



GIULIANY LOUISE DUARTE BELTRÃO

O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO “IN VITRO”

**PORTO VELHO
2023**

GIULIANY LOUISE DUARTE BELTRÃO

O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO “IN VITRO”

**Artigo apresentado ao Centro
Universitário São Lucas Porto Velho,
como requisito para obtenção de nota na
disciplina Trabalho de Conclusão de
Curso II, no curso de Direito.**

Orientador: Professor Adolfo

**PORTO VELHO
2023**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação - CIP

B453d Beltrão, Giuliany Louise Duarte.

O direito sucessório do embrião *"in vitro"*. / Giuliany Louise Duarte
Beltrão. – Porto Velho, 2023.
21 p.

Artigo Científico (Curso de Direito) Centro Universitário São Lucas, 2023.
Orientação: Prof. Me. Adolfo Theodoro Naujorks Neto.

1. Sucessório. 2. Embrião. 3. Omissão. 4. Divergências. I. Neto,
Adolfo Theodoro Naujorks. II. Título.

CDU 347.6

Ficha Catalográfica elaborada pela Bibliotecária Jennyfer Martins de Sena CRB 11/998

O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO “IN VITRO”

Artigo apresentado ao Centro Universitário São Lucas Porto Velho, como requisito para obtenção de nota na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso - TCCII, no curso de Direito, sob orientação do Prof. Adolfo Neto

Porto Velho, 05 de junho de 2023

Me. Adolfo Theodoro Naujorks Neto
Avaliação/Nota: _____

Me. Bruno Carlos Pastore
Avaliação/Nota: _____

Esp. Delner do Carmo Azevedo
Avaliação/Nota: _____

O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO “IN VITRO” FECUNDADO POST MORTEM*

Giuliany Louise Duarte Beltrão¹
Adolfo Neto ²

RESUMO

O presente artigo tem como escopo a discussão a cerca do Direito Sucessório do embrião “*in vitro*” fecundados *post mortem*. O Código Civil se faz omissa em relação ao tema e acaba gerando hermenêuticas, fazendo assim a existência de quatro principais correntes doutrinárias abordada no artigo. As maiores divergências se dão pela falta de uma lei que regulamente tais direitos, deixando assim os Tribunais e doutrinadores a mercê de interpretações sobre a possibilidade ou não de direito de herança aos fecundados *post mortem*, e os prazos relativos a isso. Um tema de pouca abordagem na área jurídica onde se faz necessária a discussão dessa omissão.

Palavras-chaves: Sucessório. Embrião. Omissão. Divergências.

THE RIGHT OF THE “IN VITRO” EMBRYO FERTILIZED POST MORTEM ABSTRACT

The present article has its main focus on the discussion about the in vitro human embryo Inheritance Law fertilized post mortem. The civil code remains silent on the subject, providing the development of hermeneutic theories that makes possible the existence of four main doctrinal currents discussed in the article. The greatest divergences are due to the lack of a law that regulates such rights, leaving the courts and doctrinaires with a thousands interpretations on the possibility of inheritance rights to the post mortem fecundates, and the deadlines related to that scenario. A subject with almost no approach in the legal area, where it is necessary to discuss this omission.

Keywords: Succession. Embryo. Omission. Divergences.

Acadêmica do curso de direito da Faculdade São Lucas. Email: giulianyloiseduartebeltrao@gmail.com

Docente da Faculdade São Lucas. Orientador Adolfo Neto. Email: adolfo.neto@saolucas.edu.br

INTRODUÇÃO

O presente artigo teve como objeto de estudo a possibilidade do embrião “*in vitro*” fecundado *post mortem* ter direito de herdar o patrimônio de seu genitor.

Deste modo, com base em pesquisas bibliográficas, se pôde desenvolver brevemente sobre a reprodução assistida no âmbito constitucional e as vertentes que cabem ao Código Civil.

Dividido em quatro tópicos, este artigo visou elucidar brevemente sobre o direito sucessório, sobre reprodução artificial e sobre o embrião fecundado *post mortem* e uma análise do tema a luz dos artigos do mesmo CODEX e os princípios e garantias constitucionais.

A problemática desse tema se dá pela omissão do Código Civil em relação aos embriões fecundados *post mortem*. O Código Civil de 2002 causa um conflito entre direito de família e direito sucessório ao deixar clara a possibilidade de reconhecimento de paternidade e nada abordar sobre o direito de ser legítimo para entrar no rol de herdeiros do genitor.

O objetivo geral dessa pesquisa é analisar e explanar os conflitos existentes a cerca do tema entre princípios constitucionais, código civil e entendimentos doutrinários. Entre os objetivos específicos buscou-se identificar a melhor maneira para dirimir esse conflito, que por mais que se faça necessário a regulamentação por meio de lei, há possibilidade de usar o melhor entendimento a luz de artigos do código civil relacionados à petição de herança e o prazo de prescrição e decadência para menores de 16 anos.

1 DO DIREITO SUCESSÓRIO

O Direito Sucessório dá-se por lei ou por disposição de última vontade e é, basicamente, o direito de transmissão de patrimônio através de uma causa. Essa transmissão pode ser “*inter vivos*” ou “*causa mortis*”, salientando

que neste artigo será abordada a *causa mortis*. Neste raciocínio Flávio Tartuce afirma que¹:

Direito das Sucessões como o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo as transmissões de direitos e deveres de uma pessoa a outra, diante do falecimento da primeira, seja por disposição de última vontade, seja por determinação da lei, que acaba por presumir a vontade do falecido.

Há relatos que essa transmissão de patrimônio se faz desde a antiguidade. Diferentes povos, após a morte de algum ente, passavam não só o patrimônio para o herdeiro como também a obrigação religiosa para com a sociedade e família (domiciliar).

Ao longo do tempo este direito sofreu inúmeras mutações, chegando à era moderna uma transmissão de patrimônio que abrange os direitos e deveres do *de cujus* e do herdeiro, assim com a transmissão será feito o inventário do qual será quitado seus débitos, caso possua, e dividido de forma legalmente prevista para seus herdeiros. O Direito Sucessório está garantido no Código Civil e na Constituição Federal com base nos princípios que regem o ordenamento jurídico e nas garantias fundamentais.

1.1 PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO SUCESSÓRIO

Tem-se a ideia que o direito sucessório é uma junção do direito de família com o direito de propriedade, tendo fundamento na Constituição Federal em seus artigos 1º, inciso III com o amparo no princípio da dignidade da pessoa humana, trazendo um desdobramento relacionado ao planejamento familiar no artigo 226, §7º; 3º, inciso I objetivando construir uma sociedade livre, justa e solidária; o princípio da igualdade entre filhos previsto no artigo 227, §6º; e 5º, incisos XXII, XXIII e XXX, onde se pode associar o direito de propriedade que atenda a função social ao direito de herança, sendo estes direitos e garantias fundamentais;

¹ TARTUCE, Flávio. DIREITO CIVIL – Direito das Sucessões. 10ªEd. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017 p.16

1.1.1 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Este princípio vem com a função de garantir que os valores e os direitos de todos sejam observados.

A dignidade da pessoa humana é um valor fundamental, *prima assim* Luís Roberto Barroso²:

A dignidade da pessoa humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.

Como já citado, este princípio fundamenta os direitos previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, sendo base de dois direitos que são parte da fundamentação da discussão do tema.

Deste modo, o princípio da dignidade da pessoa humana atua de forma coerente, assegurando os direitos do *de cujus* e do herdeiro, independente se este foi fecundado por meio intracórporeo ou extracórporeo (fecundação “*in vitro*”).

Do planejamento familiar, a Constituição Federal afirma de forma clara em seu artigo 226, §7º, que fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos³.

² BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 273.

³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasil, DF: Senado Federal, 1988.

1.1.2 DO DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO DE HERANÇA

O direito de propriedade está previsto no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal de 1988. Este direito traz a garantia de usar, dispor ou gozar de determinado bem, desde que, com previsão no artigo quinto, inciso XXIII da Constituição Federal, faça a função social da propriedade.

Esse condicionamento da obrigação de exercer a função social do bem também está previsto do artigo 1228 do Código Civil de 2002, com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

O direito a herança está previsto no artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal de 1988, e é um dos direitos de suma importância para a fundamentação deste tema.

Analizando estas duas garantias fundamentais do cidadão, Giselda Hironaka⁴ chegou ao seguinte posicionamento:

O fundamento da transmissão *causa mortis* estaria não apenas na continuidade patrimonial, ou seja, na manutenção pura e simples dos bens na família como forma de acumulação de capital que estimularia a poupança, o trabalho e a economia, mais ainda principalmente no 'fator de proteção, coesão e de perpetuidade da família.

É de direito que a partir do falecimento inicie-se a sucessão e se faça a transmissão de patrimônio para os herdeiros necessários, sendo cônjuge ou companheiro, ascendente, descendente, e em caso de testamento, inclui-se os legatários.

1.1.3 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE FILHOS

A Constituição Federal de 1988 expõe em seu artigo 227, §6º o princípio da igualdade entre filhos onde aduz que os filhos, havidos ou não da

⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito das Sucessões. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p.5.

relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação⁵.

Sendo assim, seguindo a Constituição Federal, em nenhuma circunstância pode haver distinção entre os filhos, tendo esses os mesmos direitos, aduzindo assim, o mesmo direito sucessório.

2 FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL

Há várias maneiras de realizar uma fecundação por meios artificiais, mas vale ressaltar as duas formas relacionadas ao material genético do futuro embrião. A fecundação pode ser homóloga, que é a que será enfatizada neste artigo, ou heteróloga. A primeira em questão é a fecundação onde terá o material genético do casal, e a segunda o espermatozóide é de um doador anônimo.

Dentre as principais técnicas atualmente disponíveis, destacam-se: inseminação artificial, fertilização *in vitro* seguida de transferência de embriões, transferência intratubária de gametas, transferência intratubária de zigotos, gestação por mãe substituta.

Para elucidar, a fecundação "*in vitro*" começou a ser utilizada aproximadamente em 1978 e foi trazida para o Brasil em meados de 1983. A fertilização *in vitro* é um processo em que a fertilização do óvulo com espermatozóide é feita em laboratório. Os espermatozóides, com os óvulos, são colocados numa cultura especialmente preparada e mantida em condições ideais de temperatura em ambiente que simula as trompas. Se o processo evoluir favoravelmente, os pré-embriões são transferidos para o útero da mãe. Além da fecundação *in vitro* convencional, existe a técnica conhecida como ICSI, em que o espermatozóide é injetado dentro do óvulo. Esse método é

⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasil, DF: Senado Federal, 1988.

utilizado quando se sabe que o espermatozóide não consegue fertilizar o óvulo por conta própria.

A Lei de Biossegurança, Lei nº11.105/02, é a lei que regulamenta as técnicas de reprodução assistida, mas apenas usadas em células tronco, como consta no artigo 5º da lei. Porém nada consta no Código Civil que autorize ou não esse meio de reprodução, trazendo problemáticas por diversas interpretações a cerca do tema e suas ramificações.

3 FECUNDAÇÃO “*IN VITRO*” *POST MORTEM*

A fecundação “*in vitro*” *post mortem* é a fecundação feita após a morte do genitor. Douglas Phillips Freitas relata em seu livro que o primeiro caso de fecundação artificial homóloga relatado aconteceu na França, em meados de 1980, onde, após um casal descobrir a doença do genitor, resolveu colocar o sêmem em um laboratório específico. Após a morte do genitor, a cōnjuge procurou o laboratório para realizar a fecundação artificial, sendo esta negada pelo laboratório justamente por não haver lei que resguardasse esse direito. Houve disputa judicial, onde foi concedido o direito da fecundação. A partir de então o Tribunal da França se atentou ao tema.

Segundo Gianluca Maria Bella⁶:

Na França, a fecundação medicalmente assistida é disciplinada pela Lei no 94-654 de 29 de julho de 1994 (relativa à doação e à utilização do próprio corpo, à procriação medicalmente assistida e à diagnose pré-natal). Essa Lei se caracteriza por ser fortemente limitadora da fecundação artificial, sendo considerada como um remédio não natural contra a infertilidade patológica e, portanto, não é admitida para as mulheres solteiras ou partners de casais homossexuais. A fecundação heteróloga é consentida, sob a condição de que não haja desconhecimento de paternidade e no caso que não haja risco de transmissão de doenças. Não é admitida a fecundação post mortem, nem a gravidez subrogada.

⁶ BELLA, Gianluca Maria. A fecundação medicalmente assistida entre “direito” e “ética” na época da tecnologia. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 46 n. 182 abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194917/000865486.pdf>. Acesso em: 16.05.18

Um caso parecido ocorreu no Brasil. A professora Kátia Lernerneie⁷, que fora casada por 5 anos com Roberto Jefferson Niels, conseguiu uma liminar determinando que certo laboratório de Curitiba/PR realizasse a inseminação artificial com o espermatozóide criopreservado do marido que, após uma luta contra o câncer, acabou falecendo em 2009. O laboratório, como no caso francês, recusou-se a fazer a inseminação, pois no termo assinado na coleta não constava a expressa vontade em relação ao material genético, conforme resolução do Conselho Federal de Medicina, que trata sobre a ética em relação às técnicas de reprodução assistida.

No caso de Kátia, o Juiz Alexandre Gomes Gonçalves da 13ª Vara Cível de Curitiba/PR entendeu que não seria necessário uma autorização expressa, mas sim inequívoca e feita em vida. Com a declaração da família, amigos e médicos, ficou provada a vontade de Roberto de ter um filho.

No Brasil, o Código Civil de 2002 é totalmente omissivo quanto a matéria sucessória em relação a fecundação “*in vitro*” *post mortem*, por essa razão o tema acaba se conflitando com o entendimento em matéria de Direito de Família. O Código Civil de 2002 não especifica uma autorização e nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata o assunto e soluciona somente o referente à paternidade.

Na área de Direito de Família, o Código Civil de 2002 traz a possibilidade de filiação do embrião fecundado artificialmente após a morte, desde que homólogo, ou seja, com material genético de ambos, como consta no artigo 1597, em seus incisos. E também aqueles nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte.

Não há discussão a se dizer que o artigo 1597 é relacionado pura e inteiramente a paternidade. Aduz Guilher Calmon Nogueira Gama⁸ que na

⁷ OAB/SP. JUIZ AUTORIZA INSEMINAÇÃO COM SÊMEN DE MARIDO MORTO. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/juiz-autoriza-inseminacao-com-semen-de-marido> Acesso em: 26.05.2018

⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo Código Civil: *Temas atuais de direito e processo de família*. In: Farias, Cristiano Chaves (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 270. Apud CRUZ, Mariana Menezes; GOMINHO, Leonardo Barreto Ferraz. O reconhecimento jurídico da fertilização *in vitro post mortem* e os seus efeitos sucessórios. Disponível em: <https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/373308084/o-reconhecimento-juridico-da-fertilizacao-in-vitro-post-mortem-e-os-seus-efeitos-sucessorios> Acesso em: 15.10.2017

fecundação artificial homóloga, não se faz necessária o consentimento do marido. A frase “mesmo que falecido o marido” é exclusiva para reconhecimento de paternidade, atentando o prazo limite de 300 dias da morte do genitor.

Diante desta omissão em matéria sucessória, há um enorme desdobramento de vertentes a cerca do tema.

3.1 PRINCIPAIS VERTENTES

Com a omissão do Código Civil de 2002 em relação a fecundação do embrião “*in vitro*” fecundado *post mortem* podem-se destacar três principais correntes, sendo estas: Entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação aos concebidos; possibilidade do direito de herança, mas por meio de petição de herança a contar do momento da partilha; e a possibilidade de herdar, desde que por meio testamentário.

3.1.1 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE OS CONCEBIDOS

Esta primeira vertente se dá pela discussão do entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação aos “concebidos” tratados no Código Civil de 2002 nos artigos 2º e 1798.

O artigo 2º do Código Civil de 2002 diz que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a **concepção**, os direitos do nascituro. E o artigo 1798, do mesmo Código, aduz que se legitimam a suceder as pessoas nascidas ou já **concebidas** no momento da abertura da sucessão⁹ (grifo nosso).

⁹ BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Ao analisar estes artigos surge a primeira problemática. O Supremo Tribunal Federal entende por concepção o período de nidação, que nada mais é quando o óvulo fecundado por meio convencional é fixado no útero surgindo o nascituro, deixando assim de fora o embrião fecundado em laboratório por estar em diferente situação. O embrião teria direito de filiação, mas não iria adquirir os mesmos direitos de um nascituro fecundado por meio intracorpóreo e convencional.

Em uma ADI, o Ministro Ayres Britto relata¹⁰:

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermenêuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum.

¹⁰ ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, DJE de 28-5-2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168856&base=baseAcordaos> Acesso em: 12.02.18

O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

Ao analisar o significado das palavras **concepção e conceber** o entendimento do Supremo Tribunal Federal deixa de fazer sentido ao interligar conceber com entendimento de nidação. Entende-se por conceber, no verbo transitivo indireto, “*ser fecundado*”. E concepção, substantivo feminino, tem como alguns de seus significados “*em consequência da fusão do espermatozóide com o óvulo; fecundação*”. Sendo desta forma conceber e concepção o simples fato de fusão do espermatozóide com o óvulo, não especificando se por meio intracorpóreo ou extracorpóreo, nem fazendo diferenciação entre os filhos.

3.1.2 PETIÇÃO DE HERANÇA

A massa doutrinária que discute essa vertente usa como base de estudo os artigos já citados 1597 e 1798, onde tratam de reconhecimento de paternidade da fecundação artificial homóloga e sobre os legitimados a suceder.

Esses doutrinadores se valem no reconhecimento de paternidade previsto no artigo 1597, mas ainda assim acreditam que esse embrião está em diferente posição de filhos havidos por modo convencional. Sendo assim, por ser considerado filho terá o direito de herança, mas por meio de petição de herança com prazo a contar do momento da partilha.

A ação de petição de herança é uma ação de natureza real, para a qual só tem legitimidade ativa aquele que já é herdeiro desde antes do ajuizamento, e através da qual ele pode buscar ver reconhecido seu direito hereditário sobre bem específico que entende deveria integrar o espólio, mas que está em poder de outrem.

O prazo de petição de herança não está previsto no ordenamento jurídico, então usa-se o prazo prescricional geral previsto no artigo 205 do Código Civil de 2002 que diz que a prescrição ocorre em dez anos, quando a

lei não lhe haja fixado prazo menor. Esse prazo de 10 anos para ingressar com a petição de herança começa a correr a partir do trânsito em julgado da sentença que julgou o inventário e determinou a partilha dos bens.

Flavio Tartuce tem esse entendimento¹¹:

Todavia, o embrião não está na mesma situação da prole eventual, pois deve ser tido como pessoa humana desde a *concepção*. Diante dessa realidade, seus direitos devem ser reconhecidos a partir desse momento, havendo a possibilidade de sua inclusão na sucessão por meio da petição de herança.

Tendo em vista esse posicionamento o herdeiro pode, mediante ação de petição de herança, obter a restituição da herança adquirindo seus direitos sucessórios, como visa o artigo 1824 do Código Civil de 2002.

3.1.3 TESTAMENTÁRIA

Primeiramente pode-se definir o testamento como um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, para depois de sua morte. Trata-se do ato sucessório de exercício da autonomia privada por excelência.

A sucessão testamentária é a forma de autonomia da vontade do *de cujus*, onde, em vida, designa a transmissão patrimonial ou extrapatrimonial para seus herdeiros e legatários.

Os doutrinadores que explanam essa vertente também acreditam que o embrião que fora fecundado “*in vitro*” está em diferente posição de um embrião fecundado de modo convencional, logo estes só herdariam apenas por meio testamentário e se fecundados fossem no prazo de 2 anos como consta no §4º do artigo 1800 do Código Civil de 2002. Passado esse prazo, o fruto da fecundação teria direito de filiação, mas perderia o direito de herdar.

Pablo Stolze tem esse posicionamento¹²:

¹¹ TARTUCE, Flávio. DIREITO CIVIL – Direito das Sucessões. 10ªEd. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017 p.54.

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7, p. 129

Em nosso sentir, ao menos enquanto não houver uma regulamentação legal específica, que leve em conta os avanços da tecnologia, a segurança jurídica recomenda que, nos limites da Sucessão Testamentária, o embrião somente poderá figurar como beneficiário se a implantação no útero materno ocorrer dentro do prazo de dois anos, na linha do § 4.º do art. 1.800 do Código Civil. Após esse prazo, não deixará de ser considerado filho do falecido, mas não terá direito sucessório. Sem dúvida, não se afigura como a melhor solução, mas, em nosso atual sistema, é mais adequado, mormente em se considerando que a indefinição de um prazo para a implantação geraria o grave inconveniente de prejudicar por meses ou anos o desfecho do procedimento de inventário ou arrolamento, em detrimento do direito dos demais herdeiros legítimos ou testamentários.

Por este meio, o genitor reforçaria sua vontade no que diz respeito ao patrimônio que cabe ao filho, fruto de uma fecundação “*in vitro*”, concebido posteriormente a sua morte.

4 UMA ANÁLISE DO TEMA A LUZ DOS ARTIGOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E OS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Visto que a maioria dos doutrinadores se dividem em três principais posições relacionadas ao tema, mas ao analisar a luz dos artigos do Código Civil de 2002 e os princípios constitucionais, se faz uma nova vertente abordada neste artigo, onde traz a possibilidade de interpretação das vertentes anteriores com reparações que o próprio código civil de 2002 oferece.

Destacando primeiramente que é de origem constitucional o direito de herdar como aduz o artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal.

O primeiro princípio para ressaltar nessa análise é o Princípio da Dignidade da Pessoa humana que está previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Este princípio vem com a função de garantir que os valores e os direitos de todos sejam acatados.

A luz do princípio da igualdade entre os filhos, essa análise diverge das correntes anteriores justamente por entender que o embrião “*in vitro*”

fecundado *post mortem* não está em diferente situação dos outros filhos herdeiros concebidos por vias convencionais.

A Carta Magna aduz em seu artigo 227, §6º a previsão sobre este princípio, assim, os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Visando seguir este princípio, o embrião "*in vitro*" fecundado *post mortem* tem direito a herança tanto quanto os outros herdeiros.

Analizando estes dois princípios constitucionais e o direito de herança, se faz inviável a teoria do Supremo Tribunal Federal em relação aos concebidos e a corrente testamentária, por colocarem em distinção os filhos havidos por via artificial e os filhos havidos por meio convencional, violando assim os princípios da Constituição Federal.

Outros doutrinadores, em uma terceira corrente, entendem que há possibilidade de herança ao embrião "*in vitro*" fecundado *post mortem*, mesmo acreditando que estão em diferente situação dos herdeiros convencionais, violando também um princípio constitucional, por meio de petição de herança com prazo de 10 anos por não constar prazo menor ou que defina o Código Civil de 2002.

A petição de herança traz a possibilidade do herdeiro demandar o reconhecimento ao direito de herdar, pedindo a restituição toda ou em parte da herança, como aduz o artigo 1824 do Código Civil.

Analizando o código, caso se faça necessário a petição de herança, o prazo para que os 10 anos comecem a fruir seria depois de completados os 16 anos do fruto embrião fecundado, pois, segundo os artigos 195 e 198, inciso I, não corre prescrição e decadência para menores de 16 anos.

Segundo o Tribunal de Justiça de Santa Catarina¹³:

Sucessão aberta e ação ajuizada, ambas, na vigência do Código Civil de 1916. Observância do prazo prescricional de

¹³ TJSC, Apelação Cível 2009.019580-1, 4.ª Câmara de Direito Civil, Blumenau, Rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. 14.07.2011, DJSC 04.08.2011, p. 88 Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20803228/apelacao-civel-ac-195801-sc-2009019580-1-tjsc> Acesso em: 17.02.2018

20 (vinte) anos para reclamar os direitos hereditários (art. 177 daquele CODEX e Súmula n.º 149 do STF), cujo início se deu a partir da idade de 16 anos da demandante, posto não correr a prescrição contra os absolutamente incapazes. Recurso conhecido e provido para julgar procedente, também, o pedido de petição de herança, com a condenação dos requeridos/apelados a entregarem à autora o que lhe cabe em virtude da morte de seu genitor, do que resulta nula a partilha antes homologada.

Baseado nos fatos é de direito a herança dos embriões “*in vitro*” fecundados *post mortem* visto que o direito de filiação é um direito de todos e diante do princípio da igualdade entre filhos, a herança terá a partilha de forma equipolente para todos como legalmente previsto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objeto de estudo a possibilidade do embrião “*in vitro*” fecundado *post mortem* ter direito de herdar o patrimônio de seu genitor. A fecundação “*in vitro*” é um avanço da medicina. E o meio de reprodução assistida vem se modificando cada vez mais, porém, por ter um processo mais rígido, o meio jurídico nem sempre consegue acompanhar essa evolução.

As correntes geradas a cerca do tema não vão de encontro com todos os princípios que regem os direitos dos embriões fecundados *post mortem*, gerando assim mais indagações para quem estuda sobre. Enfatizando a necessidade de uma norma que regulamente tal direito.

Visto que a problemática é a omissão direta do Código Civil relacionado aos direitos sucessórios do embrião “*in vitro*” fecundado *post mortem*, em pesquisa, ao analisar o mesmo CODEX, foi encontrado por meio indireto o direito do embrião homólogo fecundado *post mortem* herdar o patrimônio do genitor. Verificando o princípio da igualdade entre filhos, o direito de herdar, o direito de petição de herança e a contagem do prazo correspondente após completos 16 anos do fruto da fecundação, o embrião tem sim o direito de herdar.

Com efeito, concluímos que este artigo venceu o seu propósito de analisar o tema e evidenciar os prejuízos que a falta de legislação aplicável ao tema traz aos embriões, uma vez que ainda não há legislação específica para tratar do assunto, mesmo sendo cristalina a sua necessidade para o que direito sucessório dos embriões fecundados *post mortem*, sejam garantidos e deixem de ser regidos por correntes doutrinárias, sendo assim, extinta a insegurança jurídica doutrinária ao tema em questão.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BELLA, Gianluca Maria. **A fecundação medicalmente assistida entre “direito” e “ética” na época da tecnologia**. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 46 n. 182 abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194917/000865486.pdf>. Acesso em: 16.05.18

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasil, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei Federal n.º 11.105**, de 24 de março de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm Acesso em: 16.05.2018

CRUZ, Mariana Menezes; GOMINHO, Leonardo Barreto Ferraz. **O reconhecimento jurídico da fertilização *in vitro post mortem* e os seus efeitos sucessórios**. Disponível em: <https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/373308084/o-reconhecimento-juridico-da-fertilizacao-in-vitro-post-mortem-e-os-seus-efeitos-sucessorios> Acesso em: 15.10.2017

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões**. v.7. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo Código Civil: Temas atuais de direito e processo de família.** In: Farias, Cristiano Chaves (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 270.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das Sucessões.** 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Procriações artificiais e o direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARQUES, Anderson Braga. **AS REPERCUSSÕES SUCESSÓRIAS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM.** UNB. Disponível em:
http://www.bdm.unb.br/bitstream/10483/17725/1/2017_AndersonBragaMarques.pdf Acesso em: 26.05.2018

MENDONÇA, Carla. **Direitos Sucessórios Derivados da Inseminação Artificial Post Mortem.** Disponível em:
<https://carlamendonca.jusbrasil.com.br/artigos/111915092/direitos-sucessorios-derivados-da-inseminacao-artificial-post-mortem> Acesso em: 28.09.2017

OAB/SP. **JUIZ AUTORIZA INSEMINAÇÃO COM SÊMEN DE MARIDO MORTO.** Disponível em:
<http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/juiz-autoriza-inseminacao-com-semen-de-marido> Acesso em: 26.05.2018

STF. **ADI 3.510**, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, DJE de 28-5-2010. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168856&base=baseAcordaos> Acesso em: 12.02.18

TARTUCE, Flávio. **DIREITO CIVIL – Direito das Sucessões.** 10ªEd. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TJSC, **Apelação Cível 2009.019580-1**, 4.ª Câmara de Direito Civil, Blumenau, Rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. 14.07.2011, DJSC 04.08.2011, p. 88 Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20803228/apelacao-civel-ac-195801-sc-2009019580-1-tjsc> Acesso em: 17.02.2018

VENOSA, Silvio de Salvo. *Apud* DELFIM, **As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem.** São Paulo: Atlas, 2011.