

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR CESREI LTDA
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

DAYANE DE LIMA SOUZA

**O EMBRIÃO CRIOPRESERVADO E AS DIVERGÊNCIAS JURÍDICAS E
DOUTRINÁRIAS SOBRE SEU DIREITO DE SUCESSÃO *POST MORTEM***

Campina Grande – PB
2023

DAYANE DE LIMA SOUZA

**O EMBRIÃO CRIOPRESERVADO E AS DIVERGÊNCIAS JURÍDICAS E
DOUTRINÁRIAS SOBRE SEU DIREITO DE SUCESSÃO *POST MORTEM***

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Cesrei Faculdade, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, pela referida Instituição.

Orientador: Prof. Esp. Júlio César de Farias Lira.

-
- S729e Souza, Dayane de Lima.
O embrião criopreservado e as divergências jurídicas e doutrinárias sobre seu direito de sucessão *post mortem* / Dayane de Lima Souza. – Campina Grande, 2023.
32 f. : il. color.
- Artigo (Bacharelado em Direito) – Cesrei Faculdade – Centro de Educação Superior Cesrei Ltda., 2023.
"Orientação: Prof. Esp. Júlio César de Farias Lira".
Referências.
1. Direito de Sucessão. 2. Reprodução Assistida. 3. Embrião Criopreservado. 4. Divergências Jurídicas e Doutrinárias – Teorias. I. Lira, Júlio César de Farias. II. Título.

CDU 347.65(043)

DAYANE DE LIMA SOUZA

**O EMBRIÃO CRIOPRESERVADO E AS DIVERGÊNCIAS JURÍDICAS E
DOCTRINÁRIAS SOBRE SEU DIREITO DE SUCESSÃO *POST MORTEM***

Aprovado em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Júlio César de Farias Lira
Orientador
Cesrei Faculdade

Prof^a Ma. Andrea Silvana Fernandes de Oliveira
1º Examinador
Cesrei Faculdade

Prof. Esp. Gustavo Giorgio Fonseca Mendoza
2º Examinador
Cesrei Faculdade

AGRADECIMENTOS

A Deus, antes de tudo, venho expressar meus sinceros agradecimentos, pois sem seu baluarte, não teria obtido êxito nesta árdua jornada que perdurou por cinco anos.

A meus pais, Eliane e Aloizio, que são meu refúgio. Ambas foram cruciais nesta caminhada, haja vista que nos momentos de desânimo, sempre me incentivaram e me ampararam.

A minha irmã, Rafaela Lima, que foi imprescindível neste processo de desenvolvimento pessoal e profissional. Sempre disposta a ajudar, a aconselhar, a repreender quando necessário, a me direcionar nos momentos de atordoamento. Ora, como irmã primogênita, foi minha inspiração e meu reduto.

A minha exímia avó, Irací Nogueira, mulher sem igual, forte, admirável e inteligente, sinônimo de alento, de fé, de calma e perseverança. É o pilar da família, pois a cada instante, busca incansavelmente o melhor para todos os seus filhos, amigos, netos e demais familiares. Assim, comigo não poderia ser diferente. Deixo este parágrafo especialmente para ti, minha amada avó.

A meus nobres amigos, Nice e Alizandro, que também foram fundamentais na minha labuta. São seres admiráveis, possuem bondade sem igual. Sempre depositaram suas crenças em minha mestria. Registro aqui, meus colossais agradecimentos por seus estímulos e encorajamento.

Ao Especialista, Júlio César, por se dispor a ser meu mentor neste percurso, bem como aos componentes da banca examinadora, Ma. Andrea e Esp. Gustavo.

Enfim, a todos os meus familiares e amigos conquistados ao longo da graduação.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
CREMESP	Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo
CRHA	Centro de Reprodução Humana Assistida
FIV	Fertilização In Vitro
HCG	Gonadotrofina Coriônica Humana
OMS	Organização Mundial de Saúde
RA	Reprodução Assistida
REDLARA	Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida
SBRA	Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida
SISEMBRIO	Sistema Nacional de Produção de Embriões
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	8
2.1	DA ABERTURA DA SUCESSÃO, DO PRINCÍPIO DA SAISINE E PRAZOS	9
2.2	A SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA E OS REQUISITOS PARA SUCEDER.....	10
0		
3	A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O MÉTODO DA CRIOPRESERVAÇÃO	13
4	A PERSONALIDADE JURÍDICA DO EMBRIÃO SOB A ÓPTICA DA TEORIA NATALISTA E CONCEPCIONISTA E OS SEUS DIREITOS	19
5	AS DIVERGÊNCIAS JURÍDICAS E DOUTRINÁRIAS EM TORNO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO EMBRIÃO CRIOPRESERVADO <i>POST MORTEM</i>	20
6	HIPÓTESES EM QUE O EMBRIÃO CRIOPRESERVADO PODERIA SUCEDER <i>POST MORTEM</i>	25
6.1	PROLE EVENTUAL PELA VIA TESTAMENTÁRIA E PETIÇÃO DE HERANÇA.....	26
6.2	PROJETOS DE LEI.....	27
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	28
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	30

O EMBRIÃO CRIOPRESERVADO E AS DIVERGÊNCIAS JURÍDICAS E DOCTRINÁRIAS SOBRE SEU DIREITO DE SUCESSÃO *POST MORTEM*

SOUZA, Dayane de Lima¹
LIRA, Júlio César de Farias²

RESUMO

A reprodução assistida é um avanço científico que trouxe reflexos, sobretudo, na esfera familiar, por trazer técnicas que auxiliam no processo de reprodução humana, tendo em vista que alguns casais, por motivos diversos, não podem ter filhos por meio do coito. Isto posto, a criopreservação é um método utilizado para congelar tecidos biológicos e células, como os embriões, para que possam ser utilizados posteriormente. Sendo assim, com o presente estudo, busca-se analisar as implicações jurídicas e doutrinárias em torno dos direitos sucessórios do embrião criopreservado, caso este venha a ser inserido no útero após a morte do genitor e nasça com vida, quando já aberta a sucessão, levando em consideração que ainda não existia ao tempo da abertura. Para isso, vão ser analisadas a personalidade jurídica do embrião, as teorias natalista e concepcionista, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, projetos de lei e direitos humanos. Embasado no método de pesquisa bibliográfica, explicativa e qualitativa, a investigação se justifica face a lacuna legislativa existente, embora venha sendo crescente o uso da técnica no país. Porquanto, o teor não está satisfatoriamente pacificado no ordenamento jurídico brasileiro, nem tão pouco regimentado, de modo que é necessária a adequação do direito, afim de se alcançar a satisfação comum, precipuamente, no direito de família.

Palavras-chave: Direitos sucessórios. Reprodução assistida. Embrião criopreservado. Divergências jurídicas e doutrinárias. Teorias.

ABSTRACT

Assisted reproduction is a scientific breakthrough that has brought consequences, especially in the family sphere, by bringing techniques that assist in the process of human reproduction, considering that some couples, for various reasons, cannot have children through coitus. That said, cryopreservation is a method used to freeze biological tissues and cells, such as embryos, so that they can be used later. Therefore, this study aims to analyze the legal and doctrinal implications of the succession rights of cryopreserved embryos if they are inserted in the womb after the death of the genitor and are born alive, when the succession has already been opened, taking into consideration that they did not exist at the time of opening. To this end, the legal personality of the embryo, the natalist and conceptualist theories, doctrinal and jurisprudential understandings, bills and human rights will be analyzed. Based on the bibliographical, explanatory and qualitative research method, the investigation is justified in view of the existing legislative gap, although the use of the technique in the country has been increasing. Because the content is not satisfactorily pacified in the Brazilian legal system, nor regulated, so that the adequacy of the law is necessary, in order to achieve common satisfaction, especially in family law.

Keywords: Succession rights. Assisted reproduction. Cryopreserved embryo. Legal and doctrinal divergences. Theories.

¹ Graduanda no Curso de Bacharelado em Direito. E-mail: delimasouzadayane@gmail.com.

² Professor Orientador da Cesrei Faculdade. E-mail: julioesar.adv@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O direito de sucessão é um importante livro no Código Civil (CC) de 2002, pois em seu sentido objetivo, disciplina um conjunto de normas que regulam a transmissão dos bens e obrigações de uma determinada pessoa após a sua morte. Por outro prisma, em sua acepção subjetiva, têm-se o direito de suceder, que é a garantia de se receber o acervo hereditário do finado, enquanto herdeiro na ordem de vocação hereditária apresentada no artigo 1.829 do mesmo dispositivo legal.

Entretanto, o legislador não se atentou suficientemente para as transformações sociais que antecederam a difusão do CC, perante o avanço da bioética na reprodução assistida e seus efeitos e reflexos no direito sucessório, especialmente do embrião criopreservado, assunto este, que até o presente momento ainda não está regulamentado na lei.

Desta forma, é evidente a necessidade de um olhar voltado para esta problemática, de modo que o objetivo central é analisar a possibilidade deste embrião poder suceder, mesmo que ao tempo da morte de seu genitor, estivesse ainda congelado, isto é, não inserido no útero materno. Para isso, é indispensável o uso de metodologias científicas que permitem um maior aprofundamento sobre o tema e a observância de suas variáveis doutrinárias e jurídicas.

Assim, para a construção do presente estudo e, conseqüentemente, o desfecho do conhecimento, será utilizado o método de pesquisa bibliográfica, que dimana da diretriz exploratória, haja vista que serão abordados conceitos já definidos por doutrinadores em torno do direito de sucessão no ordenamento jurídico brasileiro, bem como seus requisitos previstos na lei pura, entendimentos jurisprudenciais e outros artigos científicos em torno do direito em questão, para melhor compreensão da temática estudada.

Do mesmo modo, será empregue o método explicativo, tendo em vista que será analisada a relação de causa e efeitos relacionados a problemática envolvida, diante da falta de lei regulamentadora, assim como entendimentos doutrinários e jurídicos díspares, sendo estas as causas centrais da questão levantada.

A qualitativa que está voltada a busca de fenômenos sociais, estando o teor estudado atrelado a sociedade quanto a valores relacionados a vida e a percepção de seu início.

O tema tem grande relevância, pois o direito de sucessão decorre do direito de família que tem vultosa repercussão na sociedade, e com tal avanço científico é crucial uma regularização e um posicionamento dominante, haja vista que a técnica surgiu como algo positivo para realizar o desejo daqueles que não podem constituir família por meios naturais.

No momento em que os indivíduos se sujeitam a esse procedimento, já é presumido que de fato almejam a concepção, e que este filho venha a ser sujeito de direito, inclusive, o de sucessão, o que ainda não é algo definido e preciso, em razão da lacuna jurídica existente, caso esteja congelado, quando na morte de seu genitor.

Por fim, diante de tudo quanto foi exposto, espera-se um olhar mais atento sobre a temática, pois o direito é reflexo da sociedade e conforme ela transmuta-se, vão surgindo novos fatores, prequestionamentos e contrariedades, de modo que é imprescindível a solução dos impasses emergentes.

Outrossim, o legislador está incumbido a elaborar as leis, uma vez que são os próprios representantes do povo. Por outro lado, os operadores do direito apenas executam a lei, e quando não a tem, recorrem a princípios, analogias e costumes, mas nem sempre os pensamentos e entendimentos aparelham-se, o que gera o atrito inevitável e, por conseguinte, os receios e inseguranças entre as partes envolvidas.

2 DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito de sucessões é voltado a regulação da transferência do patrimônio de um indivíduo após sua morte, estando bem definido e previsto em livro próprio através da Lei nº 10.416/2002, que instituiu o CC vigente. Em seu art. 1.784 e ss, estão preceituadas todas as formalidades e requisitos que abrangem a destinação de um legado.

Nesse contexto, o direito de sucessões é a parte do direito civil incumbida a regular o desígnio, isto é, a destinação do patrimônio de uma pessoa após a sua morte. É, ainda, o direito de suceder, de receber o acervo hereditário de um “falecido”. Tais prerrogativas são de suma importância, pois a vida é súbita, e findando-se em um ser, sobejam agora seus bens materiais que um dia lhe pertenceram e agora os sub-rogará.

Fazendo-se uma alusão histórica, tal direito surge a partir do reconhecimento da propriedade privada nas sociedades organizadas em bases capitalistas. A respeito disso, Dias (2021) enuncia:

O direito sucessório tem origem remota: desde que o homem deixou de ser nômade e começou a amearhar patrimônio. Os bens que antes eram comuns passaram a pertencer a quem deles se apropriou. Quando a sociedade se estruturou em famílias, surgiu a propriedade privada, cada núcleo familiar com seus bens e sua religião. Por muitos séculos os direitos patrimoniais não se partilhavam: pertenciam à sociedade familiar. A ideia de sucessão surgiu

após consolidar-se a formação da família (DIAS, 2021, p. 46).

Em Roma, o patriarca era o titular do patrimônio, de modo que o bem era transmitido por testamento. Era o direito de dispor da própria fortuna. Na Idade Média, a sucessão beneficiava apenas o filho mais velho (primogenitura). Mas o princípio da *saisine* surgiu na França, implantando a ideia de que a transmissão ocorreria de forma direta, sem antes ser necessário pagar tributos para receber o patrimônio.

2.1 DA ABERTURA DA SUCESSÃO, DO PRINCÍPIO DA SAISINE E PRAZOS

A priori, é sabido que no Brasil o direito de sucessões é amplo e devidamente definido na legislação atinente. No CC de 2002, tal teor ganha forma, estando previsto em livro próprio e regulamentado no art. 1.784 e ss deste dispositivo legal. Para a doutrina, pode-se conceituá-lo da seguinte forma:

No direito das sucessões, entretanto, o vocábulo é empregado em sentido estrito, para designar tão somente a decorrente da morte de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*. O referido ramo do direito disciplina a transmissão do patrimônio, ou seja, do ativo e do passivo do *de cuius* ou autor da herança a seus sucessores. A expressão latina *de cuius* é abreviatura da frase *de cuius successione* (ou *hereditatis*) *agitur*, que significa “aquele de cuja sucessão (ou herança) se trata”(GONÇALVES, 2020, p. 20).

Isto posto, sobrevivendo a morte do indivíduo é “aberta a sucessão, e a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (BRASIL, 2002). Diante disso, a legislação brasileira adotou o princípio da “*saisine*”, sendo fundamental para estabelecer que a morte opera a imediata transferência da herança aos sucessores legítimos e testamentários. Para tal, é necessário que o herdeiro exista ao tempo da delação e que a esse tempo não seja incapaz de herdar.

A Constituição Federal dispõe em seu art. 5º, inciso XXX, “que é garantido o direito de herança” (BRASIL, 1988), de modo que com a morte, abre-se a sucessão, transmitindo-se automaticamente a herança aos herdeiros legítimos e testamentários do *de cuius*, conforme art. 1.784 do CC.

Isso acontece porque não se concebe direito subjetivo sem titular, de modo a impedir que o patrimônio deixado fique sem possuidor enquanto não houver a transferência definitiva dos bens aos sucessores do falecido, e os herdeiros, por essa previsão legal, tornam-se donos da herança ainda que não saibam que o autor da sucessão morreu ou que a herança lhes foi transmitida.

Assim, após aberta a sucessão, pode ocorrer a aceitação presumida da herança, que é quando o herdeiro não se manifesta dentro do prazo, de modo que “o interessado em que o herdeiro declare se aceita ou não o acervo, poderá vinte dias após a abertura, requerer ao juiz prazo razoável não superior a trinta dias para que este se manifeste” (arts. 1.805 e 1.807, CC). Também pode haver a renúncia da herança, que é um ato de vontade no qual o herdeiro rejeita os bens deixados, devendo ser expresso por meio de instrumento público (1.806, CC). Se isso ocorrer, a parte da herança que o herdeiro renunciou é acrescida a parte dos demais herdeiros.

Quanto ao prazo para instauração do inventário, é o que prediz o art. 1.796 do CC: “No prazo de trinta dias, a contar da abertura da sucessão, instaurar-se-á inventário do patrimônio hereditário, perante o juízo competente no lugar da sucessão, para fins de liquidação e, quando for o caso, de partilha da herança” (BRASIL, 2002). Do mesmo modo, o Novo Código de Processo Civil em seu art. 611:

Art. 611. O processo de inventário e de partilha deve ser instaurado dentro de 2 (dois) meses, a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar esses prazos, de ofício ou a requerimento de parte (BRASIL, 2015).

Ressalte-se que a não observância do prazo acarreta multa estipulada de acordo com cada Estado (Súmula 542 do Supremo Tribunal Federal (STF)).

Para aqueles ainda não reconhecidos como herdeiros do falecido após sua morte, poderá ser interposta ação de petição de herança (art. 1.824 e ss, CC), afim de reivindicar a totalidade ou parte do acervo hereditário, e assim ser feita nova partilha dos bens. O prazo prescricional é de dez anos (art. 205, CC), contados a partir da data da abertura da sucessão, conforme entendimento já pacificado pela 4^o Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ. 2^a Seção. EAR Esp 1.260.418/MG, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, julgado em 26/11/2022 (Info 757)).

2.2 A SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA E OS REQUISITOS PARA SUCEDER

A sucessão legítima (*ab intestato*), decorre da própria lei. Está expressa nos arts. 1.784 e 1.788 do CC. Este último dispõe:

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos

herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo (BRASIL, 2002).

Esta é sempre a título universal, porque transfere aos herdeiros a totalidade ou fração ideal do patrimônio do *de cuius*. Também há que convir, que se o autor da herança falecer sem deixar testamento, ou este vir a caducar ou ser inválido (nulo ou anulável), é a própria legislação que determina a sucessão hereditária.

Tais Herdeiros são considerados legítimos pela lei, que determina uma ordem preferencial, estando ela prevista no art. 1.829 do mesmo livro. Veja-se:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais (BRASIL, 2002).

Desse modo, herdeiro necessário (legitimário ou reservatário) é o descendente ou ascendente sucessível e o cônjuge (art. 1.845, CC), isto é, todo parente em linha reta não excluído da sucessão por indignidade ou deserção, bem como o cônjuge.

Ademais, dentre os herdeiros legítimos, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge são considerados necessários, conforme o artigo 1.845 do CC. Assim sendo, não pode haver a disposição por ato de última vontade do total da herança, caso o autor queira deixar testamento, de modo que o espólio legítimo representa limitação ao testador quando for dispor de seus bens, pois metade de seu patrimônio é a lei que determina o destino, de acordo com os arts. 1.789 e 1.846 do CC.

Diferentemente da sucessão legítima, que decorre por força da própria lei, a testamentária é ato de última vontade, isto é, de testamento ou de codicilo. Igualmente, está prevista no art. 1.784 do CC. Frisa-se que a lei deixa explícito que se houver herdeiros necessários (ascendentes, descendentes ou cônjuge), o testador só poderá dispor da metade da herança (art. 1.789, CC), pois a outra constitui a legítima, que é assegurada no art. 1.846 do CC. Mas não havendo estes, o dono do espólio poderá ter plena liberdade de testar, inclusive, afastar os herdeiros colaterais (art. 1.850, CC).

Nesta, a sucessão do legado pode ser a título universal ou a título singular (coisa determinada e individualizada), dependendo da vontade do *de cuius*.

A seu respeito, aduz a doutrina:

Entre suas características estão: é um ato personalíssimo; é negócio jurídico unilateral; é solene; é ato gratuito; é revogável (art. 1.969, CC) e também tem efeito *causa mortis*, pois apenas possui eficácia após a morte do testador.

Por fim, exceto a regra do art. 1.860 do CC, todas as pessoas podem fazer testamento válido, e são espécies o testamento ordinário (público, cerrado e particular) e o especial (marítimo, aeronáutico e militar), previstos nos arts. 1.862 e 1.886 do CC.

Além disto, consoante art. 1.798 do CC: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (BRASIL, 2002). Logo, a capacidade é a regra e a incapacidade é a exceção.

Nessa linha de pensamento, aquele que já houver nascido ou sido concebido quando na abertura da sucessão, terá legitimidade passiva para suceder, face o princípio da coexistência, sendo estes os herdeiros legítimos e testamentários.

Pode-se dizer que pessoas nascidas são aquelas já separadas pelo cordão umbilical materno, depois do parto. Por outro lado, concebidas são aquelas que ainda não nasceram com vida, mas que já estão fecundadas após o encontro do óvulo com o espermatozoide no útero, gerando-se o “nascituro”. Entretanto, para este último, a legitimidade sucessória está condicionada à ocorrência da condição suspensiva do nascimento com vida, pois nesta oportunidade começa a personalidade civil da pessoa, conforme disciplina a teoria natalista expressa na parte inicial do art. 2º do CC: “Art. 2 - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002).

A esse respeito, é o que exprime:

Capacidade sucessória não se confunde com **capacidade civil**. Alguém pode ser incapaz para os atos da vida civil, o que não lhe subtrai capacidade para suceder, e vice-versa: quem não pode ser herdeiro pode gozar da plena capacidade civil. A capacidade civil é a aptidão de uma pessoa para exercer, por si, os atos da vida civil; é o poder de ação no mundo jurídico. Legitimidade sucessória é a aptidão da pessoa para receber os bens deixados pelo *de cuius*. A incapacidade de suceder identifica-se com o impedimento legal para receber a herança (DIAS, 2021, p. 166, grifo nosso).

Em contrapartida, estão excluídos da sucessão todos aqueles previstos no rol do art. 1.801 do CC:

Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:
I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;

- II - as testemunhas do testamento;
- III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;
- IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento (BRASIL, 2002).

Do mesmo modo, se na abertura da sucessão, o sucessor já tiver falecido, obviamente não terá legitimidade para suceder, bem como caduca o legado se o legatário falecer antes do testador (art. 1.939, V, CC).

Salienta-se que embora a Lei 10.406/2002 determine que um dos requisitos para poder suceder seja a pessoa já ser concebida no momento da abertura da sucessão, há uma exceção por via testamentária. Portanto, a prole eventual, que são aqueles ainda não concebidos, podem suceder, de modo que os bens serão confiados a um curador nomeado pelo juiz, que conferirá proteção aos bens da pessoa futura, nos termos do art. 1.800 do CC. Nesse caso, o testador tem a opção de indicar um filho ainda não nascido de determinada pessoa, para que este possa ter direito a sucessão testamentária, que estará condicionada a evento futuro incerto.

Frisa-se que na hipótese citada, de acordo com o parágrafo 4º do mesmo artigo, “Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos” (BRASIL, 2002).

Outrossim, ainda existe a possibilidade do testador nomear “legatário” e indicar um sujeito substituto para assumir seu lugar. Este (...) “é quem recebe um legado: bem certo ou identificado pela espécie, quantidade e qualidade, que lhe é conferido por meio de testamento ou codicilo” (DIAS, 2021, p. 548).

De resto, o codicilo é um escrito onde o testador trás recomendações quanto ao seu funeral, esmolas e doações de bens de irrisório valor, não tendo as formalidades do testamento solene (art. 1.876, § 2º, CC). Por último, o fideicomisso, que é uma modalidade de substituição, onde para um mesmo bem pode-se instituir dois herdeiros ou mais, para momentos distintos, por meio de testamento (art. 1.951, CC).

3 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O MÉTODO DA CRIOPRESERVAÇÃO

Inicialmente, tal técnica foi um grande avanço científico e biológico na sociedade, sobretudo, na esfera familiar, haja vista que possibilitou a constituição de relações de parentalidade biológica através de técnicas científicas, para aqueles que sofrem com

problemas diversos de procriação natural através da cópula.

O autor Torres Filho (2010) faz a seguinte abordagem sobre a reprodução assistida:

A contribuição trazida à reprodução humana, no que diz respeito à impossibilidade de ter filhos, é muito mais notória, sobretudo, porque a transmissão de vida constitui uma sublime capacidade humana, à medida que traz enormes mudanças sociais, culturais e emocionais na vida de quem procria. (TORRES FILHO, 2010, p. 44).

França (2014) ainda faz a seguinte menção histórica:

Chevalier relata que Le Bon, em 1300, realizou tais processos em animais, tendo sido, porém, o veterinário Ivanoff o propulsor da técnica moderna da reprodução assistida. Em 1790, o médico inglês John Hunter realizou, com êxito, numa mulher, essa operação pela primeira vez. No entanto, somente em 1978 nasceu o primeiro “bebê de proveta”, Louise Brown, no Oldham and District General Hospital de Lancashire, perto de Manchester. As estatísticas americanas publicadas por Segmond e Koerner no JAMA (Artificial Insemination, 759, v. 135, 15.11.1957) mostravam, naquela época, nos EUA, a realização de 9.489 fecundações assistidas (FRANÇA, 2014, p. 355-356).

Entretanto, tal evolução trouxe reflexos incontrovertidos no âmbito dos direitos sucessórios e patrimoniais, uma vez que uma dessas técnicas permite a criopreservação (congelamento) de embriões para que possam ser inseridos no útero materno futuramente. No entanto, em alguns casos, o genitor falece sem que antes estes tenham sido implantados.

No Brasil, de acordo com o Diretor da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, Amaral (2018) no *site* oficial do Conselho Federal de Medicina (CFM), o primeiro marco da reprodução assistida se deu em 7 de outubro de 1984, com o nascimento de Ana Paula Caldeira, sendo esta a primeira geração de uma criança através de fertilização *in vitro*, técnica onde um único espermatozoide é injetado diretamente no óvulo, o que leva a um aumento substancial nas taxas de fertilização em relação à FIV.

Já o primeiro congelamento de embrião ocorreu em 2005, como forma de postergar a gravidez. Em 2017, o CFM atualizou e aprimorou as normas em torno da utilização dessa técnica, mas até então o legislador não se atentou para o reflexo que isso trouxe no cenário dos direitos sucessórios.

Segundo dados do 14º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrião), produzido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), o Brasil é líder na Reprodução Assistida (RA) dentro da América Latina, isso porque o país centraliza 40% dos centros voltados a realização dessa técnica. Outro motivo é o crescimento no número

de mulheres que buscam o procedimento, de acordo com a Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida (REDLARA).

Paralelamente, é sabido que os métodos de Reprodução Assistida são muito variados, de modo que podem ser pelo coito programado até mesmo a “barriga de aluguel”. Como destacado:

As técnicas de reprodução assistida inserem-se no contexto mais amplo dos cuidados relativos à infertilidade. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), infertilidade é a ausência de concepção depois de pelo menos dois anos de relações sexuais não protegidas. Os fatores de infertilidade podem ser absolutos ou relativos. A infertilidade absoluta deriva de situações irreversíveis em que a concepção só será possível por meio de técnicas de reprodução assistida. Nas situações de hipofertilidade, a concepção poderá ser conseguida, em alguns casos, por terapias tradicionais (TORRES FILHO, 2010, p. 44).

Uma das técnicas utilizadas é a da fertilização *in vitro*, onde os óvulos são retirados do corpo da mulher e colocados junto com os espermatozoides no mesmo ambiente. Após a formação do embrião, será realizada a transferência para o útero, ou será guardado para uso posterior por tempo indeterminado, através da criopreservação. Tais embriões que mantêm-se congelados, são denominados como “embriões excedentários”.

Sendo assim, a criopreservação é uma técnica de congelamento de células e tecidos biológicos, como espermatozoides, óvulos, tecido ovariano e embriões, em uma temperatura de 196°C negativos, a fim de que possam ser utilizados posteriormente, por fecundação homóloga.

Por último, a Resolução nº 2.294 do CFM de 27 de maio de 2021, estipula as normas éticas e regras a serem adotadas no uso da RA. Entre suas disposições, está prevista que a idade máxima para se utilizar a técnica é de 50 anos (I, 3, 3.1).

Além do mais, no momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados. Desse modo, devem manifestar a vontade expressa concernente ao futuro destes em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los (V, 3.).

Também está disposto:

4. Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se essa for a vontade expressa dos pacientes, mediante autorização judicial.

5. Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados, mediante autorização judicial.

5.1 Embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato preestabelecido e não foram localizados pela clínica (BRASIL, 2021).

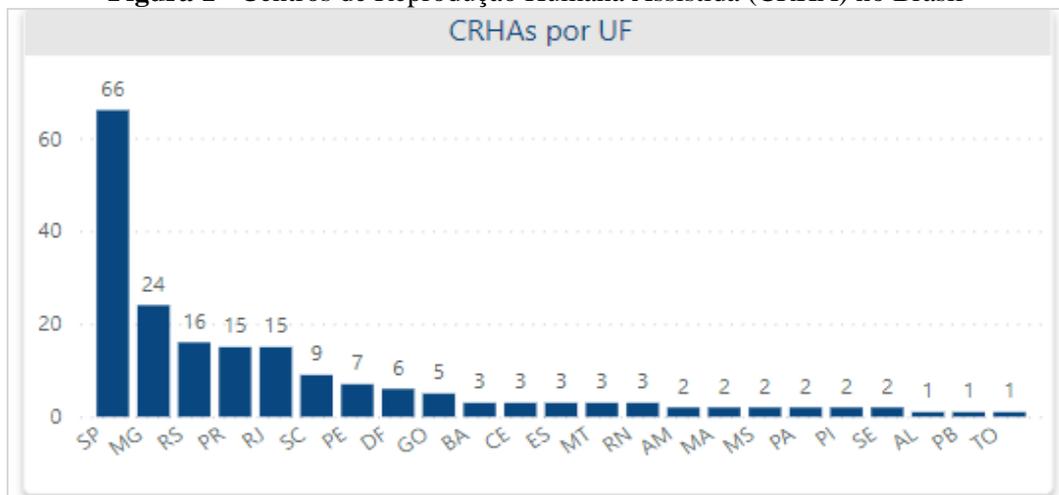
Sobre o procedimento, elucida Lass (1999):

O programa de FIV é realizado em quatro etapas: 1) desenvolvimento dos folículos ovarianos (vesículas contendo os óvulos); 2) coleta dos oócitos (óvulos); 3) fecundação do óvulo e crescimento do embrião; 4) transferência do embrião para dentro do útero. (...) Várias drogas (hormônios) são utilizadas isoladas ou em combinação, para induzir o desenvolvimento de vários folículos ovarianos. Esses medicamentos proporcionam a coleta múltipla de óvulos. Um número maior de óvulos aumenta as chances de fecundação e, conseqüentemente, maior número de embriões a serem transferidos. Uma segunda medicação chamada de Gonadotrofina Coriônica Humana (HCG) é administrada, sucedendo a utilização dessas medicações estimulatórias. Esse hormônio deve ser administrado na época apropriada do desenvolvimento folicular, de modo a permitir que os óvulos terminem seu desenvolvimento (TORRES FILHO, 2010, p. 47).

Assim, a transferência de embriões consiste na colocação dos melhores embriões descongelados diretamente no útero, para que com sua implantação no endométrio, a gravidez possa se desenvolver.

Como prova, a Figura 1 traz as informações levantadas pela SisEmbrio e publicadas no *site* oficial da Anvisa, onde está evidenciado o total de centros que usam a técnica, distribuídos por Estado, bem como sobre a produção de fertilização *in vitro* nos anos de 2020 a 2022, com dados atualizados em 21 de maio de 2023:

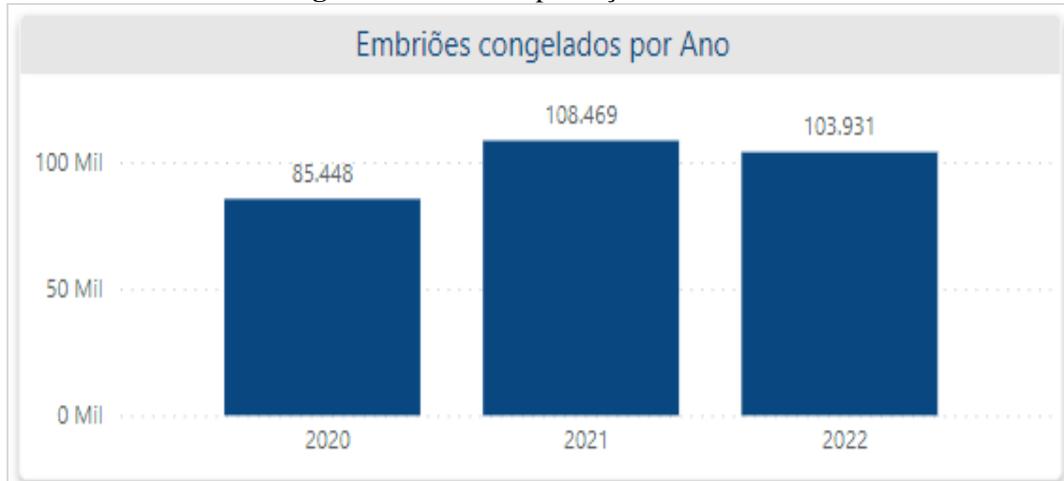
Figura 1 - Centros de Reprodução Humana Assistida (CRHA) no Brasil



Fonte: SisEmbrio (2020-2022, com adaptações).

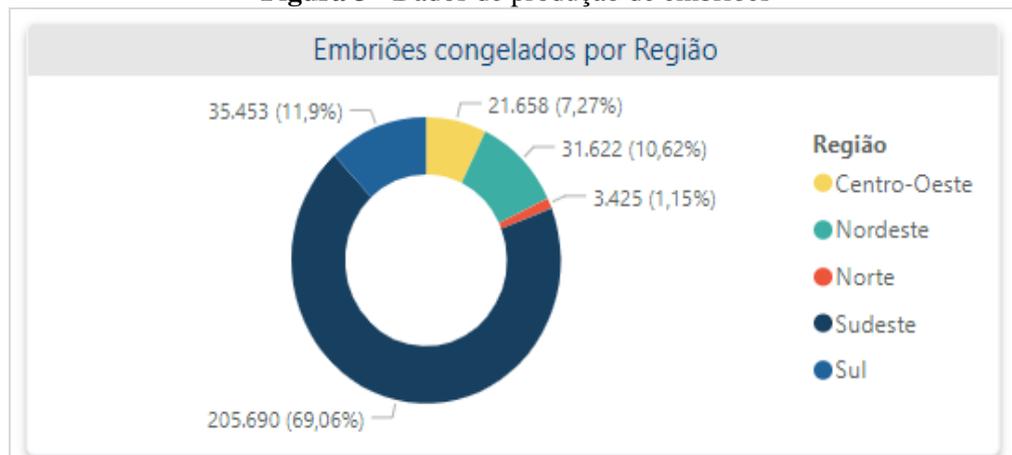
Observam-se nas Figuras 2 e 3 o total de embriões congelados até 2022 e por Região.

Figura 2 - Dados de produção de embriões



Fonte: SisEmbrio (2020-2022, com adaptações).

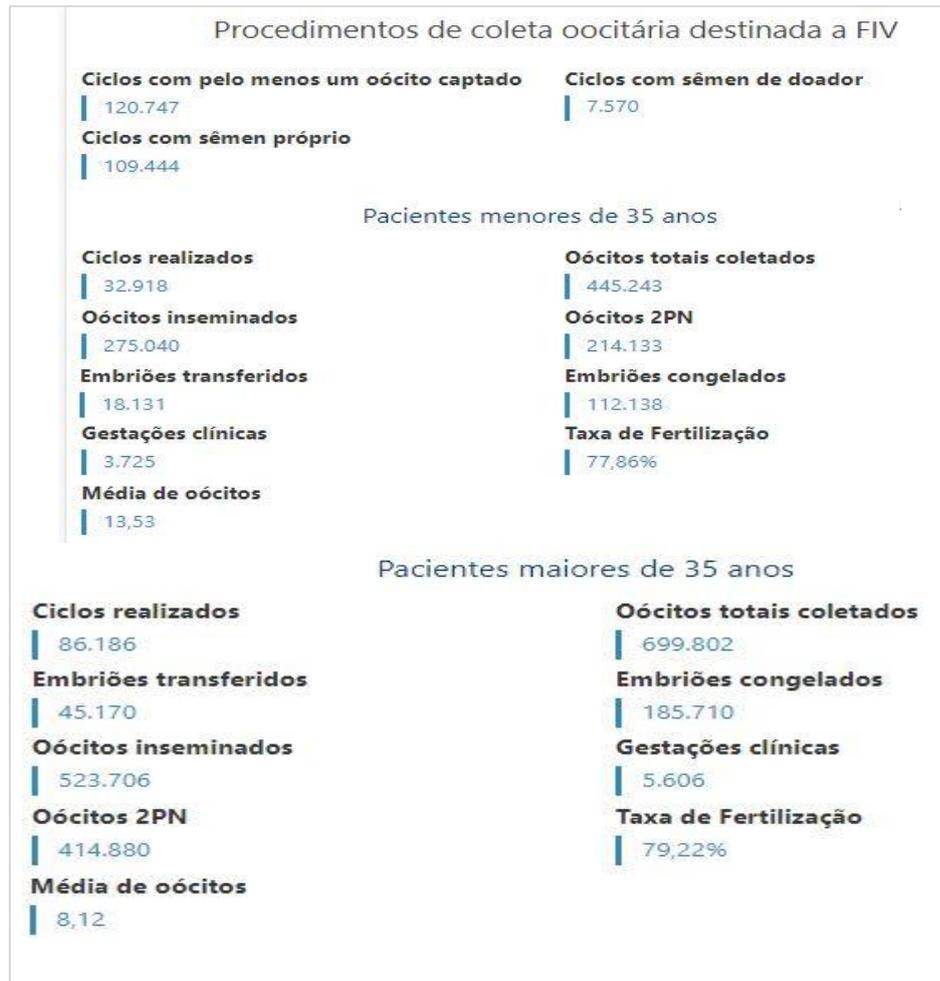
Figura 3 - Dados de produção de embriões



Fonte: SisEmbrio (2020-2022, com adaptações).

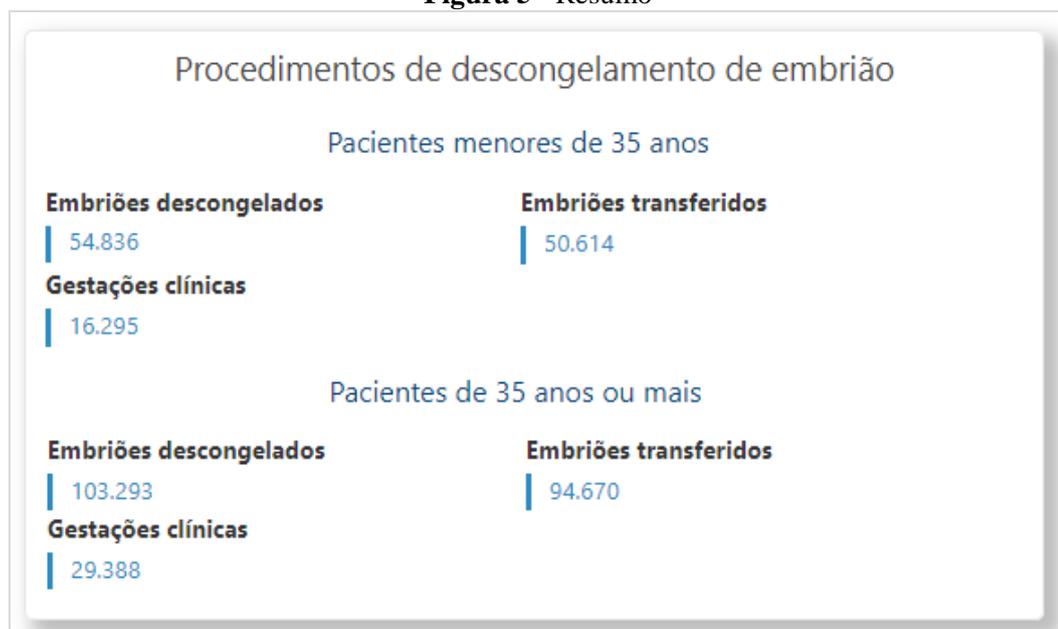
Continuamente, se vê quantos embriões, em média, foram congelados e utilizados posteriormente em pacientes menores e maiores de 35 anos, bem como a taxa de gestações clínicas até 2022 (Figura 4 e Figura 5).

Figura 4 – Resumo



Fonte: SisEmbrio (2020-2022, com adaptações).

Figura 5 - Resumo



Fonte: SisEmbrio (2020-2022, com adaptações).

Ainda, segundo a REDLARA, o país lidera o ranking latino-americano dos países que mais realizaram fertilização *in vitro* (FIV), inseminação artificial e transferência de embriões. Destes, 83 mil bebês brasileiros nasceram em 25 anos, por meio de tratamentos de reprodução assistida. De acordo com a presidente da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida (SBRA), Hitomi Nakagawa, a realização da prática vem sendo frequente, isso porque as mulheres cada dia mais desejam evitar obstáculos à sua permanência no mercado de trabalho e adiar esses tratamentos, deixando para engravidar depois.

4 A PERSONALIDADE JURÍDICA DO EMBRIÃO SOB A ÓPTICA DA TEORIA NATALISTA E CONCEPCIONISTA E OS SEUS DIREITOS

Como já exposto, têm-se que embrião é o conjunto de células que dão origem ao ser humano, de modo que sua formação é por meio da fecundação, que é o encontro do óvulo com o espermatozoide no útero.

Quando se trata de sua personalidade, a lei ainda não é clara a esse respeito, pois existem diversas discussões doutrinárias em relação ao início da vida embrionária. Assim sendo, há a divergência quanto a sua natureza jurídica e, conseqüentemente, se é ou não pessoa. À vista disso, é importante elucidar as correntes das teorias natalista e concepcionista.

Para Venosa (2011), a personalidade jurídica pode ser descrita da seguinte forma:

(...) Assim, ao conjunto de poderes conferidos ao ser humano para figurar nas relações jurídicas dá-se o nome de personalidade. A capacidade é elemento desse conceito; ela confere o limite da personalidade. Se a capacidade é plena, o indivíduo conjuga tanto a capacidade de direito como a capacidade de fato; se é limitada, o indivíduo tem capacidade de direito, como todo ser humano, mas sua capacidade de exercício está mitigada; nesse caso, a lei lhe restringe alguns ou todos os atos da vida civil. Quem não é plenamente capaz necessita de outra pessoa, isto é, de outra vontade que substitua ou complete sua própria vontade no campo jurídico. A pessoa, maior de 18 anos, no sistema atual, com plena higidez mental, possui capacidade de direito e de fato (VENOSA, 2011, p. 49).

No mesmo prisma, o CC dispõe em seu art. 2º “que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002). Desta forma, tal percepção está fundada sob o enfoque da teoria natalista, que garante tal qualidade a aqueles que nascerem com vida, para só assim se ter início a personalidade. Se trata de uma condição, na qual o direito está em uma situação de mera potencialidade. O nascimento dá-se pela separação da criança da mãe, isto é, pela desagregação das vísceras e do cordão umbilical, cabendo aos próprios médicos a averiguação

da respiração do ser, para prova de vida.

Noutro enfoque, os adeptos da corrente concepcionista, aduzem que tal personalidade se dá a partir da própria concepção, quando ocorre a fixação do embrião na parede do útero, processo conhecido como “nidação”. No entanto, para a legislação vigente, na parte final do art. 2º do CC, tal teoria apenas garante a salvaguarda dos direitos futuros do nascituro, a exemplo da garantia ao reconhecimento de filiação (art. 1.609, parágrafo único, CC), prestação alimentícia e ser beneficiário de doação feita pelos pais (art. 542, CC), o que não lhe confere personalidade.

Paralelamente, para alguns pensadores, não há diferença se esta concepção ocorre no útero ou *in vitro*. Todavia, ainda existe uma discussão se há necessidade de implantação do embrião no útero materno, para que se possa falar em nascituro, que é a pessoa que virá a nascer. Mas, para todos os efeitos, a personalidade se inicia com o nascimento com vida, embora os direitos sejam tutelados desde a concepção.

Em relação as técnicas de RA, existe a Resolução nº 2.294/2021 do CFM, que regula os métodos utilizados, bem como, a lei prevê direitos como o livre planejamento familiar, previsto no art. 226º, § 7º da Constituição Federal de 88 e na Lei nº 9.263/1996, que em seu art. 2º dispõe:

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. e presunção de paternidade (BRASIL, 1996).

Ademais, concernente aos embriões excendatários, é prevista a presunção de paternidade, nos termos do art. 1.597, incisos IV e V do CC. Porém, nada em torno de seus direitos sucessórios *post mortem*, a não ser as controvérsias doutrinárias e jurídicas.

5 AS DIVERGÊNCIAS JURÍDICAS E DOUTRINÁRIAS EM TORNO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO EMBRIÃO CRIOPRESERVADO *POST MORTEM*

Paralelamente, sabe-se que o art. 1.845 do CC estabelece que os filhos são herdeiros necessários, desse modo, fazendo jus à legítima que é a metade do acervo hereditário de uma herança (art. 1.846, CC). Além de que, ainda existe a sucessão testamentária, prevista no art. 1.784. Mas no caso da reprodução assistida, se a mulher vir a inserir o embrião mesmo após a morte do seu cônjuge ou companheiro, se existir autorização expressa para que isso ocorra,

isso implica os direitos sucessórios deste embrião *post mortem*, já que ao tempo do falecimento do autor da herança e, conseqüentemente, a imediata transferência de pleno direito dos bens do falecido para os seus herdeiros, este embrião ainda estava congelado, sendo que o art. 1.798 do CC, estabelece que o herdeiro precisa já ter nascido ou já ter sido concebido na abertura da sucessão.

Entretanto, mesmo que o legislador tenha adotado tal teoria ao constituir o CC e a regulamentação do direito sucessório no país, ele não se atentou para um avanço que vinha surgindo na sociedade, um fenômeno que impactaria continuamente as relações familiares e, irremediavelmente, a questão de sucessão. Tal fenômeno, conhecido como “reprodução assistida”, foi um marco para a ciência e bioética, pois proporcionou a intervenção humana na própria manipulação de se gerar uma vida.

No Brasil, segundo artigo publicado por Concília Ortona em 2019 no site oficial do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP), o marco se deu em 07 de outubro de 1984 com o nascimento de Ana Paula Caldeira, gerada por “ovodoação”, sendo ela o primeiro “bebê de proveta” da América Latina.

Observa-se que tal avanço e chegada ao país se deu antes mesmo da instituição do CC, mas mesmo assim o constituinte não contemplou os efeitos que isso traria mais adiante no direito de suceder, mas apenas tratando sobre questões de reconhecimento de filiação, veja-se:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
 III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
 IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
 V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (BRASIL, 2002).

O que ocorre é que algumas técnicas permitem o congelamento destes embriões que podem ficar anos guardados e serem utilizados futuramente. Mas o que acontece em relação aos direitos sucessórios se eles vierem a ser implantados após o falecimento do proprietário do material genético?

Ainda não existe uma resposta exata para o levantamento, e nem tampouco algo regularizado na lei. A problemática é que para que o herdeiro legítimo tenha direito a sua quota parte, é necessário que exista ao tempo da abertura da sucessão (art. 1.798, CC), assim como o herdeiro testamentário, sendo este um requisito estabelecido pela própria norma jurídica. Mas como falado anteriormente, a fecundação pode ocorrer anos após o falecimento de quem, em vida, manifestou o desejo de ter filhos ou de testar.

Diante da falta de regularização ampliada sobre a temática, o CFM na Resolução nº 2.320/2022, estabelece que o “consentimento livre e esclarecido é obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida” (BRASIL, 2022), bem como deve haver um documento de consentimento livre e esclarecido, elaborado em formulário específico e completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas utilizadas.

Vários são os questionamentos levantados, como o de os embriões serem considerados nascituros ou prole eventual (filhos não concebidos), e a personalidade jurídica destes, pois se reconhecidos como nascituros, teriam personalidade jurídica e poderiam desfrutar da qualidade de herdeiros, independentemente de quando fosse levada a efeito a implantação. Se isso acontecesse, com o nascimento com vida fariam jus ao quinhão hereditário e a seus frutos desde a abertura da sucessão. Por outro lado, se tidos como prole eventual, apenas poderiam ser eleitos como herdeiros testamentários.

A autora Dias (2021), é uma grande levantadora do teor. Segundo ela:

É difícil dar mais valor a uma ficção jurídica do que ao princípio Constitucional da igualdade assegurada à filiação (CR 227, § 6º). Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798), e até às pessoas ainda não concebidas (CC 1.799 I e 1.952), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem*. É necessário dar ao dispositivo interpretação constitucional, pois o filho nascido de concepção póstuma ocupa a classe dos herdeiros necessários. A normatização abrange não apenas as pessoas vivas e concebidas no momento da abertura da sucessão, mas também os filhos concebidos por técnica de reprodução humana assistida *post mortem* (DIAS, 2021, p. 172-173).

Paralelamente, o nascituro é definido como o ser que está em desenvolvimento no útero materno. Nessa linha de pensamento, para a teoria natalista que é a adotada no Brasil, ele recebe a herança *in útero* com a condição de que nasça com vida, isto é, a herança não lhe pertence antes do nascimento e enquanto estiver sendo gestado, mas a lei determina a salvaguarda de seus interesses e que sua parte fique disponível e preservada até o seu nascimento, momento em que ela lhe será entregue.

Mas quando se fala em embrião criopreservado, ainda não têm-se um reconhecimento concreto de sua consideração como nascituro, por não está no útero, mas congelado. Do mesmo modo, sua personalidade jurídica, que alguns reconhecem como plena de direito, com pauta no princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, e outros como algo superficial e inexistente.

Ressalte-se que as divergências não se encontram apenas entre doutrinadores e

estudiosos do direito, mas também entre seus operadores, como observa-se a seguir:

CONSTITUCIONAL.
 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5ª DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO (ADI 350, Relator Min. Ayres Britto, Julgamento 29/05/2008).

A referida ADI, foi de suma importância para o levantamento de discussões sobre o momento em que a vida se inicia, de modo que foi necessário que o STF enfrentasse o tema diante de todo o ordenamento jurídico vigente, e no caso em tela, o princípio Constitucional da inviolabilidade do direito à vida.

Ocorre que na época o próprio Ministério Público, por meio do ex procurador da República, Carlos Fonteles, interpôs a ação com o intuito de confrontar o art. 5º da Lei de Biossegurança de nº 11.105/2005, declarando-o inconstitucional. Os argumentos utilizados foram o da defesa do direito à vida do embrião, mesmo que conservado *in vitro*, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana e da isonomia, não devendo ele ser tratado com indiferença e ser submetido a experiências. Ainda afirmaram que a vida se inicia com a concepção, de modo que não deveria haver diferença entre um embrião fecundado *in vitro* e não introduzido no útero materno, ou fecundado naturalmente. Entretanto, o relator não acatou os argumentos, votando pelo improvimento da ação (BRASIL, 2005).

Tais discrepâncias geram conflitos de entendimentos no campo do direito, haja vista que não se chega a uma conclusão exata sobre a personalidade jurídica do embrião criopreservado e sobre seus direitos sucessórios *post mortem*.

O Enunciado nº 267 CJF/STJ, da III Jornada de Direito Civil preceitua:

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.

Outra contrapartida mostrada através do enunciado apontado, que reconhece os direitos sucessórios do embrião.

Fazendo-se outra comparação entre as divergências jurídicas, em um recurso de agravo de instrumento interposto no Tribunal de Justiça de São Paulo em 2017 (voto nº 18/26180, agravo de instrumento nº 2229232-49.2017.8.26.0000, Relator Miguel Brandi), os agravantes recorreram de uma decisão de ação de inventário em que a juíza entendeu que na hipótese de implantação dos embriões na viúva e, conseqüentemente, o nascimento destes com vida, fariam jus ao recebimento da herança deixada. Porém, o relator deu provimento ao agravo para afastar a hipótese, veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Inventário Decisão que reconheceu a capacidade dos embriões, deixados pelo de cujus, para serem herdeiros em igualdade de condições com os filhos agravantes, e que determinou o pagamento de R\$8.000.000,00, a título de legado, à esposa do falecido. LEGADO - De cujus que deixou em testamento, ao livre arbítrio da agravada, a escolha do apartamento que por ela seria comprado, sem estipular limite de preço - Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador - Inteligência do art. 1.899 do CC - De cujus que pretendia amparar a esposa na sua falta e dar a ela conforto - Indicação, no testamento, de três bairros em área nobre da cidade que não impede a escolha de apartamento situado em bairro adjacente - Reforma para o imóvel, caso não seja novo, que deve considerar o desejo da legatária, nos termos do testamento - Imóvel escolhido situado em prédio com onze anos desde a construção - Escolha da agravada que atende os requisitos estipulados no testamento - Inexistência de afronta à legítima dos agravantes - Decisão que deve ser mantida neste ponto. EMBRIÕES - Capacidade sucessória - Questão que é objeto de outra demanda (tutela provisória de urgência de natureza antecipada), ajuizada pelos aqui agravantes, recentemente julgada procedente- Desnecessidade e inoportunidade de, no inventário e neste momento, analisar a questão e considerar os embriões como herdeiros, ainda que condicionada a eventos incertos (implantação e nascimento com vida) - AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO, apenas para afastar, por ora, a capacidade sucessória dos embriões.

Diante do exposto, é evidente a lacuna deixada, e mesmo que a lei faça referência às técnicas de reprodução assistida, não há qualquer previsão dos reflexos do uso desses procedimentos no âmbito do direito sucessório.

O CC estabelece em seu art. 2º que a personalidade civil de uma pessoa começa com o nascimento com vida, seguindo a lógica da teoria natalista, mas põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, que é o momento em que o espermatozoide fecunda o óvulo. Alguns adeptos da teoria concepcionista acreditam que tal personalidade se inicia exatamente desde essa concepção, ideia essa que vem ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo os direitos dos

ainda não nascidos, veja-se o exemplo:

EMENTA

DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI nº. 6.194/1974. INCIDÊNCIA (Recurso Especial nº 1.415.727 – SC, 2013, Relator Min. Luis Felipe Salomão).

No voto, o Ministro alegou que é garantida aos ainda não nascidos a possibilidade de receber a doação e de ser curatelado. Além do mais, conforme seu entendimento, mesmo que adotadas teorias restritivas, teria que ser reconhecida a titularidade de direitos de personalidade do nascituro, sendo o da vida o principal. No relatório ele diz:

Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais (SALOMÃO, 2013, p. 11).

Diante disso, caso esse pensamento se consolidasse, seria uma porta de entrada para os direitos sucessórios do embrião criopreservado, se antes ele fosse considerado nascituro, pois sua concepção ocorre ao se fundir o óvulo com o esperma no laboratório, mesmo em ambiente que não seja o útero.

6 HIPÓTESES EM QUE O EMBRIÃO CRIOPRESERVADO PODERIA SUCEDER *POST MORTEM*

Conforme visto, o CC é bem claro quando trata da sucessão dos herdeiros legítimos e testamentários, de modo que são requisitos fundamentais para que possam herdar, estarem vivos ou já concebidos quando no momento da abertura da sucessão (art. 1.798, CC).

Entretanto, quando se trata dos direitos sucessórios do embrião criopreservado, se este por ventura vier a ser inserido após a morte de seu genitor, até o presente, a lei é omissa, de modo que geram-se conflitos de entendimentos entre juristas e doutrinadores, face a não definição de sua personalidade jurídica de fato, o não reconhecimento de seus direitos sucessórios e nem de igualdade entre a concepção no útero materno e em laboratório. Entretanto, existem algumas situações hipotéticas em que este poderia vim a suceder, assim

como alguns projetos de lei em tramitação, que visam regularizar a situação.

6.1 PROLE EVENTUAL PELA VIA TESTAMENTÁRIA E PETIÇÃO DE HERANÇA

Está disposto no inciso I do art. 1.799 do CC: “Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão (BRASIL, 2002). Tal disposição possibilita que aqueles que ainda não foram concebidos, possam fazer parte da sucessão, e receber sua parte da herança, por disposição de vontade do próprio testador. Para isso, é estipulado um prazo de dois anos pro herdeiro ser concebido (art. 1.800, § 4º, CC).

Diante disso, presume-se que se existe essa possibilidade que foge à regra do próprio art. 1.798 do CC, o autor da herança poderia, por acaso, favorecer o seu próprio descendente por meio do instituto da prole eventual. Sendo assim, os seus filhos fortuitos poderiam se beneficiar. Seria então uma sucessão testamentária de filiação eventual. Entretanto, por se tratar de prole ascendente, não seria o ideal, mas sim a sucessão legítima. Além de que, os direitos da criança não estariam totalmente resguardados. Mas no caso do embrião criopreservado, o genitor poderia lhe garantir direitos sucessórios mesmo que inserido após sua morte, mesmo que por disposição testamentária.

A esse respeito, Dias (2021) preceitua:

(...) Na sucessão testamentária, o poder discricionário do titular é quase absoluto. Ao fim e ao cabo, como é ato de liberalidade, o testador pode quase tudo. É que as concessões de bens ou direitos configuram verdadeiras doações: o titular do patrimônio brinda quem quiser, podendo condicionar o recebimento de direito da forma como lhe aprouver. Ao contrário do que acontece com a herança, cuja transmissão é sempre imediata, na sucessão testamentária tem o testador a liberdade de subordinar o recebimento da herança a termo e a condições e impor encargos, tal qual como ocorre nos negócios jurídicos (CC 121 a 137) (DIAS, 2021, p. 446).

Simultaneamente, existe a possibilidade da petição de herança. Sobre seu teor, dispõe o art. 1.824 do CC: “O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua” (BRASIL, 2002).

Deste modo, a petição de herança pode ser proposta por determinada pessoa que quer ser reconhecida como herdeira do falecido. É possível que seja cumulada com ação de investigação paternidade. Seu prazo prescricional é de dez anos, conforme art. 205 do CC. O prazo começa a contar da abertura da sucessão, de acordo com entendimento consolidado da

Quarta Turma do STJ, no Agravo em Recurso Especial nº 479648 - MS (2014/0039759-2), Relator Ministro Raúl Araújo, 2014. Veja-se:

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DOAÇÃO CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 149/STF. ABERTURA DA SUCESSÃO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. O termo inicial do prazo prescricional da pretensão de petição de herança conta-se da abertura da sucessão, ou, em se tratando de herdeiro absolutamente incapaz, da data em que completa 16 (dezesseis) anos, momento em que, em ambas as hipóteses, nasce para o herdeiro, ainda que não legalmente reconhecido, o direito de reivindicar os direitos sucessórios (*actio nata*). 2. Nos termos da Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal: "É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança." 3. Diante da incidência das regras dispostas no art. 177 do CC/1916, *c/c* os arts. 205 e 2.028 do CC/2002, aberta a sucessão em 28.jul.1995, o termo final para o ajuizamento da ação de petição de herança ocorreria em 11.jan.2013, dez anos após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, de modo que foi ajuizada oportunamente a demanda, em 04.nov.2011. 4. Agravo interno a que se nega provimento.

No caso em tela, o colegiado negou o recurso especial de um homem que pedia o reconhecimento da prescrição da petição de herança ajuizada por uma sobrinha para anular doações feitas pelo avô dela, que não incluíram seu pai, reconhecido como filho biológico em ação de investigação de paternidade.

No mais, estas são duas hipóteses em que o embrião criopreservado pode figurar como herdeiro no campo do direito sucessório.

6.2 PROJETOS DE LEI

Atualmente, alguns projetos de lei se encontram em tramitação na Câmara dos Deputados. A título de exemplo, o projeto nº 115/2015 apresentado pelo Deputado Juscelino Rezende Filho (PRP-MA), que visa estabelecer o Estatuto da Reprodução Assistida, que em seu artigo 59 prevê:

Art. 59. Tratando-se de fecundação *post mortem*, garantir-se-á o direito sucessório do descendente, caso a gravidez ocorra em até 3 anos da abertura da sucessão do genitor que autorizou expressamente a utilização de seu gameta ou embrião criopreservado (REZENDE FILHO, 2015, p. 13).

Igualmente, a PL nº 7.591/2017, de autoria do Senhor Carlos Bezerra, que visa

acrescentar parágrafo único ao art. 1.798 da Lei nº 10.406 do CC, para conferir capacidade sucessória aos concebidos com o auxílio de técnica de reprodução assistida após a abertura da sucessão. Nas palavras de Bezerra (2017):

(...) O artigo 1.798 do Código Civil preceitua que se legitimam a suceder as pessoas já concebidas no momento da sucessão. Não define, contudo, o que se entende por concepção. Ocorreria pela simples penetração do espermatozoide no óvulo (reputando-se concebido o embrião *in vitro*) ou apenas quando da implantação ou da fertilização? (BEZERRA, 2017, p. 03).

Ele ainda afirma: “Cremos que se a filiação é reconhecida, segue-se de consequência o direito de suceder, independentemente do período decorrido entre a abertura da sucessão e a concepção” (BEZERRA, 2017, p. 03).

Mediante o exposto, se aprovados estes ou outros projetos de igual matéria, será uma inovação no cenário do direito de sucessões e um divisor do que até então se está definido na lei e por seus refletidores quanto aos direitos sucessórios do embrião criopreservado inserido *post mortem*.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, é veras que o legislador não se atentou para os avanços científicos na área da reprodução humana, ao se referir somente às pessoas já concebidas, sendo necessário, urgentemente, um olhar legislativo e regulamentador em torno desta temática, bem como sua observância pautada sob o princípio da dignidade da pessoa humana, para que o embrião criopreservado *post mortem* tenha seus direitos resguardados na linha sucessória, visto que na sua simples existência, mesmo que ainda não no útero, já é presumido seu estado de vida ao coexistir no mundo material, bem como seu DNA advindo de seu progenitor.

Diante disso, é incontestável a relevância do tema apresentado, haja vista que não há na doutrina e nem no próprio direito um entendimento pacificador e regulamentador em torno do teor, nem tão pouco uma lei específica que reja esta alteração, embora saiba-se que é necessário que o próprio legislador encontre soluções jurídicas para as discrepâncias e necessidades que vão surgindo na sociedade, ainda mais com os avanços na bioética.

No mesmo sentido, a doutrinadora Dias (2021) preceitua:

A lei faz referência às técnicas de reprodução assistida exclusivamente quando estabelece presunções de filiação. De forma injustificável, não há qualquer previsão dos reflexos do uso desses procedimentos no âmbito do

direito sucessório. O legislador, ao formular a regra contida no art. 1.798 do CC, não atentou para os avanços científicos na área da reprodução humana, ao referir somente as pessoas já concebidas. Mais um cochilo que traz muitas incertezas (DIAS, 2021, p. 171).

Nota-se perante o entendimento da autora, que é evidente a lacuna presente, mesmo que o assunto seja de grande importância dentro do direito civil, especialmente no tocante ao direito de família.

Ora, tal dispositivo legal tem como finalidade regular a vida em sociedade, dando um norte do que se pode ou não fazer para que a ordem social seja mantida. É, ainda, a principal matéria do direito privado. Um dos princípios que o regula é o da sociabilidade, que estabelece a ideia de uma função social onde os interesses coletivos devem prevalecer sobre os individuais.

Isto posto, observa-se o quão é necessário se observar e dá a devida atenção que o assunto necessita, já que é algo com forte presença e repercussão na sociedade. Dias (2021) ainda faz a seguinte análise:

Que tenha o autor da herança autorizado, por escrito, a fecundação depois de sua morte, questiona-se se o filho dispõe de direito sucessório, uma vez que não existia quando da abertura da sucessão. Claro que essas novidades alimentam acaloradas discussões e o surgimento de posições díspares, até porque a fecundação pode ocorrer anos após o falecimento de quem, em vida, manifestou o desejo de ter filhos. A lei é só silêncio (DIAS, 2021, p. 171).

Face ao exposto, é pertinente o interesse em discutir o tema que ainda encontra discrepâncias atuais e uma carência de sua regulamentação efetiva, a fim de se atender a sociedade, precipuamente, na base da família no que concerne ao direito de sucessão e a extensão do entendimento sobre os herdeiros na ordem de vocação hereditária.

É sabido que mesmo estando tais conceitos e disposições bem estabelecidas e delineadas pela lei vigente, ainda existem crescentes discussões e divergências acerca do tema: O embrião fecundado *in vitro* e o seu direito a sucessão legítima *post mortem*. Existe de fato um direito resguardado nessa situação? O embrião criopreservado pode ser considerado pessoa concebida? Em que momento ele é considerado ser humano? A partir da fecundação ou da nidação? Qual sua personalidade jurídica? Ele pode suceder na linha de vocação hereditária, de modo a ser considerado herdeiro *post mortem*?

Acerca dessas indagações, a grande problemática é o fato de não haver na doutrina e nem no próprio direito cível um entendimento pacificador e regulamentador em torno do teor.

Concomitantemente, é necessário que o operador do direito recorra a princípios,

analogias e costumes para tentar solucionar o impasse, já que não existe uma norma específica que regule a questão, mas em contrapartida serão inevitáveis as discordâncias entre diferentes tribunais e doutrinadores.

Em sendo assim, como mostrado anteriormente, a reprodução assistida é uma realidade há bastante tempo no Brasil, e conforme apontado pelos dados levantados pela SisEmbrio nas imagens adaptadas, o país é o principal lugar dentro da América Latina onde a técnica é utilizada para atender aos anseios daqueles que desejam constituir família, pois não conseguem por vias naturais.

As informações prestadas mostraram um número exorbitante de procedimentos feitos por meio das técnicas de RA no país, tal como o sucesso nas gestações, inclusive, com utilização de embriões congelados, entre os anos de 2020 a 2022.

Entretanto, apesar dos demonstrativos e do longo tempo em que a primeira técnica chegou ao país, ainda é predominante a inércia do legislativo no tocante aos direitos sucessórios do embrião criopreservado inserido *post mortem*.

Mas mesmo diante das divergências, existe a hipótese deste ser considerado herdeiro, levando-se em consideração alguns entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, as hipóteses levantadas, bem como alguns projetos de lei que se encontram em tramitação e, se aprovados, regulamentarão a situação.

Logo, pode-se dizer que a reprodução assistida se trata de um fenômeno e avanço social e científico, que possibilitou a inovação na forma de reprodução humana, influenciando em suas relações e em sua própria natureza de procriação natural, assim como nos valores atrelados ao pensamento sobre a vida e a perspectiva de seu início de fato. Isto posto, é imprescindível a adequação do direito ao cenário presente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Adelino. **2017 marcou a história da reprodução assistida no Brasil**. 2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/artigos/2017-marcou-a-historia-da-reproducao-assistida-no-brasil/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). Ministério da Saúde. **SisEmbrio Sistema Nacional de Produção de Embriões**. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/acessoinformacao/dadosabertos/informacoes-analiticas/sisembrio>. Acesso em: 22 abr. 2023.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA (SBRA). **Quais tendências da Reprodução Assistida para os próximos anos?** 2022. Disponível em: <https://sbra.com.br/noticias/quais-as-tendencias-da-reproducao-assistida-para-os-proximos-anos/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 7.591, de 10 de maio de 2017**. (Do Sr. Carlos Bezerra). Acrescenta parágrafo único ao art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para conferir capacidade para suceder aos concebidos com o auxílio de técnica de reprodução assistida após a abertura da sucessão. Brasília, 2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1563445&filenam e=Avulso%20PL%207591/2017. Acesso em: 01 mar. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 115, de 03 de fevereiro de 2015**. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Brasília, Câmara dos Deputados, 2015.

BRASIL. Diário Oficial da União Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.294, de 27 de maio de 2021**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>. Acesso em: 19 maio 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 abr. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 14 maio de 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 15 maio de 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 18 maio de 2023.

BRASIL. Senado Federal. Secretaria de Editoração e Publicações. Coordenação de Edições Técnicas. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 24 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo TJ-SP. Poder Judiciário. Registro: 2018.0000788863. (Rel. Miguel Brandi). **Agravo de Instrumento Nº 222456-33.2017.8.26.0000**. São Paulo, 2018. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11890690&c dForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_bde2cb39306b4c4384fafec795ee4dba&g-recaptcha-

response=03AIIukzj6K4OXT57Ro1T9T5KYFc

D1kog_h6_mr25riKzxxcsEB32cvzCZmD29-y9AAcwctiSQ_7HEu345Fuw1P_. Acesso em: 17 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.415.727 - SC (2013/0360491-3)**. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Santa Catarina, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/direito-nascituro-stj.pdf>. Acesso em: 18 maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Agravo em Recurso Especial: Ação de investigação de paternidade post mortem c/c pedido de herança. Provas indiciárias do relacionamento. (EAREsp 1.260.418/MG, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 26/10/2022, DJe de 24/11/2022). **Lex**: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Minas Gerais, p. 01-72, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF. (Rel. Min. Ayres Brito, 29 de maio de 2008). **Lex**: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Distrito Federal, n. 96, p. 134-428, 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP. (7ª Câmara). Agravo de Instrumento 2229232-49.2017.8.26.0000/SP. (Rel. Des. Miguel Brandi, 30 de maio de 2018). **Lex**: Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 18, p. 1-9, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). Recurso Especial 1.415.727/SC. (Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 04 de setembro de 2014). **Lex**: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Santa Catarina, v. 55, n. 1415727, p. 123-427, 04 set. 2014.

DA REDAÇÃO. Post Mortem. **STJ julga implantação de embriões após morte de um do cônjuges**. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/345763/stj-julga-implantacao-de-embrioes-apos-morte-de-um-do-conjuges>. Acesso em: 11 abr. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 7. ed. São paulo: Juspodivm, 2021.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea de. **O direito como meio de controle social ou como instrumento de mudança social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense 1997.

REZEDE FILHO, Juscelino. **Projeto de Lei nº 115/2015**. Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>. Acesso em: 15 abr. 2023.

TORRES FILHO, Sylvio. **Reprodução humana assistida abordagem jurídica do instituto e responsabilidade médica**. 1 ed. João Pessoa : Ensin Editora , 2010. 170 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.