**O TESTAMENTO GENÉTICO: O VÁCUO LEGISLATIVO E IMPLICAÇÕES SUCESSÓRIAS[[1]](#footnote-1)**

Amanda Sampaio Pires

Lucas Henrique de Almeida Carvalho[[2]](#footnote-2)

Sumário**:** 1 Introdução; 2 Testamento genético: conceito e distinção do testamento vital; 3 Óbices no ordenamento jurídico quanto o testamento genético; 4 As linhas sucessórias: garantias sucessórias aos concebidos por inseminação post mortem; 5 Possíveis abordagens legais ao testamento genético; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO**

Inicialmente, far-se-á um estudo cognitivo com o intuito de atualizar a nossa sociedade atual, uma vez que nos remete a compreender o testamento genético, seu conceito, forma e efeitos, que se distancia do testamento vital – este, um instrumento mais conhecido -. Logo, se vê necessário destacar as dificuldades atuais, que enfrenta aqueles interessados em fazer um testamento genético, visto que não há um posicionamento legislativo em nosso ordenamento jurídico, o que acaba por impossibilitar – ou por menos, tornar dificultoso – uma sucessão desejada e correta – aos olhos da lei-. Cabe, dessa forma, traçar as possíveis linhas de abordagens (legais) para que se tenha uma maior assistência jurídica, legal. Por fim, remetendo-se de forma especial ao estudo do direito de sucessões, traçar-se-á as linhas sucessórias, garantias, os direitos sucessórios - analisando em um determinado caso concreto- para os concebidos através da inseminação post mortem.

**Palavras-chave:** Testamento genético. Vácuo legislativo. Linhas sucessórias. Post mortem

**1 INTRODUÇÃO**

O ensaio exposto apresenta um estudo acerca do testamento genético, tema este, que surge em nossa sociedade hodierna como uma incógnita, e um desejo de muitos que idealizam deixar herdeiros, mesmo após sua morte. A vontade de deixar herdeiros, mesmo após a sua morte, não é uma ideia distante, devendo este material genético fazer parte do inventário e doado – de acordo com a escolha pessoal do testador -.

O desdobramento que se segue, faz parte do anseio de se identificar, conceituar, o testamento genético, bem como definir sua forma e efeitos – ao longo do estudo – percebendo sua atuação diante dos mais recentes aspirações da sociedade brasileira. Observa-se que ainda há uma carência na regulamentação, que acaba por se confundir com outros instrumentos previstos em nosso ordenamento.

É essencial, que diante do exposto, busque identificar e corrigir as lacunas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, direcionando para a busca dos embasamentos legais – utilizando as previsões atuais-, além de intuir acerca de possíveis ampliações legislativas para no que se diz respeito ao testamento genético. Por fim, diante do exposto, é relevante para este ensaio, procurar delinear as linhas sucessórias, direitos, garantias àqueles concebidos através da inseminação post mortem, que devem vir a ser reconhecidos diante da sucessão do seu pai/mãe – mesmo diante da imposição de que este não haveria direito se concebido posteriormente a morte deste -.

**2 TESTAMENTO GENÉTICO: CONCEITO E DISTINÇÃO DO TESTAMENTO VITAL**

O testamento vital, testamento este um tanto difundido na sociedade brasileira, também conhecido como diretrizes antecipadas, manifesta a vontade do sujeito, em relação a eventuais cuidados, tratamentos, procedimentos que possa vir a sofrer, e que deseja ou não ser submetido, quando estiver acometido de determinada doença (RENTEV, 2014). O individuo que desejar deixar um testamento vital, deve preencher determinados requisitos, além de gozar plenamente de capacidade.

Diante da possibilidade de manifestação da pessoa consciente sobre os tratamentos médicos a serem utilizados em momento futuro, enquanto não puder manifestar sua vontade, surge a questão da vontade antecipada do paciente, que comumente ocorre por meio do denominado testamento vital. Importante destacar que o testamento vital não se confunde com o testamento civil. Este pode ser conceituado como “o negócio jurídico unilateral e de natureza personalíssima por meio do qual se opera a transmissão dos bens com a morte do testador em prol dos seus sucessores livremente indicados”. Ou seja, pelo testamento civil há a declaração de última vontade com relação a transmissão de bens, de modo que o testador, de acordo com os limites da lei, estabelece o destino de seu patrimônio, no todo ou em parte. No que tange ao testamento vital, consiste numa “declaração escrita da vontade de um paciente quanto aos tratamentos aos quais ele não deseja ser submetido caso esteja impossibilitado de se manifestar” (SANTOS, -, 2014).

Muito se tem falado sobre morte digna ao se debater sobre o testamento vital, a dignidade humana do sujeito, que tem o poder de decidir sobre sua forma de deixar esse mundo – valores, ética e religião, fazem parte da discussão -, direcionando para as passibilidades mais conhecidas como a eutanásia e ortotanásia (SANTOS, 2014).

O testamento vital, não possui nenhuma regulamentação legislativa específica, mas sabemos que diante uma lacuna, pode-se buscar de outras formas – através de regras, princípios- uma análise em um caso concreto. Em relação ao tema disposto, existe uma Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 1995/201, que de certa forma regulamenta as diretivas antecipadas, não deixando o indivíduo, eventual paciente, sem qualquer direcionamento.

Nesse sentido, já pode ser observado à distância nas concepções, do testamento vital – que em geral é um testamento em relação às condições terminais do indivíduo que testa-, e o testamento genético – que de forma genérica, é um testamento preocupado com os óvulos e sêmens doados pelos futuros pais, preocupados com a sua sucessão-.

A vontade expressa em testamento quanto ao destino de sêmens e óvulos congelados, a constituir o material genético objeto de doação no efeito de uma futura inseminação artificial pela donatária, tem sido definida como um novo instrumento jurídico para o surgimento dos “filhos de herança”, programados “post mortem” para pessoas determinadas. É o denominado “testamento genético”, quando os futuros pai ou mãe, doadores de sêmens ou óvulos, deixam instruções inscritas no sentido de o material genético congelado ser utilizados para a concepção e nascimento de seus filhos, após suas mortes, com escolha pessoal de quem os utilize. Escolha feita pelo próprio testador ou pessoa por ele indicada. Em resumo: o material genético passa a se constituir um bem de inventário, destinando-se servir à procriação do (a) falecido (a) (ALVES, p.1, 2014).

O assunto em voga, fora mais discutido, após um precedente em Israel, que envolvia o testamento genético, buscando-se um amparo legal, para direcionar o material genético congelado, como este integrando o inventário, repassando aos seus herdeiros – que no caso, devem direcionar o material para a fecundação, gerando um sucessor -.

Diante do exposto, o instrumento do testamento – visto o estudar o direito de sucessões, seria direcionado também quando houvesse o anseio de assegurar um projeto dos pais, em deixar descendentes, mesmo após sua morte. Nesse sentido, é notória a necessidade do direito, em intervir de forma mais hábil e efetiva, especificamente no sentido de regular o cabimento e os direitos sucessórios (ALVES, 2014).

**3 ÓBICES NO ORDENAMENTO JURÍDICO QUANTO O TESTAMENTO GENÉTICO**

Aprofundando o estudo, nota-se que existe certa dificuldade ao se trazer se inserir o instrumento do testamento genético no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não se possui nenhuma regulamentação legal acerca deste. É necessário que para analisar o testamento genético no Brasil, por conta da inexistência de uma legislação, cabe buscar auxilio dos princípios norteadores tanto do Direito, quanto da medicina, com o intuito de diminuir conflitos e compreender melhor a forma e as sucessões (SILVEIRA, 2012).

As inseguranças são muitas – sociais, jurídicas, éticas – ao se pensar no testamento genético, que em um primeiro momento consolida-se e a preocupação em resguardar os direitos dos filhos concebidos post mortem, para que não se vá de encontro com o princípio da igualdade entre os filhos, previsto na Constituição Federal. O problema em si – o qual não possui ao menos um amparo Constitucional- paira acerca do direito sucessório desse filho – concebido após a morte de seus pais.

Fazendo uso da leitura do Código Civil, temos a previsão do artigo 1.784: “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” – onde se apresenta o primeiro obstáculo, uma vez que este indivíduo é considerado legítimo – a sucessão é dada automaticamente-, contudo, como este filho irá receber se ainda não fora concebido? Ainda, nesse sentido, o artigo 1.798, do Código Civil é claro: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, logo, este filho concebido post mortem, automaticamente seria excluído da sucessão? (SILVEIRA, 2012).

Os obstáculos começam a aparecer, ao passo que se tenta encaixar a ideia de concepção post mortem no ordenamento, com as previsões já existentes – onde mais uma vez se menciona a necessidade de previsão mais efetiva, em relação a essa técnica conceptiva-. Tem-se como forma de “regulamentação” – contudo não com força de lei-, a Resolução 1.955/11 do Conselho Federal de Medicina, dando um direcionamento aqueles que procuram utilizar a reprodução assistida post mortem – necessidade de autorização expressa do eventual de cujus, afastando assim a ilicitude - (ALVES, 2014).

É necessário também se pensar, como ficaria amparado não só o cônjuge do de cujus, em relação ao material genético, a ele destinado para se promover a sucessão, mas também – não havendo cônjuge-, os ascendentes desse de cujus, que diante do desejo do filho de ter um sucessor, ter direitos sobre aquele material genético. O que de fato não poderá ocorrer, necessitando da autorização, vontade expressa, é se presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem (ALVES, 2014).

O que se observa, é um certo atrasado legislativo, em relação a outros ordenamentos, em outros países -como Portugal (Lei, 32, de 26.06.2006, artigo 22, 3) -, onde já se tem uma disposição em lei sobre a transferência lícita post mortem de embrião, diante de um projeto dos pais, deixado expresso, a vontade, antes da morte deste (SILVEIRA, 2012). No capítulo que se segue, serão mais bem expostas as medidas que podem ser tomadas, para que o filho concebido através da técnica assistida, com o material genético concebido post mortem – doado em vida – poderá não ter negado seus direitos sucessórios, mesmo diante de óbices em nosso ordenamento jurídico.

**4 AS LINHAS SUCESSÓRIAS: GARANTIAS SUCESSÓRIAS AOS CONCEBIDOS POR INSEMINAÇÃO POST MORTEM**

Tendo perpassado a dissertação sobre os temas nucleares do instituto do testamento genético, faz-se necessário transferir o foco deste ensaio ao aprofundado estudo acerca da forma através da qual pode ser tratada a questão sucessória dos filhos oriundos de inseminação artificial *post mortem* no âmbito do testamento genético de acordo com o ordenamento jurídico infraconstitucional que se encontra em voga em nosso país.

Pois bem, por meio da interpretação exegética do art. 1.798 do Código Civil nacional, extrai-se que apenas aqueles descendentes que se encontram vivos no momento da abertura da sucessão é que podem nesta figurarem como herdeiros legítimos ou necessários. Desta feita, resta-se excluído, perante o ordenamento jurídico contemporâneo, da sucessão legítima, ou seja, aquela onde os herdeiros e a ordem de vocação são determinados através de lei, o nascituro concebido após o chamado testamento genético ou biológico, uma vez que, por motivos lógicos, este não se encontrava com vida, ou mesmo concebido, a tempo da abertura da sucessão, vez que a inseminação no caso em tela ocorrerá sempre *post mortem[[3]](#footnote-3).*

Passemos, agora, ao exame dos arts. 1.799, I e 1.800 do já citado Código Civil brasileiro, que dispõem, *in verbis:*

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz. […]§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

Assim, tem-se que, ainda que o nascituro concebido por meio de técnicas de reprodução assistida *post mortem* reste excluído por força do art. 1.798 do Código Civil do rol de herdeiros pertinentes à sucessão legítima, este goza de plena capacidade sucessória no que diz respeito à sucessão testamentária, podendo, portanto, figurar dentre os herdeiros nomeados por meio de testamento por aquele responsável pela doação do material genético[[4]](#footnote-4). Além de herdeiro testamentário, quando lhe é designado parcela do universal dos bens do *de cujus,* pode o nascituro figurar como legatário, quando lhe é designado por meio de testamento bens individualizados do total[[5]](#footnote-5).

Porém, deve-se que, nos casos de reprodução assistida *post mortem*, é claro o Código Civil ao destacar um limite à sucessão testamentária, sendo tal limite disposto no bojo do já visto art. 1.800 do Código Civil, artigo este que define que caso se passem dois anos após a abertura da sucessão e o herdeiro testamentário não seja concebido, devem os bens reservados ao herdeiro esperado serem repassados aos herdeiros legítimos.[[6]](#footnote-6)

Além disto, é oportuno se lembrar da própria natureza da sucessão testamentária no decorrer deste tópico, sucessão esta que possui um instituto de proteção à sucessão legítima, instituto este que, por força do art. 1.789 do Código Civil, torna defesa àquele que elabora o testamento, testar mais de 50% de seus bens por meio de testamento. Lúcido é o ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves sobre a matéria[[7]](#footnote-7):

Havendo herdeiros necessários, isto é, descendentes, ascendentes e cônjuge, o testador só poderá dispor da metade da herança (CC, art. 1.789), pois a outra constitui a legítima, àqueles assegurada no art. 1.846; não havendo, plena será a sua liberdade de testar, podendo afastar da sucessão os herdeiros colaterais simplesmente dispondo de seu patrimônio sem os contemplar (art. 1.850).

Desta feita, é necessário obedecer aos requisitos dispostos pelo supracitado artigo nos casos em que, além do herdeiro testamentário ou legatário, fazerem-se presentes também herdeiros necessários, na ausência de tais herdeiros necessários, poderá o testador elaborar o documento dispondo como bem entenda, podendo, portanto, deixar todo o seu patrimônio para o infante que virá a nascer.

**5 POSSÍVEIS ABORDAGENS LEGAIS AO TESTAMENTO GENÉTICO**

É cediço que a sociedade hodierna vem a cada dia presenciando inovações nos seus mais diversos ramos e dentre os ramos cujas inovações evoluem a passos cada vez mais largos é impossível não destacar a seara médica, onde os instrumentos, substâncias e técnicas sofreram consideráveis mudanças nos últimos tempos.

Dentre os avanços conquistados na seara supracitada, é oportuno salientar aquelas que consagraram a criação e a evolução das chamadas técnicas de reprodução assistida, técnicas estas que, por meio dos mais diversos métodos são capazes de garantir o sonho de ter um filho a casais com problemas de fertilidade ou aos casais homossexuais.

Estas técnicas de reprodução assistida também podem ser utilizadas para levar-se a cabo a reprodução assistida não apenas entre vivos, mas também a reprodução artificial utilizando material genético de pessoa falecida, no tocante a estas técnicas, destaca-se a matéria do chamado testamento genético ou biológico, testamento este que, conforme visto anteriormente, dá o direito à pessoa a deixar material genético para que seus entes queridos possam utilizá-lo após a sua morte para gerar descendentes.

Ainda conforme visto anteriormente, percebeu-se que o ordenamento jurídico nacional não evoluiu com a devida celeridade no tocante a estas novas técnicas, sendo nítida a não existência de matéria legal que trate principalmente da reprodução assistida *post mortem*, sobretudo no âmbito do testamento biológico.

Assim, tem-se que por conta de o direito ser um fato social[[8]](#footnote-8), ou seja, membro integrante e inseparável da sociedade e de seus anseios, este não pode virar as costas para as novas matérias que venham a surgir no seio da sociedade no decorrer do tempo, devendo sempre os textos legais serem atualizados e modificados a fim de garantir uma mais eficaz prestação jurisdicional; assim, é de clara importância que as legislações civis nacionais passem a dar tratamento para a matéria do testamento genético, haja vista que é uma matéria relativamente nova e cuja utilização vem se verificando em caráter não apenas nacional, mas mundial.

Pois bem, diante do exposto anteriormente faz-se clara a necessidade de os textos legais infraconstitucionais nacionais serem atualizados a fim de passar a regulamentar a matéria do testamento genético.

O primeiro passo a ser tomado pelo nosso poder legislativo deve ser a elaboração de texto legal que trate expressamente dos casos de testamento biológico, texto este que deverá elencar a plena possibilidade de certa pessoa deixar, mediante testamento, determinação sobre a utilização de seu material genético para gerar descendentes após a sua morte; esta alteração evitaria embates legais, como os que ocorreram nos casos de testamento biológico em outros países, onde as clínicas responsáveis pelo procedimento se negavam a efetuar a entrega do material genético temendo pela legalidade do ato; tal mudança ainda garantiria posição de vanguarda a nosso país, vez que o tema, ainda que novo está em crescente ascensão, não possuindo regulamentação na maioria dos países, tendo sido os primeiros precedentes legais sobre o tema estabelecidos em solo israelense nos últimos anos.[[9]](#footnote-9)

Também deve, este mesmo texto legal, garantir a presunção de filiação para o ser humano gerado no âmbito do testamento biológico, presunção esta que garantiria ao infante nascido de testamento biológico, pleno direito de ser registrado civilmente com o nome do falecido fornecedor do material genético; esta medida garantiria o cumprimento do art. 227, parágrafo 6º da Carta Magna nacional, que dita:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Assim garantir ao nascituro advindo de testamento genético o direito de ser reconhecido como filho do testador, mediante apenas a apresentação do referido testamento e de demais documentos que visem comprovar que de fato fora utilizado material genético do testador para dar vida àquela criança, é imperativo para que esta criança não sofra discriminação social pelo fato de ser oriunda de um testamento biológico, uma vez que desde o inicio de sua vida seria devidamente registrada com o nome de seu doador.

**6 CONCLUSÃO**

Tendo-se feito as devidas diferenciações acerca do termo testamento biológico, mostrou-se claro que a referida matéria é carente de tratamento legal no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que este apenas trata de reprodução assistida *post mortem* ocorrida entre pessoas casadas.

Porém, mostrou-se também que é possível, tomando como base para tal demonstração princípios constitucionais e precedentes do direito comparado, a legislação infraconstitucional brasileira ser modificada a fim de revestir de legalidade o testamento biológico no aparato jurídico nacional.

Por fim, demonstrou-se que, ainda que o nascituro advindo de reprodução assistida *post mortem* não seja detentor de direitos hereditários no que diz respeito à sucessão legítima, este tem plena capacidade de figurar na sucessão testamentária, desde que obedecidos os requisitos dispostos no código civil.

**REFERÊNCIAS**

ALVES, Jones Figueirêdo. **Testamento genético celebra a dignidade da vida.** Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2014-mar-15/jones-figueiredo-testamento-genetico-celebra-dignidade-vida>. Acesso em: 20 ago. 2014.

BRASIL. **Código Civil**: Constituição Federal e legislação complementar. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Doutrina Linear. **O direito como Fato Social.** Disponível em: < http://www.doutrina.linear.nom.br/cientifico/Sociologia/O%20DIREITO%20COMO%20FATO%20SOCIAL.htm >. Acesso em: 04/11/2014

FLINT, Guilia. **‘Testamento biológico’ permite nascimento de filhos de pais mortos em Israel.** BBCBrasil. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2014/02/17/testamento-biologico-permite-nascimento-de-filhos-de-pais-mortos-em-israel.htm>. Acesso em 24 ago. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2014.

PILOTTI, Evander Rodrigo Michelon e HAAS, Adriane. **Inseminação post mortem e seus reflexos no direito sucessório.** Disponível em:< http://www.fag.edu.br/contemporaneidade/artigos/2014/36%20-%20Direito%20-%20Evander.pdf >. Acesso em: 04/11/2014

ROSSI, Luiz Alberto. **Herdeiros, Legatários e** Cônjuge. Disponível em: < http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/HERANCA.pdf >. Acesso em: 04/11/2014

SANTOS, Tiago do Amaral. **Testamento vital como instrumento assecuratório do direito à morte digna. Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XVII, n. 120, jan 2014. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=14219>. Acesso em: 07 de nov. 2014.

SANTOS, Tatyana Mayara Gurgel de Oliveira Lima dos. **Direito à sucessão legítima do nascituro concebido após a morte do pai**. Disponível em:< http://jus.com.br/artigos/25442/direito-a-sucessao-legitima-do-nascituro-concebido-apos-a-morte-do-pai/1s>. Acesso em: 04/11/2014

SILVEIRA, Gabriella Nogueira Tomaz da. **Inseminação artificial post mortem e suas implicações no âmbito sucessório.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=11926&revista\_caderno=6>. Acesso em: 21 ago.2014.

1. Paper apresentado à disciplina de Direito de Família e Sucessões, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco- UNDB. [↑](#footnote-ref-1)
2. Alunos do 6º período, do Curso de Direito, da UNDB. [↑](#footnote-ref-2)
3. SANTOS, Tatyana Mayara Gurgel de Oliveira Lima dos. Direito à sucessão legítima do nascituro concebido após a morte do pai. Disponível em:< http://jus.com.br/artigos/25442/direito-a-sucessao-legitima-do-nascituro-concebido-apos-a-morte-do-pai/1s>. Acesso em: 04/11/2014 [↑](#footnote-ref-3)
4. Idem [↑](#footnote-ref-4)
5. ROSSI, Luiz Alberto. Herdeiros, Legatários e Cônjuge. Disponível em: < http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/HERANCA.pdf >. Acesso em: 04/11/2014 [↑](#footnote-ref-5)
6. PILOTTI, Evander Rodrigo Michelon e HAAS, Adriane. Inseminação post mortem e seus reflexos no direito sucessório. Disponível em:< http://www.fag.edu.br/contemporaneidade/artigos/2014/36%20-%20Direito%20-%20Evander.pdf >. Acesso em: 04/11/2014 [↑](#footnote-ref-6)
7. GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 470 [↑](#footnote-ref-7)
8. Doutrina Linear. O direito como Fato Social. Disponível em: < http://www.doutrina.linear.nom.br/cientifico/Sociologia/O%20DIREITO%20COMO%20FATO%20SOCIAL.htm >. Acesso em: 04/11/2014 [↑](#footnote-ref-8)
9. FLINT, Guilia. ‘Testamento biológico’ permite nascimento de filhos de pais mortos em Israel. BBCBrasil. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2014/02/17/testamento-biologico-permite-nascimento-de-filhos-de-pais-mortos-em-israel.htm>. Acesso em 24 ago. 2014. [↑](#footnote-ref-9)