain Parpalaix, tendo o casal mantido um relacionamento amoroso. Após várias semanas, Parpalaix foi diagnosticado com câncer nos testículos, em estado avançado e que tornou a doença era incurável. O relacionamento vivido pelo casal foi tão criou em Alain o desejo de deixar herdeiros, o que já não era mais possível pelas vias naturais, tendo em vista que a doença e o tratamento de quimioterapia fatalmente o conduziria a infertilidade. Diante desta situação, Alain procurou um banco de sêmen e deixou lá o seu esperma para futuro uso. Ocorre que, dois dias após o casamento, Alain veio a falecer, em decorrência do avanço de sua patologia. Algum tempo depois, Corine desejando ter um filho do falecido, procurou o banco de sêmen para realizar uma inseminação artificial, mas seu pedido foi negado por falta de previsão legal. Tal negativa ensejou então uma guerra jurídica. Enquanto Corine desejava engravidar, o banco de sêmen alegava que não havia autorização para entrega do material genético, uma vez que o material genético do *de cujus* é inalienável, bem como a ausência de previsão legal que autorizasse a inseminação artificial *post mortem*. Ao término do processo, o Tribunal decidiu por condenar o banco de sêmen, mas já era tarde: os espermatozoides já não estavam mais potencializados para concluir a fecundação.

No Brasil, caso semelhante, com resultado positivo, ocorreu em 2010, no estado do Paraná. Uma mulher de 38 anos conseguiu uma decisão judicial determinando que a clínica onde se consultava realizasse uma inseminação artificial assistida com o sêmen congelado de seu esposo, que havia falecido de câncer. O

laboratório, no primeiro momento, recusou-se a fazer intervenção. O motivo principal foi a ausência de uma condição expressa, por escrito e assinada, da finalidade específica do sêmen coletado. Note-se que, neste ponto, que a decisão judicial foi contrária a previsão legal que estabelece a necessidade da anuência do *de cujus*, quando do depósito do sêmen, quanto a sua futura utilização. A resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) que trata da ética na utilização de técnicas de reprodução assistida exigia que esses termos fossem devidamente analisados. A professora então ingressou com uma ação, alegando que estava casada há cinco anos e nunca tinha conseguido engravidar, pois seu marido possuía um melanoma com metástase o que obrigou a realizar uma cirurgia. Terminado o procedimento cirúrgico, a médica orientou o marido da professora a congelar os espermatozóides em um banco de sêmen no caso de uma possível intenção futura de ter filhos, pois com o início de um processo de imunoterapia, ele poderia ficar infértil. Após passar algum tempo, o casal iniciou um tratamento de fertilização artificial. No entanto, a doença voltou e o marido faleceu. Após a morte de seu marido, a mulher retornou à clínica para dar continuidade ao seu tratamento, mas a referida clinica solicitou um termo que autorizasse a utilização do sêmen do marido morto. Ao ingressar judicialmente com uma ação, a professora teve seu pedido deferido pelo juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba que entendeu que o marido da professora havia manifestado, ainda vivo, a vontade de ter filhos. Assim, a mulher deu continuidade à inseminação, obteve sucesso e ficou grávida.

4.2 A GARANTIA DO EMBRIÃO PELO ASPECTO GENÉTICO

A sucessão legítima, de acordo com previsão do art. 1.929, inciso I da norma cível, defere-se prioritariamente aos descendentes.

O fundamento da norma jurídica baseia-se no princípio da coexistência, o qual prevê a necessidade de que o herdeiro sobreviva ao *de cujus*, assim é como Gonçalves (2018), citando Carlos Maximiliano, explica que “herdar é adquirir a propriedade do espólio; ora o nada não pode adquirir. A sucessão transmite-se no momento da morte; logo nesse momento é preciso haver sucessor, coexistirem hereditando e herdeiro”.

Neste ponto, torna-se um ponto crucial o reconhecimento do vínculo parental entre o *de cujus* e o embrião, através da visualização extensiva do art. 1.597, inciso III do Código Civil, *ex lege*:

> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...]
> III – havido 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;

Não há o que se discutir quanto à garantia, pela lei, da relação de parentesco com o genitor, mesmo que a fecundação ou o nascimento ocorram *post mortem*.

Ocorre, todavia, que o próprio direito impõe empecilhos ao reconhecimento da paternidade, nos casos em que a concepção ou o nascimento do filho ocorram *post mortem*, como se extrai do art. 1.598 do Código Civil de 2002, *ex lege:*

> Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1.597.

Não obstante, o Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal tratou do tema quando referente aos casos de reprodução assistida pela técnica *in vitro*, vejamos*:*

> Enunciado 106 – Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, é obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após a morte.

Consoante ao estabelecido no Enunciando 106, Dufner (2015, p.98) estabelece que:

> A presunção de paternidade em caso de utilização de embriões excedentários e formados com gametas do marido ocorrerá a qualquer tempo após o óbito, desde que – segundo o enunciado n 106 – a viúva ainda esteja nessa condição e exista autorização por escrito do falecido para utilização de seu material após sua morte. Os dois últimos requisitos não foram exigidos por lei, mas pelo Enunciado n. 106, logo, plenamente possível o questionamento da viúva à luz do princípio da legalidade.

Neste passo, Gonçalves (2012, p.20) enaltece a figura do embrião *in vitro* como herdeiro necessário, na qualidade de filho concebido na constância do casamento:

> São iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial, homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “concebidos na constância do casamento”, são se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, §6, da Constituição Federal.

É bem como corrobora Dias (2011, p. 123), vejamos:

> Na concepção homóloga, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação post mortem. A norma constitucional que consagra a igualdade de filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários.

Para Gozzo (2013, p. 271), não havendo dúvidas quanto ao vínculo genético, não há razões para exclusão do filho nascido *post mortem* da relação sucessória, vejamos:

> Ora, o chamado direito fundamental de herança [,,,], tem a ver com o direito de todo e qualquer herdeiro, legítimo ou testamentário, de suceder o autor da herança em seu patrimônio ativo e passivo, conforme consta dos já mencionados art. 5º, XXX da Constituição, e art. 1.784 do Código Civil. Deste modo, como afirma-se que o filho nascido por meio de reprodução assistida homóloga *post mortem* (CC, art. 1.597, III e IV) não é herdeiro de eu falecido pai? A única

> resposta consoante com o ordenamento jurídico brasileiro é no sentido de que esse filho tem direito à devolução da herança de seu pai, já morto na ocasião de seu nascimento e mais, morto há mais de trezentos dias, como presunção constante no art. 1.797, II da lei civil. [...] Afinal, se ele é filho biológico do autor da herança, não pode ser excluído dela.

Deste modo, a garantia da relação de parentesco, garantida pelo próprio texto normativo, é material suficiente para garantia do direito sucessório ao embrião *in vitro*, pois, conforme observado, encontra-se estabelecido como herdeiro necessário.

4.3 DO DIREITO SUCESSÓRIO PELOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Os procedimentos de reprodução humana assistida não resultam apenas dos filhos fecundados antes do falecimento do genitor, tendo em vista que atualmente a criopreservação do sêmen e do ovócito possibilita a fertilização depois do falecimento do genitor.

Assim é como reforça Guilherme C. N. da Gama: (2003, p. 732):

> [...] é possível que o sêmen, o embrião, e também o óvulo - quanto a este, as experiências científicas são mais recentes - possam ser criopreservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida.

Sendo assim, pela interpretação literal do artigo 1.798 do Código Civil, os filhos concebidos depois da abertura da sucessão não possuem legitimidade para suceder.

Contudo, a hermenêutica não usa somente a interpretação gramatical, porque acarretaria num resultado desprovido do espírito da lei e das considerações harmoniosas do ordenamento jurídico. De acordo com Monteiro e Pinto (2012, p. 47), a interpretação gramatical é: “[...] fundada sobre as regras da linguística, examina-se literalmente cada termo do texto, que isola, quer sintaticamente, atendendo-se a pontuação, colocação dos vocábulos, origem etimológica e outro dados”.

Sob esta perspectiva, os métodos de interpretação se somam a uma racionalidade sensível, capazes de defender a dignidade humana, a verdade e a justiça, solucionando os problemas que surgem ao longo do tempo.

Desse modo, a interpretação gramatical da expressão contida no artigo 1.798 do Código Civil, “já concebidos no momento da abertura da sucessão”, fere os outros dispositivos (a saber, os artigos 1.597, III e IV, 1.829, I do Código Civil e o art. 227, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988).

Assim, a doutrina tem passado a utilização de uma conjunção literal (interpretação sistemática), e nos remete ao exato momento da concepção, que se inicia com a fertilização do ovócito pelo espermatozoide.

De fato, a presunção da paternidade instituída pelo artigo 1.597, incisos III e IV, enseja a adoção, por ficção jurídica, da constância do casamento ou da união estável como momento da concepção. Desta forma, o filho concebido e nascido depois será, para os devidos fins sucessórios, herdeiro, antes mesmo da morte do genitor.

Com a III Jornada de Direito Civil, o Enunciado nº 267 trouxe uma explicação sobre a expressão “já concebido antes da abertura da sucessão”, escrita no art. 1.798 do Código Civil, da seguinte forma:

> [...] 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.

Ocorre que toda esta interpretação encontra certo embate na previsão normativa do art. 1.799 do Código Civil, que considera que a prole eventual (ainda não concebida) só poderá ser titular de direito sucessório testamentário.

Conforme o artigo 1.800, § 3º, do referido Código, “nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferido a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador”. Tal instituto, de acordo com Venosa (2017, p. 223), “é relevante a administração do curador no tocante a esses bens, sujeita-se ele a todas as responsabilidades inerentes à curatela de incapazes (artigo

1.800, § 2º). Essa matéria pode, como se nota trazer incontáveis problemas na prática".

Caso contrário, após a partilha, os bens serão entregues a um curador administrador, pelo prazo de até 2 (dois) anos da morte do testador, de modo que, não havendo concepção dentro deste prazo, os bens reservados retornarão ao espólio para serem integrados à legítima.

Pode-se considerar, portanto, que se trata de um precedente quanto à existência de um direito sem um sujeito, no caso da sucessão à prole eventual futura e incerta.

Na tentativa de amortizar essa problemática, Dufner (2015, p. 145), passou a adotar três posicionamentos, no qual o primeiro sustenta que seria somente o nascituro gestado em ventre materno e nenhum filho decorrente da reprodução artificial *post mortem*; o segundo alude que além do nascituro, encontra-se os embriões excedentários e congelados porque já concebido ou fertilizado antes do falecimento do genitor; e o terceiro que consiste como herdeiro, além do nascituro, todos os embriões gerados na reprodução assistida, em qualquer tempo e por gozar de presunção de paternidade, têm direito sucessório por força da isonomia constitucional estabelecida entre filhos.

Assim sendo, cabe à doutrina e à jurisprudência fornecer elementos para solucionar esse problema, uma vez que os seus pressupostos se inclinam pela negação legítima dos filhos nascidos por método de reprodução humana artificial, quer na hipótese de concepção após a morte do ascendente, quer na implantação após a abertura da sucessão.

4.4 A TRANSMISSÃO DA HERANÇA AO EMBRIÃO CRIOPRESERVADO

A transmissão da herança nos moldes do art. 1.798 do Código Civil já restara pacífica no ordenamento jurídico, ou seja, não há dúvidas quanto a legitimidade e para suceder dos nascidos vivos e dos fetos já concebidos, não tendo relevância para a matéria a maneira de concepção do nascituro.

O resguardo dos direitos ao embrião não fecundado causa uma grande instabilidade jurídica à relação sucessória, em razão de se tratar de evento futuro e

incerto, por tal razão, Leite (2003, p. 1000), coaduna a importância da criação de um dispositivo legal, por se tratar de situação anômala:

> Quanto à criança concebida por inseminação post mortem, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização do sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no do direito das sucessões. Aduz ainda que nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão. E conclui dizendo que solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto da inseminação post mortem.

Atualmente, a matéria não encontra pacificação na doutrina ou na jurisprudência, sendo dividida em três correntes que discutem os direitos sucessórios a essa espécie de filiação.

Segundo Rodholfo (2009) a primeira corrente, chamada de restritiva, não reconhece nenhum direito ao embrião criopreservado, nem o sucessório e tampouco o direito ao reconhecimento da paternidade. A segunda, parcialmente restritiva, entende pelo reconhecimento da paternidade, mas não vislumbra a possibilidade de sucessão, tendo em vista ausência de previsão legal pelo dispositivo normativo. A terceira e última corrente se subdivide em duas novas teorias: aquela que reconhece o direito a paternidade e direito a sucessão, desde que a inseminação tenha sido autorizada em vida e que a sucessão tenha sido estabelecida em testamento, nos moldes consoantes ao art. 1799 do Código Civil, exigindo ainda que a mulher continue viúva e o nascimento aconteça no prazo de 2 anos da abertura da sucessão; a outra subdivisão, todavia, defende não só o reconhecimento da filiação, mas também o pleno direito sucessório sem que haja qualquer distinção entre os descendentes, tendo em vista o preceito constitucional que veda a distinção entre filhos.

A primeira corrente, adotada minoritariamente, defende que a criança gerada pela inseminação artificial assistida *post mortem* não deve ter o reconhecimento de nenhum direito, seja este o direito a sucessão ou mesmo o direito ao reconhecimento de paternidade. Segundo esta teoria a mera doação do material genético (sêmen), sem a formação de um embrião, no momento do falecimento do cônjuge, não faz jus a interpretação extensiva do disposto no artigo

1.597, inciso IV, do Código Civil, o qual, conforme visto anteriormente, prevê que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga.

A segunda corrente doutrinária, defende o direito ao reconhecimento da paternidade, mas não vislumbra o reconhecimento ao direito sucessório legal, fundamentando-se exclusivamente no artigo 1.798 do Código Civil de 2002, o qual dispõe que apenas se legitimam a suceder as pessoas já nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão, ou seja, do óbito do *de cujus*, ainda nos casos em que a inseminação ocorra *post mortem.* Portanto, tendo em vista que esta corrente adota uma interpretação totalmente literária do dispositivo normativo, não há o que se falar em direitos sucessórios aos embriões que foram inseminados ou concebidos após o óbito do genitor.

Consoante a este entendimento, dispõe Eduardo de Oliveira Leite (2003, p.110):

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

Conforme mencionado, terceira corrente passa por uma subdivisão, em duas partes. A primeira subdivisão reconhece o direito a paternidade e o direito a sucessão, estabelecendo os mesmos termos presentes no artigo 1.800, parágrafo 4º do Código Civil de 2002, bem como no Enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil, ambos já transcritos acima, ou seja, desde que a inseminação tenha sido autorizada em vida e confirmada em testamento, que a mulher continue viúva e o nascimento aconteça no prazo de 02 anos da abertura da sucessão.

Além da inevitável necessidade de expresso reconhecimento, por escrito, do genitor falecido, a mulher não poderá casar-se novamente, devendo permanecer na condição de viúva para que possa ser fertilizada artificialmente, gerando um filho do *de cujus*. Este entendimento é fundado no artigo 1.598 do Código Civil, com a

finalidade máxima de resguardar a presunção da paternidade do filho havido, o que somente existirá enquanto perdurar a viuvez.

A segunda subdivisão, por sua vez, defende o pleno reconhecimento da paternidade do filho nascido *post mortem* do genitor, bem como o direito a sucessão legal, independente dos requisitos elencados na norma jurídica, uma vez que há expressa vedação constitucional a qualquer distinção entre os filhos, nos termos do artigo 227, parágrafo 6º.

Sobre o tema, Albuquerque Filho (2011) leciona:

> A possibilidade de não se reconhecer direitos à criança concebida mediante fecundação artificial post mortem pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno. Pune-se o desejo de ter um filho, de realizar um sonho. Pune-se o amor que transpõe barreiras temporais, o amor perene, o amor verdadeiro, a fim de se privilegiar supostos direitos patrimoniais dos demais herdeiros. Tal perspectiva vai de encontro aos modernos princípios do direito de família, especialmente aos princípios da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, conforme ante exposto, é possível a fecundação do embrião *post mortem*, nos moldes estabelecidos pelo enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil, o que garante a presunção da paternidade, conforme explica Dufner (2015, p. 126):

> O filho privado da convivência paterna biológica poderá ser contemplado durante sua existência com a paternidade socioafetiva, fato comum das relações familiares, mas ainda que isso não ocorre, o filho terá memórias do pai falecido, sua estória com a mãe biológica, fotos, cartas, vídeos e outros pertences pessoais que retratam a dignidade e personalidade do pai morto. O direito brasileiro contemporâneo vislumbrou na vidado seu filho, a despeito da ausência paterna, a crença de que terá uma vida digna, pois a dignidade se expressa em várias vertentes.

Resguardada a característica de herdeiro legítimo, necessário a observância do momento em que o embrião passa a ser efetivamente titular do direito sucessório.

Dufner (2015, p. 184) esclarece ainda a possibilidade da sucessão pelo embrião, ainda que esteja fora do ventre materno, nos termos em que dispõe sobre o art. 1.798 do Código Civil, que são herdeiros aptos a suceder:

> a) pode encontrar-se no ventre materno ou fora dele, fruto do uso das técnicas de reprodução assistida, uma vez que, desde o surgimento do zigoto humano, no primeiro dia da fertilização – conforme abalizada corrente científica – conhecido por embrião ou pré-embrião, isto é, desde o surgimento da vida em potencial, há proteção jurídica da vida (art. 2º e 1.798 CC);
>
> b) a rigor, desde a concepção ser-lhe á deferida legitimação para suceder, conforme análise do texto normativo, em outras palavras, quando do surgimento do zigoto ou pré-embrião formado antes do falecimento do pai, pouco importando se a implantação em útero materno ou nascimento ocorram bem depois do óbito;
>
> c) o texto do artigo 1.798 elegeu o momento da concepção e não o do nascimento como marco da legitimação à qualidade de herdeiro, pois desde o zigoto formado antes da morte do pai é garantido o direito à herança, ainda que esteja congelado.

Corrobora Lamenza, Costa e Chinellato (2017, p. 1408), ao esclarecer o artigo 1.597,IV, do Código Civil, sustentando que:

> [...] no caso de embriões excedentários ainda não implantados, considera-se a existência de um ser já concebido que está aguardando *in vitro* ou na crio-conservação a implantação no ventre materno (segundo Silmara Juny de Abreu Chinellato). Aplica-se aqui o dispositivo dos artigos 2º e 1.798, ambos do CC, pois já há uma concepção.

Consoante a interpretação constitucional do artigo 1.798 (CC, 2002), é possível a confirmação da dignidade humana dos envolvidos na reprodução *post mortem*, posto que a herança na acepção constitucional é, segundo Dufner (2015, p. 152):

> a) direito fundamental material a garantir a transmissibilidade da propriedade privada no âmbito familiar; b) é meio de assegurar os rumos do destino do órfão de pai e outros direitos e garantias fundamentais desse ser como acesso à moradia, convivência

> familiar, educação, saúde física e psicológica, trabalho, e tantos outros.

Albuquerque Filho (2011, p. 67), conclui e exemplifica acerca da não exclusão do embrião da relação sucessória, sob a lição de que a suposta segurança jurídica das relações jurídicas sucessórias não devem sobrepor a dignidade da pessoa humana, vejamos:

> Não se pode excluir da participação nas repercussões jurídicas, no âmbito do direito de família e no direito das sucessões, aquele que foi engendrado com intervenção médica ocorrida após o falecimento do autor da sucessão, ao argumento de que tal solução prejudicaria ou excluiria o direito dos outros herdeiros já existentes ou pelo menos concebidos no momento da abertura da sucessão. Além disso, não devem prevalecer as assertivas que privilegiam a suposta segurança no processo sucessório. [...] Se o falecido não tinha filhos, deixando somente cônjuge sobrevivente e ascendentes do primeiro grau, pai e mãe vivos, a herança seria partida em três quotas iguais, nos termos dos artigos 1836 e 1837, ambos do Código Civil. No entanto, havendo ação de investigação de paternidade post mortem julgada procedente, restariam excluídos da sucessão os ascendentes, enquanto o cônjuge, a depender do regime de bens (art. 1829 inciso I do CC), poderia ou não concorrer com o descendente reconhecido judicialmente. Verifica-se que tal fato, existência de filho não reconhecido, modificaria substancialmente a vocação hereditária, donde se conclui que a segurança no procedimento sucessório é sempre relativa. Nessa hipótese não se vai discutir se o autor da herança desejou ter o filho, manifestou inequivocadamente a sua vontade; o simples fato da criança existir e uma vez comprovada a relação de parentesco, já seria suficiente para fazer inserir, na ordem de vocação hereditária, um herdeiro legítimo, da classe dos descendentes, de primeiro grau, na condição de filho, com direito à sucessão. Ainda que se trate de uma relação instável, passageira, não desejada, o filho assim gerado terá direito de ser reconhecido, voluntária ou judicialmente, não se discutindo juridicamente acerca de possíveis distúrbios psicológicos graves em relação à criança; ao contrário, a impossibilidade do seu reconhecimento certamente lhe causaria maiores perturbações e prejuízos.

Devendo assim permanecer resguardado o direito de herança do embrião e do nascituro, mas os quais somente serão adquiridos com o seu nascimento com vida.

Nesta óptica, possível enxergar o cabimento da transmissão da herança em caso de embrião ainda sob criopreservação, tendo em vista que as condições do

ordenamento jurídico atual se enquadram na adoção da segunda subdivisão da terceira corrente doutrinária acerca dos direitos sucessórios.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa na qual resultou este trabalho monográfico abordou o tema da sucessão para os embriões excedentários, em especial os que permanecem criopreservados para serem usados *post* mortem.

Por meio deste, analisou os aspectos relacionados ao direito sucessório, suas características e teorias, com o intuito de determinar a possibilidade do embrião criopreservado possuir direito sob a herança.

Fez-se, inicialmente, uma explicação acerca dos instrumentos que regem o direito sucessório, estudando sua evolução, os principais conceitos que auxiliaram a determinar o direito ora objeto desta pesquisa, dentre estes o conceito de direito sucessório, a morte no Direito Civil e o resguardo ao herdeiro necessário, tendo como objetivo o de introduzir o leitor acerca do objeto desta pesquisa.

Em seguida, fora explanado os aspectos da vida para o Direito Civil, como um todo, mas sua aplicação e influência direta no Direito Sucessório. Tal explanação permitiu a abordagem dos conflitos de teorias, sendo estas a teoria natalista e concepcionista, que definem o efetivo momento de aquisição da personalidade jurídica do ser humano, bem como a indicação da mais adotada no atual ordenamento jurídico pátrio e o conhecimento básico sobre as técnicas de reprodução assistira.

O encaminhamento do estudo passou a sua conclusão quando a adotar os conceitos e teorias estudados anteriormente e sua efetiva aplicação no conjunto normativo vigente.

No encerramento enfatizou-se a figura da reprodução assistida, vislumbrando as garantias do embrião pelo aspecto genético, qual seja seu reconhecimento ainda que a fecundação ocorra *post mortem*, bem como no já previsto na norma jurídica quanto à possibilidade de transmissão da herança, pela via testamentária, ao embrião criopreservado.

Com a utilização de todos estes instrumentos, passou a indicar a possibilidade e necessidade de resguardo da quota parte da legítima, em razão da característica do embrião como herdeiro necessário, ao embrião congelado, tendo em vista que, apesar da não existência de prazo causar certa instabilidade jurídica, a

exclusão da participação deste embrião na relação sucessória também pode causar tamanho desconforto jurídico e social.

Retirando-se, por fim, que a criação de um instrumento normativo que defina tramites para resguardar uma possibilidade de participação do embrião é o meio mais seguro para uma relação jurídica pacífica.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Fecundação Artificial post mortem e o Direito Sucessório.** Disponível em: www.esmape.com.br/downloads/mat_profa_mariarita/prof_maria_rita_7.doc-. Acesso em: 15 de out. de 2019

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Ética, direito e reprodução humana assistida**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 729.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.957 de 06 de janeiro de 2011.**

_____. **Enunciado nº 106.** I Jornada de Direito Civil.

_____. **Enunciado nº 267.** III Jornada de Direito Civil. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526

_____. **Lei nº 3.071**, de 1º de Janeiro de 1916, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002 que Institui o Código Civil.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2ª Edição, 2011. Editora Revista dos Tribunais.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 30ª Edição, 2013. Editora Saraiva.

DUFNER, Samantha Khoury Crepaldi. **Direito de herança do embrião**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015.

FRANÇA. **Code Civil Francês.** 1804. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496956/000983388.pdf?sequence=1

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Orlando. **Sucessões**, 16ª edição. 2015, Editora Gen. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6264-7/

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7ª Edição, 2013. Editora Saraiva.

GOZZO, Débora. **Direito fundamental de herança e inseminação post mortem.** Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

_____. **Direito das Sucessões.** 12ª Edição. 2018, Editora Saraiva. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601691/recent

LAMENZA, Fracismar; COSTA, Antonio Cláudio Machado; CHINELLATO, Silmara Juny (Org.). **Código Civil interpretado.** São Paulo: Manole, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Sucessões.** 4ª Edição. 2018, Editora Saraiva. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229122/cfi/0

MAKUCH, María Yolanda et FILETTO, Juliana Nicolau. **Procedimento de fertilização *in vitro* experiência de mulheres e homens.** Artigo. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/pe/v15n4/v15n4a12.pdf

MENDONÇA, Leonardo Araújo Porto. **Dos direitos do nascituro e do embrião no direito brasileiro.** 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2012. v. V.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional,** 33ª Edição. 2017. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011302/cfi/6/8!/4/2/4@0:40.1

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. Vol. 12. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem.** 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em 09 jun. 2019

RODHOLFO, João. **Inseminação artificial após a morte**. 29 de agosto de 2009. Disponível em: http://nalei.com.br/alta-tensao-inseminacao-artificial-apos-a-morte-1897/ Acesso em: 16 de out. 2019

ROMA. **Lei das XII Tábuas**. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm - Acesso em 10 de jun. de 2019

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1040529/2008 PR.** Rel. Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21117211/recurso-especial-resp-1040529-pr-2008-0058392-8-stj/inteiro-teor-21117212?ref=juris-tabs

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil - Volume Único**, 8ª edição. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977993/

VENOSA, Silvio de Salvio. **Direito Civil – Sucessões**, 18ª edição. 2018, Editora Atlas. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014846/cfi/6/2!/4/2@0:0

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil - Volume Único**, 8ª edição. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977993/

VENOSA, Silvio de Salvio. **Direito Civil – Sucessões**, 18ª edição. 2018, Editora Atlas. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014846/cfi/6/2!/4/2@0:0