

DIREITO DAS SUCESSÕES

O Direito das Sucessões vem sofrendo grandes mudanças, resultantes dos influxos sociais, da estrutura dos bens e das relações familiares. A normativa do Direito Sucessório, porém, não vem acompanhando ditas mudanças, razão pela qual vários dos problemas contemporâneos que se apresentam ao fenômeno sucessório demandam soluções próprias construídas pela doutrina e jurisprudência por meio da interpretação do sistema, pois muitas delas não encontram resposta pronta na lei.

As múltiplas entidades familiares atreladas a uma nova compreensão da função da família na sociedade civil, entendida como um espaço de desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros, sendo consequência desta atual dimensão funcional a facilitação do divórcio no Brasil decorrente da Emenda Constitucional 66, bem como a especial proteção destinada aos vulneráveis, como crianças, idosos e mulheres, colocaram em xeque o engessamento da sucessão legítima, desafiando novos espaços de autonomia do titular do patrimônio, sem descuidar de seu fundamento, a saber, a solidariedade familiar.

As transformações na estrutura dos bens — que passaram da quase "sacralidade" do patrimônio imobiliário para a ampla valorização dos bens móveis (valores mobiliários, ações, bens digitais, entre outros) — também tem desafiado o Direito das Sucessões, a fim de se resguardar meios para a formalização da transferência aos herdeiros.

Nota-se que o crescimento dos espaços de contratualização no Direito de Família não repercutiu tão amplamente no Direito das Sucessões, conquanto se esteja questionando institutos tradicionais, tais como a legítima, a condição de herdeiro necessário do cônjuge (e do companheiro) e os pactos sucessórios, por exemplo. Assim, não obstante o Direito das Sucessões tradicionalmente conjugue autonomia e solidariedade, a realidade tem exigido que ditos pilares sejam melhor balizados e ponderados, com o redimensionamento da solidariedade familiar.

É nesse contexto de grandes questionamentos que problemas têm surgido e, junto com eles, uma abordagem crítica para a busca de soluções coerentes com o sistema. Essa foi a ideia desse livro que moveu as coordenadoras a idealizar essa obra com o recorte reflexivo e prático para pensar sobre os desafios e problemas quotidianos da vida profissional. Com esse escopo, foram convidados importantes estudiosos do Direito das Sucessões para contribuir com propostas hermenêuticas para esse fim, a quem agradecemos a parceria.

Este é o livro que, com muita alegria, apresentamos ao público, com a função de contribuir para o debate e para a construção de um Direito das Sucessões que sirva às necessidades e aos anseios sociais.

Ana Carolina Brochado Teixeira
Ana Luiza Maia Nevares

Siga a EDITORA FOCO
para Dicas, Notícias,
Lançamentos e Sorteios



Leia Parte do Livro



9 786555 153842

INDICADO PARA
ACADÊMICOS,
GRADUAÇÃO E
PROFISSIONAIS



TEIXEIRA
NEVARES

DIREITO DAS SUCESSÕES



2022

COORDENADORAS

ANA CAROLINA
BROCHADO TEIXEIRA

ANA LUIZA
MAIA NEVARES

DIREITO DAS SUCESSÕES

PROBLEMAS E TENDÊNCIAS

ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA • ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA • ANA FRAZÃO • ANA LUIZA MAIA NEVARES • ANDERSON SCHREIBER • CAROLINA NORONHA • CAROLINE POMJÉ • CONRADO PAULINO DA ROSA • DANIEL BUCAR • DANIELA DE CARVALHO MUCILO • DANIELE CHAVES TEIXEIRA • DANIELLE TAVARES PEÇANHA • ELEONORA G. SALTÃO DE O. MATTOS • FELIPE LEONIDIO RIBEIRO • FELIPE RIBAS • FERNANDA BISSOLI PINHO • FERNANDA ROSA COELHO • GABRIEL HONORATO • GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA • GUSTAVO HEIRIQUE BAPTISTA ANDRADE • GUSTAVO TEPEDINO • HELDISA HELENA BARBOZA • ISABELLA SILVEIRA DE CASTRO • KARINA BARBOSA FRANCO • LEONARDO LOBO DE ALMEIDA • LÍDIA SPITZ • LIGIA ZIGGIOTTI DE OLIVEIRA • LUIZA TEIXEIRA LEAL • LUCIANA PEDROSO XAVIER • LUCIANO VIANNA ARAÚJO • LUÍZ PARRA VIEIRA DE CARVALHO • MARCOS EHRHARDT JUNIOR • MARIA BERENICE DIAS • MARILIA PEDROSO XAVIER • MARIO LUIZ DELGADO • NADIA DE ARAUJO • RICARDO CALDERÓN • RODRIGO MAZZEI • SILVIA FELIPE MARZAGÃO • SIMONE TASSINARI CARDOSO FLEISCHMANN • VÍTOR ALMEIDA

EDITORA
FOCO

Editora Processo
Tels: (21) 3128-5531 / (21) 3889-8181 / (21) 2209-0401

www.editoraprocesso.com.br www.catalivros.com.br
Distribuição exclusiva da Catalivros Distribuidora Comércio Ltda ME

Copyright © 2020 Joyceane Bezerra de Menezes (cordenadora)
Todos os direitos reservados.

Conselho Editorial

Maria Celina Bodin de Moraes (Presidente)
Luiz Edson Fachin

Ana Carolina Brochado Teixeira
Ana Frazão
Antônio Augusto Cançado Trindade
Antônio Celso Alves Pereira
Caitlin Sampaio Mulholland
Carla Adriana Comitre Gibertoni
Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho
Cleyson de Moraes de Mello
Eneas de Oliveira Matos
Eugênio Facchini Neto
Fernando de Almeida Predroso
Hélio do Vale Pereira
Joyceane Bezerra de Menezes
Marco Aurélio Lagrecia Casamasso
Marco Aurélio Perri Guedes
Marcos Ehrhardt Jr.
Maria Cristina De Cicco
Mariana Pinto
Martonio Mont' Alverne Barreto Lima
Maurício Moreira Menezes
Melhim Namem Chalhub
Ricardo Calderón
Sergio Campinho
Zeno Veloso

Capa: Alexander / Edição Eletrônica: Deoclécio Serafim

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.)
M346d Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas —
Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão — 2ª
ed. rev. e ampliada / Joyceane Bezerra de Menezes (organizadora) — Rio de Janeiro:
Processo, 2020.
1062 p. ; 23cm.
ISBN 978-859374161-6
1. Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas.
2. Brasil. 3. Título.

CDD 343.810922

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)
Impresso no Brasil
Printed in Brazil

PREFÁCIO

A capacidade civil sempre esteve intimamente ligada ao discernimento, isto é, à possibilidade de entender e querer. A noção de discernimento era concebida em escalas, de modo que aquele que o possuísse por completo seria plenamente capaz, enquanto aquele que tivesse o discernimento reduzido seria relativamente incapaz e aquele completamente desprovido de discernimento seria absolutamente incapaz. O discernimento, ou a capacidade de compreensão e análise, provém de uma característica da condição humana, se não a mais importante, a que melhor define a nossa espécie: a racionalidade. Quando há discernimento, há autonomia para decidir o que se quer.

As conceituações tradicionais da teoria das incapacidades foram profundamente alteradas pela Lei n. 13.146/2015, que transformou o sistema brasileiro ao modificar o rol de incapazes previsto pelo Código Civil para dele retirar os “enfermos mentais”, independentemente de seu nível de discernimento, passando a reputá-los como plenamente capazes (art. 6º). Muda-se, assim, a abordagem da deficiência que já não é compreendida como uma característica intrínseca à pessoa, mas como o produto da interação entre as suas limitações naturais e as barreiras sociais. Nessa medida, a expressão “enfermidade mental” deixa de ser utilizada porque a deficiência não é mais considerada como uma doença. De igual modo, a deficiência não pode ser utilizada como critério balizador da capacidade para que não se incorra em discriminação.

Em nome de bem-intencionada mudança paradigmática, aparentemente diminuiu a proteção que o sistema anterior proporcionava, alijando-os do manto protetor do *status* de incapaz. Na impossibilidade de se superar a mudança legislativa, sobretudo em matéria de estado, que tem necessária fonte legal, instaurou-se verdadeira crise, que demandará os melhores esforços da doutrina e

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	V
EXISTE O <i>DROIT DE SAISINE</i> NO SISTEMA SUCESSÓRIO BRASILEIRO?	
Daniel Bucar	1
REPERCUSSÕES DA SEPARAÇÃO DE FATO NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO	
Ana Carla Harmatiuk Matos e Isabella Silveira de Castro	23
OS DESAFIOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i> E SEUS EFEITOS SUCESSÓRIOS	
Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida	43
CÔNJUGE E COMPANHEIRO SÃO HERDEIROS NECESSÁRIOS?	
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka	67
MULTIPARENTALIDADE E DIREITOS SUCESSÓRIOS: EFEITOS, POSSIBILIDADES, LIMITES	
Ricardo Calderón e Karina Barbosa Franco	89
DIREITO REAL DE HABITAÇÃO SUCESSÓRIO. CONTEXTO ATUAL	
Luiz Paulo Vieira de Carvalho	111
JURISDIÇÃO BRASILEIRA E LEI APLICÁVEL À SUCESSÃO HEREDITÁRIA QUANDO OS BENS DEIXADOS PELO FALECIDO ESTÃO SITUADOS NO BRASIL E NO EXTERIOR	
Nadia de Araujo, Lidia Spitz e Carolina Noronha	131
OS PLANOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA (VGBL E PGBL) NA PERSPECTIVA FAMILIAR E SUCESSÓRIA: CRITÉRIOS PARA SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM A HERANÇA E A MEAÇÃO	

HERANÇA DIGITAL: O QUE SE TRANSMITE AOS HERDEIROS? Livia Teixeira Leal e Gabriel Honorato.....	169
O PAPEL DO INVENTARIANTE NA GESTÃO DA HERANÇA DIGITAL Ana Carolina Brochado Teixeira	185
PERSPECTIVAS CRÍTICAS A PARTIR DE GÊNERO, AUTONOMIA PRIVADA E DIREITO SUCESSÓRIO Ligia Ziggliotti de Oliveira	199
O DIREITO BRASILEIRO POSSUI INSTRUMENTOS EFICAZES PARA O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO? Daniele Chaves Teixeira e Danielle Tavares Peçanha.....	213
CONTROVÉRSIAS HERMENÉUTICAS SOBRE A COLAÇÃO Gustavo Tepedino.....	237
CRITÉRIOS DIFERENCIADORES DA DOAÇÃO E PARTILHA EM VIDA Conrado Paulino da Rosa e Fernanda Rosa Coelho.....	251
A FUGA DO TESTAMENTO Anderson Schreiber e Felipe Ribas.....	269
A INTERPRETAÇÃO DOS TESTAMENTOS NA VISÃO DOS TRIBUNAIS Daniela de Carvalho Mucilo.....	287
TESTAMENTO E SUAS FORMALIDADES: O HOJE E O AMANHÃ Sílvia Felipe Marzagão e Eleonora G. Saltão de Q. Mattos.....	303
CLÁUSULAS TESTAMENTÁRIAS PARA PROTEÇÃO DE HERDEIROS MENORES Luciana Pedroso Xavier e Marília Pedroso Xavier.....	319
AS CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE PROPRIEDADE E A JUSTA CAUSA TESTAMENTÁRIA: UM ESTUDO A PARTIR DA PRÁTICA DOS TRIBUNAIS	

O FIDEICOMISSO: ESTRUTURA E FUNÇÃO. DEVEMOS REVITALIZAR O INSTITUTO? Mário Luiz Delgado.....	363
A HOMOLOGAÇÃO DA PARTILHA AMIGÁVEL, A ENTREGA DO FORMAL DE PARTILHA E O LANÇAMENTO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS NO ARROLAMENTO SUMÁRIO, CONFORME O CPC/15 E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TEMA 1.074) Luciano Vianna Araújo	391
SUCCESSÃO NA EMPRESA: O PROBLEMA DAS QUOTAS DE SOCIEDADES LIMITADAS Ana Frazão	405
O IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS E O IMPOSTO INCIDENTE NA TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS Leonardo Lobo de Almeida e Felipe Leonidio Ribeiro.....	425
O BALANÇO DO ESTABELECIMENTO E A APURAÇÃO DE HAVERES NO INVENTÁRIO CAUSA MORTIS: NECESSIDADE DE ADEQUADA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 620, § 1º, DO CPC Rodrigo Mazzei e Fernanda Bissoli Pinho.....	441
A IMPORTÂNCIA DO DIREITO COMPARADO NO ESTUDO DO DIREITO DAS SUCESSÕES Gustavo Henrique Baptista Andrade e Marcos Ehrhardt Junior.....	459
PARECER Maria Berenice Dias	481

- DONIZETE, Elpidio; QUINTELLA, Felipe. *Curso Didático de Direito Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 8. ed. Salvador: JusPodivim, 2016.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 7.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes (coord.). *Direito das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007. p. 191-239.
- GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.
- LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Sucessões*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.
- MADALENO, Rolf. *Sucessão Legítima*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. Saraiva, 2014.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. v. 6.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 26. ed. rev e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 6.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.
- RODRIGUES, Sílvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 88, p. 239-254, 1 jan. 1993.
- SIMÃO, José Fernando. Separação de fato e a perda da qualidade de herdeiro (parte 1). *Revista Consultor Jurídico*, 26 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-10/processo-familiar-separacao-fato-perda-qualidade-herdeiro-parte>. Acesso em: 21 jul. 2020.
- SIMÃO, José Fernando. Separação de fato e a perda da qualidade de herdeiro (parte 2). *Revista Consultor Jurídico*, 10 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-10/processo-familiar-separacao-fato-perda-qualidade-herdeiro-parte>. Acesso em: 21 jul. 2020.
- TARTUCE, Flávio. *Direito das Sucessões*. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. v. 6.
- TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. v. 6.
- TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do Direito Civil: Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. v. 7.

OS DESAFIOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM E SEUS EFEITOS SUCESSÓRIOS

Heloísa Helena Barboza

Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora em Direito pela UERJ e em Ciências pela ENSP/FIOCRUZ. Diretora da Faculdade de Direito da UERJ. Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (apostentada). Advogada.

Vitor Almeida

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ/UFRRJ). Professor de Direito Civil da PUC-Rio. Professor dos cursos de especialização do CEPED-UERJ e da EMERJ. Advogado.

Sunário: 1. Introdução – 2. Reprodução assistida: dilemas e desafios – 3. Sucessão legítima da prole – 4. Direitos sucessórios dos filhos póstumos; 4.1 A abrangência e o alcance do conceito de nascituro e de embrião humano no direito civil contemporâneo e o significado do termo “concepção” e “concebido” no Código Civil brasileiro; 4.2 Reprodução assistida *post mortem*, vocação hereditária dos embriões congelados e as controvérsias sobre o prazo prescricional – 5. Considerações finais – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

As técnicas de reprodução humana há algum tempo deixaram o terreno da inovações médico-científicas e se incluíram no cotidiano da sociedade, em decorrência do declínio da fertilidade¹ de mulheres e homens em vários países, incluído o Brasil, provocando diretos e importantes efeitos sociais e jurídicos. Estudos estatísticos apontam que, no Brasil, em 1970 a taxa de natalidade era de 37,7 nascimentos por mil habitantes e a de fecundidade era de 5,8 filhos por mulher. Houve queda contínua desses indicadores nas décadas seguintes, intensificada nos últimos anos. De acordo com dados do Censo de 2010, a taxa de fecundidade havia caído para 1,9 filho por mulher e a de natalidade baixado para 16,0 nascimentos por mil habitantes². Em 2018, a taxa de fecundidade no Brasil era de 1,73%³. Em Brasília, a taxa de fecundidade das mulheres teve uma redução de 23% em dezesseis anos.⁴

1. Fertilidade é a capacidade de gerar filhos. Toda mulher, teoricamente, tem essa capacidade desde a menarca até a menopausa. Fecundidade se refere à realização do potencial de procriar, que pode ser alterado por esterilidade ou uso de métodos anticoncepcionais. Disponível em: <https://unias2.moodle.ufsc.br/pluginfile.php/33455/mod_resource/content/1/un2/top3_1.html#:~:text=Fertilidade%20%C3%A9%20a%20a%20capacidade%20de%20usar%20m%C3%A9todos%20anticoncepcionais>. Acesso em 10 abr. 2020.
2. Disponível em: <<https://www.seade.gov.br/menos-criancas-mais-velhos/>>. Acesso em 19 jan. 2021.
3. Disponível em: <<https://data.worldbank.org/indicator/SP.DYN.TFRT.IN?locations=BR>>. Acesso em 20 jan. 2021.
4. Disponível em: <<https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2020/05/31/taxa-de-fecundidade-cai-23-e-exige-novas-acoes-do-gdf/>>. Acesso em 31 mai. 2021.

Vários fatores são apontados pelos estudiosos para essa diminuição da fertilidade, compreendendo desde o retardamento da procriação, por razões individuais, como obter a estabilidade financeira para depois ter filhos ou a escolha do tipo de vida, até causas ambientais que prejudicam a reprodução. Admite-se a existência de uma crise na saúde reprodutiva, fator que, sem dúvida, aumenta a busca pela reprodução assistida, por aqueles que desejam filhos. Para alguns pesquisadores, caminha-se para um mundo infértil, no qual a maioria dos casais pode ter que se socorrer da reprodução assistida para a concretização do projeto parental biologicamente vinculado.⁵

A alteração do padrão demográfico do Brasil é uma realidade que atinge todas as camadas sociais e não pode ser preterida, em razão dos inquestionáveis impactos que provoca na sociedade⁶. Neste cenário, as técnicas de reprodução assistida emergem como solução para as pessoas que têm problemas para procriar. Contudo, se, por um lado, as técnicas assumem para essas pessoas o papel de instrumento para o exercício do direito ao planejamento familiar, constitucionalmente assegurado, por outro, ensejam o surgimento de situações inéditas para o Direito, que pendem de solução adequada, principalmente no Brasil.

O Direito Civil, que contém a regulamentação básica das relações parentais, não trata da matéria de modo satisfatório, o que gera a sobreposição de complexas questões jurídicas, geradas especialmente pela dinâmica das relações familiares. São crescentes as dificuldades encontradas para aplicação de uma normativa civil elaborada à luz de princípios distintos dos vigentes a partir de 1988 e direcionada para uma sociedade profundamente diversa da existente na época de sua concepção, particularmente no que respeita às relações familiares. Os esforços da doutrina e dos tribunais não têm sido suficientes para atender os verdadeiros desafios postos pela popularização do uso das técnicas de reprodução assistida. Sem dúvida, os efeitos sucessórios que podem (ou não) decorrer da utilização dessas técnicas, e de suas diferentes fases e modalidades, incluem-se no rol desses desafios.

O presente trabalho, realizado com base em pesquisa bibliográfica, busca, além de identificar alguns dos problemas sucessórios, que decorrem da utilização das técnicas de reprodução assistida, examinar tais questões em face do direito das sucessões brasileiro, e, ainda que modestamente, contribuir para a construção das soluções esperadas, há algum tempo.

5. Nesse sentido entrevista com a pesquisadora Shanna Swan, publicada no *The Guardian*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/society/2021/mar/28/shanna-swann-fertility-reproduction-count-down?CMP=Share_AndroidApp_Other>. Acesso em 28 mar. 2021.

6. Ver sobre o assunto: SIMÕES, Celso Cardoso da Silva. *Relações entre as alterações históricas na dinâmica demográfica brasileira e os impactos decorrentes do processo de envelhecimento da população*. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais, 2016. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98579.pdf>. Acesso em 15 jan. 2021.

2. REPRODUÇÃO ASSISTIDA: DILEMAS E DESAFIOS

Alguns aspectos próprios das técnicas de reprodução assistida devem ser de início resumidamente destacados para melhor compreensão das questões a serem abordadas. A utilização das técnicas de reprodução assistida dispensa a relação sexual entre um homem e uma mulher para que haja procriação, embora sejam sexuadas, na medida em que se valem da união dos gametas feminino e masculino. A concepção, entendida como a penetração do espermatozoide no óvulo, fertilizá-lo e dar origem ao genoma de um novo indivíduo, pode ocorrer no interior do corpo de uma mulher, nas denominadas técnicas intracorpóreas, como a inseminação artificial, ou pode ser verificada em laboratório, através da técnica de "fertilização *in vitro*" (FIV), portanto, uma técnica extracorpórea.

Em qualquer dos casos: (a) os gametas podem ou não pertencer às pessoas que serão os pais jurídicos da criança que vier a nascer; (b) a mulher que der à luz poderá não ser a mãe da criança que gestou, caso seja uma "gestante por substituição", popularmente conhecida como "barriga de aluguel"; e (c) a técnica utilizada pode ser homóloga, se utilizado material fecundante daqueles que serão os pais juridicamente, ou heteróloga, caso tenha havido doação de gametas. Nas técnicas homólogas há vínculo genético entre os pais e o filho; nas heterólogas não existirá esse vínculo, por uma ou pelas duas linhas de parentesco.

Além disso, as técnicas de criopreservação permitem o nascimento de filhos pós-tumos, isto é, que vêm a nascer após a morte do(s) pai(s) jurídico(s). Há, na verdade, três possibilidades no que respeita ao nascimento dos filhos, quando se considera o momento da morte do(s) pai(s): (a) nascimento após o falecimento, sendo os filhos resultantes de reprodução fisiológica e que já se encontram em gestação no momento do falecimento; (b) concepção *post mortem*, portanto, filhos ainda não concebidos, e que serão gerados através de uma das técnicas de reprodução assistida, utilizando gametas congelados, após o falecimento; e (c) gestação após a morte de embriões criopreservados, fruto da técnica de fertilização *in vitro* (FIV).

Tais fatos, aliados aos diferentes arranjos familiares reconhecidos a partir da Constituição da República de 1988, geram efeitos importantes e variados no que tange à constituição das relações parentais. Pessoas que não podem procriar, por razões biológicas, como as que tem o mesmo sexo, ou de saúde, casos de infertilidade e de esterilidade, inclusive a que decorre de ato voluntário, de que são exemplos a ligadura de trompas e a vasectomia, têm possibilidade de promover o planejamento familiar, através das técnicas de reprodução assistida, valendo-se da colaboração de terceiros, ou seja, de doadores de gametas (masculino e/ou feminino) e/ou de uma gestante substituta.

A interseção dessas possibilidades abala a vinculação necessária entre maternidade e parto, parentalidade e liame genético, que sempre predominou no direito. Cabe lembrar que, embora a adoção seja instituto antigo, somente em data recente passaram a ser reconhecidas as relações de parentalidade por socioafetividade, pon-

do fim à franca predominância dos laços biológicos, que eram presumidos na época em que não havia método capaz de comprová-los com alta probabilidade de certeza, como ocorre com o exame de DNA.

À vista dos aspectos brevemente abordados, não há exagero em se afirmar que os efeitos jurídicos da reprodução assistida se fazem sentir em todo o Código Civil, e, naturalmente, com maior intensidade, nos Livros do Direito de Família e das Sucessões, embora se encontre na Parte Geral uma das mais intrincadas questões geradas pela reprodução assistida. De acordo com o art. 2º do Código Civil, a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro⁷. O desafio se põe diante da concepção que ocorre em laboratório, que gera embriões que podem permanecer crioconservados por tempo indefinido e nunca nascerem. Não há disposição legal que lhes reconheça personalidade, mas, se é inquestionável que devem ter proteção, permanece em questão definir quais direitos lhes são resguardados e partir de quando⁸. Na verdade, há tormentoso debate quanto a ser o embrião crioconservado – portanto que ainda não se encontra em gestação – um nascituro⁹. A personalização ou não do embrião crioconservado e a indicação dos direitos que lhe cabem e a partir de quando tem direta repercussão no processo sucessório por morte.

Na verdade, a maior parte das intrincadas questões jurídicas provocadas pelas técnicas de reprodução assistida não encontrou, ainda, solução adequada, sendo de se indagar se existe “solução possível” diante da dinâmica dos avanços científicos e das alterações sociais¹⁰. As regras legais existentes são insuficientes, na medida em que se resumem a três incisos (III, IV e V) do artigo 1.597 do Código Civil, que pecam na conceituação¹¹ e estão longe de disciplinar as complexas situações jurídicas geradas pelas técnicas de reprodução assistida. A aplicação dos citados dispositivos, por si só, gera grande dificuldade e exige dedicado esforço do intérprete, como adiante esclarecido.

7. Cf. ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Personalidade, titularidade e direitos do nascituro: esboço de uma qualificação. In: Revista OAB/RJ | Edição Especial - Direito Civil, v. 01, p. 01-45, 2018.

8. Cabe mencionar a previsão contida no art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) que permite a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento para fins de pesquisa e terapia, desde que sejam considerados embriões inviáveis, e congelados na ação direta de inconstitucionalidade 3.510, na qual o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do dispositivo em questão.

9. Sobre o assunto ver GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Herança legítima ad tempus*: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 40-42.

10. Cf. BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida: questões em aberto. In: CASSETARI, Christiano (Org.). *10 anos de vigência do Código Civil Brasileiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92-110.

11. O problema conceitual enseja a aprovação do enunciado n. 105, aprovado na 1ª Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, em 2002, segundo o qual: “as expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida’”. Esse entendimento, de todo razoável, é adotado no presente trabalho.

O Conselho Federal de Medicina (CFM), desde 1992, vem emitindo sucessivas Resoluções sobre as técnicas de reprodução assistida. Não obstante tais Resoluções contenham normas éticas sobre a utilização dessas técnicas, que servem de prescrições deontológicas a serem seguidas pelos médicos brasileiros, acabaram por assumir papel de todo importante para solução dos conflitos na matéria. A crescente importância da regulamentação médica se deve, em grande parte, à morosidade ou falta de interesse na apreciação da matéria pelo Poder Legislativo, que beira o abandono, e se revela na existência de cerca de duas dezenas de projetos de lei que dormitam na Câmara desde 2003¹². Fato é que a insuficiência da normas constantes do Código Civil, aliada à inércia do legislador, contribui para o crescente número de questões pendentes, as quais acabam por colocar em risco os interesses de todas as pessoas envolvidas, direta ou indiretamente, na realização das técnicas, tais como os médicos, os futuros pais, as gestantes substitutas, as clínicas que mantêm o material crioconservado e, naturalmente, a própria criança a nascer.

A falta de regulamentação legal enseja também o surgimento de práticas “clandestinas”, como a denominada “inseminação caseira”, que é realizada em ambiente doméstico, por leigos, sem qualquer controle sanitário¹³. Tais práticas são regidas pela confiança ou pela boa-fé dos participantes, visto que se fazem sem qualquer formalização juridicamente válida. Nessa linha, a gestação por substituição é “comercializada” na internet, sem qualquer proteção para a gestante e para os “contratantes”¹⁴. Em ambas as práticas não há qualquer resguardo dos interesses da criança que vier a nascer.

Cumprir observar, como acima indicado, que as hipóteses tratadas pelo Código Civil não estão livres de dúvidas e conflitos. A Lei Civil tratou dos efeitos da reprodução assistida apenas no que tange à paternidade dos filhos nascidos do casamento, para incluí-los na presunção estabelecida no artigo 1.597, a qual, baseada nos tempos mínimo e máximo da gestação, acaba por ratificar o vetusto princípio segundo a qual pai é aquele que as justas núpcias demonstram – *pater est quem iustae nuptiae*

12. Tramitam na Câmara dos Deputados, atualmente, 21 projetos de lei destinados a regulamentar as técnicas de reprodução assistida, apensados ao PL 1.184/2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em 21 abr. 2021.

13. A chamada “inseminação caseira”, como é popularmente conhecida, tem se disseminado nas redes sociais, plataformas que permitem que pessoas solteiras ou casais que desejam conceber o projeto parental encontrem “doadores” de gameta masculino. Na verdade, o próprio caráter altruístico é descaracterizado, uma vez que são cobradas quantias nada módicas para a realização da “doação”, que sequer pode ser assim denominada. Apesar dos valores envolvidos, sem dúvida, o crescimento das “inseminações caseiras” se deve em razão dos altos custos das tecnologias reprodutivas, associadas à dificuldade de se obter o tratamento através do Sistema Único de Saúde (SUS). Cf. ARAUJO, Ana Thereza Meireles. Projetos parentais por meio de inseminações caseiras: uma análise ético-jurídica. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 24, n. 02, 2020.

14. Segundo matéria publicada na Folha de São Paulo, um grupo público no Facebook chamado “Quero ser barriga de aluguel” reúne cerca de 2.500 pessoas – a maioria mulheres – interessadas em “alugar” um útero, mesmo sendo proibido no Brasil. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colidiano/2018/04/fo-ra-da-lei-mulheres-se-oferecem-para-ser-barriga-de-aluguel-na-internet.shtml>. Acesso em 01 mai. 2021.

demonstrant – ou seja, o marido é o pai dos filhos que nascerem de sua mulher¹⁵. Trata-se de presunção relativa, que não se mantém diante da prova de inexistência de vínculo genético, feita através do exame de DNA, de fácil obtenção.¹⁶

A submissão das técnicas de reprodução assistida à citada presunção não é adequada, nas hipóteses dos incisos III e IV, que se referem a técnicas homólogas. Em tais casos, há certeza do vínculo genético, dispensando a presunção para a atribuição da paternidade ao marido. Diversa é a disposição do inciso V, que aplica a presunção às técnicas heterólogas, onde se sabe que o marido não é o pai biológico, razão pela qual se condiciona a atribuição da paternidade à sua prévia autorização¹⁷. Não há qualquer outra disposição relativa à essa autorização, cabendo em tese sua revogação, que se daria em prejuízo do filho. Defende a doutrina¹⁸ que, uma vez cumprida a exigência legal, a presunção do inciso V, do art. 1.597, da Lei Civil, é absoluta e não admite prova em contrário. Amparam essa afirmativa os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, que autorizam o planejamento familiar¹⁹, e o do melhor interesse da criança e do adolescente, inscrito no art. 227, da Lei Maior, que goza de prioridade absoluta. Protege-se, assim, o filho contra eventual arrependimento do marido, que assumira, através da autorização, sua paternidade.

A presunção estabelecida no citado art. 1.597, do Código Civil, destina-se aos filhos de pessoas casadas, não aproveitando, em princípio, os havidos pelos casais que vivem em união estável, uma vez que literalmente a dicação do aludido dispositivo estabelece que “presumem-se concebidos na constância do casamento”. No entanto, em âmbito doutrinário e jurisprudencial é acesa a divergência sobre o tema, uma vez que, com o reconhecimento da união estável como entidade familiar em sede constitucional²⁰,

15. Sustenta a presunção o dever de vida em comum no domicílio conjugal (art. 1.566, II): se marido e mulher convivem, provavelmente mantêm relações sexuais e geraram o filho.
16. Código Civil: “Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. [...]”
17. O consentimento livre e esclarecido é obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, segundo o item 1 - 4, do Anexo da Resolução 2.168/2017, do CFM. É razoável que se reconheça nesse consentimento, expresso em formulário especial, a autorização do marido para a realização da técnica.
18. Segundo Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado Teixeira: “Quanto às situações relativas à utilização de técnicas biotecnológicas, trata-se de manifestações de vontade indeterrogáveis, e não de presunções. Não é possível que um casal construa o projeto parental, execute-o e, em seguida, após o nascimento da criança, um dos autores desista do projeto – que pode ter ou não seu material genético – simplesmente ignore as responsabilidades que tem com a criança. E por isso que são limitadores à liberdade de planejamento familiar a dignidade humana e a paternidade responsável; ou seja, não há aqui liberdade absoluta, posto condicionada ao exercício de responsabilidades para com o filho. Assim, as hipóteses dos incisos III e V não configuram presunções de paternidade”. TEPELINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos de direito civil: direito de família*. v. 6, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 215-216. Ver, ainda, enunciado n. 258 da Comissão da Justiça Federal: “Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta”.
19. Constituição da República, art. 226, § 8º.
20. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “[E]quivocou-se o legislador de 2002, no que concerne à filiação, ao reportar-se sempre ao casamento, sem mencionar situações oriundas das relações de fato reconhecidas como União Estável, hoje entidade familiar protegida pelo Estado. Devem ser revistos, de imediato, os

sem hierarquia entre os arranjos, e em atenção ao princípio da igualdade dos filhos²¹, defende-se a extensão da presunção de paternidade aos filhos havidos na constância da união estável²². O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou favoravelmente a aplicação extensiva da presunção à união estável²³. Não obstante, há vozes doutrinárias segundo as quais se “presunção de paternidade decorre da segurança jurídica própria do ato solene do casamento”²⁴, não deve se aplicar à união estável, que consiste em relação de fato, de constituição informal e espontânea. Neste caso, será necessário o reconhecimento da paternidade por uma das formas previstas em lei.²⁵

Outras situações que desafiam os intérpretes decorrem das técnicas de reprodução assistida, tais como a existência de embriões crioconservados e a gestação por substituição, que possibilitam diversas combinações no planejamento familiar, as quais se afastam por completo do modelo familiar a partir do qual se criaram as regras sobre paternidade/maternidade vigentes. A Constituição da República revela-se, por conseguinte, fonte primeira de onde emanam a orientação e as normas indispensáveis para o deslinde das intrincadas controvérsias provocadas por procedimentos médicos que desafiam toda construção existente sobre as relações de filiação. Incluem-se nessas controvérsias questões sucessórias, que tem importantes repercussões de ordem prática.²⁶

3. SUCESSÃO LEGÍTIMA DA PROLE

O direito das sucessões guarda íntima relação com o direito das famílias, que estabelece as relações de parentesco, sobre as quais assenta a sucessão legítima. Não obstante essa profunda vinculação com as relações familiares, sempre preservou sua

princípios que regem as presunções considerando também estas relações de fato geradoras de direito e deveres”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. v. 5, atual. por Tânia da Silva Pereira, 24. ed., ver. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 364.

21. “Não há, pois, como perpetrar validamente o critério presuntivo de paternidade, cujo objetivo final é a determinação da legitimidade do filho. [...] Nada o justifica, nem mesmo a possível questão ligada ao início de prova. Não se prova a paternidade provando-se casamento”. TABET, Gabriela. A inconstitucionalidade da presunção *pater is est*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 6, v. 22, abr./jun., 2005, p. 92.
22. Port. dos, cf. LÓBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 19, out./dez., 2003, p. 205.
23. “[...] IV – Assim, se nosso ordenamento jurídico, notadamente o próprio texto constitucional (art. 226, §3º), admite a união estável e reconhece nela a existência de entidade familiar, nada mais razoável de se conferir interpretação sistemática a art. 1.597, II, do Código Civil – para que passe a contemplar, também, a presunção de concepção dos filhos na constância de união estável. [...] VI – Dessa forma, em homenagem ao texto constitucional (art. 226, §3º) e ao Código Civil (art. 1.723), que conferiam ao instituto da união estável a natureza de entidade familiar, aplica-se as disposições contidas no artigo 1.597, do Código Civil, ao regime de união estável”. STJ, 3ª Turma, REsp. E-1.194.059-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julg. 06 nov 2012, publ. 14 nov 2012.
24. TEPELINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos de direito civil: direito de família*. v. 6, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 214.
25. Lei 6.015/1973, artigos 55 e 59; Lei 8.560/1992, art. 1º, Código Civil, art. 1.609.
26. Permite-se a referência a BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do Direito das Sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: TEPELINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 320-327.

feição predominantemente patrimonial. Contudo, no contexto da ordem jurídica instaurada pela Constituição da República de 1988, as relações patrimoniais transformaram-se em instrumento de realização das potencialidades humanas, deixando de ter seu histórico papel de pedra angular do sistema jurídico. Em paralelo, desde então, desenvolve-se um intenso trabalho de revisão de conceitos, quando não de construção, ensejando a (re)elaboração de institutos de há muito consolidados. A releitura da normativa existente à luz dos princípios constitucionais é imperativa e incessante, de modo a conferir efetividade aos ditames da Lei Maior.

Nessa linha, as situações sucessórias se encontram vinculadas à proteção da pessoa humana em sua dignidade, objetivo primordial da Constituição da República, que para tanto consagrou o direito à herança como direito fundamental (art. 5º, XXX). Em consequência, a função da herança não mais se esgota na preservação da propriedade privada. Desde 1988, sua função transcende do amparo à família enquanto instituição, passando a ser, primordialmente, de proteção à pessoa humana, de maneira a assegurar condições dignas de sobrevivência e o pleno desenvolvimento de suas potencialidades.

O tradicional sistema de liberdade testamentária limitada de atribuição da herança, adotado no Brasil²⁷, permite que o indivíduo disponha de metade da herança, caso tenha herdeiros necessários. Esse sistema se harmoniza com a orientação constitucional, na medida em que, de um lado, preserva os direitos à liberdade (aqui traduzida em autonomia) e à propriedade, e, de outro, assegura aos integrantes da família uma parcela do patrimônio do autor da herança, efetivando o princípio da solidariedade. Contudo, o vigente Código Civil manteve-se fiel a orientação da codificação anterior, ao ponto de repetir literalmente diversos de seus dispositivos e manter princípios e conceitos construídos em contexto social profundamente diverso do existente no século XXI, especialmente no que concerne às relações familiares.

No que tange à sucessão legítima, o Código inovou ao qualificar o cônjuge como herdeiro necessário, que concorre com os descendentes, a depender do regime de bens do casamento, e com os ascendentes, sem essa exigência, continuando em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária e titular do direito real de habitação sobre o imóvel de residência da família²⁸. O companheiro foi contemplado com disposição atópica, eis que inserida no capítulo das Disposições Gerais, que veio a ser declarada inconstitucional.²⁹

Não obstante os descendentes tenham sido mantidos na primeira classe dos chamados a suceder, passaram a concorrer com o cônjuge, na forma acima indicada, devendo o cálculo dos quinhões observar o art. 1.832, segundo o qual: "Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao

dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer". Essa disposição, que não prima pela clareza, enseja intrincadas interpretações, especialmente quando chamados a suceder filhos híbridos, isto é, havidos pelo autor(a) da herança com o viúvo(a) ou companheiro sobrevivente e de casamento ou união estável anteriores. Na verdade, constata-se que não foi considerada pelo legislador a possibilidade, frequente mesmo em data anterior a franca admissão do divórcio, da constituição de famílias sucessivas. Como se constata, o cônjuge goza de proteção maior do que a concedida aos filhos e aos ascendentes no Código Civil de 2002.

Tais inovações, que geram diversos questionamentos, cuja apreciação escapa aos estreitos limites do presente, somadas à preservação de orientações do Código anterior, como assinalado acima, tornam o vigente Direito das Sucessões insuficiente, se não inadequado, para reger as novas situações sucessórias, que desafiam o intérprete e todos os que têm que aplicar a Lei.

A inadequação fica nítida quando se trata da sucessão legítima, que contempla os laços conjugais e de parentesco, que assumiram novas e diversificadas feições, cujos efeitos sucessórios pendem de solução. Dentre as questões ainda não resolvidas se destacam as que decorrem da utilização das técnicas de reprodução assistida, algumas das quais se examinam abaixo.

4. DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS FILHOS PÓSTUMOS

Uma das questões mais tormentosas, e que tem grande repercussão prática, se encontra no artigo 1.798, do Código Civil, segundo o qual "legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão". O dispositivo abre o capítulo dedicado à vocação hereditária, isto é, à designação das pessoas que têm capacidade sucessória, ou seja, têm legitimidade sucessória, e podem ser chamadas a suceder. Como se sabe, a sucessão *causa mortis* tem dois pressupostos: (a) a morte de alguém, o "autor da herança"; e (b) a sobrevivência de herdeiro sucessível. Considerando esses pressupostos e que, a teor do art. 2º, do Código Civil, o início da personalidade, para todos os fins de direito, se dá a partir do nascimento com vida, resguardados os direitos do nascituro, desde a concepção, constata-se que o art. 1.798 ressalvou os direitos sucessórios das pessoas já concebidas ao tempo da abertura da sucessão. Esse dispositivo merece, contudo, algumas considerações quando se trata de embriões concebidos por técnicas de reprodução assistida.

À época da elaboração do projeto que deu origem ao Código Civil, as técnicas de reprodução assistida estavam longe da utilização que passaram a ter a partir da década de 1990³⁰, mas não eram desconhecidas pelo legislador, que as mencionou na

27. Código Civil: "Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança".

28. Código Civil, arts. 1.845, 1.829, I, II III, e 1.831, respectivamente.

29. STF, Plenário, RE 646.721-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. do acórdão Min. Luis Roberto Barroso, julg. 10 mai. 2017, publ. 11 nov. 2017; STF, Plenário, RE 878.694-MG, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, julg. 10 mai. 2017, publ. 06 fev. 2018. Em sede de repercussão geral, foi afirmada a seguinte tese para ambos os casos: "No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil."

30. A primeira Resolução do CFM sobre a matéria, de nº 1.358, data de 1992. Disponível: <https://portal.cfm.org.br/buscar-normas-cfm-e-crm/?tipo%5B%5D=R&uf=BR&numero=&ano=&assunto=1826&texto=#resultado>. Acesso: 25.01.2021.

Código Civil de 2002. Todavia, o tratamento da matéria na Lei Civil foi incipiente, dando origem a tormentosas questões que perpassam vários Livros do Código e se agravaram ao longo do tempo. Servem de exemplo os denominados "filhos póstumos", que gozam de paternidade presumida quando havidos do casamento, conforme art. 1.597, III, IV e V, do Código Civil.

A conjugação literal de ambos os dispositivos (art. 1.597 e 1.798) não apresenta problemas: os concebidos *post mortem*, assim como os nascidos a qualquer tempo, presumem-se concebidos na constância do casamento e, por conseguinte, antes da abertura da sucessão. Contudo, ainda que se estabelecesse uma ficção jurídica, em lugar de uma presunção, o problema de ordem prática, assim gerado, não estaria resolvido. Observe-se que a presunção, no caso, só tem utilidade exatamente para fins de fixar a época da concepção, posto que desnecessária para estabelecer a paternidade diante da certeza genética, em face do acima destacado (o material genético é do marido).

De início, a referência a "pessoa" já concebida, nos termos do mencionado art. 1.798 do Código Civil não parece adequada, diante do disposto no artigo 2º, segundo o qual melhor seria a referência a nascituro. Na verdade, o próprio artigo 2º sempre suscitou vivo debate, ao proteger "desde a concepção" os direitos do nascituro, como acima destacado. Explica-se: a utilização das técnicas de reprodução assistida permitiu o que parecia impossível – a concepção em laboratório, fora do corpo da mulher, e, por conseguinte, a concepção após a morte do pai (aquele que forneceu o sêmen, aqui considerada apenas a inseminação homóloga) e mesmo da própria mãe se pensarmos na possibilidade da gestação por substituição – e mais, que entre a concepção e o nascimento, assim como entre a morte do pai e a concepção, haja um lapso de tempo. Tais possibilidades criaram complexas questões no direito sucessório, visto que a matéria (que está a exigir regulamentação especial) tem acanhadas – e de todo insuficientes – regras no Código Civil.

No caso da inseminação *post mortem*, a concepção que de fato se verifica após a abertura da sucessão, se presume anterior (durante o casamento), por força do art. 1.597, III. Contudo, afastados os possíveis entraves (que vão desde o insucesso das tentativas de fertilização da mulher, até a impugnação por parentes à utilização do sêmen do falecido), cabe indagar: como proceder? Aberta a sucessão e iniciado o respectivo inventário, havendo sêmen congelado do marido, o que fazer? Ignorar o fato ou "reservar bens" – mas para o quê? Trata-se, efetivamente, de um "quê", em virtude de até a concepção haver apenas o sêmen do marido morto, portanto, um tecido, juridicamente uma coisa. Será razoável, em nome da presunção do art. 1.597, reservar bens em razão de mera possibilidade, para um indivíduo sequer concebido e, se concebido, que não venha a entrar em gestação e jamais nascer? Por quanto tempo?

Na hipótese do art. 1.597, inciso IV, da Lei Civil, haverá de fato embriões concebidos antes da abertura da sucessão. Esses embriões, denominados excedentários (fruto da técnica de fertilização *in vitro*), podem também jamais ser transferidos para o

útero de uma mulher, para fins de gestação e nascimento. A transferência pode ocorrer, mas não haver gravidez. Observe-se, ainda, que pode haver embriões inviáveis (que jamais se desenvolverão normalmente). Diante desses possíveis cenários, cabem as seguintes indagações: diante de tais possibilidades será razoável reservar bens para os embriões, em razão das suas potencialidades? E com relação aos embriões inviáveis, que não têm essas potencialidades? Em qualquer caso, por quanto tempo?

4.1 A abrangência e o alcance do conceito de nascituro e de embrião humano no direito civil contemporâneo e o significado do termo "concepção" e "concebido" no Código Civil brasileiro

Atualmente, observa-se que a própria definição doutrinária clássica de nascituro se encontra em crise. Com as inovações biotecnológicas, especialmente, a fertilização *in vitro*, viabilizou-se a fertilização extracorpórea de óvulos (oócitos), que dá origem ao embrião humano pré-implantatório³¹. A partir daí, alguns autores têm se posicionado favoravelmente ao alargamento do conceito de nascituro, de modo a abranger os referidos embriões, denominados embriões excedentários pelo Código Civil, no conceito jurídico de nascituro, havendo, inclusive, os defensores do reconhecimento da personalidade desses embriões.³²

Nesta linha, Silmara Juny de Abreu Chinellato pontua que "nascituro é aquele que está por nascer, já concebido", defendendo um "conceito mais amplo de nascituro – o que há de nascer", a partir do qual é possível contemplar tanto o implantado (nascituro) como o embrião pré-implantatório, utilizando, inclusive, a expressão "nascituro pré-implantatório"³³ para se referir aos embriões humanos criocorervados. Cristiane Beuren Vasconcelos aduz que a crise a respeito do conceito de nascituro é "meramente aparente", uma vez que "se a vida humana merece proteção desde a concepção, o termo deve ser compreendido dentro de seu significado atual, ou seja, já abrangendo a hipótese de ocorrência *in vitro*". Desse modo, entende como "desnecessária [...] a adoção de uma nova terminologia jurídica".³⁴

Em que pesem os dissensos em relação ao conceito de nascituro resultantes principalmente do desenvolvimento das ciências biomédicas, em especial das técnicas de fertilização *in vitro*, que possibilitaram a criação e criocorervação de embriões humanos, é necessário esclarecer que se entende, para fins do presente trabalho, como nascituro o ser já concebido, mas que se encontra em gestação no útero de uma mulher. Independentemente da evolução biotecnológica e biomédica em face das técnicas de reprodução assistida, é indispensável fixar os momentos do processo

31. Denominado ainda de excedentários ou supranumerários, quando remanescem do processo de implantação no útero de uma mulher para gestação. Em tal caso, permanecem indefinidamente criocorervados ou têm a destinação prevista na Resolução 2.168/2017, do CFM: são doados, inclusive para pesquisa, ou descartados.

32. Cf., por todos, VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, especialmente, p. 72 e ss.

33. ALMEIDA, Silmara Juny Chinellato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 13-15.

34. VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *Op. cit.*, p. 73.

da vida humana e a partir dos quais haverá tutela jurídica, que deve se adequar às peculiaridades de cada uma das fases de desenvolvimento.

Pedro Pais de Vasconcelos ressalta a importância de se estabelecer a terminologia relativa ao nascituro, a fim de se evitar possíveis equívocos. Assim, "há que distinguir, a este propósito, a situação de quem ainda não nasceu mas já foi concebido, e a expectativa de alguém vir a ser gerado"³⁵. Com base na tradição do próprio Direito, deve-se reservar "a designação nascituro para aqueles que já foram concebidos e têm vida no seio da mãe, mas ainda não nasceram", sob a justificativa de que a condição do ente por nascer é uma situação transitória e limitada no tempo³⁶. Nesta linha, convém distinguir os nascituros dos *concepturos*³⁷, tendo em vista que estes "não existem, são simples esperanças ou expectativas". O que na verdade existe é a possibilidade de um dia vir a ser gestados.³⁸

Considerando que os ciclos da vida humana comportam uma proteção jurídica diferenciada, chegando a seu ápice durante a existência da pessoa a partir do nascimento com vida até a morte natural, nos termos dos respectivos artigos 2º e 6º do Código Civil vigente, não se pode olvidar que o ordenamento contempla uma tutela peculiar e adequada às demais fases constitutivas do ser humano. É preciso, no entanto, realmente extremar aqueles que já foram concebidos e se encontram em gestação – os nascituros – dos embriões que se encontram criopreservados – os *concepturos*, ou melhor, embriões que não se encontram em gestação. Duas características importam para essa diferenciação e, ao mesmo tempo, justificam, sua permanência, a saber: (i) a transitoriedade da condição de nascituro; e, (ii) a proximidade com a qualidade de pessoa, tendo em vista ser a fase imediatamente antecedente ao nascimento com vida, requisito para a atribuição da personalidade jurídica, nos termos da codificação vigente.

Estas, contudo, não são características de que gozam os embriões não implantados no útero de mulher para gestação, na medida em que seu estado de criopreservação pode ser por tempo indefinido e, portanto, seu nascimento é totalmente incerto, e em muitos casos talvez jamais ocorra. Diversamente, o desenvolvimento do nascituro, isto é, do embrião implantado e em gestação, tem termo previsto, e somente pode ser interrompido nos casos de aborto espontâneo ou nas hipóteses em que legalmente pode ser provocado no Brasil. O que convém frisar é que o processo gestacional é um contínuo que culmina no nascimento do ser em gestação que somente é interrompido por força de causas naturais ou pela intervenção humana, enquanto o embrião humano congelado precisa da manipulação humana para sair do estado de dormência e ser implantado no útero da mulher, na tentativa de se iniciar a gravidez, o que nem sempre se verifica.

35. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 6 ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 72.

36. *Ibid.*, p. 72-73.

37. *Concepturos* seriam os embriões ainda não implantados no útero da mulher, ou seja, os embriões criopreservados em laboratórios.

38. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Op. cit.*, p. 72-73.

Isto demonstra que a equiparação entre nascituros e embriões congelados não implantados no útero deve ser evitada, tendo em vista que se trata de fases diferenciadas do desenvolvimento da vida humana que cabe ao Direito tutelar de forma específica. Há, contudo, um momento comum nos dois casos que suscita grande debate quanto aos efeitos jurídicos: o momento da concepção, entendida como a fertilização do óvulo pelo espermatozoide, a partir da qual se inicia o processo de divisão celular para constituição de um novo ser humano, que passará por várias fases e se estenderá por nove meses até seu nascimento. Tradicionalmente, do ponto de vista natural, a concepção ocorria dentro do ventre materno e em decorrência do contato sexual. Atualmente, as técnicas reprodutivas artificiais permitem a desvinculação entre o ato sexual e a procriação, na medida em que possibilita a geração de um novo ser humano sem a manutenção de uma relação sexual e, principalmente, que a concepção ocorra em laboratório.

Cabe observar que a concepção é um termo que tem conceito médico³⁹, nascituro não. São termos que não se confundem, pois todo nascituro (o que está para nascer) foi concebido, mas nem todo concebido é um nascituro (caso dos embriões congelados). O problema está em entender como nascituros os embriões já concebidos, mas que não se encontram em gestação (e que poderão nunca ser gestados) e atribuir-lhes a mesma situação dos que estão na fase gestacional.

Ainda que concepção seja um termo oriundo da literatura médica, deve-se investigar qual o significado que o legislador civil utilizou. Os termos "concepção" e "concebidos" surgem ao longo da codificação atual em cinco dispositivos, a saber: (i) no art. 2º se asseguram os direitos do nascituro desde a concepção; (ii) a presunção criada para os filhos havidos na constância do casamento e fruto das técnicas de reprodução assistida, nos termos do art. 1.597, inciso III, IV e V; (iii) a prova da impotência à época da concepção ilide a presunção de paternidade, conforme previsto no art. 1.599; e, por fim, (iv) na ordem de vocação hereditária geral, imposta no art. 1.798, e (v) na testamentária, estabelecida no art. 1.799, inciso I, além da substituição fideicomissária, conforme reza o art. 1.952, todos do Código Civil vigente.

Na busca para a compreensão da expressão *concepção* adotada pelo legislador no art. 2º para fins de proteção de direitos ao nascituro e, assim, o conceito de nascituro, é preciso analisar o sentido e a razão da utilização deste termo em diferentes passagens do texto codificado, seja para designá-lo em sua qualidade de ser já existente,

39. Segundo a literatura médica: "É muito grande o interesse no desenvolvimento humano antes do nascimento, em grande parte pela própria curiosidade sobre os primórdios da nossa formação e também pelo desejo de melhorar a qualidade de vida. Os intrincados processos pelos quais um feto se desenvolve a partir de uma única célula são miraculosos [...]. O desenvolvimento humano é um processo contínuo que se inicia quando um óvulo (óvulo) de uma fêmea é fertilizado por um espermatozoide de um macho". Esclarece-se, ainda, que "[...] é difícil determinar exatamente quando a fertilização (concepção) ocorre, porque o processo não pode ser observado in vivo (no interior do corpo vivo)". É consensual, no entanto, que o "zigoto é o início de um novo ser humano (ou seja, um embrião)", sendo definido como a "célula resultante da união do óvulo ao espermatozoide durante a fertilização" (MOORE, Keith G.; PERSAUD, T. V. N.; TORCHIA, Mark G. *Embriologia clínica*. 7. ed., Trad. de Adriana Paulino do Nascimento et al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 1-3).

ou seja, como concebido em gestação, seja a fim de se referir a filiação eventual, isto é, aos ainda não concebidos.

A referência ao ente ainda não concebido remonta à figura da prole eventual, admitida pelo Código Civil de 1916 no art. 1.718. À luz da codificação anterior, a prole eventual seria beneficiária da sucessão testamentária, desde que seus futuros pais fossem vivos no momento da abertura da herança. De acordo com Orlando Gomes, os "nascituros não concebidos", como ele preferia denominar, "têm capacidade sucessória, se filhos forem de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão ou se instituídos por substituição fideicomissária, hipótese em que não se exige o laço de parentesco"⁴⁰. Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, o inciso I do art. 1.799 do Código Civil vigente "repete, com redação aperfeiçoada, a regra da parte final do revogado art. 1.718, CC de 1916"⁴¹. Assim, à luz da codificação vigente, admite-se que "a título excepcional, [...] na sucessão testamentária haja vocação hereditária da prole eventual de determinada pessoa existente na época do falecimento do testador".⁴²

Crítica-se contemporaneamente a insistência da doutrina em utilizar a expressão "prole eventual", "em boa hora abandonada pelo Código Civil", preferindo adotar a dicção "filiação eventual". Sustenta-se que a mudança é salutar, na medida em que soterra as "infundáveis discussões, pois se questionava se 'prole eventual' contemplava ulteriores descendentes, como netos ou bisnetos da pessoa indicada no testamento"⁴³. A redação aperfeiçoada não deixa mais dúvidas de que somente podem ser nomeados como herdeiros testamentários os filhos não concebidos da pessoa indicada pelo testador.

A doutrina aponta, contudo, que, por força do princípio constitucional da plena igualdade entre os filhos, o vínculo de filiação entre a pessoa indicada no testamento e o herdeiro contemplado pode ter qualquer origem. Ou seja, a expressão "filhos ainda não concebidos" (art. 1.799, inciso I) contempla, além da filiação consanguínea: "(a) o filho resultado da reprodução assistida heteróloga (CC 1.597 V); (b) o que detém a posse de estado de filho; e (c) o filho cuja adoção ocorrer depois da morte do adotante (CC 1.628)"⁴⁴. Desse modo, a capacidade sucessória testamentária na filiação eventual pode abranger aqueles embriões pré-implantatórios, desde que sejam implantados no útero da mulher para gestação e nasçam com vida no período de dois anos, conforme determina o § 4º do art. 1.800.

Diferente, contudo, é a situação do nascituro, que possui capacidade sucessória geral. Nos termos do art. 1.798, "legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão". A segunda parte do dispositivo

40. GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15. ed., rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 31.

41. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: sucessões*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 44.

42. *Id. ibid.*, p. 44.

43. DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 337.

44. *Id. ibid.*, p. 339.

trata da capacidade sucessória do nascituro, que foi contemplado na ordem de vocação hereditária legítima, sob a condição de nascer com vida. O legislador foi infeliz na redação do mencionado dispositivo, tendo em vista que ao se referir as pessoas já concebidas, permitiu que debates se aglomerassem em torno da extensão da regra do art. 1.798 aos embriões concebidos *in vitro*.

O Código Civil de 1916 não dispôs sobre a capacidade para suceder na sucessão legítima do nascituro, embora doutrina e jurisprudência lhe estendessem este direito⁴⁵. Em relação à capacidade sucessória para adquirir por testamento, o Código pretérito tratou o assunto de maneira assistemática e confusa ao prever no art. 1.717 que "podem adquirir por testamento as pessoas existentes ao tempo da morte do testador, que não forem por este Código declaradas incapazes". Em seguida, estabelecia que os absolutamente incapazes de adquirir por testamento seriam "os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão". Da interpretação conjunta dos dispositivos, era possível se inferir que o nascituro possuía capacidade para suceder na modalidade testamentária.

No campo do direito de filiação, de acordo com o art. 1.597, incisos III, IV e V⁴⁶, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por técnicas de reprodução assistida homóloga mesmo que falecido o marido (III) ou, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários (IV), bem como os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido (V). Sabe-se que em qualquer dessas hipóteses há possibilidade de a mulher engravidar após a morte do marido, quer seja pela utilização de seu sêmen, quer pela implantação de embrião congelado, sendo que se exige a autorização do falecido para os casos de reprodução assistida heteróloga. Dessa maneira, percebe-se que a expressão "concebidos" neste artigo também abrange os embriões criados através das técnicas de reprodução assistida e ainda não implantados no útero para iniciar-se a gestação.

45. Na verdade, o Código Civil de 1916 previa somente a capacidade para adquirir por testamento. O artigo 1.717 dispunha: "Podem adquirir por testamento as pessoas existentes ao tempo da morte do testador, que não forem por este Código declaradas incapazes". No dispositivo subsequente, o legislador pretérito esclarecia quem era os absolutamente incapazes de adquirir por testamento ("Art. 1.718. São absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão"). Sobre tal imprecisão, Clóvis Beviláqua lecionava: "Distingue o código entre incapacidade absoluta e incapacidade relativa. Absoluta é a da pessoa que ainda não está concebida ao tempo da morte por testador. A incapacidade absoluta resulta não como devera ser, da falta de personalidade, mas da não existência. O embrião (*sic*) não tem personalidade, mas pode (*sic*) adquirir por testamento. Manifesta-se aqui a inconseqüência do sistema (*sic*), que recusa personalidade ao nascituro. Embora absoluta, a incapacidade não concebida admite (*sic*) uma exceção (*sic*) a favor da prole futura" (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. VI, 3. ed., 1935, p. 174).

46. Com o objetivo de reparar os equívocos cometidos pelo legislador ordinário ao utilizar as expressões relativas ao conjunto das técnicas de reprodução assistida, foi aprovado o enunciado n. 105, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "Art. 1.597: as expressões 'fecundação artificial', 'concepção artificial' e 'inseminação artificial' constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como 'técnica de reprodução assistida'".

Por fim, o Código Civil faz referência, ainda, ao termo “concepção” quando refere que “a prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade” (art. 1.599). Doutrina contemporânea sustenta que este dispositivo “não dispõe de qualquer razão de ser”, eis que “modernas técnicas afastam cada vez mais a infertilidade e, no mundo pós-moderno, é descabido falar em impotência”. Além do mais, ressalta que “toda a discussão travada sobre a alegação – ou até mesmo a prova – da impotência, quer para a manutenção de relações sexuais (impotência *coendi*), quer para procriar (impotência *generandi*), acaba se esvaziando” em razão da alta probabilidade de certeza do vínculo genético afixado pelo exame de DNA. É claro que o fenômeno da “sacralização” do DNA deve ser afastado, tendo em conta que nem sempre a comprovação científica do liame consanguíneo deve preponderar em face da paternidade socioafetiva. Afinal, já se afirmou que a “paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural”⁴⁷, o que reclama a desconstrução do discurso da preponderância genética sobre a socioafetiva em sede de filiação, que após avanços importantes foi posta em xeque pela confiabilidade e alto grau de certeza dos testes de DNA.⁴⁸

Percebe-se, portanto, que o legislador não conferiu tratamento uniforme quanto ao uso da expressão “concepção” no decorrer do Código Civil, pois em que pese tradicionalmente o termo se refira ao nascituro, conforme preconiza o art. 2º – embora haja divergência –, em outras passagens do texto codificado ele faz referência tanto ao nascituro, ou seja, aquele que se encontra em gestação, quanto aos embriões havidos por técnicas de reprodução assistida (arts. 1.597, III, IV e V, e 1.798). Assim, a concepção não é um critério hábil para a qualificação do nascituro, que se caracteriza pelo fato da gestação se encontrar em curso, razão pela qual se diz que nascituro é aquele que foi implantado no útero feminino e que se encontra em desenvolvimento. Por outro lado, a concepção, e não a gestação em si, parece ser o fundamento da presunção de paternidade, previsto no art. 1.597 do Código Civil, nos casos de filhos havidos por meio das técnicas de reprodução humana assistida durante o casamento ou mesmo após a morte do pai, se autorizado em vida a utilização do material genético.

4.2 Reprodução assistida *post mortem*, vocação hereditária dos embriões congelados e as controvérsias sobre o prazo prescricional

A questão da reprodução assistida *post mortem* gera infundáveis debates no direito brasileiro resultantes principalmente do art. 1.597, inc. III e IV, do Código Civil

47. Ver, por todos, VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, 1979, *passim*; e, BARBOZA, Heloisa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. In: *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

48. Cabe lembrar o que o Supremo Tribunal Federal se o pronunciou sobre o tema da multiparentalidade e a prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou a tese n. 622 nos seguintes termos: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. Desse modo, não há hierarquia entre paternidade biológica e socioafetiva, que, a depender do caso concreto, podem ser concomitantes.

vigente, que cuidam da hipótese de presunção de paternidade nos casos de reprodução assistida homóloga, mesmo que falecido o pai. Parte da doutrina se posiciona de maneira desfavorável à aceitação do uso das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, sob a justificativa de a futura criança vir a nascer sem a figura do pai, fato que afrontaria o direito à biparentalidade e o princípio da paternidade responsável, e, por via de consequência, a própria dignidade do filho a porvir⁴⁹. Por outro lado, com o reconhecimento da família monoparental em sede constitucional no art. 226, § 4º, outros autores entendem ser possível a constituição da monoparentalidade através do recurso à reprodução artificial *post mortem*.⁵⁰

Nessa linha, a Resolução n. 2.168/2017 do CFM estabelece no item VIII que é “permitida 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”. Cabe frisar que o Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, entre outros, prevê, no § 2º, do art. 17, que, além dos documentos necessários para o registro independentemente de autorização judicial, nos casos de reprodução assistida *post mortem*, “deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida”⁵¹. Tal previsão reforça o reconhecimento da reprodução assistida *post mortem* no direito brasileiro.

Desse modo, apesar da ausência de lei específica sobre o assunto, é possível concluir, em conformidade com os valores constitucionais, especialmente diante do direito ao livre planejamento familiar, que a reprodução assistida *post mortem* é admitida no direito pátrio. Em outros termos, não há afronta à paternidade responsável e ao melhor interesse do filho a porvir, eis que tais princípios se densificam apenas a partir do exercício efetivo e emancipatório da autoridade parental independentemente do modelo familiar escolhido. Além disso, a biparentalidade, por si só, não assegura

49. Rose Melo Vencelau Meireles entende que “acolher a possibilidade de uma pessoa ser concebida sem pai, é frustrar-la do convívio familiar e, principalmente, afrontar a sua dignidade. A criança tem direito à biparentalidade”, restando a possibilidade de argumentação com base na proteção às famílias monoparentais, “pois o que se pretende com a norma do §4º do art. 226 da CF é que também tenham proteção do Estado, uma vez que venham a se formar tais circunstâncias. Diferencia-se a hipótese do legislador estímulos certas situações, daquela em que se protege uma situação em que venha ocorrer, como na concretização da família monoparental” (*O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 56).

50. Neste sentido, v. CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil*: parte especial: do direito de família. Vol. 18 (arts. 1.591 a 1.710). AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2004; DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; ALMEIDA, Vitor. O Direito ao Planejamento Familiar e as novas Formas de Parentalidade na Legalidade Constitucional. In: *Direito Civil: Estudos - Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa - IBD/CIVIL*. São Paulo: Blucher, 2018, pp. 419-448.

51. O provimento n. 52/2016, que anteriormente regia o assunto, previa apenas o documento por instrumento público.

o desenvolvimento sadio da futura criança, mesmo porque impossível garantir tal formação dúplice familiar, visto que o pai pode falecer durante a fase gestacional. Acresça-se ao debate a família monoparental, constitucionalmente reconhecida, à qual não deve ser negado o direito ao planejamento familiar. O tema é complexo e escapa, assim, dos limites do presente estudo.⁵²

Superados os obstáculos à possibilidade de reprodução assistida *post mortem*, discutem-se as questões relativas aos direitos sucessórios dos filhos póstumos, que incluem saber se os embriões concebidos após a morte e os que se encontrem congelados na data da abertura da sucessão possuem legitimidade sucessória e, portanto, integram a ordem de vocação hereditária. Observe-se que o Código Civil ao relacionar as hipóteses de presunção de paternidade não estabeleceu qualquer prazo nos incisos III, IV e V, diferentemente do que fez nos incisos I e II, ensejando o surgimento de filhos póstumos a qualquer tempo. Fica em aberto o momento em que pode ocorrer a gestação dos embriões já concebidos, que é o caso dos excedentários, ou até dos não concebidos ao tempo da abertura da sucessão, em razão do disposto nos incisos IV e V. Em consequência, permanece pendente por tempo indeterminado, se não a transmissão, o deferimento da herança, que poderá jamais se operar, uma vez que, tanto nas hipóteses do art. 1.597, inc. III, IV e V, existe apenas uma possibilidade, cuja verificação dependerá de diversos fatores.⁵³

Cabe lembrar, como destacado, que a transmissão da herança se opera em favor dos herdeiros existentes no momento da abertura da sucessão, a teor do art. 1.784, do Código Civil, que além disso devem estar legitimados a receber, nos termos do art. 1.798, do mesmo diploma. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, ao enfrentar a possibilidade da vocação dos embriões congelados na sucessão *causa mortis* legítima, esclarece que:

[...] deve-se considerar, de acordo com o sistema introduzido pelo novo CC, que o embrião não implantado não pode ser considerado no bojo do art. 1.798, CC, porquanto no sistema jurídico brasileiro é vedada a possibilidade da reprodução assistida *post mortem*, diante dos princípios da dignidade da (futura) pessoa humana, da igualdade dos filhos em direitos e deveres e, principalmente, do melhor interesse da criança (arts. 226, § 7º, e 227, *caput*, e § 5º, ambos da Constituição Federal).⁵⁴

No que tange à tutela sucessória, Maria Berenice Dias defende que não é possível excluir herdeiro por ter sido concebido através das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, independentemente da modalidade – se homóloga ou heteróloga, mas

52. Ver sobre o assunto: BARBOZA, Heloisa Helena. A reprodução humana como direito fundamental. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 777-801.

53. Cabe sublinhar que embora não se aplique, por lei, a presunção de paternidade na hipótese de união estável, em havendo autorização expressa para utilização do material genético do companheiro falecido é possível o registro de nascimento independentemente de decisão judicial, uma vez que o Provimento n. 63/2017 não diferencia os filhos havidos de reprodução assistida *post mortem* de pais casados ou que viviam em união estável. Cf. TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil: direito das sucessões*. v. 7, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 77.

54. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 43.

nesta ressalva a indispensabilidade da autorização –, por força do princípio constitucional da igualdade assegurada à filiação, conforme reza o art. 227, § 6º. A autora critica aqueles que indicam o prazo de dois anos para a concepção póstuma em analogia ao art. 1.800, § 4º, pois “esta limitação não tem qualquer justificativa”. Afirma que a “tentativa de emprestar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que veio a nascer, ainda que depois de alguns anos”.⁵⁵

Alerta a doutrina que a “legitimidade sucessória se rege pelo princípio da coexistência, o qual seria afastado caso se admita a legitimidade sucessória dos filhos havidos de reprodução assistida *post mortem*”⁵⁶. A rigor, a regra do 1.798 diz respeito à legitimação e não à vocação propriamente dita, que é o chamamento dos herdeiros. Desse modo, cabe frisar que os embriões congelados somente serão chamados a suceder se (i) vierem a ser implantados e (ii) nascerem com vida. Por isso, não há que se falar em sucessão do embrião congelado⁵⁷, mas tão somente em legitimidade sucessória sujeita ao futuro nascimento com vida para efetivar sua vocação hereditária.

De fato, é preciso assegurar os direitos sucessórios não apenas aos filhos concebidos/implantados fisiologicamente que venham a nascer após a abertura da sucessão de seus pais, mas também aos gerados através de técnica de reprodução assistida, que se conclua ou realize *post mortem* de seus pais.

A aplicação do prazo previsto no art. 1.800, § 4º, se revela profundamente restritiva e prejudicial ao filho posteriormente gerado, além de propiciar grande insegurança jurídica, quando se considera a permissão dada pela Lei ao testador para estabelecer “disposição em contrário”, subtraindo a herança que caberia aos herdeiros legítimos, conforme prevê o citado § 4º. É de se questionar como resolver a situação dos concebidos e/ou nascidos depois do prazo de dois anos, possibilidade que não pode ser descartada quando se trata das técnicas de reprodução assistida. Não parece razoável inibir, por força da aplicação analógica de um dispositivo pertinente à sucessão testamentária, o direito de herdeiro necessário, que venha a nascer dois anos após a abertura da sucessão. Nestes termos, parece mais adequada a prescrição contida no enunciado n. 267, da III Jornada de Direito Civil, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal: “A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança”.

Há, contudo, que se admitir que tal prazo prescricional pode se estender por período ainda maior, uma vez que, nos termos do art. 198, inc. I, do Código Civil, não corre a prescrição contra os absolutamente incapazes. Por isso, adverte a doutrina que “[H] haveria assim, pelo menos, 26 anos até a prescrição do pedido da petição de herança

55. DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 122 e 124.

56. TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Op. cit.*, p. 76.

57. Cf. MEIRELES, Jussara Maria Leal de. Sucessão do embrião. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arcquitura do Planejamento Sucessório*. 2. ed., ver. ampl. e atual., Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 209-221.

(16 anos de vida do sucessor mais 10 anos do prazo de petição de herança, além do prazo necessário para a implantação do embrião e para eventual controvérsia judicial com herdeiros), o que é tempo demasiadamente longo para se concluir a sucessão de alguém⁵⁸. Já se propôs como alternativa a utilização de testamento para limitar o lapso temporal em que a reprodução assistida *post mortem* poderia ocorrer⁵⁹. Cabe mencionar que tal problema não afeta exclusivamente os filhos póstumos oriundos das técnicas reprodutivas. Considerando que o prazo prescricional não corre contra qualquer herdeiro absolutamente incapaz, pode acontecer problema similar no caso de haver ação investigatória de paternidade, que é imprescritível. Em tal hipótese, o início da contagem do prazo de prescrição para petição de herança só começa a correr após a decisão definitiva que reconhece a paternidade e legítima o pedido de petição da herança que, afinal, cabe ao filho reconhecido desde a abertura da sucessão.

A possibilidade de implantação de embriões após morte de um dos cônjuges já alcançou nossas instâncias pretorianas. O Tribunal de Justiça de São Paulo rejeitou pedido de autorização para utilização de material genético de falecido para fins de reprodução assistida *post mortem*, por entender que a retirada ocorreu após o óbito e sem a expressa autorização do falecido em vida.⁶⁰

Em outro caso, em reforço ao elemento volitivo, o referido Tribunal entendeu, em ação movida pelos filhos do falecido contra o hospital Sirio Libanês e o cônjuge sobrevivente, que em respeito ao acordo firmado em vida pelo casal os embriões congelados ficariam sob o guarda do supérstite.⁶¹

Em sede de recurso especial, o conflito acima começou a ser apreciado pela 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça. No caso concreto, os filhos do homem falecido, havidos de seu primeiro casamento, contestam a decisão do tribunal paulista, que ao reformar a sentença permitiu que a terceira esposa do pai realizasse a implantação dos embriões após o seu falecimento.⁶²

O Ministro Relator, Marco Buzzi, votou no sentido de permitir a implantação dos embriões criopreservados, eis que em seu entendimento é incontroverso que o falecido nutria o desejo, em vida, de ter filhos com sua esposa, tanto que se submeteu ao processo de fertilização *in vitro*, realizando o falecido, inclusive, procedimento cirúrgico de aspiração de espermatozoides para tal fim. Ressaltou, ainda, o Relator que, caso a implantação seja bem-sucedida, haverá "indivisíveis consequências em suas esferas de direitos, em especial sucessórias e patrimoniais".

58. TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Op. cit.*, p. 78.

59. *Id. ibid.*, p. 78.

60. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 7ª Câm. de Dir. Priv. Apelação nº 1000586-47.2020.8.26.0510. Rel. Des. José Rubens Queiroz Gomes, julg. 11 fev. 2021.

61. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 9ª Câm. de Dir. Priv. Apelação nº 1082747-88.2017.8.26.0100. Rel. Des. Ângela Lopes, julg. 19 nov. 2019.

62. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª T. Resp. n. 1.918.421-SP. Rel. Min. Marco Buzzi, autuado em 02 fev. 2021. Após pedido de vista, o feito encontra-se concluso para julgamento ao Min. Luis Felipe Salomão.

No entanto, o Ministro Luis Felipe Salomão, acompanhado posteriormente pelos Ministros Raul Araújo e Antonio Carlos Ferreira, abriu a divergência e se posicionou pela necessidade de autorização expressa já que implica na expressão da autodeterminação com efeitos para além da vida, com repercussões existenciais e patrimoniais. Desse modo, em 08 de junho de 2021, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por maioria, deu provimento ao Recurso Especial nº 1.918.421, reformando a decisão proferida pela 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido de não autorizar a esposa do finado a realização de implantação de embriões formados com material genético do casal. O principal argumento que impediu o uso do material genético após a morte foi a inexistência de manifestação de vontade prévia, inequívoca, expressa e formal do falecido para efetivação da reprodução.

Tal entendimento no sentido da impossibilidade de implantação de embriões de um casal após a morte de um dos cônjuges sem manifestação expressa e formal descortina velhos dilemas e amplia o debate sobre os limites da disposição do material genético após a morte para fins de procriação. A própria divergência de posicionamento no âmbito do STJ, com o voto vencido do relator, Ministro Marco Buzzi e da Ministra Maria Isabel Gallotti, no sentido de permitir a implantação de embriões *post mortem*, demonstra a acesa controvérsia sobre o assunto e permanecem, portanto, as dúvidas a respeito dos direitos sucessórios dos filhos póstumos, fruto de reprodução assistida após a morte do pai ou da mãe, ou, inclusive, de ambos, que envolvem a aplicabilidade do prazo prescricional de dez anos para pleitear a herança, de acordo com o art. 205, observado o impedimento ao curso do prazo previsto no art. 198, inc. I, ambos do vigente Código Civil.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As técnicas de reprodução humana assistida há tempos desafiam os dogmas jurídicos calcados em fatos naturais antes tidos como certos e imutáveis, a iniciar com o repensar dos próprios institutos da paternidade e da maternidade, colocados em xeque com o uso de material heterólogo e a gestação de substituição. Indubitável que tais técnicas atingem a "sacralidade" da natureza e permitem que pessoas solteiras, casais homoafetivos e transgêneros⁶³ tenham acesso ao projeto parental biologicamente vinculado, mas sem a manutenção de relação sexual para esse fim. Como visto, é crescente no Brasil a procura pelos serviços de reprodução assistida, o que descortina questões relacionadas à efetividade do direito ao planejamento familiar e à própria fundamentalidade do direito à reprodução, já havendo demandas

63. Por força da Resolução n. 2.283/2020 do Conselho Federal de Medicina que alterou a redação do item II.2 da Resolução n. 2.168/2017, atualmente é "permitido o uso das técnicas de RA para heterossexuais, homoafetivos e transgêneros". Cabe destacar que na redação original mencionava-se "relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico", sendo que a parte final não foi reproduzida na redação atual. Além disso, ao mencionar "heterossexuais, homoafetivos e transgêneros" contempla pessoas solteiras ou em relacionamentos.

relativas à obrigação do Poder Público de custear tais técnicas, bem como dos planos de saúde cobrir os custos da reprodução assistida.

O substancial aumento na importação de material genético⁶⁴ e as demandas judiciais que envolvem pedidos de autorização para utilização de material genético de pessoas falecidas revelam novos desafios, especialmente em razão da inexistência de lei específica sobre o assunto. Diante desse cenário, dilemas sobre o direito ao conhecimento da ascendência genética transnacional e os direitos sucessórios dos embriões crioconservados se colocam como novas fronteiras rompidas pelas técnicas de reprodução assistida. A legitimidade sucessória dos embriões congelados, o direito ao material genético deixado pelo autor da herança, assim como as controvérsias a respeito do prazo prescricional, examinados acima, são problemas que integram o rol de situações que reclamam solução urgente do legislador.

Ao se analisar as diversas correntes e perspectivas sobre o tema, concluiu-se que aplicar a regra do § 4º, do art. 1.798 c/c 1.800, do Código Civil, para resolver a ausência de prazo no art. 1.597, da Lei Civil, para a conclusão da técnica de reprodução assistida iniciada pelo casal, não parece a melhor solução. Cabe lembrar que, além das razões acima apontadas, a imposição de uma limitação temporal para o nascimento do filho acabaria por restringir indiretamente o direito de a mulher decidir sobre ter, e de quando ter, o filho, que lhe é assegurado constitucionalmente (art. 226, § 7º), já que o filho, havido após dois anos não seria herdeiro. Além disso, haveria afronta ao princípio da plena igualdade entre os filhos, uma vez que excluídos estariam os havidos após o prazo. Considere-se, ainda, não ser recomendável aplicar limitações de qualquer ordem por interpretação extensiva. Em resumo, não fica satisfatoriamente respondida a pergunta: o que ocorreria caso houvesse concepção (ou gravidez) após os dois anos? Qual o fundamento para se negar os direitos sucessórios, de origem constitucional, a um potencial herdeiro necessário concebido ou nascido após esse prazo?

Em face de tais argumentos, aplicar o prazo prescricional, para limitar apenas a possibilidade de petição da herança, mantendo o respeito às normas sobre contagem do prazo, ainda que isto acarrete um prazo mais longo, parece ser a solução que melhor atende os valores estampados na tábua axiológica constitucional, uma vez que não ofende a origem da filiação e nem desampara o filho fruto de reprodução assistida *post mortem*.

Destaque-se, por fim, que a observância do princípio da plena igualdade entre os filhos não deve implicar o afastamento do prazo prescricional para a petição de herança, direito de natureza patrimonial. Esta proposta, se não é a solução ideal,

64. "Nos últimos sete anos (2011 a 2017) foram emitidas anuências referentes à importação de 1.950 amostras seminais e 357 oócitos. Somente no ano de 2017 foram emitidas 860 anuências de importação de amostras seminais e 321 oócitos". ANVISA. 2º Relatório Dados de Importação de Células e Tecidos Germinativos para Uso em Reprodução Humana Assistida. 2018, p. 5. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/centraisdeconteudo/publicacoes/sangue-tecidos-celulas-e-orgaos/relatorios-de-importacao-reproducao-humana-assistida/2o-relatorio-de-importacao-reproducao-humana-assistida-2018.pdf>. Acesso em 20 mai. 2021.

pelos menos atende à orientação constitucional, preservando, independentemente de prazo, os direitos existenciais, como o direito ao estado de filho e, por conseguinte, ao nome e ao parentesco pela linha paterna ou materna. Mesmo que nada receba na sucessão do falecido genitor, o filho póstumo, nascido a qualquer tempo, terá eventual direito à herança de seus avós por direito de representação, bem como a herdar de outros parentes.

6. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Personalidade, titularidade e direitos do nascituro: esboço de uma qualificação. *Revista OAB/RJ*, Edição Especial - Direito Civil, v. 01, p. 01-45, 2018.
- ALMEIDA, Silmara Juny Chinelo e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ALMEIDA, Vitor. O direito ao planejamento familiar e as novas formas de parentalidade na legalidade constitucional. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, SANTOS, Romualdo Baptista dos (coord.). *Direito Civil: estudos - Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa - IBDIVIL*. São Paulo: Blucher, 2018.
- ANVISA. 2º Relatório Dados de Importação de Células e Tecidos Germinativos para Uso em Reprodução Humana Assistida. 2018, p. 5. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/centraisdeconteudo/publicacoes/sangue-tecidos-celulas-e-orgaos/relatorios-de-importacao-reproducao-humana-assistida/2o-relatorio-de-importacao-reproducao-humana-assistida-2018.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2021.
- ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. Projetos parentais por meio de inseminações casuais: uma análise ético-jurídica. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, v. 24, n. 02, 2020.
- BARBOZA, Heloisa Helena. A reprodução humana como direito fundamental. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (org.). *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do Direito das Sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida: questões em aberto. In: CASSETTARI, Christiano (org.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família*. v. 18 (arts. 1.591 a 1.710); AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). São Paulo: Saraiva, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FLÁVIO, Lucio. *Taxa de fecundidade cai 23% e exige novas ações do GDF*. Agência Brasília, 31 mai. 2020. Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2020/05/31/taxa-de-fecundidade-cai-23-e-exige-novas-acoes-do-gdf/>. Acesso em: 31 mai. 2021.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Herança legítima ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

- GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- LÓBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 19, p. 205, out./dez. 2003.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Sucessão do embrião. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N.; TORCHIA, Mark G. *Embriologia clínica*. 7. ed. Tradução de Adriana Paulino do Nascimento et al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 24. ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.
- SIMÕES, Celso Cardoso da Silva. *Relações entre as alterações históricas na dinâmica demográfica brasileira e os impactos decorrentes do processo de envelhecimento da população*. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais, 2016. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98579.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.
- TABET, Gabriela. A inconstitucionalidade da presunção pater is est. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 6, v. 22, p. 92, abr./jun. 2005.
- TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luíza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do Direito Civil: Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 7.
- TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos de Direito Civil: Direito de Família*. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 72 e ss.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, a. XXVII, n. 21, 1979.

CÔNJUGE E COMPANHEIRO SÃO HERDEIROS NECESSÁRIOS?

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

Professora Titular do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP. Doutora e Livre Docente pela mesma Faculdade de Direito da USP. Ex-Procuradora Federal. Advogada, consultora e parecerista jurídica. Fundadora e Diretora Nacional (região Sudeste) do Instituto Brasileiro de Direito de Família e Sucessões – IBDFAM. Diretora Nacional (região Sudeste) do Instituto Brasileiro de Direito Civil. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos da Responsabilidade Civil – IBERC. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Contratual – IBDCont.

Sumário: 1. Introdução – 2. O RE 878.694/MG e a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil – 3. Sucessão no Brasil: 3.1 A ordem de vocação hereditária e a legítima; 3.2 A progressiva proteção sucessória do companheiro ao longo da história e a inervação da disciplina normativa do Código Civil – 4. A distensão subjetiva do art. 1.829 do código civil; 4.1 O tratamento igualitário de cônjuge e companheiro à luz da equiparação funcional das entidades familiares; 4.2 O companheiro como herdeiro necessário; 4.2.1 Coerência hermenêutica e empenho dogmático; 4.2.2 Tratamento jurisprudencial – 5. Conclusão – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 878.694/MG, em 10 de maio de 2017, pelo Pleno do STF representou o reconhecimento e a supressão de uma situação de injustiça, positivada no art. 1.790 do Código Civil, que maculava a disciplina sucessória do companheiro. A decisão pela inconstitucionalidade de referido artigo de lei foi uma mensagem clara com respeito à equiparação das entidades familiares e à necessidade de o sistema jurídico, mais do que atender, realizar, efetivamente, os parâmetros constitucionais.

Desde o início da década de 2000, apontávamos para o desacerto do legislador do Código Civil, então em tramitação, em ignorar as conquistas jurídicas dos companheiros, conferidas por diversas leis editadas nos anos que seguiram à promulgação da Carta de 1988, e em arrojar a união estável para posição hierarquicamente inferior ao matrimônio, pelo menos em termos de tutela jurídica, em total desacordo com os preceitos insculpidos na Constituição.¹

1. A *memória legislativa do Código Civil* fornece-nos precioso material para avaliarmos como se deu a tramitação do Código vigente e para analisarmos de que influências estava imbuído o legislador. A propósito, quando da justificativa da Submetenda de Redação do Relator-Geral n. 56, que visava disciplinar a vocação hereditária do companheiro, anotou o deputado Ricardo Fiúza a inconveniência de tratamento privilegiado do companheiro em relação ao cônjuge, uma vez que a união estável era como um caminho para o matrimônio ou, quando muito, como um matrimônio incompleto. Segundo o deputado, o Projeto deveria refletir “a natureza modular do casamento, sua irrecusável preeminência” (PASSOS, Edilene; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória legislativa do Código Civil – Tramitação na Câmara dos Deputados*: segundo turno. v. 4, p. 73 Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bds/handle/id/242712>. Acesso em: 20 jul. 2020.).