

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

MARIA ANTÔNIA CAVALCANTE MACAÍBA COSTA DE SOUSA

**A (IN) SEGURANÇA JURÍDICA DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DOS
EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS POST MORTEM**

**SANTA RITA
2020**

MARIA ANTÔNIA CAVALCANTE MACAÍBA COSTA DE SOUSA

A (IN) SEGURANÇA JURÍDICA DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DOS
EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS POST MORTEM

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como exigência parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas, perante o Curso de Graduação em Direito do Departamento de Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – DCJ/CCJ/UFPB.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Roberta Candeia Gonçalves.

SANTA RITA
2020

MARIA ANTÔNIA CAVALCANTE MACAÍBA COSTA DE SOUSA

**A (IN) SEGURANÇA JURÍDICA DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DOS
EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS POST MORTEM**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como exigência parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas, perante o Curso de Graduação em Direito do Departamento de Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – DCJ/CCJ/UFPB.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Roberta Candeia Gonçalves.

Banca Examinadora:

Data da aprovação: _____

Prof.^a Dr.^a Roberta Candeia Gonçalves

Prof. (examinador/a)

Prof. (examinador/a)

SANTA RITA

2020

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado força e coragem para prosseguir, quando eu tinha muitos motivos para desistir ou nem tentar. Aos meus pais que foram essenciais nesse processo, sempre me ajudando com as minhas dificuldades, e apoiando em tudo que faço.

Agradecer a minha orientadora Prof^a Roberta Candeia Gonçalves que conseguiu compreender a minha ausência e dificuldade, não só comigo, mas também com minhas colegas, nesse momento tão difícil que passamos em meio a pandemia. Aos professores que se dedicaram, sempre dando seu melhor, à Universidade Federal da Paraíba que abriu portas e meu deu o dom magnífico de abrir minha mente para os mais diversos assuntos.

Por fim, agradecer a mim mesma pela paciência, a persistência e ao meu autocontrole, em meio a tantos obstáculos que apareceram no caminho, fé, força de vontade e coragem.

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo analisar os aspectos sociojurídicos da vocação hereditária dos embriões excedentários *post mortem* e o impacto das principais correntes ao serem abordados pelo legislador e pela doutrina, sendo assuntos atuais, debatidos com frequência pela academia e até mesmo pela mídia. O presente trabalho de conclusão de curso tem como intuito analisar se a legislação civil aplicada a herança na ordem de vocação hereditária dos embriões excedentários se enquadra como um meio eficiente de organização da herança e sucessão. A sucessão e a ordem de vocação dos herdeiros não é uma construção recente na legislação pátria, estando presente há décadas e tornando-se cada vez mais complexa e ampla. Desse modo, a proteção dos direitos dos herdeiros e dos que possam vir a herdar encontram-se presentes nas construções legislativas brasileiras, bem como sua conceituação e causas de controvérsias. Dessa forma, ao longo deste trabalho buscou-se detalhar o conceito e as principais características da vocação hereditária dos embriões excedentários *post mortem*, a (in) segurança jurídica ao caracterizá-lo, além de seus aspectos jurídicos, incluindo a base legal que regulamenta o tema no Brasil, além das principais críticas e entendimentos doutrinários sobre o assunto, existente em livros e artigos científicos na área do direito constitucional, direito civil, e do direito processual civil. A metodologia utilizada foi de uma pesquisa exploratória bibliográfica, analisando dados já conhecidos, buscando uma visão geral e familiarização com o assunto.

PALAVRAS CHAVES: Vocação hereditária. Embriões excedentários. (In) segurança jurídica post-mortem.

ABSTRACT

The present work of completion of course aims to analyze whether the civil legislation applied to inheritance in the order of hereditary vocation fits as an efficient means of organization of inheritance and succession. The succession and the order of vocation of the heirs is not a recent construction in the national legislation, having been present for decades and becoming increasingly complex and wide. In this way, the protection of the rights of heirs and those who may be heirs are present in Brazilian legislative constructions, as well as their conceptualization and causes of controversies. This research aims to analyze the socio-legal aspects of the hereditary vocation of surplus post-mortem embryos and the impact of the main trends when they are approached by the legislator and the doctrine, being current issues, frequently debated by the academy. Thus, throughout this work, we sought to detail the concept and the main characteristics of the hereditary vocation of surplus post-mortem embryos, the legal (in) security to characterize it, in addition to its legal aspects, including the legal basis that regulates the theme in Brazil, in addition to the main criticisms and doctrinal understandings on the subject, existing in books and scientific articles in the area of civil law and civil procedural law. The methodology used was an exploratory bibliographic research, analyzing data already known, seeking an overview and familiarization with the subject.

KEYWORDS: Hereditary vocation. Surplus embryos. Post-mortem juridical insecurity.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CREMEPE – Conselho Regional de Medicina de Pernambuco

CF – Constituição Federal

CFM – Conselho Federal de Medicina

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
1. FORMAS DE SUCEDER	11
2.1 DA SUCESSÃO EM GERAL E OS PRINCÍPIOS SUCESSÓRIOS.....	12
2.2 SUCESSÃO LEGÍTIMA	15
2.3 SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA	19
2.4 SUCESSÃO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL	23
3. CORRENTES A RESPEITO DA INSEMINAÇÃO POST MORTEM DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS	27
3.1 CORRENTE RESTRITIVA.....	27
3.2 CORRENTE PARCIALMENTE RESTRITIVA.....	30
3.3 CORRENTE FAVORÁVEL.....	32
4. DA (IN) SEGURANÇA JURÍDICA DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS POST MORTEM	33
4.1 DA REGULAMENTAÇÃO.....	34
4.3 FUNÇÃO SOCIAL DA HERANÇA	41
4.4. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E FAMILIAR.....	47
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	511
REFERÊNCIAS.....	533

1. INTRODUÇÃO

Para falar de sucessão devemos lembrar um de seus principais aspectos, como disposto no próprio Código Civil, art. 1.798 que explicita de maneira geral o desenrolar da vocação hereditária dentro da sucessão legítima, onde quem sucede são apenas as pessoas vivas ou concebidas no momento da sucessão. Voltando-se apenas para esse artigo, tem-se em mente que com o falecimento do autor da herança, são convocadas a suceder os nascidos e os já concebidos no momento de abertura da sucessão, o nascituro (aquele que não nasceu ainda, mas seu nascimento já é dado como certo), dado que, a vocação hereditária desse está condicionada ao seu nascimento com vida.

Na sucessão testamentária, mais precisamente no art. 1.799 do Código Civil, como se sabe, existe a vocação da pessoa futura, ou da pessoa não concebida, o chamado *nodum conceptus*, as pessoas chamadas para suceder são as arroladas. Isso significa dizer que o *de cujus* pode deixar uma cláusula testamentária para uma prole eventual, deixar seus bens para uma pessoa ainda não concebida, um filho futuro que ainda não foi gerado e caso nasça com vida, herdará. A prole eventual não é o nascituro, nem o já concebido, mas terá que ser concebido no prazo de dois anos, a contar da morte do testador, de acordo com a própria lei.

A partir desse momento entra o embrião, se ele seria ou não uma pessoa com vida, ou uma prole eventual e quais suas características dentro do mundo jurídico, como se manifesta para a própria medicina, pois como já mencionado os que têm vocação hereditária garantida são os já nascidos, os nascituros e os concepturos. Os embriões laboratoriais muito são associados como não concebidos ainda, porque sua vida depende de um ventre para dar continuidade ao processo de “vida”. Por exemplo, um casal que adota a técnica de fertilização in vitro, com seus materiais genéticos, e ao utilizar essa maneira de inseminação, sobra muitos embriões e esses por consequência são criogenizados para caso haja necessidade, usá-los futuramente. Muito se questiona se os embriões congelados, que excederam, teriam direito a vocação hereditária, ou se eles estão na ordem de sucessão, e a resposta mais dada comumente é sim.

Existe duas corrente majoritárias que abordam esse tema, a primeira mais tradicionalista diz que esses embriões não têm direito a sucessão legítima, mas apenas à sucessão testamentária. A segunda, conforme o enunciado da CJP, nº

267, afirma que os embriões utilizados na reprodução humana assistida post mortem têm o direito à sucessão legítima, por seguir o raciocínio do artigo 1.597, inciso 3º do CC, em que esses embriões foram concebidos na constância do casamento, quando o *de cujus* estava vivo, independente da autorização expressa, podendo ser autorizado por outro termo legítimo que emane completa veracidade.

Logo, este trabalho tem o intuito de explicar tais questões da forma mais didática possível, trazendo as problemáticas de cada lado e se traria prejuízos à sucessão tanto legítima, quanto testamentária.

No tocante a diversas controvérsias, há a insegurança jurídica quanto ao prazo para se estabelecer a vocação desses embriões post mortem, pois não tem um prazo definido para realizar a fecundação e conseqüentemente não existe um prazo para abrir a sucessão definitiva. Em sentido controverso há a segurança jurídica quanto a pessoa que quer gerar o embrião quando sentir-se preparada para ter tal direito sobre seu corpo ou a dispor do direito garantido em cláusula testamentária.

Esse estudo se dividirá em três capítulos: da sucessão no seu sentido amplo; das correntes majoritárias e suas controvérsias; e como a doutrina, jurisprudência e os princípios do direito sucessório se comportam mediante a vocação hereditária dos embriões excedentários post mortem.

No primeiro capítulo abordaremos como a sucessão ocorre no Brasil de maneira em geral e os pontos preponderantes de cada uma, ou seja, como ocorre comumente, os aspectos da sucessão legítima e os por meios de inseminação, bem como seus princípios.

O segundo abordará quais as teorias a respeito da sucessão *post mortem* dos embriões excedentários, quais suas conseqüências na aplicação desse direito, as nuances, e as visões das respectivas, buscando sempre didatizar para o leitor os termos médicos-jurídicos e as controvérsias de cada corrente.

O terceiro e último capítulo se fundamentará em explicar a corrente mais aceita por nosso ordenamento jurídico, conforme as concepções e princípios para a vocação hereditária da sucessão, de acordo com valores expostos em nossa sociedade e a função social da herança.

Este trabalho terá como tipo de pesquisa a bibliográfica a partir da análise de teses e monografias, buscando sempre a explicação do problema através da análise de bibliografias publicadas nas mais variadas fontes, seja em forma de livros,

revistas, publicações avulsas ou imprensa escrita, sempre de acordo com o tema principal, a fim de encontrar respostas para inconclusões. Além disso, será documentalista, analisando leis, normas, resoluções, pesquisas on-line, jurisprudências, acórdãos e decisões dos magistrados, dentre outros que versem sobre a temática. Importante frisar que a análise de decisões sobre um assunto não unificado se dará de forma essencial, por meio dos processos judiciais e quais suas incidências, envolvendo o reconhecimento da vocação hereditárias dos embriões excedentários post mortem.

Referente à tipologia da pesquisa, esta terá uma abordagem qualitativa, tendo em vista que os elementos aqui colocados são complexos e não limitados a números que dela se obtém, a partir de uma análise das informações será obtida uma interpretação não tão objetiva, mas também não toda subjetiva.

Nestes termos, procurará ser uma pesquisa explicativa e descritiva, prevendo esclarecer assuntos já conhecidos, ou descobrir com que frequência qual o melhor modo de aplicar teses e doutrinas acerca da sucessão, buscando comparar criteriosamente pontos negativos e positivos.

1. FORMAS DE SUCEDER

Sucessão se trata de um dos últimos assuntos que vemos durante o curso de graduação em direito, mas precisamente na disciplina de Direito Civil, isso porque é necessário entender todas as outras coisas para se chegar a um conteúdo que para muitos é fácil de entender, e é nesse ponto que se enganam, pois há vários entendimentos controversos a respeito desta matéria, será o que veremos no decorrer do trabalho. Porém, primeiramente iremos tratar da sucessão no seu sentido amplo, e de que forma ela se propõe no direito brasileiro.

Quando falamos em sucessão em sentido amplo, e não apenas no direito de suceder aplicado ao direito civil, estamos falando em linhas gerais da transferência de um montante de prerrogativas e encargos de uma pessoa física ou jurídica para outra. De acordo com Gonçalves (2017, p. 967) “A palavra “sucessão”, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens.”.

Essa transferência de direitos e obrigações acontece basicamente em duas etapas, ou dois atos, como é comumente conhecido, o *inter vivos* que nada mais é do que um negócio jurídico, onde são observados todos aqueles requisitos do Código Civil, pode até ser um contrato, oneroso ou não. Já o segundo ato, o *causa mortis* é originada através do evento morte (CC, ART. 6º), onde os direitos e obrigações de uma pessoa são transferidos quando o indivíduo morre, e há alguém para suceder esses deveres ou garantias.

A sucessão tem como outra característica principal a pessoa física, porém seu ponto preponderante viabiliza-se quando há a extinção dessa pessoa natural que trará consigo todas essas prerrogativas e encargos que é chamado de herança. A matéria de sucessão se divide substancialmente em quatro institutos: a sucessão em geral; a sucessão legítima; a sucessão testamentária; e o inventário e a partilha. Como vimos a sucessão ocorre no momento em que a pessoa natural se extingue, além desses institutos tem-se a sucessão por inseminação que se frisa nesse ponto abordaremos então como ficaria a ordem de vocação hereditária dos embriões excedentários *post mortem*.

2.1 DA SUCESSÃO EM GERAL E OS PRINCÍPIOS SUCESSÓRIOS

A sucessão segundo o Código Civil, em seu art. 1.786, ocorre por meio da lei ou ato de última vontade. Esta ocorre no momento do evento morte do autor da herança, de acordo com o Princípio da *Saisine*, de origem germano-francês, adotado pelo Brasil no art. 1.785 do CC, é feita a transmissão imediata aos herdeiros. Entretanto, este princípio não é utilizado em toda sistemática sucessória, dado que, existem muitas outras particularidades como cláusulas condicionais, que precisam de aceitação ou cumprimento para a transmissão da herança.

Neste prisma, nos deparamos com a presunção de muitos princípios que abrangem o direito sucessório, embora alguns não estejam explícitos tem-se a conclusão devido a sua aplicação no mundo dos fatos, ou que uma coisa não pode existir sem a outra.

Explicam Stolze e Pamplona (2020, p. 48), que no ordenamento jurídico encontram-se os princípios gerais que se aplicam a sucessão, tais como: a) dignidade da pessoa humana; b) igualdade; c) função social da propriedade; d) boa-fé; e) autonomia da vontade. Da mesma maneira que se acham os específicos aplicados no direito sucessório: f) *saisine*; g) *(non) ultra vires hereditatis*; h) função social da herança; i) territorialidade; j) intertemporalidade; e k) respeito à vontade manifestada.

O princípio geral da dignidade da pessoa humana se caracteriza por mostrar segurança no ordenamento jurídico brasileiro, e trazer consigo um estado democrático de direito, como Stolze e Pamplona (2020, p. 50) afirmam que sua ocorrência torna-se filtro necessário para as demais coisas, e não simplesmente banalizar sua utilização, como criticam, ao usá-lo como fundamento para qualquer tese. Por esta razão torna-se imprescindível utilizá-lo aqui, dado que, para herdar, na maioria dos casos trata-se de uma pessoa natural, com capacidade, embora a pessoa jurídica possa herdar, do mesmo modo que o embrião, segundo alguns doutrinadores, também herdará a depender do caso e prazo, como veremos adiante.

O princípio da igualdade nas relações sucessórias serve afastar qualquer situação discriminatória onde haja as mesmas questões de interesse, fitam a exemplo desse princípio Stolze e Pamplona (2020, p. 51) “reconhecida a possibilidade de transmissão patrimonial causa mortis, pouco importa se o filho é consanguíneo ou adotivo.”

A função social da propriedade se destaca aqui nas sucessões porque está intimamente ligado ao direito patrimonial, direito de propriedade. Já o princípio da boa-fé se relaciona a ética e respeito pelo ato de última vontade do de cujus, assim como todos os herdeiros devem manter sempre o bem estar entre a família:

No campo das sucessões, a boa-fé é fundamental para a interpretação das disposições de última vontade, bem como para temas relacionados aos efeitos sucessórios do regime de bens adotado, e, ainda, para outras questões peculiares, a exemplo da indignidade, em que as observâncias levadas a juízo deverá levar em consideração a ética nas relações de família (STOLZE E PAMPLONA, 2020, p. 54)

Por fim, o último princípio geral aplicado à sucessão: o da autonomia da vontade. Este princípio se manifesta principalmente na modalidade de sucessão testamentária onde se respeita o arbítrio do falecido, o post mortem.

No tocante aos princípios específicos da sucessão temos o mais conhecido, consiste no *Droit de Saisine*, que no momento da morte do indivíduo a herança é repassada imediatamente, pode ser visto como uma garantia, conforme Stolze e Pamplona (2020, p. 60): “Trata-se, em verdade, de uma ficção jurídica, que pretende impedir que o patrimônio deixado fique sem titular, enquanto se aguarda a transferência definitiva dos bens aos sucessores do falecido.” Entretanto, não significa que os herdeiros irão ter acesso a herança de imediato, mas sim um direito meramente abstrato, em concordância com Stolze e Pamplona (2020, p. 61), Tartuce (2019, p. 54), partindo de análises jurisprudenciais, confirma esse entendimento:

[...] o direito de **saisine** faz com que o inventário tenha **mero intuito declaratório** da morte anterior. De toda sorte, há a **necessidade de um ato de confirmação do recebimento da herança**, o que tem relação com a categoria da aceitação e adição da herança.(grifo nosso)

O princípio (non) ultra vires hereditatis, etimologicamente significa “além do conteúdo da herança”, serve para frisar que os herdeiros não podem arcar com aquilo que ultrapasse o valor da herança, e não atinja o pessoal dos herdeiros.

A função social da herança, como princípio do direito sucessório, serve para o não desamparo do sucessor, se funda basicamente em conceitos morais, pois em

um momento de grande tristeza, resta como um amparo, ou até mesmo de honra e reputação por cuidar dos bens do seu ente querido que acabara de falecer.

A territorialidade destaca-se aqui como princípio pelo próprio Código Civil/2002, onde profere em seu art. 1.785 que a “sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido”, isso para não ficar como um lugar incerto, ou incerteza sobre a matéria, apesar de ser assunto de outra matéria, esses se correlacionam.

No que se refere ao princípio da intertemporalidade, ou simplesmente temporariedade, consiste na segurança jurídica das relações, para que outros herdeiros não tenham seu direito corrompido, pela literalidade das interpretações, a exemplo do princípio da saisine.

Por fim, o último princípio específico do direito das sucessões é o do respeito à vontade manifestada, conhecido também como “*favor testamenti*”, nos revela que mesmo após a morte do autor da herança, esta deve ser preservada.

Além de todos esses princípios, na sucessão deve ser observado outro aspecto: a da capacidade para herdar. A capacidade sucessória nada mais é do que a aptidão para adquirir bens que foram transmitidos pelo falecido. No artigo 1.799 do CC, demonstra que aquele que não fora ao menos concebido no momento da abertura da sucessão, não pode herdar, salvo se estas forem já indicadas pelo *de cujus* por testamento. O nascituro, outrossim, só herdará caso venha a nascer com vida (art. 1.799, CC/2002).

Quanto à pessoa jurídica, só terá capacidade para herdar se estiver indicada sob testamento, e inscrita em órgão competente, entretanto, a pessoa jurídica em liquidação não terá direito de receber herança, visto que, esta já deixou de existir.

Mais adiante, para ter direito de suceder deve ser sujeito de direito, ter capacidade, por isso coisas e animais não podem herdar, exceto por via testamentária de forma indireta, como o legado gravado com encargo, onde uma pessoa receberá a herança se cuidar de tal animal, mas só com a parte disponível da herança, por exemplo.

Importante destacar que em alguns casos não se poder herdar, conforme art. 1.801 do Código Civil de 2002, in verbis:

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.(grifo nosso)

Para suceder é preciso verificar alguns requisitos, tais como estar vivo, ter capacidade de direito, não ser indigno, nem deserddado e que esta não ultrapasse a sua quota, nem o pessoal dos herdeiros.

2.2 SUCESSÃO LEGÍTIMA

A sucessão legítima como o próprio nome por si só se exemplifica, é aquela que decorre propriamente da lei. Geralmente utilizada quando o testamento não abrange todo o montante patrimonial, se não houver uma discriminação coerente de todos os bens e direitos, incorrer em algum vício (caducidade, nulidade, a exemplo), o testamento inexistir, ou quando existe herdeiros legítimos, logo, esta é “chamada” para organizar o inventário. Segundo Xavier (2018, p. 57):

Um exemplo de sucessão legítima é quando o falecido deixou de fazer um testamento. Nesse caso, o seu patrimônio, por força de lei, irá a seus descendentes; inexistindo descendentes, aos ascendentes; não tendo descendentes e ascendentes, ao seu cônjuge; à falta daqueles parentes e de cônjuge, aos colaterais até 4º (quarto) grau.

Para explanarmos sobre qualquer tipo de sucessão, em um primeiro ponto devemos explicar seu conceito que se designa como a transmissão de bens de uma pessoa (autor da herança, também chamado de *de cujus*) em decorrência de sua morte para uma outra pessoa (chamada de sucessor). A sucessão considera-se aberta na data do evento “morte” do *de cujus*. Aberta, transmite-se desde logo aos herdeiros (princípio da *saisine*), dado que, o lugar de abertura desta, é no último domicílio do falecido, aplicando a lei vigente no momento do falecimento.

A sucessão legítima ou legal é aquela em que seu procedimento observa a ordem de vocação hereditária baseados nos critérios dispostos em lei, ou seja, pela forma legal. Esta ainda divide-se em sucessão necessária e sucessão legítima em sentido amplo, e os beneficiários dessa sucessão estão dispostos em rol taxativo,

não se confundindo, portanto, a sucessão testamentária que é a disposta por liberalidade do autor da herança.

O ser humano como ser gregário que é sempre pensou no próximo mesmo após sua morte, isso trazia consigo o testamento, no direito luso-brasileiro, privilegiava a sucessão testamentária com abusos e injustiças que ela provocava, além de por muitas vezes o herdeiro legítimo ser excluído sem justa causa da herança.

Nos dias atuais, a sucessão cresceu bastante, principalmente para o lado de democratizá-la, o nosso Código Civil se revela sempre a preferência para sucessão legítima, pois a testamentária, apesar de ser usualmente válida, é tida como um conceito pragmático do tradicionalismo, além da maioria dos brasileiros pensarem em testamento em últimas circunstâncias, ou até mesmo por falta de planejamento quanto ao inventário, preferindo então a legítima.

A sucessão legítima ocorre sempre quando o autor da herança morre sem deixar ato de disposição de última vontade. Quando definido o conteúdo da sucessão legítima o legislador se propôs ao expressar aquilo que atendia ao modelo que a sociedade entende como adequado e que está nos moldes da justiça.

Vale lembrar que a própria Constituição Federal fala acerca do direito à herança, como direito fundamental, não abarcando, portanto, o direito à sucessão em geral. Em outras palavras, quando o testamento colidir com a legítima, esta última tem prevalência sobre a primeira, pois as normas da legítima não podem ser contrariadas pela autonomia do testador, exceto quando lhe couber o poder de escolha.

Entre outras razões a sucessão testamentária é afastada e a legítima prevalece quando: i) o testamento for nulo ou inexistente por declaração feita pelo juiz; ii) o testador revogar expressa ou tacitamente o testamento; iii) o testamento for destruído ou extraviado; iv) os herdeiros testamentários e legatários forem indignos ou excluídos da sucessão, forem pré-mortos ou renunciarem à herança.

Com a abertura da sucessão abre-se automaticamente a ordem de vocação hereditária dos herdeiros legítimos, isto é, a ordem de preferência dos herdeiros, quem precede quem. Em razão de o núcleo familiar ser o pretérito em qualquer hipótese para herdar, mesmo assim deve ser observado se tal requisito foi preenchido para ser considerado herdeiro legítimo.

Em conformidade com o Código Civil de 2002, no seu art. 1.788, este declara que “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”. Estes herdeiros também estão explicitados no próprio código no art. 1.829, observada toda uma ordem preferencial.

O nosso Código Civil faz uma lista de quem precederá quem, primeiro os descendentes, logo após os ascendentes, depois o cônjuge ou companheiro sobrevivente, e por último os parentes colaterais. Sempre com a ideia em mente em que os mais próximos excluem os mais remotos. Entretanto, esta ordem não é absoluta, pois dentro de cada classe existem subordens ou graus. Vejamos o que Lôbo (2018, p. 79), resumidamente, explana sobre essa questão:

“Na classe dos descendentes, consideram-se mais próximos os filhos, depois os netos, depois os bisnetos e assim sucessivamente. Na classe dos ascendentes também os mais próximos preferem aos mais remotos, mas de acordo com as linhas paterna e materna, nas quais se biparte a herança: se faltarem os pais, os avós não herdam igualmente, mas de acordo com sua linha (o único avô paterno herda a metade e os dois avós maternos herdam a outra metade); esse exemplo demonstra que a sucessão por linhas pode levar à desigualdade entre os ascendentes, o que não é razoável. Na classe dos colaterais, alguns parentes de mesmo grau preferem a outros, como os sobrinhos que preferem aos tios (ambos são parentes em terceiro grau). Nas linhas diretas dos descendentes e dos ascendentes não há limite de grau, que é infinito, salvo as limitações biológicas da sobrevivência, diferentemente da linha colateral, encerrada no quarto grau, para os fins de sucessão.”

Assim, entendemos que todos os herdeiros necessários são capazes de suceder à herança, deixada pelo falecido, em virtude de serem titulares desse direito. Entre os herdeiros há aqueles que o direito tem certa particularidade, pois lhe garante uma parte chamada indisponível da herança, denominada de legítima, onde são denominados de herdeiros necessários.

A sucessão legítima necessária provém da concepção tradicionalista de que a herança deve permanecer no meio familiar, onde os herdeiros necessários são: descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro sobrevivente. Essa qualificação ocorre, principalmente no meio jurídico, como forma de proteção. Inclusive há ainda a concorrência entre cônjuge e descendente, onde a teoria mais

aceita é a de que onde o cônjuge meia, ele não herda, e onde ele herda não meia, vai depender do tipo de regime de comunhão de bens do casal.

No artigo 1.848 do Código Civil apenas admite circunstâncias de impenhorabilidade, inalienabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima se houver uma justa causa expressa no testamento, mas isso estaria deslegitimando a parte indisponível da herança.

No nosso ordenamento jurídico a sucessão legítima dos herdeiros necessários corresponde a 50% do valor do patrimônio total, o valor líquido, deduzidos da herança todas as dívidas.

A parte disponível, que pode ser objeto de doações ou disposições testamentárias, a quem não seja herdeiro necessário, apura-se de acordo com os bens que estão no patrimônio do de cujus na data de sua morte. (LÔBO, 2018, p. 84)

A parte disponível, quando houver adiantamento da legítima, vincula-se à data da morte do de cujus, para sua apuração e verificação de eventual excesso do que foi destinado ao herdeiro necessário, em liberalidade. (LÔBO, 2018, p. 84)

De forma geral, essa ideia de parte indisponível da herança corresponde aos primórdios em que quando o autor da herança falecia, tinha o dever, mesmo após sua morte de não deixar desamparado os seus descendentes, ou até mesmo como uma forma de unir a família. Essa legítima não alcança aquilo que o *de cujus* alienou onerosamente, mediante compra em venda, dação em pagamento, doação ou testamento (no caso desses últimos não violarem a metade indisponível na abertura da sucessão). Visto também que não atinge os bens que o falecido abandonou, ou destruiu.

Conclui-se que a sucessão legítima é muito bem protegida pela nossa legislação pátria, pois se tem a percepção de que é a única que deve ser garantida, independente do testamento, embora que para alguns autores (DIAS, 2016; LIMA, 2018) isso fira a autonomia da vontade do *de cujus*.

2.3 SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

A sucessão testamentária no Brasil é sempre secundária, não é muito utilizada até mesmo por falta de planejamento do inventário. Nesta o testador exerce sua liberalidade ao testar, certo que as vezes com limite, pois a lei considera que quando há herdeiros necessários, não se pode ultrapassar ou suprimir os direitos deles. A lei nos diz que a pessoa que tiver herdeiros legítimos deve separar 50% do seu patrimônio para eles, e utilizar os outros 50% da maneira que desejar. Vejamos:

Não pode ser objeto do testamento a legítima dos herdeiros necessários, salvo para gravá-la com cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade, desde que justificada expressamente. Se não houver herdeiros necessários, pode o testador dispor de todos os bens ou parte deles; pode o testador instituir herdeiro ou herdeiros testamentários para a totalidade ou parte da herança ou apenas distribuí-la em legados; se o testador não distribuir toda a herança, a parte que sobejar irá para os herdeiros legítimos. (LÔBO, 2018, p.210)

Esta ocorre em virtude de um testamento, onde ocorre a transmissão de um conjunto de bens e obrigações, o ativo e passivo do *de cujus*, ainda pode ser de forma universal, todos os bens, ou de forma singular, um bem específico que foi designado ao herdeiro.

Quando não há herdeiros necessários, esta pode ser dividida desigualmente, utilizando de sua autonomia, conforme Lôbo (2018, p. 208):

Sua autonomia é mais ampla quando não há qualquer herdeiro necessário, podendo contemplar de modo desigual os demais herdeiros ou excluí-los totalmente da herança, quando destinar a herança a terceiros. Por ser instrumento de atribuição desigual da herança e até de exclusão desta é que a lei impõe à sucessão testamentária requisitos e formalidades substanciais.

Ou seja, quando não há herdeiros legítimos, ele pode utilizar da herança da maneira que lhe convém. O testamento é uma doação *causa mortis*, porque não é permitido, o Código Civil/2002, art. 426 ainda nos diz que “Não pode ser objeto de contrato herança de pessoa viva.” Logo, esse artigo veda os pactos sucessórios

(*pacta corvina*), que por consequência gera nulidade absoluta, como disposto no art. 166, VII.

O testamento segundo Lôbo (2018, p. 209) é um negócio jurídico unilateral, formal, pessoal que pode ser utilizado apenas quando um evento futuro e indeterminado acontece, que é o falecimento daquele que testou. Além do mais, o testador não pode alienar todos os seus bens, causando seu próprio empobrecimento, o que feriria princípios do direito sucessório.

O testamento pode ser revogado a qualquer momento, porque seu conteúdo é uma mera expectativa de direito, ele ainda não produziu seus efeitos. É capaz de ser revogado expressa ou tacitamente, sendo os motivos da revogação dispensável de justificação, o rompimento deste causa apenas ineficácia e não invalidade. São alguns dos requisitos do rompimento do testamento: “a) existência de descendente sucessível não contemplado no testamento; b) desconhecimento da existência do descendente, por parte do testador; c) sobrevivência do descendente ao testador.” (STOLZE E PAMPLONA, 2020, p.236).

A abertura da sucessão faz com que o testamento, quase que instantaneamente comece a produzir efeitos, ficando porem sujeito a avaliação do juiz, caso haja algum vício, ou ultrapasse a legítima dos herdeiros necessários. Referente a lapso temporal, este não possui, não há prescrição em testamentos, uma vez feitos, valem por toda a vida, até a morte do testador.

Cabe destacar que o testamento não serve apenas para questões patrimoniais de divisão de bens, mas serve para dar alguma “ordem” ou vontade que não foi revelada em vida, como o reconhecimento de um filho fora do casamento, por exemplo. Observemos como Lôbo (2018, p. 211) coloca:

Não há necessidade de haver testamento específico para o reconhecimento. Basta que o testador, de modo expresso e direto, anuncie que determinada pessoa é seu filho, para que ele assuma essa condição e participe como herdeiro necessário dos bens que deixar. Todavia, do mesmo modo que os demais tipos instrumentais de reconhecimento, pressupõe-se a inexistência de assentamento de outra paternidade (ou maternidade, se for o caso) no registro, salvo se este for invalidado em juízo, para que os efeitos sejam produzidos, após a devida averbação.

Mesmo que o testamento incorra em algum vício, vícios do próprio negócio jurídico, e houver o reconhecimento de algum filho nele, o reconhecimento do filho não será inválido, pela questão da função social da herança e dignidade da pessoa humana, princípio aplicado a sucessão. Todavia, não se podem testar direitos extrapatrimoniais, a exemplo os direitos da personalidade.

Vale destacar, porém, que o testamento também é o meio hábil para manifestações de vontade de conteúdo não econômico, conforme estabelece o § 2.o do mencionado dispositivo normativo (“§ 2.o São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”), tudo em observância ao *princípio do respeito à vontade manifestada*. (STOLZE E PAMPLONA, 2020, p. 254)

O testamento pode ser um meio para instituir uma fundação de direito privado com o patrimônio da sua herança, caso não tenha capital suficiente para instituir a fundação, esta se incorpora a outra. Se consegue ainda pelo testamento instituir condomínio de edifício, entre várias outras situações:

Mediante testamento, pode ser instituído condomínio de edifício, a ser registrado no Registro de Imóveis (CC, art. 1.332); ou ser constituída servidão sobre imóvel, em benefício de outro imóvel, após registro no Registro de Imóveis (CC, art. 1.378); ou instituído bem de família pelos cônjuges ou terceiro, para o fim de subtraí-lo de penhora por dívidas (CC, art. 1.771); ou reabilitar o herdeiro que tiver ofendido o testador ou familiar, de modo a permitir-lhe o direito à herança (CC, art. 1.818); ou dispensar da colação o herdeiro necessário que tiver recebido em doação bens do testador (CC, art. 2.006). (LÔBO, 2018, p. 212).

No tocante a capacidade para testar, todas as pessoas em gozo de sua capacidade civil, a partir dos dezesesseis anos, podem testar, a única ressalva que o Código Civil faz é que os que não estiverem no seu pleno discernimento, não podem testar (art. 1.860, CC/2002). A capacidade do testador se observa no momento em que vai testar e se houver alguma dúvida quanto a isso os herdeiros devem provar, caso contrário, o testamento será totalmente válido e eficaz.

Quanto a legitimidade para suceder esta se observa por não se confundir com a capacidade civil, em razão de ser mais ampla a legitimação da sucessão hereditária. São os legitimados para serem sucessores por testamento:

- a) as pessoas físicas;
- b) os nascituros;
- c) as pessoas físicas ainda não concebidas, ou prole eventual de determinadas pessoas, contempladas em testamento;
- d) as pessoas jurídicas, designadas em testamento;
- e) as entidades não personificadas, porém existentes, como as sociedades em comum ou as sociedades em conta de participação, designadas em testamento (CC, arts. 986 a 996);
- f) as pessoas jurídicas futuras, que serão constituídas com legados deixados pelo testador, sob a forma de fundações (LÔBO, 218, p. 215)

Na sucessão por testamento, não obstante, tem a figura do testamenteiro, pessoa aqui designada pelo testador para fazer valer o testamento. O testamenteiro apenas pode ser pessoa física, inclusive mais pode haver mais de uma pessoa para essa função, todas atuando conjuntamente para a preservação do testamento. Geralmente, o testamenteiro é uma pessoa de confiança do autor da herança, ocorre principalmente quando há mais de um legado a diversos destinatários, porém ele exerce essa função em nome próprio, não há mandato, e não representa o morto, nem os herdeiros, apenas preserva a segurança do cumprimento do testamento.

Caso haja descumprimento dos deveres do testamenteiro, ao não cumprir ao que foi incumbido, esse pode ser removido da sua função. Destarte que existe testamenteiro sem testamento, isso nos caso de codicilo, segundo o art. 1.883 do CC/2002, mas somente nos casos de joias de pequeno valor, formas que aconteceram o enterro, entre outras situações.

Ao interpretar o testamento deve-se levar em conta outros princípios que envolvem, a fim de não haver equívoco para apresentar o melhor possível aos herdeiros e respeitar o ato de última vontade do *de cujus*:

O art. 1.899 do Código Civil não é, contudo, a única regra de interpretação do testamento. A interpretação deve ser sistemática, enlaçando as normas constitucionais fundamentais, as normas do Código Civil relativas às situações específicas da sucessão testamentária e às circunstâncias pessoais, afetivas e ambientais que se apresentaram quando da elaboração do testamento. (LÔBO, 2018, p. 222)

A interpretação das disposições testamentárias deve considerar a vontade do testador, desde que explicitada claramente e esteja de acordo com os princípios que regem o direito das sucessões. Dentre esses princípios, sobrepõem o

da primazia da sucessão legítima, sempre que dúvida houver, e o da observância da função social dessas disposições. (LÔBO, 2018, p.277)

Isso faz com que haja uma conversação, tanto com o direito processual civil, princípios constitucionais, a boa-fé objetiva e doutrina, para saber poder interpretar da melhor maneira possível.

Inclusive, na sucessão por testamento, existem várias espécies de testamentos ordinários e especiais: testamento público, testamento cerrado, testamento particular, testamento simplificado, testamento marítimo, testamento aeronáutico, testamento militar, codicilo e testamento vital.

O nosso ordenamento jurídico admite apenas os testamentos prescritos em lei, é livre para escolher qual tipo de testamento, mas não para criar um que não se enquadre nos já mencionados, é como um meio de evitar abusos e arbítrios no decorrer da sucessão, uma forma de segurança jurídica.

Os testamentos ordinários se classificam em três: testamento público (levado perante o tabelião ou notário); testamento particular (feito pelo próprio testador); testamento cerrado (feito pelo próprio testador, mas lavrado por tabelião que não conhece seu conteúdo). Já os testamentos especiais se classificam em quatro: testamento simplificado (redigido a mão e assinado somente pelo testador); testamento marítimo (feito a bordo de um navio marítimo ou militar); testamento aeronáutico (produzido a bordo de um avião civil ou militar); e o testamento militar (redigido por militares durante tempo de guerra) (LÔBO, 2018, p. 239).

Um ponto que merece destaque é a ressalva que o Código Civil faz quanto à sucessão testamentária sobre a regra de interpretação desse modelo: uma quanto a dos negócios jurídicos benéficos se interpretam restritivamente, não dando nenhum sentido a mais (art. 114, CC/2002), e quanto houver dúvida sobre tal parte do testamento, podendo haver mais de uma interpretação, permanecerá a que melhor assegure a vontade do *de cujus* (art. 1.899, CC/2002).

2.4 SUCESSÃO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

A sucessão por inseminação artificial acontece quando o autor da herança, deixa em testamento o direito, caso venha a ter um filho, de suceder, tornando-se

então um herdeiro legítimo. A sucessão por inseminação artificial é um assunto de muita polêmica, pois vários autores não reconhecem que alguém que nasceu após a morte do *de cujus* possa herdar.

Faz-se necessário entender cada caso concreto para falar nesse tipo de sucessão, e que os atuantes nessa área venham a compreender cada vez mais a ciência, e como o direito muda constantemente. O direito de família está muito perceptível aqui, pois como afirma Gonçalves (2017, p. 606) e o próprio Código Civil, no art. 1.593 quando declara: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, essa “outra origem” que o legislador quis mencionar, são a respeito das técnicas de reprodução assistida, no sentido em que a inseminação artificial gera um parentesco civil, assim como a adoção, reconhecimento de paternidade socioafetiva, entre outros.

Desde a Grécia há estudos da embriologia, como grandes estudiosos Hipócrates, Aristotéles, Galeno (CRUZ, 2014, p. 2-3). A medicina avançou e com ela trouxe soluções para casos de infertilidade: a reprodução assistida. Inúmeras técnicas vêm sendo descobertas e aproveitadas por aqueles que sonham em ter um herdeiro, mesmo após a morte de seu genitor, e isso traz um grande impasse para a legislação brasileira, por causa dos impactos sucessórios que carregam. O Conselho Federal de Medicina (CFM) atribui que não se torna ilícita essa prática, mas pelo contrário, trata-se de uma forma realizar o desejo daquilo que não conseguiria pelas vias naturais, sendo apenas necessário o consentimento do falecido, vejamos:

VIII –REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

O Código Civil de 2002 dispõe brevemente sobre essas técnicas de reprodução:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - **nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;**

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. **(grifo nosso)**

O Código Civil tenta alertar aos direitos desses filhos tidos por meio de reprodução assistida, mas não soluciona como deve proceder, o que ocorre é que o Código Civil dá um prazo para que tenha segurança jurídica na preservação dessas garantias, para que possam suceder, mas não explica de forma clara qual a maneira que deve seguir.

Diante das inúmeras frustrações ocorridas por não conseguir de maneira natural ter um filho, a biotecnologia e medicina possibilitaram passar adiante a sua genética por meio de técnicas de reprodução assistida, como a criopreservação que consiste no congelamento dos espermatozoides dentro do nitrogênio líquido, com o intuito de conservá-los a uma temperatura que negativa de -196º celsius, o que ocasiona morte de muitos espermatozoides, outrossim, uma grande parte se mantém viva, algumas das técnicas de reprodução assistida se denominam da seguinte forma:

inseminação artificial homóloga, a inseminação artificial heteróloga, a fecundação artificial in vitro e a gestação substituição, que afastaram a necessidade da sexualidade para a procriação, socorrendo os casais que antes tinham dificuldades para ter de forma natural seu filho, recorreram a tais técnicas, possibilitando aos genitores realizar este desejo. (MARQUES, 2017, p. 12)

Isso para muitos torna-se a realização de um sonho, mas também um leque de preocupações no tocante a sucessão desses, se forem havidos após a morte do autor da herança.

A inseminação artificial possui duas espécies: a homóloga e heteróloga.

a inseminação artificial e a fertilização in vitro ou fertilização na proveta. Enquanto que a inseminação artificial é o procedimento em que se realiza a concepção in vivo, no próprio corpo da mulher. Nesse caso o médico, irá preparar o material genético a ser implantado no corpo da mulher onde irá ocorrer a fecundação. Em contrapartida temos a fertilização artificial onde a concepção é realizada de forma laboratorial, ou seja,

fora do corpo feminino, onde apenas irá ocorrer a implantação dos embriões já fecundados.

A denominação Homóloga ocorre quando estamos diante da manipulação de gametas masculinos e femininos do próprio casal. Ocorre, por exemplo, quando a fecundação ocorre in vitro, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo. A denominação Heteróloga ocorre quando se utiliza o esperma de um doador fértil. Assim temos que a concepção ocorre mediante o material genético de outrem. Caso a mulher seja casada, o marido então será considerado o pai, por presunção legal, caso tenha consentido na realização da inseminação. (VILLAS-BÔAS, 2012, págs.1-2)

Logo, nas técnicas de reprodução assistida, para ser capaz de utilizar um embrião mesmo *post mortem* a expressa autorização do marido é indispensável, não é algo da pura liberalidade e arbitrário da mulher ou de terceiros interessados, e sim do casal, na I Jornada de Direito Civil, no seu enunciado n. 106, *ipsis litteris*:

106 – Art. 1.597, inc. III: para que seja **presumida a paternidade do marido falecido**, será **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 sua morte**. (grifo nosso)

Em linhas gerais para ter direito a suceder, deve-se observar o prazo descrito em lei, embora não seja algo fixo serve como parâmetro para determinadas decisões. A sucessão por inseminação artificial só vingará se for autorizada na forma da lei por testamento, é o que diz Villas-Bôas (2012, p. 8):

Por outro lado, além do Brasil, a Inglaterra se manifesta favorável à inseminação *post mortem*, mas apresenta ressalva com relação ao direito sucessório, já que esse filho somente iria se tornar herdeiro mediante expressa previsão testamentária.

Conforme a nossa Carta Magna, é garantido o direito a herança, sendo um direito fundamental, como demonstra o artigo 5º, inciso XXX. No entanto, para poder ter direito a vocação hereditária, há de saber sua identificação e qual lugar ocupa como herdeiro, e com a redação do artigo 1.799, o filho concebido após a morte,

herdaria somente por testamento, não sendo parte daquele rol de herdeiros legítimos.

3. CORRENTES A RESPEITO DA INSEMINAÇÃO POST MORTEM DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Com o grande avanço da ciência, em especial a engenharia genética, a reprodução assistida traz peculiares e polêmicos questionamentos. Na fertilização in vitro, existe a questão dos embriões excedentários, que possam ser considerados vida ou não, já que basta um ventre para que seja concebido ou se por si só ele já está concebido, e que mesmo após a morte do cônjuge, ele pode ser considerado filho a qualquer tempo. A própria Constituição Federal, em seu artigo 225, § 6ª garante que não haverá discriminação entre os filhos.

O cerne desses apontamentos desenrola-se no que tange aos problemas causados na sucessão, que acaba por tornar precária e insegura a partilha do inventário, ou por ser demasiadamente longo o tempo de espera, o que equaciona a matéria em posicionamentos a favor e contra, e por não ter um entendimento comum para a maioria dos doutrinadores.

Sabendo da complexidade de tal assunto, aprofundamo-nos em saber qual a tese sustentada pelos autores mais conhecidos. Diante disso, a realidade de como é tratado esse assunto na doutrina, demonstra que muitos pontos precisam ser alargados e como se caracterizará, visto que, ainda está por construir um conceito coerente a respeito dos embriões excedentários, até mesmo no que toca a medicina, com estudos cada vez mais avançados. Nesse cenário, podemos concluir que o direito do chamamento a suceder dos embriões post mortem é uma circunstância nada fácil de analisar.

3.1 CORRENTE RESTRITIVA

Como já mencionado no capítulo 2, a inseminação artificial pode ser homóloga e heteróloga, contudo, aqueles diversos embriões que por meio da manipulação genética são gerados na tentativa de implantar uma gestação na

mulher foram concebidos, mas não utilizados, serão chamados de excedentários. O questionamento está nesse ponto, por quanto tempo guarda-los, para posteriormente usá-los, em seguida a morte do genitor para fins sucessórios.

O legislador ao escrever o Código Civil, optou por colocar um lapso temporal para até quando fosse necessário, chamado de prole eventual. O artigo 1.799, inciso I do Código Civil declara que pode haver a capacidade testamentária passiva ao filhos não concebidos, mesmo após a morte, todavia, estes devem ser indicados pelo *de cujus*, e que sejam vivas ao abrir a sucessão.

Perante isso, são diversas as formas utilizadas para se deliberar o conceito desse tema, Maria Berenice Dias traz em sua obra um pouco da maneira como é abordado no direito de família e sucessões, além de explicar a metodologia, que é empregada nesses casos, tendo que, seu conteúdo muitas vezes tratado para estudos e pesquisas:

Os embriões concebidos por manipulação genética, e que não foram implantados, são chamados de embriões excedentários. De modo geral, no procedimento de fertilização são gerados vários embriões, e levadas a efeito diversas tentativas de concepção. Os embriões descartados e não utilizados permanecem armazenados na clínica que realiza o procedimento. **As questões referentes aos embriões excedentários podem gerar delicados problemas sobre direito de personalidade, havendo o risco de serem reconhecidos como nascituros e sujeitos de direitos. Persiste acirrada a polêmica no âmbito da bioética e do biodireito.** As controvérsias continuam, mesmo com a aprovação da Lei de Biossegurança (L 11.105/05). (DIAS, 2016, p. 670) (**grifo nosso**)

Conforme visto acima, refere-se apenas a uma forma esclarecer qual o caminhar do projeto, em razão da pluralidade de objetos que podem ser averiguados em um só tema. Para Maria Berenice Dias o uso de embriões excedentários deve ser descartado, pois em uma sociedade onde o princípio da autonomia da vontade deve ser respeitado, um morto, embora ex-cônjuge (a morte é uma das formas de extinção do casamento), não pode opinar se seu desejo naquela hora era ter aquele filho, o que traria extrema insegurança nos aspectos jurídicos a respeito da partilha dos bens.

A autora ainda cita que é totalmente inaceitável que a clínica se disponha a realizar esse tipo de tratamento após a morte do indivíduo, dono dos embriões, porque não procederia utilizar desses artifícios como se herança fosse, ou objetos:

Sem autorização expressa, **os embriões devem ser eliminados, pois não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de morto.** É necessário respeitar o **princípio da autonomia da vontade.** Resolução do Conselho Federal de Medicina exige a autorização prévia específica do falecido. **A viúva não pode exigir que a clínica lhe entregue o material genético que se encontra armazenado para que seja nela inseminado, por não se tratar de bem objeto de herança.** (DIAS, 2016, p. 671) (**grifo nosso**).

Esta corrente que Maria Berenice Dias defende, é chamada de restritiva. Essa corrente não reconhece esse direito à filiação, nem a paternidade, pois estaria ferindo princípios do ordenamento jurídico, de pessoas sendo tratadas como objetos ou coisas, e coisas não podem herdar.

Essa tese defende que não há como reconhecer a paternidade nesse caso, porque não houve uma formação do embrião propriamente dita, mas sim a simples doação de material genético, não podendo ser interpretado extensivamente à sucessão desses embriões, mesmo que o artigo 1.597, inciso IV, diga ao contrário “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”.

Isso ocorre pela falta de lei própria, falta de regulamentação, sucedendo-se a impossibilidade dessa técnica, visto que, a morte anularia a vontade do autor, pois ele não mais existe para dizer se ainda quer continuar com a demanda, uma falta até mesmo de preceitos éticos. “Para os doutrinadores que sustentam a impossibilidade da inseminação, mesmo com a permissão dado pelo doador, a morte torna-se nula a permissão da inseminação”. (MARQUES, 2017, p. 21).

A ausência legislativa traz inúmeras interpretações ao interesse de gerar uma vida, ao reconhecimento de paternidade, a sucessão após a morte. Observemos:

no Brasil não há uma legislação específica que regule as técnicas de inseminação artificial, o que temos atualmente é uma Resolução do Conselho Federal de Medicina, que não tem força de lei, e regula a ética profissional dos médicos nos procedimentos das

técnicas de inseminação artificial. A referida Resolução ressalta, que o doador do material genético deve externar por escrito, o destino do seu pré-embriões criopreservado, em caso do seu falecimento. (MARQUES, 2017, p. 25)

O tema está longe de ser pacificado, tendo em vista, que há muitas controvérsias e fundamentações, porque o Código Civil não deixou claro qual corrente era a que mais se encaixava.

Esta corrente define que é totalmente inadmissível esse tipo de técnica após a morte do doador, sem que haja autorização do marido deve ser vedado.

Sob outra perspectiva, há quem admita que a inseminação seja realizada sem a devida manifestação autorização do de cujus, por entender que, o depósito do sêmen no laboratório é suficiente para produzir efeitos jurídicos. (MARQUES, 2017, p. 29)

Do ponto de vista da corrente restritiva esse tipo de afirmação é totalmente equivocado, tendo em vista que adotar a técnica de criopreservação dos embriões para fins de paternidade/maternidade *post mortem* seria uma ofensa a dignidade da pessoa humana, porque ocorre a coisificação do embrião e não o pensamento de que aquele pode gerar uma vida. Isto acontece por motivos de que, a afirmação em doar seus genes não significa que há permissiva de congelar muitos outros embriões após sua morte para usá-los futuramente com fins de paternidade, pois, não pode se consentir por algo futuro dessa forma estando morto. Logo, o uso desses embriões só é possível, como a legislação permite, para fins de estudo, pesquisa e da prole eventual.

O entendimento mais importante, em consonância com Felipe Linde Lima (2018, p.54), é de que havendo a morte do autor da herança o testamento em relação o uso de embriões seja rompido, principalmente os que excederam, ora que, seus genes só devem ser utilizados por decisão de ambos enquanto vivos.

3.2 CORRENTE PARCIALMENTE RESTRITIVA

A corrente parcialmente restritiva propõe o reconhecimento da paternidade, mas não o da sucessão, porque esse seria vedado pelo Código Civil. Destarte, o

Código Civil e o próprio enunciado 267 do CFJ (Conselho da Justiça Federal) trazem argumentos contrários a essa posição, pois para nossa legislação pátria é totalmente possível isso ocorrer, embora que tangente à autorização precisa ser imprescindível. Em discussões contrárias esse tipo de fundamento não obsta a outro entendimento, como menciona o Presidente do IBDFAM, Carlos Cavalcanti, vejamos:

“O **planejamento familiar** é de livre deliberação do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, nos termos do artigo 226, § 7º, da Magna Carta, **vedada qualquer forma coercitiva, para o exercício desse direito**, por parte de instituições oficiais ou privadas. Ademais, **não se pode negar a possibilidade de a pessoa sozinha ter um projeto parental** que atenda perfeitamente aos interesses da criança, o que vem de encontro ao contido na Lei nº 9.263/96, que prevê, no seu artigo 3º, caput, que o planejamento familiar é parte integrante de várias ações em prol da mulher, do homem ou do casal, numa perspectiva mais abrangente que a do texto constitucional, mas perfeitamente adequada ao nosso sistema jurídico”. (FILHO, 2017, p. 16) (**grifo nosso**).

Essa corrente nega o direito à sucessão legal, pois baseia-se no artigo 1.798 do Código Civil, visto que, só estariam aptas a herdar as pessoas concebidas no momento da abertura da sucessão, ficando tão somente ao reconhecimento da paternidade, mas aos direitos sucessórios não existem para elas, dado que, não há como falar em direito a herança daquele que ainda não existe, ou não foi concebido. De acordo com o entendimento de Felipe Linde Lima (2018, p. 53):

O material genético criopreservado não pode ser utilizado como uma herança pela viúva, já que seu companheiro/côjuge precisa ter deixado seu consentimento expresso que autorizaria a utilização de seu sêmen caso viesse a falecer. (**grifo nosso**)

Fica claro que, não existe legislação regulando de maneira objetiva esse instituto do processo de reprodução humana assistida, logo, sua omissão traz grandes embates a serem discutidos e defendidos, além de indagações que muito precisam ser respondidas.

3.3 CORRENTE FAVORÁVEL

Vale destacar que ainda existe mais uma corrente, a que autoriza e reconhece o direito a paternidade e o direito a sucessão, desde que o genitor em vida tenha autorizado o uso dos seus genes para realizar o procedimento de implantação do embrião no colo materno, contanto que haja a confirmação em testamento, a mulher continue viúva e o nascimento da criança tenha ocorrido no prazo de dois anos a contar da abertura da sucessão.

Este posicionamento, segundo Cruz (p. 11), está sustentado pelo artigo 1.800 do Código Civil, que diz “§ 4º 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”.

Essa corrente menciona que a qualquer tempo, deve ser reconhecida a paternidade e direito a sucessão, segundo argumento que não pode haver discriminação entre os filhos, a única ressalva que se formaliza é de que esses embriões tenham igual tratamento aos dos nascituros:

se os embriões congelados em laboratório forem considerados nascituros, não restará dúvida que possuem o direito sucessório, pois serão herdeiros necessários, sendo irrelevante o momento em que foi realizada a implantação no útero da mãe. (LIMA, 2018, p. 54)

A corrente favorável evidencia que os embriões utilizados *post mortem* devem ser colocados em uma situação análoga ao nascituro, uma vez que, consideram que o embrião excedentário seria um ser já concebido, portanto, à luz do Código Civil nos artigos 2º e 1.798, os embriões excedentários que forem gerados após o falecimento do autor da herança, podem suceder de ambas as formas, tanto legítima, quanto testamentária.

4. DA (IN) SEGURANÇA JURÍDICA DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS POST MORTEM

Observemos um casal que adotou determinada técnica de reprodução, houve embriões excedentários, ocorre que o marido falece e este autoriza expressamente, antes de falecer, o uso desses embriões para serem usados após sua morte. A mulher casada e agora viúva, vai a esse centro de inseminação artificial e decide implantar em si o uso destes que excederam do seu falecido cônjuge.

Na sucessão testamentária o prazo para essa concepção é de até dois anos depois da morte, e esta seria considerada a prole eventual de alguém. Entretanto para a sucessão legítima é de forma diferente, pois, não existe prazo definido para a mesma. Eis o ápice deste trabalho, por quanto tempo isso ocorreria? Por quanto tempo teria de se esperar para haver a vocação hereditária da legítima? Não se tem respostas concretas para tal assunto, por isso torna-se inviável permanecer com embriões de uma pessoa que nem sequer está entre nós, logo o humano que é um ser em constante mudança de opinião. Maria Berenice Dias (2016, p. 672) afirma:

Mas o que se discute é se o embrião fecundado no laboratório, e que aguarda, in vitro, a implantação no ventre materno, já se entende como sujeito de direito. Isto é, se o embrião ainda não implantado, chamado de pré-implantatário, tem direito de personalidade e direito à sucessão. No momento do falecimento do ex-cônjuge ou ex-companheiro, não há ainda sequer embrião.

Desta maneira, o que aqui se observa é a falta de uma regulamentação específica sobre o assunto, pois, muitos pesquisadores defendem a ideia dos embriões excedentários gerados *post mortem* terem direito à herança, usando-se do argumento da não diferenciação entre os filhos gerados em vida dos pós-morte.

Entretanto, o ponto de conflito está por quanto tempo será admitido que esses embriões que excederam possam ter direito aos bens deixados pelo falecido, e os outros familiares, quanto tempo hão de aguardar para que isso ocorra? Não seria tortura ficar à espera de algo que já poderia ter sido solucionado, lembrando a dor de perder um ente querido e a divisão de seus bens? São esses tipos de justificativas que não favorecem a aceitação dos embriões obtidos *post mortem* terem direito de participar de algo que nem se sabe ao certo se o *de cujus* iria consentir naquele momento.

4.1 DA REGULAMENTAÇÃO

O Código Civil não define ao certo quais direitos o embrião teria, principalmente aqueles que estão criopreservados. A lei civil menciona unicamente sobre esse assunto de maneira muito genérica, apenas leis esparsas tratam desse conteúdo. O Conselho Federal de Medicina especifica sobre os embriões em sua Resolução 1.957/2010 e 2.013/13, entretanto, como equivale a uma resolução médica, não lida com questões sucessórias.

O Conselho Regional de Pernambuco (CREMEPE) emitiu um parecer desvelando-se sobre a temática, também de maneira médica e técnica, mas que muito contribui para o ordenamento jurídico brasileiro. Observemos o que CREMEPE diz a respeito dos embriões. Ainda, vale ressaltar que estes embriões, os quais não foram fecundados, não podem ser considerados como nascituro, dessa forma não possuindo os mesmos direitos.

Vale destacar que no Brasil não há um limite de quantos embriões excedentários podem ser criados em laboratório, mas somente de quantos podem ser transferidos para a genitora, que ao máximo serão quatro, a depender da idade.

A lei 11.105 de 2005 (Lei de Biossegurança) aprova a utilização desses embriões para fins de pesquisa ou terapia, desde que eles sejam inviáveis ou estejam congelados há mais de três anos. No entanto, a anuência dos genitores é imprescindível para que isso ocorra.

Observemos o que o CREMEPE diz a respeito dos embriões serem comparados com o nascituro: “conclui-se que um embrião congelado, fora do corpo humano não é pessoa, haja vista não ter nascido; e não é tampouco nascituro, em razão de não ter sido transferido para o útero materno”; em razão disso, não há de que jeito comparar os direitos do nascituro ao embrião, porque se tratam de objeto de estudo diferentes.

Para Valente (2015), não há como coisificar um embrião, que pode gerar uma vida, isso traria implicações no próprio direito fundamental da Constituição, como o da dignidade da pessoa humana, mesmo não tendo direitos ainda, eles são protegidos pela lei.

O fato é que no instante em que um casal se submete ao tratamento de reprodução assistida, eles anseiam por filhos, o que não se pode afirmar com certeza, depois da morte do doador, mesmo estando previsto no CFM na Resolução

nº 1.957/2010 a possibilidade, bastando tão somente a anuência dos doadores, tendo em vista que nada é para sempre, e o tempo muda as coisas.

Aqui no Brasil, o posicionamento acerca da utilização dos embriões excedentários, conforme o CFM, ADI 3510, são favoráveis a criconservação por tempo indeterminado, em outros termos, esta não ofenderia princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, boa-fé, ou até mesmo a autonomia da vontade do *de cujus*, vendo que se trata de uma técnica médica para ensejar o nascimento de um futuro filho, ou para fins científicos.

Autores como Lima (2018), Gomes (2019) e Marques (2017), também veem desta forma, consentindo ainda que se leia de forma extensiva os direitos sucessórios do nascituro ao embrião.

Na Europa, o ordenamento jurídico é sempre intervencionista nesses casos, como já exposto, é impossível dizer sem dúvida que ali seria a vontade do falecido. Vejamos o que Valente traz sobre esse tipo de técnica fora do país:

Ou seja, o ordenamento jurídico alemão, no que concerne à inseminação artificial post mortem, impossibilita o doador de ter sua vontade respeitada após sua morte. Pela legislação alemã, é impossível realizar a inserção do embrião fertilizado in vitro após a morte do doador do sêmen, mesmo que esta fosse a vontade do falecido. (VALENTE, 2015, p. 37)

Tangente no que visto acima, a Alemanha, assim como França, a utilização do embrião excedentário pós-morte do autor da herança é vedada, certo que, estaria contrariando os bons costumes, e coisificando e comercializando a vida humana, dado que o embrião pode ser tornar humano.

Na França, permite-se a realização de pesquisas com células embrionárias e os embriões podem ser congelados por até 5 (cinco) anos, sob condição de os pais renovarem o consentimento anualmente, todavia, o direito francês veda a inseminação post mortem e dispõe que o consentimento externado em vida perde o efeito. (VALENTE, 2015, p. 37)

A legislação jurídica espanhola, como orienta Valente (2015, p. 38) fixa um tempo máximo de criopreservação em até 8 (oito) anos, e no caso de embriões excedentários a possibilidade é descartá-los, além do mais, a utilização do embrião que possui material genético do doador *post mortem* é vedada, porém, se vier a

ocorrer deve ser expressamente declarada e utilizada nos próximos 12 (doze) meses seguintes após sua morte.

Na Inglaterra acontece um pouco diferente, os embriões podem ser utilizados a qualquer momento, mas seus direitos sucessórios só poderão ser adquiridos se por ato expresso em documento pelo *de cujus*, caso contrário, não lograrão ter direito à herança (VALENTE, 2015, p. 39).

Em Portugal essa prática é determinantemente proibida, pois que, seria um desrespeito com a autonomia da vontade do falecido, mesmo com a autorização expressa deste no momento da morte; nos Estados Unidos é totalmente possível, basta o consentimento externado do *de cujus*, em documento (XAVIER, 2018, p.61)

O que constatamos no Brasil são que muitas dessas soluções favoráveis a utilização do embrião crioconservado encontradas pelos países da Europa, aqui não lograriam êxito, por ferir princípios como a dignidade da pessoa humana e princípio da *saisine*, mas que por certo, no exterior já existe legislação cabível para deslindar a maioria dos casos que apareçam, que para nós, ainda se trata de uma situação precária, porém é permitido pelo Enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil e pela Resolução do CFM nº 2.168/2017.

A nossa legislação pátria não dispôs de modo satisfatório como devem ser tratados esses embriões que excedem *post mortem*, a Lei de Biossegurança traz consigo uma definição no seu art. 5º, mas não respondem a respeito da questão sucessória:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I - sejam embriões inviáveis; ou

II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime

tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.
(grifo nosso)

Além do mais, a Resolução do CFM nº 2.168/2017, bem como a CREMEPE, autorizam o uso do material biológico do falecido, ora já visto, se o *de cujus* externar sua vontade. O Supremo Tribunal Federal, já se decidiu a respeito na ADI 3510:

Isso quer dizer que o embrião, mesmo in vitro, não se reduz a algo que depende de uma interferência externa para a sua transformação, como a madeira, ou o mármore, caso em que, de fato, nada obrigaria a essa atualização. O embrião não é um objeto de transformação, mas o sujeito de sua própria atualização. A fertilização in vitro não lhe retira a potência, mas apenas o meio em que no atual estado da ciência pode se atualizar.

Posicionando-se de que o embrião não é ser humano, mas um estágio de um organismo em desenvolvimento, não obstante careça de uma definição específica para melhor tratar do assunto. Da mesma forma posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça, ao citar o uso de embriões excedentários:

A finalidade do congelamento de embriões é a posterior utilização para nova tentativa, quando não ocorrer a gravidez ou quando houver desejo de outra gestação, sem que seja necessário submeter novamente a mulher a novo procedimento. (Página 3958 do Superior Tribunal de Justiça/STJ de 6 de Junho de 2016).

O STJ também se posiciona a favor do uso de embriões, sendo um modo de expandir os métodos de desenvolvimento pleno da família, ao realizar o desejo que por via natural não seria possível, do mesmo jeito para que a ciência evolua constantemente, mas não menciona a respeito da sucessão desses embriões excedentários, após a morte do autor da herança.

4.2 DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS E A IGUALDADE ENTRE OS FILHOS

Com a implantação do embrião na mulher, pós-morte do doador, aqui se propaga uma insegurança a respeito da partilha de bens referente aos embriões excedentários, e não aqueles que foram gerados logo após o falecimento daquele.

Sabemos que não há diferenciação quanto aos direitos sucessórios nos filhos havidos logo em seguida na abertura da sucessão, que chamamos de prole eventual, não obstante se nos discursa que ainda, não se sabe ao certo qual prazo, poderá ficar em estado de espera para abrir a partilha, e se estes terão direito a sucessão.

A criopreservação do embrião excedentário, quando implantado no colo uterino materno passa a condição de nascituro, e este tem seus direitos protegidos em lei. A sucessão tem como cerne a morte do indivíduo, e este passará os seus bens para seus herdeiros, como uma forma de zelar pelo que foi deixado e dar consolo aos parentes do ocorrido. Ou seja, isso traz consigo uma segurança familiar, tutelando pelas atribuições que lhe foram deixadas, para que aquele, por exemplo, que vivia a seus dispêndios possa sobreviver com o que fora deixado.

A sucessão como exemplificada no artigo 1.784 do Código Civil/2002: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”, esse artigo se refere ao princípio de *saisine* como já visto anteriormente, isso nos deixa claro que, até a forma de suceder há de se haver uma seguridade quanto ao evento futuro. Podemos listar que remete-se que mesmo havendo uma outros tipos de testamentos, sempre preferimos por aqueles regularizados e firmados em lei e cartório.

Parte da doutrina afirma que esses embriões têm total direito a sucessão, pelo princípio constitucional da não diferenciação entre os filhos e a própria lei civil no art. 1.595: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, e pelo fundamento da prole eventual, outra parte desconsidera isto que está descrito, pelo seguinte argumento:

Conforme narrado alhures, a doutrina majoritária, bem como Supremo Tribunal Federal entendem que o embrião não é pessoa e com ela não se confunde, logo, se o embrião criopreservado não é pessoa, entende-se que este, mesmo que concebido (*in vitro*), não é considerado vivo quando da abertura da sucessão daquele que doou o gameta para sua fecundação. Este é um dos motivos, pelo qual parte da doutrina civilista não confere ao embrião excedentário direitos sucessórios. (VALENTE, 2015, p. 58)

Neste sentido, no âmbito dos direitos sucessórios conferirem direitos a um embrião que não sabe quando irá se tornar nascituro, ou não, é negar o direito dos herdeiros legítimos que aguardam a partilha de bens. Não se pode esperar 7 (sete), 10 (dez), 20 (anos), para que haja solução de um evento incerto, dado que, a criopreservação pode durar décadas.

Incabível utilizar do pretexto da não diferenciação entre os filhos, porque a legislação civil foi bem clara ao dar prazo para apenas aqueles indicados no testamento e “vivos” na abertura da sucessão.

O legislador absteve-se de produzir leis discriminatórias para que não haja a discriminação entre os filhos, e o princípio da igualdade seja reconhecido. Clarividente, que não logra haver distinções entre filhos independentes da sua origem, que podem ser tratados de forma isonômica.

Anote-se que o fato não está de ser ou não ser filho, mas sim ser herdeiro, não pelo meio que foi concebido, e sim pela lacuna do lapso temporal que deverá ser esperado até que possa ser herdeiro:

Sobre a manifestação expressa da vontade do doador do material genético para que seja realizada a inseminação post mortem, considera-se frágil o argumento que o depósito do sêmen no laboratório seja suficiente para produzir efeitos jurídicos e presumir o desejo de ser pai após a morte. Vale ressaltar que o material genético armazenado na clínica, não é objetivo de herança e que para realização da inseminação, dependerá haver o consentimento de ambos. (MARQUES, 2017, p. 42)

Diante deste feito a invocação do direito sucessório dos filhos deve ser lida pela sua conjuntura, de forma sistemática com todas as resoluções, jurisprudências e demais leis. Todavia, é impossível afirmar que esses embriões excedentários tenham em sua plenitude os mesmo direitos pessoais e patrimoniais cabidos àqueles que por outra via, estão regulados pelo direito.

Muitos pesquisadores (MARQUES, 2017; GOMES, 2019; RIBEIRO, 2019) afirmam não haver insegurança jurídica nesse aspecto, ao contrário do que o CREMEPE declara, não há possibilidade de comparação de um ser que pode ser tornar um adulto, com um que não há definição completa, tendo em vista que nem no útero materno está, notemos:

entendemos que de acordo com o nosso atual Código Civil deverá ser assegurado todos os direitos do nascituro, como sua capacidade de receber doações, ser beneficiado por legado e herança, possibilidade de nomeação de curador para proteção de seus direitos, entre outros, aos quais, considerando todas as razões expostas nesse parecer, não faz jus o embrião criopreservado posto que não podem ser considerados como nascituro, uma vez que não foram fecundados.

Como há de ter segurança ou proteção de um evento incerto e futuro, que, a exemplo, depois de ter feito toda a partilha entre todos os herdeiros, a viúva utiliza-se desses embriões excedentários para ter um filho, consentido pelo seu marido falecido, após 15 anos, isso causa conforto para um assunto que sem demora, tinha sido solucionado. A lei permite isso por causa de sua lacuna sobre o assunto:

O direito sucessório possibilita através da ação de petição de herança inserido no artigo 1.824, do Código Civil, que o herdeiro reserve ou mesmo **solicite a restituição de seu quinhão hereditário, uma vez que se comprove sua qualidade de herdeiro do de cujus**. Tal ação se destina aos casos em que o verdadeiro sucessor era desconhecido, ou porque não se encontrou no testamento, ou por se tratar de filho não reconhecido no momento da partilha dos bens, logo, o mesmo não veio a tomar posse e ser proprietário de sua herança por direito. A referida ação dá a perfeita noção que a segurança jurídica de qualquer sucessão é apenas relativa, à medida que, o preterido objetiva não só a declaração da qualidade de herdeiro, como também a restituição do patrimônio. (MARQUES, 2017, p.37) **(grifo nosso)**

Por uma ação de petição de herança, tudo aquilo que fora repartido, pode ser desfeito ou restituído, pois a lei permite isso, o que gera certo desconforto com aqueles herdeiros que até em certo momento, não sabia da existência ou possibilidade de um embrião criopreservado, que nem regulamentado está ao certo, possa ter o direito à herança.

Destarte, que o pai desse filho oriundo de um embrião excedentário, que não está mais ali para opinar ou depois de anos sequer saberia se gostaria de ter filhos naquela altura, evidentemente, torna-se difícil presumir que esta seria sua vontade, a negativa não estaria ferindo o princípio da autonomia da vontade, se ocorrer fora do prazo indicado, já que por analogia e falta de lei específica se compara os direitos do nascituro ao embrião excedentário, enquanto que não se estabelece um Estatuto

do Embrião, é dessa forma que deve ser visto, segundo entendimento de Xavier (2018, p. 47). Posto que não devem ser vistos como coisas passíveis de transferência, alienação e destruição, entretanto é incabível afirmar que possa ser notado como pessoa.

4.3 FUNÇÃO SOCIAL DA HERANÇA

A função social da herança somente foi explicitada em 1988, através da Constituição Federal do mesmo ano, no rol dos direitos fundamentais em seu artigo 5º, inciso XXX, em que assegura o direito à herança, isso porque nas constituições anteriores não havia nada que se referisse a isso.

O direito há herança, nada se confunde com o direito de suceder, mas estão intimamente ligadas, dado que, verifica-se que para suceder são necessárias aptidões ou condições, dentre elas são a pessoa estar viva, ter capacidade para tal ato e não ser indigna. O que causa discussão na literatura jurídica sobre esse tema é justamente esse ponto: o embrião não pode herdar, pois não é um herdeiro vivo no momento de abertura da sucessão.

A função social da herança converte-se em uma justificativa para os herdeiros necessários herdarem. Para Montesquieu a herança é algo imoral, não se deve herdar, no sentido em que herdar é acumular bens que não são seus, contribuindo com a desigualdade já existente. Auguste Comte afirma que o autor da herança só pode deixar bens para seus sucessores na medida básica de suas necessidades, apenas para conseguir se inserir socialmente no mercado de trabalho, porque para Comte, se a pessoa que está apta a suceder não trabalhou por esses bens, está sendo imoral e agindo com imoralidade com as demais pessoas na sociedade:

Para defender tal finalidade, o jurista rechaça as ideias de Montesquieu e Augusto Comte, no sentido de que o direito hereditário não teria fundamento ou seria imoral, pois os filhos não deveriam esperar dos pais quaisquer bens, além do necessário, para dar início à sua carreira profissional. (TARTUCE, 2019, p. 30)

Sob esta perspectiva de função social que Beviláqua entende a herança como uma providência tutelar, como uma caridade, porquanto, não há lógica em os pais

ou daquele que vinha seu sustento deixar os seus herdeiros na miséria, isso seria independente da vontade, fomenta-se em um elo de união familiar, o patrimônio para ser sucedido, vem com a ideia de essencialidade para se constituir uma família.

Para Beviláqua, tais visões são perturbadas, pois o que fundamenta a sucessão é “a continuidade da vida na humanidade, através da cadeia não interrompida das gerações, que se sucedem mediante a renovação dos elementos de que ela se compõe”.(TARTUCE, 2019, p.30)

No entendimento de Beviláqua a herança torna-se essencial para a vida em sociedade, tendo em vista que, significa um modo de unir a família, logo após o luto de uma grande perda. Beviláqua ainda afirma que pela forma que vivemos em comunidade o nosso desejo intrínseco é sempre deixar algo para os familiares ou parentesco próximo, e amparar a quem tínhamos laços afetivos.

Isso pode ser entendido no senso em que a herança não é apenas de caráter patrimonial, é um caráter social, a fim de que se evite o desamparo, principalmente daqueles que do *de cuius* dependiam.

Revela-se como uma visão solidária em que os sucessores necessários e facultativos, sob testamento ou não, venham a suceder de forma legal os bens do falecido, até em razão de sua memória. Dado que, depois do momento de dor e luto pelos quais os entes familiares passaram, resta a união dos parentes para tratar de algo que fora lhes deixado.

A herança corresponde explicitamente a uma função social, pois esta regula bens, geralmente de família, além de que, pode ser tido como herdeiros, até pessoas jurídicas com caráter de fundação.

Sabemos que a herança como propriedade privada não deve ser para enriquecimento da parte sucessória, mas porquanto, como uma maneira de ajudar na vida em sociedade, partindo do pressuposto de que o herdeiro necessita ou em razão da memória e atos de última vontade do falecido, meio de resguardá-la.

Muitos autores criticam a função social da herança, como se ela não existisse, e só serviria como um modo de fomentar ainda mais a desigualdade existente no mundo:

num sistema que tem como sustentáculo mor a assimetria social, ou seja, a desigualdade (pois o capitalismo necessita de

classes em posições distintas para funcionar, cada uma com o seu papel: uma explora, a outra é explorada), o direito de herdar acaba por se configurar numa possibilidade extra de se concentrar poder político e econômico, de tal modo que as classes subalternas (os trabalhadores assalariados) acumulam nada ou muito pouco para contribuir com a concentração econômica que a herança acaba por proporcionar às classes privilegiadas. (ASSIS, 2018, p. 31)

Essa crítica se dá em razão da desigualdade social ser tão evidente, por isso, parte da doutrina critica a herança, e que sua função social seria uma farsa para acumular riquezas, manter a hierarquia do poder nas mãos sempre das mesmas pessoas:

Isso apenas revela a lógica de reprodução do capital com a delimitação dos papéis sociais a serem desempenhados pelas classes existentes no capitalismo: trabalhadores que não possuem (nada além da sua própria força de trabalho) e proprietários que não trabalham. Os que nada possuem nada deixam de acumulado que possa ser herdado: por definição, trabalhadores não conseguem acumular nada. Os que sempre possuíram fazem da herança um mecanismo legal de transmissão de propriedade, se perpetuando enquanto classe privilegiada. (ASSIS, 2018, p. 33)

Tem-se esse pensamento, uma vez que, associam exclusivamente como uma manutenção de classe social, pois os mais pobres não conseguem acumular sequer algo para dividir, e quem não tem herdeiros, passa-se ao Estado como gerenciador daquela herança, usando-a em prol da comunidade, levando unicamente como propriedade privada, esquecendo-se dos seus outros preceitos:

Observe-se, ademais, que certos institutos, como o direito de representação, têm um fundamento moral, respaldado no princípio da isonomia e da função social, na medida em que visam a dar um tratamento equânime a herdeiros do autor da herança, poupando-lhes da dupla tristeza da perda de seu ascendente imediatamente direto e também de benefícios potenciais que lhe seriam garantidos, se não tivesse ocorrido o falecimento daquele. (GAGLIANO E PAMPLONA, 2018, p. 1.464)

A herança não pode ser vista como um mal à sociedade, e sim como um bem deixado para aqueles que ao longo da vida criaram laços afetuosos, sejam de

sangue ou não. A sua função social está baseada no aspecto de restauração e preservação da memória do falecido, assim como conectar a família para os devidos interesses em que atuam, quando não há herdeiros a via pública, pelo Estado, e quando há da via privada em que está situado o indivíduo e família.

O modelo familiar que a constituição propõe se configura como um espaço de potencialidades humanas, proteção e garantias, onde ali o indivíduo possa exercer e ter uma realização individual plena, além de servir como uma fonte de estímulo para seu desenvolvimento pessoal, dessa forma assim se justifica, o porquê da função social da herança, ela visa estabelecer maneiras de que o herdeiro possa dar continuidade a sua vida, mesmo após a morte do ente (GOMES, 2019, p. 201).

Esses fatores levam ao desenvolvimento da própria sociedade, o progresso econômico, existe sim o interesse econômico do sucessor, mas este não é o principal motivo para que nosso modelo de sociedade adote, que sem dúvida está ligado ao direito de propriedade.

Mesmo que tomássemos o parâmetro econômico como adequado para fundamentar o Direito, entenderíamos como inadequada a adesão acrítica à ideia de que a função da herança é estimular o empreendedorismo, a iniciativa, o trabalho, a acumulação, com consequências benéficas para a economia (RIBEIRO, 2019, p. 125)

Bem diferente dos aspectos ter e ser, a herança constitui um meio de preservar a integridade daquilo que se juntou em vida, e que com certeza queria ser mantido pelo *de cuius*.

A herança possui uma função familiar como uma proteção àquilo que foi conquistado em vida. A doutrina prevê objetivos para serem perpetuados dentro da política de sucessão, dos quais: o dever de cuidar da família; conservação dos bens familiares dentro do próprio seio familiar e a isonomia entre os herdeiros necessários na partilha de bens. Desse modo, a família não é uma instituição com personalidade jurídica, mas sim uma entidade abstrata, como assinala a Constituição Federal ao dar garantias para que o Estado forneça programas com o intuito de sua manutenção, unindo-a com vínculos afetuosos, bem-estar entre seus membros, apoiando o seu máximo desenvolvimento.

Neste diapasão, a noção de solidariedade familiar vem sendo difundida desde a Carta Magna de 1988, com o intuito de resguardar suas prerrogativas e mantê-la

junto aos valores morais e sociais como fundamento da herança. Muito mais do que uma simples questão de sobrevivência, tem a ver com o bem-estar, por essa questão a função familiar da herança vem sendo usada como razão para a sucessão.

O direito de suceder se estende até onde possa se achar a solidariedade da família, conforme preceitua Ribeiro (2019, p.129):

Assim, por exemplo, identificamos a existência de solidariedade familiar como fundamento da transferência de um patrimônio hereditário que será destinado a assegurar moradia própria a um sucessor que até então vivia pagando aluguel com os frutos do próprio trabalho. Apesar disso, reconhecemos que, na hipótese de haver um conflito entre a garantia de subsistência do vulnerável que dependia do de cujus, de um lado, e a melhoria da condição de vida do não-vulnerável, de outro, familiar a primeira deverá prevalecer.

A família como pedra angular da sociedade, se atenta até na hora da partilha dos bens, favorecendo mais aqueles que porventura tenham menos condições financeiras que outros, e que mesmo a pessoa sendo capaz de prover o autossustento, há de requerer seu direito à sucessão, também como forma de melhoria de vida e cuidar dos bens do falecido, não para enriquecimento ilícito, entretanto como um meio de dar continuidade.

Faz sentido, portanto, que o patrimônio deixado pelo morto, no todo ou em parte, seja direcionado tanto à promoção da vida digna quanto à melhoria das condições de vida de pessoas a ele ligadas pelo vínculo familiar. (RIBEIRO, 2019, p. 130)

O Código Civil concede a qualquer pessoa por testamento o direito de dispor dos seus bens, alega que na ordem de vocação hereditária, sempre são chamados em primeiro lugar os descendentes, e na falta destes os próximos da lista de sucessão, sem justificativa para que a função social da herança trará direitos sucessórios ilimitados.

Independentemente se esta já possui boa condição de vida, o sucessor terá o que é seu por direito. Isto é garantido constitucionalmente “Art. 5º. XXX - é garantido o direito de herança”, que deve ser entendido em consonância com o princípio da não diferenciação entre os filhos, da dignidade da pessoa humana, do direito de propriedade, solidariedade familiar e função social.

Assim como outros direitos fundamentais, a herança não é um direito absoluto, podendo sofrer intervenção do Estado, caso incorra em algum vício ou o herdeiro praticar atos que atentem a dignidade da justiça, violando desta forma a boa-fé e o bom comportamento que dele se espera receber.

O mínimo que se espera é o agir com bom senso, caso contrário poderá ser sujeito de sanção civil, como indignidade ou deserdação, excluindo o herdeiro da partilha de bens. Por exemplo, há violação da função social quando o autor da herança, em testamento exclui o herdeiro por motivações homofóbicas ou racistas, ou quando há “descumprimento da função social da herança quando se reconhecem direitos sucessórios em favor de pessoas que praticaram atos excessivamente reprováveis em desfavor do sucedido”. (RIBEIRO, 2019, p. 143).

Constata-se, portando que a ideia de função social representa o interesse coletivo em prol do privado, afastando, por consequência, os abusos que possam incorrer no ideal de justiça, e não foi à toa que o direito constitucional ergueu o direito à herança como cláusula pétrea, para proteger aquele núcleo instituído como família, contribuindo até mesmo de forma econômica, mas não se confundindo com a propriedade privada, que geralmente o valor de transmissão dos bens não é um valor que torne o herdeiro rico.

Assim, a **função social** é inserida no perfil interno do direito, atuando como critério de valoração do seu exercício. Isso não significa, porém, que o direito subjetivo se torna exclusivamente social; ele ainda atende, sim, aos interesses individuais do seu titular. Entretanto, reconhece-se uma **capacidade expansiva do direito subjetivo, no sentido de atender simultaneamente também aos interesses daqueles que dele não são titulares**. (RIBEIRO, 2019, p. 143) (grifo nosso)

Repassando após a morte, aquilo que foi conquistado em vida para seus descendentes, o direito de herança tem por função social salvaguardar a família, bem como sua continuidade, asseverar desenvolvimento pleno daqueles indivíduos agraciados pela herança, para que após a morte do autor da herança, o princípio da solidariedade ainda seja semeado, testificando os princípios da dignidade da pessoa humana, assim como refletir de forma positiva na economia.

No tocante a propriedade privada e sua função social, esta não deve ser confundida com a função social da herança, dado que a primeira é uma ideia totalmente controversa à sucessão hereditária, sendo que a sucessão baseia-se

apenas na simples transmissão de bens, que de certa forma beneficiará o sucessor. Tampouco não há o que se comparar, já que a propriedade privada que também se exige uma função social, se baseia em títulos de riqueza mobiliária e imobiliária.

Outra forma de incentivar a função social da herança seria colocando objetivos para tal, conforme entendimento de Ribeiro (2019, p. 153):

Um elemento que falta ao ordenamento jurídico brasileiro atual, para que a sucessão causa mortis possa cumprir a sua função social no caso da transmissão de grandes fortunas, é o estímulo à filantropia hereditária. Ao contrário do que mencionamos acima sobre a doutrina de Bobbio, acreditamos que deixar testamento, em alguns casos, deve ser encarado como um ato socialmente útil, com potencial de transformação social, e que, portanto, deve ser provocado e incentivado.

Conforme visto acima, nosso ordenamento jurídico deveria incentivar a filantropia da herança, a fim de evitar os tais herdeiros que vivem de rendimentos em poupança, contribua com a desigualdade, pois isto estaria contrariando a função social que é disposta. O ideal é que se faça um planejamento sucessório de caráter social para que se evite esse tipo de situação, apresentando o uso dos princípios da boa-fé, tanto objetiva, quando subjetiva que é um comportamento que se espera dos indivíduos na sociedade; o princípio respeito à autonomia manifestada do falecido, obrigando a fazer, se legal, tudo aquilo que fora expedido em testamento.

4.4. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E FAMILIAR

O direito sucessório é traduzido pelo princípio da patrimonialidade, dado que, situações jurídicas são intransmissíveis, ou seja, o objeto da herança são situações jurídicas transmissíveis, que além de afetivas, revelam situações patrimoniais (LUCA, 2010, p. 15) O planejamento sucessório seria uma maneira de resguardar a expectativa de direito existente:

No ordenamento jurídico pátrio, há norma constitucional que trata do planejamento familiar, sendo este regulamentado pela Lei Federal nº 9.263/9395. Fica estabelecida a liberdade de decisão do cidadão quanto a este planejamento, desde que sejam respeitados o princípio da dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável. (VALENTE, 2015, p. 40)

Acerca do planejamento sucessório, talvez este interesse mais quem acumulou um considerável patrimônio ao longo da vida, entretanto, até aqueles que juntaram menos e não possuem grandes riquezas, deve se interessar por tal tema, Ribeiro (2019, p.167) assevera “o exercício da autonomia privada testamentária não está condicionado à pobreza ou à riqueza do indivíduo.”

O planejamento sucessório pelas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2018, p. 396), caracteriza-se por um conjunto de atos, que de maneira organizada visam a transferência de um patrimônio determinado e certo em favor de seus sucessores.

Não é fácil fazer um planejamento sucessório ou familiar, tendo em vista, suas várias vertentes que precisam ser analisadas, como a quantidade de herdeiros, regime de bens, meação, se houver pessoa jurídica envolvida, dentre tantos outros exemplos que poderia vir aqui citar.

Em suma, pode-se afirmar que o planejamento sucessório é o conjunto de atos e negócios jurídicos efetuados por pessoas que mantêm entre si alguma relação jurídica familiar ou sucessória, com o intuito de idealizar a divisão do patrimônio de alguém, evitando conflitos desnecessários e procurando concretizar a última vontade da pessoa cujos bens formam o seu objeto. (HIRONAKA; TARTUCE. 2019, p. 88)

Por esta razão, antes de iniciar o planejamento sucessório faz-se necessário investigar qual o regime de bens adotado, caso o falecido fora casado. Imprescindível notar que o regime de bens quase que a maioria dos casos, decidirá como ficará o restante da divisão, mesmo quando não há um testamento, lembrando que a meação é diferente de herança.

Diante das inúmeras situações previstas, bem como a do embrião excedentário, o planejamento sucessório traria uma grande solução para a maioria dos casos, tendo todo o cuidado de se evitar fraudes por via testamentária.

A partilha em vida deve ser feita com extrema cautela, pois qualquer equívoco pode ser passível de anulação, tendo em vista, como forma de evitar fraudes e simulações:

De fato, na nossa experiência na advocacia consultiva, temos visto nos últimos anos atos de blindagem patrimonial e de suposto planejamento com claro intuito fraudatório, como transações, permutas e doações em pagamento desproporcionais realizadas entre marido e mulher ou entre pais e filhos, de

maneira simulada, com o intuito de excluir filhos havidos fora do casamento. (HIRONAKA; TARTUCE. 2019, p. 89)

Consoante a isso, o planejamento está galgado em duas principais regras: a proteção a quota dos herdeiros necessários, a legítima; e a vedação dos pactos sucessórios, exposta no CC/2002, art. 426.

A sociedade brasileira não tem o hábito de fazer planejamento, sempre é visto que deixam tudo para “última hora”, contando que o acaso resolva seu problema. Seria muito mais fácil se tivéssemos a prática de resolvermos tudo antes da morte, colocando as expectativas de herança e divisão no papel, facilitando no momento de perda e dor, brigas e desavenças por essas questões, traria até mesmo mais segurança quanto a outros assuntos, como vimos anteriormente.

O testamento, como afirma Borges (2019), não é um fim em si mesmo, podendo o testador ter total liberdade de colocar seus desejos antes de partir, claro que respeitando a legislação civil e constitucional, para praticar tais atos.

Outra forma de realizar o planejamento sucessório seria a doação em vida, com cláusula de reversão ou com reserva de usufruto ou a doação conjuntiva, como demonstra nosso Código Civil em seus artigos 547, 551 e 427.

O planejamento sucessório engloba também o planejamento familiar, dado que, a questão de expressar sua vontade em documento antes da morte, evitaria vários entraves encontrados pela doutrina, embora que, falte legislação pertinente para que isso possa ocorrer de forma plena.

Por outro lado, entendemos que o incentivo (econômico ou moral) ao altruísmo na sucessão causa mortis não deve ser direcionado exclusivamente ao sucedido. Obviamente, há um interesse social claro na promoção da feitura de testamentos com disposições que beneficiem a coletividade. Contudo, reconhecemos que na sociedade brasileira não há cultura de se fazer testamento e o próprio ato de testar é dificultado pelas excessivas formalidades. Por essa razão, também os sucessores devem ser estimulados a direcionar para a caridade parcela daquilo que receberam. (RIBEIRO, 2019, 154)

No passo em que as decisões sobre a sucessão influenciam diretamente o bem-estar do próximo, esta deve ser refletida de forma sistemática, tanto do ponto de vista econômico, quanto do social, além de repensar sobre as consequências das suas ações quando for planejar.

Conclui-se que, do mesmo modo que ratifica Ribeiro (2019, p.154), o planejamento familiar ou sucessório deve englobar os aspectos da função social, da

organização quanto ao futuro, do planejamento como família, e levando em conta o caráter filantrópico dessas ações, não bastando somente que pense em si, mas no meio em que vive.

A intenção é que se tragam práticas educativas em nossa sociedade, a respeito da sucessão, para que o autor da herança facilite em vida, através de testamento, suas convicções. Tendo em vista que, o nosso ordenamento jurídico promova uma mudança de hábitos sociais, até mesmo por meio do midiático, porque assim descongestionaria o judiciário com um tipo de demanda fácil de resolução, assim como em países europeus já fazem.

Desta forma, além de regularizar leis esparsas, o planejamento familiar é basilar para a organização dos bens, posto que, definirá em simples documento, sobre o futuro de sua herança e como irá deslindar caso queira utilizar um embrião criopreservado, até mesmo no quesito de prole eventual facilitaria, com métodos de planejamento de vida.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Imprescindivelmente deve-se analisar quais os critérios para a conceituação e concretização do reconhecimento embriões excedentários, se realmente a vocação dos embriões excedentários *post mortem* causa insegurança em relação ao nosso ordenamento jurídico, a fim de verificar a aplicação da legislação e se a o reconhecimento desse direito causa transtornos outros herdeiros.

Por esta razão, é necessário pesquisar a incidência desses casos e as formas as quais elas são submetidas e tratadas pelo nosso direito, vendo como a sucessão se comportará em tais casos. Verificar quais são os melhores métodos para solucionar a controvérsia doutrinária a respeito dos embriões excedentários *post mortem*.

Como se tratam de questões relacionadas a ética, bioética, Biodireito e até mesmo religiosas em alguns casos, o ideal é que se tente construir soluções baseadas em princípios e regras que regularizam o direito sucessório no Brasil.

Constata-se, que a lei civil não se atualizou a respeito da modernidade das técnicas de Reprodução Assistida, deixando à mercê da medicina para que se resolva esses conflitos.

O certo seria pesquisar e analisar estudos sobre eventuais demandas acerca do reconhecimento da vocação hereditária *post mortem* dos embriões excedentários e como repercutem daqui a uns anos, ou a criação de um estatuto do embrião, pois, uns reconhecem seu direito de ter herança (GOMES, 2019; CRUZ, 2019), outros não (DIAS, 2016), e isso vai muito mais além de valores morais, éticos e religiosos, mas como forma de organização da sociedade.

Verifica-se que o direito pode ser um instrumento de regulação da sucessão, a fim de evitar conflitos em uma área que já é bastante debatida, bem como o planejamento familiar se presta como fundamental aqui, diminuindo assim o impacto da lesão aos direitos que possam ser assegurados, e precavendo os herdeiros legítimos das inseguranças jurídicas que estes possam vir a ter.

Conclui-se lendo o artigo 1.798 do Código Civil, e o Parecer da CREMEPE, assim como a doutrina, que não se podem aplicar os direitos sucessórios ao embrião excedentário, porque o mesmo não é visto congruentemente ao nascituro (que possui esses direitos), bem como pela falta de legislação cabível ao tema,

cabendo apenas pleitear o reconhecimento da paternidade, se esta foi autorizada expressamente em vida, pelo princípio da igualdade entre os filhos.

Para que haja direito à herança, o embrião criopreservado, implantado *post mortem*, deve ser criada uma lei relativa a esse conteúdo, visto que isso fira a segurança jurídica de herdar dos que já existem, por não se ter ideia de qual tempo razoável poderão ficar conservados até que haja a decisão de utilizá-los, gerando processos de inventário e partilha de longos anos, ou ainda, todos os bens já partilhados, serem revogados por uma petição de revogação de partilha.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Alexandre de. **SOBRE A HERANÇA: ASPECTOS HISTÓRICOS, CULTURAIS, JURÍDICOS E CONÔMICOS DA TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA** – UFPR – 2018. Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/63596/ALEXANDRE%20DE%20ASSIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 10 nov. 2020.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 106**. In: I JORNADA DE DIREITO CIVIL, 12-13 set. 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>>. Acesso em: 4 nov. 2020.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 267**. In: III JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1-3 maio 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>>. Acesso em: 4 nov. 2020.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.957, de 15 de dezembro de 2010**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957>>. Acesso em 10 nov. 2020:
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.013, de 9 de maio de 2013**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013>>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.168, de 10 de novembro de 2017**. Disponível em: <[https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168#search="n%C2%BA 2.168"](https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168#search=)>. Acesso em: 12. nov. 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.
- CAVALCANTI, Carlos. **FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM E O DIREITO SUCESSÓRIO**. Artigo IBDFAM. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/8.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2020.
- CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE PERNAMBUCO. **Parecer nº 16/2018. Processo Consulta nº 25/2018. ASSUNTO: O DIREITO DA SUCESSÃO DO EMBRIÃO CRIOCONSERVADO**. Relatora: Helena Maria Carneiro Leão. Disponível em: <<http://www.cremepe.org.br/regimento-interno/#:~:text=O%20Regimento%20Interno%20do%20Conselho,%2DLei%20n%C2%BA%207.955%2F1945>>. Acesso em 16 nov. 2020.
- CRUZ, Anilla Carine da. **INSEMINAÇÃO PÓSTUMA: O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO**. CONPEDI - DIREITO CIVIL II. 1ed.: , 2014, v. , p. 339-. Disponível em: <

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=009b43fb969ff1c8>>. Acesso em: 26 out. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS** (livro eletrônico) / Maria Berenice Dias. - 4. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de direito civil; volume único** (livro eletrônico) / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GOMES, Renata Raupp. **ENTRE A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS À HERANÇA, À PROPRIEDADE E A CONCRETIZAÇÃO DO PARADIGMA FAMILIAR CONSTITUCIONAL: a função social da legítima no direito brasileiro** / Renata Raupp Gomes; orientador, José Isaac Pilati, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/211585/PDPC1447-T.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **DIREITO CIVIL BRASILEIRO, VOLUME 7: DIREITO DAS SUCESSÕES** (livro eletrônico) / Carlos Roberto Gonçalves. — 6. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **DIREITO CIVIL: VOLUME 6: SUCESSÕES** (livro eletrônico) / Paulo Lôbo. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **O DIREITO DAS SUCESSÕES E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE OS ELEMENTOS DO FENÔMENO SUCESSÓRIO À LUZ DA METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL**. Orientador: Mário Jorge Philocréon de Castro Lima - 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/31687/1/Raphael%20Rego%20Borges%20Ribeiro.pdf>>. 20 nov. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões – v. 6** (livro eletrônico) / Flávio Tartuce. – 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VALENTE, Laís Alves. **DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS IMPLANTADOS POST MORTEM DO DOADOR**. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/187131558.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Inseminação artificial no ordenamento jurídico brasileiro: a omissão presente no código civil e a busca por uma legislação específica**. Atena (IESB. Impresso), v. 4, p. 111-130, 2012. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/_img/artigos/Insemina%C3%A7%C3%A3o%20artificial.pdf>. Acesso em 27 out. 2020.

Página 3958 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de 6 de Junho de 2016.

Disponível em:

<https://diarios.s3.amazonaws.com/STJ/2016/06/pdf/20160606_3958.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1606493492&Signature=WpLOF4wbnoqLWu9i2Z0YqCE2Dug%3D>. Acesso 26 nov. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510.** Distrito Federal. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. Dje nº 96 / Ementário nº 2403-1. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>.
Acesso em 16 nov. 2020.