**SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA BIOLÓGICA: DIREITO DE PROPRIEDADE SUCEDIDO E O DIREITO À FAMÍLIA CONCEDIDO[[1]](#footnote-1)**

Dérick Macêdo Silva[[2]](#footnote-2)

Paulo Silas Pereira Boás[[3]](#footnote-3)

Anna Valéria de Miranda Araújo Cabral[[4]](#footnote-4)

**Sumário:** Introdução; 1 Direito de Sucessão: conceito, fundamento e espécies; 2 O que são direitos de propriedade e à família; 3 Sucessão testamentária biológica: respeito aos direitos de propriedade e à família; Conclusão. Referências.

**RESUMO**

O objetivo geral deste trabalho é conhecer e debater acerca da sucessão testamentária biológica e sua aceitação. Para tanto, far-se-á, inicialmente, uma abordagem sobre os principais pontos do direito sucessório, analisando seu conceito, fundamento e espécies, focando-se, no que tange a estas, em sua espécie testamentária. Visto tais pontos, conhecer-se-ão os direitos de propriedade e à família, pois se farão como armas a serem utilizadas no enfoque central do trabalho. Dando continuidade, adquirida a base necessária para uma eficaz discussão, relatar-se-á como adveio a ideia da sucessão testamentária biológica e os pros e contras de sua utilização.

**Palavra chave:** Direito sucessório; Direitos de propriedade e à família; Sucessão testamentária biológica.

**INTRODUÇÃO**

De que adiantaria à pessoal almejar progresso patrimonial se, com sua morte, tudo se esvaísse, quer dizer, se, com sua morte, não se transmitisse suas conquistas para quem o falecido quisesse privilegiar? A resposta seria “nada”. Assim sendo, o direito de sucessões, dentre as inúmeras características que se mencionará mais adiante, possibilita que as lutas pela preservação e acréscimo patrimonial não sejam em vão. Com a *successio causa mortis*, tem-se um porquê de lutar, e este porquê favorece não só o indivíduo, mas também a sociedade, pois, com pessoas buscando melhorias, impulsiona-se seu quadro socioeconômico.

Todavia, ante o avanço principalmente tecnológico e científico e a impossibilidade do direito como um todo prever toda e qualquer situação, algumas situações vão aparecendo e requerendo mudanças/adaptações jurídicas. E, quanto ao âmbito do direito sucessório, certamente não se foge à regra, encaixando-se perfeitamente a sucessão testamentária biológica como uma delas.

Com o progresso que se vem tendo no contexto medicinal, faz-se possível o congelamento de gametas para seu uso após um bom período transcorrido. Não se tem por incomum esta prática, havendo *n* motivos para sua ocorrência, e inclusive já se encontra amparada juridicamente. O problema que surgiu recentemente não diz respeito ao ato de congelamento, mas sim na disposição do gameta depois de congelado.

Foi dito que o gameta congelado pode ser utilizado ainda que transcorrido um bom tempo. Assim sendo, pode ocorrer de um indivíduo congelar seu material genético e depois de um curto período morrer. O material congelado ainda possui condições de uso, mas seu autor já faleceu. É exatamente aqui que entra a questão da sucessão testamentária biológica. Através do testamento, o autor dispõe deste material a um sucessor, mas se indaga se tal material se enquadra dentre os bens constituintes do patrimônio passível de sucessão.

Ora, o indivíduo não possui o direito de propriedade sobre seu material genético congelado? E sendo o direito sucessório a transmissão da propriedade, estando intimamente relacionado ao direito sobre esta (direito de propriedade), como se verá mais a frente, aquele direito não incide sobre este material? E a família? Impossibilitar-se-á que o sucessor tenha direito de formar uma família com o material congelado? São estas perguntas que se objetiva responder, constituindo-se o enfoque do trabalho.

**1 DIREITO DE SUCESSÃO: CONCEITO, FUNDAMENTO E ESPÉCIES**

Não seria muito promissor debater acerca da sucessão testamentária biológica sem sequer saber em que consiste a sucessão, o direito sucessório, quais suas características, ou seja, sem se ter ao menos o mínimo necessário de conhecimento para o debate.

Sucessão, na acepção da palavra, pode ser dada a partir de uma visão ampla ou de uma visão estrita. “Em sentido amplo, indica a passagem, a transferência de um direito de uma pessoa (física ou jurídica) para outra. A relação jurídica inicialmente formada por determinados titulares passa, pela sucessão, a outros” (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 21). Enquanto que “emprega-se o vocábulo sucessão em um sentido estrito, para identificar a transmissão do patrimônio apenas em razão da morte, como fato natural, de seu titular, tornando-se o sucessor sujeito de todas as relações jurídicas que àquele pertenciam” (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 22). E é justamente neste sentido, no estrito, que se têm o Direito Sucessório.

“O direito das sucessões, como ramo do direito civil [...], trata exclusivamente da sucessão decorrente do falecimento da pessoa” (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 22), ou seja, trata exclusivamente da sucessão em sentido estrito.

Podendo ser chamado também de *direito hereditário*, o direito sucessório apresenta inúmeras características, abrangendo inclusive algumas pertencentes à sucessão em sentido amplo.

Como já exposto, tratando-se da sucessão em ambas as acepções, tem-se a transmissão da titularidade da relação jurídica, porém sem modificação de seu objeto, e, novamente se valendo das palavras de Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2014, p. 22, grifos do autor):

A transmissão pode ser da totalidade dos direitos, identificando-se, nesta situação, a sucessão a *título universal*, ou limitada a um ou alguns direitos, quando então se diz que a sucessão é a *titulo singular*, sub-rogando-se o novo sujeito neste caso, apenas nos direitos e obrigações decorrentes da relação jurídica transmitida.

Vale mencionar que no direito sucessório ocorre a *successio causa mortis,* diferentemente da sucessão em sentido amplo, na qual ocorre a *successio inter vivos*, obviamente porque naquela o titulas a ser substituído morreu, enquanto nesta não. Todavia, ambas podem ocorrer por determinação legal ou por convenção dos titulares.

Pois bem. Viu-se que o direito sucessório trata exclusivamente da sucessão em sentido estrito, podendo ocorrer a transferência dos direitos por determinação legal ou convencional (vontade dos titulares) e a título universal ou singular. Entretanto, as características do referido direito não param por aqui.

Consagrado pela Constituição Federal, mais precisamente no inciso XXX de seu artigo 5º, o direito em análise se qualifica como direito e garantia fundamental. Ademais, encontra-se regulamentado pelo Código Civil, em seu Livro V, nos artigos 1.784 a 2.027, sendo dividido em *Sucessão em geral* (Título I), *Sucessão legítima* (Título II), *Sucessão Testamentária* (Título III) e *Inventário e partilha* (Título IV); e por legislação esparsa. Devido ao enfoque do debate, ressaltam-se as principais características apenas da terceira sucessão.

“A *sucessão testamentária* [...] consiste em um ato de última vontade representado pelo testamento elaborado pelo autor da herança, na forma e condições estabelecidas na lei. Nesta hipótese, não é a lei, mas a pessoa que elege seus sucessores” (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 45), sendo que “o patrimônio endereçado pelo testador ao seu sucessor constitui o que se designa por herança” (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 261).

De acordo com todo o transpassado pelos dois autores supramencionados acerca da sucessão testamentária e em conjunto com o explicitado nos artigos do Código Civil, pode-se afirmar que o testamento consiste em um negócio jurídico personalíssimo e unilateral, revogável, por meio do qual o titular dispõe do seu patrimônio para depois da morte e faz outras declarações de vontade (patrimoniais e não patrimoniais). Ademais, possui eficácia *causa mortis* e deve obedecer às formalidades legais, tanto ao modo de elaboração quanto ao disposto pelas cláusulas testamentárias. Ressalta-se também que o testamento requer que quem o elabore possua capacidade testamentária ativa, quer dizer, capacidade para elaborá-lo, e quem for incumbido de receber algo (herdeiro ou legatário) possua capacidade testamentária, porém, passiva.

Por fim, dando procedência às características do direito sucessório, uma de extrema importância consiste exatamente no porquê de sua existência. Este direito, como já mencionado, trata da transmissão do patrimônio do falecido e, assim sendo, ora se fundamenta, ora complementa o direito fundamental de propriedade.

A transmissão *causa mortis* é a decorrência lógica da propriedade, tal como caracterizada, dentre outros aspectos, pela perpetuidade e estabilidade da relação jurídica formada; ou, sob outro ângulo, é o complemento do direito de propriedade prolongando-se além da morte do seu titulas. (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p 24)

No mesmo sentido, tem-se também:

A morte não finda a propriedade, mas tão somente o direito do proprietário sobre a coisa, que se transmite, em seu domínio, automaticamente em favor dos sucessores legítimos e testamentários por ventura existentes (*doirt du saisine)*. (LISBOA, 2012, p. 205, grifos do autor)

Em outras palavras, com o direito sucessório, pode-se ratificar a existência e eficiência do direito de propriedade, dando-lhe continuidade, pois este apresenta como característica a perpetuidade, que significa justamente a transmissibilidade *post mortem*.

Ainda, amparando-se na ideia transpassada por Silvio Rodrigues e Washington de Barros Monteiro acerca do direito de sucessão, o supramencionado autor complementa seu raciocínio afirmando que, com tal direito, valoriza-se não apenas a propriedade, mas também “o interesse individual na formação e avanço patrimonial, estimulando a poupança e o desempenho pessoal no progresso econômico, fatos que, direta ou indiretamente, propulsionam o desenvolvimento da própria propriedade” (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 24).

Certamente o direito sucessório não apresenta somente estas peculiaridades vistas. Focou-se aqui somente nas principais e nas que serão empregadas no debate da questão central. Assim sendo, obtido parte do conhecimento necessário, veja-se a outra parte, qual seja: o direito de propriedade e o direito à família.

**2 O QUE SÃO DIREITOS DE PROPRIEDADE E À FAMÌLIA**

Direito sucessório e direito de propriedade se encontram interligados, como se acabou de ver. Porém, faz-se necessário mais conhecimento acerca deste direito para que se tenha um debate efetivo. Sendo assim, segue-se com a análise de alguns de seus principais pontos.

No Capítulo I – DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUALS E COLETIVOS, do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, impõe a Constituição Federal que:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade:

[...]

XXX II – é garantido o direito de propriedade;

Logo, ante o exposto, não resta dúvidas sobre uma afirmação já feita no decorrer do trabalho. O direito de propriedade definitivamente consiste em um direito e garantia fundamental, sendo assim consagrado pela CF/88. Mas, afinal, o que é esse direito? Do que ele trata?

De acordo com os ensinamentos de Fábio Ulhôa Coelho (2012, p. 62), o direito em estudo trata da propriedade das coisas corpóreas ou incorpóreas e imobiliárias ou mobiliárias, podendo se dar de forma plena ou restrita, perpétua ou resolúvel. Tal apontamento deve ser complementado pelo dito no artigo 1.228 do Código Civil, notas que, conjuntamente, afirmam que “a propriedade compreenderia, assim, tudo que integra o patrimônio. É como ensina Orlando Gomes, um direito complexo e unitário, a partir do qual o proprietário tem as faculdades de usar, fruir, dispor, e reivindicar a coisa” (LISBOA, 2012, p.105)

Ademais, salienta-se quanto aos poderes do titulas desse direito. São 06 (seis) os poderes, sendo eles: a) *ius utendi;* b) ius fruendi; c) *ius abutendi*; d) *ius possidendi*; e) *ius vindicandi*, e; f) *ius satisfiendi.* Usando-se das explicações de Roberto Senise Lisboa, o primeiro “é o direito que o titular tem de se servir do bem para todas as finalidades para as quais ele se prestar”; o segundo “é o direito de gozar da coisa, dela percebendo todos os frutos e rendimentos possíveis”; o terceiro “é o direito de disposição, ou seja, o titular pode realizar o que desejar sobre o bem” e; quanto aos dois últimos, são, respectivamente, “o direito de reaver a coisa junta a quem injustamente a possua” e “o direito à percepção de indenização pelo dano sofrido sobre a coisa, por causa da conduta de terceiro”.

Dito tudo isto, resta tratar do direito à família.

A família possui uma importância imensurável dentro da sociedade, influenciando em todos os âmbitos desta, inclusive no jurídico. É nela que o indivíduo adquire a maioria dos valores e comportamentos com os quais segue sua vida, aprendendo a distinguir o que e como considerar o certo e o errado, tanto perante seu consciente quanto perante a sociedade. É nela, ao menos em regra, que somos amparados, acolhidos, que buscamos proteção. Enfim, são inúmeros os pontos em prol da família e o Estado percebe isso. Tanto que, no artigo 226 da CF/88, tem-se que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Uma dúvida muito pertinente quando o assunto é “família” pousa em seu conceito e, para se conhecer o direito à família, deve-se o saber. Seria apenas pai, mãe e filho?

Respondendo à pergunta feita, vale-se do lecionado por Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (2012, p.15)

A Constituição Federal de 1988 equiparou à família constituída pelo casamento, como vase da sociedade e merecedora da especial proteção do Estado, não só a entidade familiar resultante da união estável entre o homem e a mulher, tendente ao casamento, como também a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 266, §§ 3º e 4º).

Por esse motivo, tendo em vista a evolução dos costumes e, por via de consequências, das instituições sociais e jurídicas, nessa designação devem ser incluídas a entidade familiar constituída pelo casamento, pela união estável, pela comunidade formada por apenas um dos pais e seus descendentes e, ainda, pela socioafetividade.

Todavia, esclarece Carlos Roberto Gonçalves que, ao se tratar do direito sucessório, o conceito de família não é tão amplo. Explica ele:

*Lato sensu*, o vocabulário *família* abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins [...]. Para determinados fins, especialmente sucessórios, o conceito de família limita-se aos parentes consanguíneos em linha reta e aos colaterais até o quarto grau. (GONÇALVES, 2012, p.15)

Portanto, a família não se restringe ao pai, mãe e filho. Seu conceito é muito mais amplo. Porém, em se tratando do direito sucessório, seu conceito é mais restrito.

**3 SUCESSÃO TSTAMENTÁRIA BIOLÓGICA: RESPEITO AOS DIREITOS DE PROPRIEDADE E À FAMÍLIA**

Foi em 1998 que, durante conversa com um ex-soldado que buscava informações acerca de outros meios de constituir família, haja vista ter sido cientificado, aos 20 anos de idade, que não poderia mais gerar filhos em razão de ter perdido a fertilidade enquanto estava a serviço militar, a ideia do testamento biológico veio à mente da advogada israelense Irit Rosenblum, diretora da ONG Nova Família. Tamanha ideia jamais havia sido cogitada no mundo jurídico, sendo trazida à tona, e ao mesmo tempo ganhando precedentes, na Justiça de Israel.

Em entrevista à BBC Brasil, disse a advogada:

Durante a conversa com aquele moço me veio a ideia. Hoje em dia, nós, humanos, tempos meios tecnológicos para dar continuidade à vida, apesar das doenças e mesmo apesar da morte. Homens podem congelar sêmen, mulheres podem congelar óvulos. O que faltava era um instrumento legal que possibilitasse que os herdeiros utilizassem esse material genético. Isso é justamente o que chamamos de testamento biológico. (ROSENBLUM apud FLINT, 2014)

Ante o exposto, pode-se afirmar, desde já, que o testamento biológico seria exatamente um instrumento legal pelo qual se efetiva o direito sucessório.

Embora pareça não haver problemas quanto à sucessão do material genético congelado, há quem não a defenda. Portanto, o primeiro ponto a ser trazido para a balança de julgamento em favor ou desfavor da sucessão em foco tange à incidência do direito de propriedade sobre o material genético congelado.

O referido material certamente se enquadra nas exigências, conhecidas previamente, para se incidir o direito de propriedade. Além disso, como menciona o artigo 1.228 do Código Civil, “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar, dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Podendo o autor do material assim fazer, tendo a titularidade dos poderes para tanto, ele certamente se caracteriza como proprietário e, como tal, possui direitos de propriedade sobre o bem em questão. Nesse mesmo sentido, tem-se ainda o exposto por Wilmar Luiz Barth:

É possível afirmar que a mulher tem o direito de propriedade sobre os óvulos que ela produziu e que o homem é dono dos espermatozoides congelador, no entanto, pode-se afirmar que os pais são ‘donos’ ou têm o direito de propriedade sobre os embriões congelados? Afinal, existe um ‘direito de propriedade’ sobre um ser humano? Para os membros do comitê organizado pela *European Society of Human Reproduction and Embryology*, é evidente que a pessoa tem direito de decidir sobre o que fazer com seu material genético e, por extensão, o direito de decidir a respeito da reprodução deste material. (BARTH, 2006, p. 182, grifos do autor)

Assim sendo, pode-se concluir que o direito de propriedade incide sobre o material genético congelado e, havendo esta incidência, remonta-se ao exposto acerca deste direito e do direito sucessório. Encontram-se intimamente interligados. Ora, se na sucessão se dá continuidade à propriedade sobre o bem, transferindo-se est e mudando apenas o titulas da relação jurídica, e se sobre o material, como dito, há propriedade, de fato pode ocorrer sucessão testamentário biológica. O autor do testamento, desde que obedecidas às imposições legais, pode dispor sobre o bem em questão.

Contudo, ainda que se entenda que o que se discute não se limita a apenas um material, mas sim se discute a geração de uma criança e, como ser humano, não recebe a incidência do direito de propriedade. Esta visão não deve ser levada em consideração, afinal, ainda não foi feita a reprodução, não se tendo, consequentemente, um embrião. Logo, não havendo embrião, o que se discute é sim um “material” e, como tal, pode, ou melhor, deve haver a incidência do direito mencionado.

Por fim, deve-se pesar também o direito de família. Ao se proporcionar a sucessão em análise, estar-se-á concedendo, além da possibilidade de “continuidade” da vida do falecido por meio de um filho(a), o direito à família para os sucessores.

Sem sombra de dúvida, a sucessão testamentária biológica é de suma importância. Nada supera a perda de um ente querido, ainda mais sendo cônjuge ou descendente de 1º grau, mas o fato de ser escolhido para proporcionar a geração e ficar responsável pelo cuidado de um filho deste ente, para muitos é um alívio significativo da dor. Serve como um console, um preenchimento do espaço esvaziado ainda que de uma forma diferenciada. Embora tenha lógica a afirmação feita pelos promotores israelitas, quando da análise do caso, de que “a lei defende o direito da mulher de ser mãe, mas não o direito dos avós de serem avós”, e que a formação desta família “não necessariamente seria para o bem da criança, pois ela já nasceria órfã”, é a afirmação da referida diretora da ONG Nova Família que deve ser considerada, pois, além de também ser lógica, apresenta uma carga valorativa indubitavelmente preponderante. Afirmou a diretora:

Também acho que essa opção é muito melhor do que a adoção anônima de um banco de sêmen, pois assim a criança terá algo muito mais próximo a uma família normal. Ela saberá quem foi seu pai, quem são seus avós, seus tios e receberá muito amor da família, dos dois lados. (ROSENBLUM apud FLINT, 2014)

**CONCLUSÃO**

Como visto, o direito sucessório é um direito e garantia fundamental. Sem ele, pouco adiantaria o esforço incansável pela preservação e acúmulo patrimonial, repercutindo, na sociedade, principalmente nos setores social e econômico, o baixo ânimo de progredir. E, relacionando-se com ele, ora o favorecendo, ora sendo por ele favorecido, e também influenciando de modo expressivo na sociedade, têm-se os direitos fundamentais de propriedade e de família.

Quando trazidos para a discussão sobre a sucessão testamentária biológica, o dito acima não muda, mas sim se evidencia, realça-se. É certo afirmar que o direito de sucessão abarca o material genético congelado, pois sobre este incide a propriedade, que é transmitida sucessoriamente, e, sendo assim, pode-se dispô-lo em testamento, lembrando-se de respeitar as regras para sua elaboração. Ademais, também é certo afirmar que a família constitui um bem de extrema importância, devendo ser considerada ao se pesar pela (não) sucessão em foco.

**REFERÊNCIAS**

BARTH, Wilmar Luiz. **Células-tronco e Bioética:** o progresso biomédico e os desafios éticos. Porto Alegre: ediPUCRS, 2006.

BRASIL. **Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação civil, processual civil e empresarial.** Organização do texto: Yussef Said Cahali. 14. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil:** direito das coisas. v. 4. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FLINT, Guila. ‘Testamento biológico’ permite nascimento de filhos de pais mortos em Israel. 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: 27/08/2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro:** direito de família. v. 6. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil:** direitos reais e direitos intelectuais. v. 4. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil:** direito de família. v. 2. 42ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

1. Paper apresentado à disciplina Direito de Família e Sucessões, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB; [↑](#footnote-ref-1)
2. Aluno do 6º período do curso de Direito da UNDB; [↑](#footnote-ref-2)
3. Aluno do 6º período do curso de Direito da UNDB; [↑](#footnote-ref-3)
4. Professora, orientadora. [↑](#footnote-ref-4)