Reprodução assistida post mortem e o rompimento do testamento

Como se sabe, não existe, no Brasil, limitação temporal ao uso das técnicas ou métodos de reprodução humana medicamente assistida, uma vez que a utilização de gametas ou de embriões crio preservados seja, após o falecimento do marido/esposa, companheiro(a) ou doador(a).

A questão sobre a qual nos propomos a refletir na coluna de hoje é, se do advento de filho originado a partir da fertilização ou implantação de embriões excedentários após a morte do testador, poderia resultar, em tese e como consequência natural, o rompimento do testamento feito anteriormente ao início do processo de RA?

Rompimento, ruptura ou rupção é a revogação presumida do testamento, por fato superveniente e que decorre de previsão legal. A teor do artigo 1.973 do Código Civil atual, "*sobrevindo descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador*".

Rompe-se o ato de última vontade, ensina Carlos Maximiliano, *"em havendo descendente sucessível, se o disponente no momento de testar ignorava que ele existisse, ou o julgava morto. Nada prevalece: nem a instituição de herdeiros nem os legados, ainda mesmo que as liberalidades caibam na metade disponível do espólio. A lei estabelece a presunção* juris et de jure *de que o falecido não contemplaria com sua herança a terceiros, se soubesse da existência, atual ou em futuro próximo, de pessoa ligada a ele pelos mais estreitos vínculos de sangue"* [1].

Como o Código Civil contém a expressão genérica — descendente, prossegue o ilustre hermeneuta, *"aplica-se a regra, tanto a favor dos filhos, como dos netos, bisnetos, trinetos, tetranetos, etc., existentes pelo menos* ***em embrião*** *quando falece o testador"* [2].

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Nas lições sempre clássicas de Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, a revogação é presumida:

"I – Quando há superveniência de descendente sucessível ao testador, que o não tinha ou não o conhecia – Neste caso, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador. Além do póstumo, cuja agnação rompe o testamento, compreende este caso as seguintes hipóteses: o filho legitimado por matrimônio de seus progenitores, realizado depois da testamentificação paterna;o filho adotado, depois da facção do testamento; o filho ilegítimo reconhecido legalmente depois do testamento; o filho legítimo, não póstumo ao testador, mas nascido depois do testamento. Nestes casos é necessário, para que a rutura do testamento se opere: A) Que os indicados descendentes sobrevivam ao testador; B) Que a sua existência seja ignorada ao tempo da testamentificação; C) Que os atos jurídicos, que lhes conferem direitos sucessórios, ocorram depois do testamento, e o testador não tenha feito referência ao reconhecimento e à adoção que, depois, se verificaram" [3].

O rompimento é uma consequência natural e necessária do aparecimento de descendente, que o testador ignorava no momento da facção do testamento, pouco importando a origem da filiação, se biológica (natural ou por RA), adotiva ou socioafetiva. O que importa é que a concepção, o reconhecimento voluntário ou judicial, ou a adoção, sejam posteriores à lavratura do ato *causa mortis*. Do magistério atemporal de Carlos Maximiliano, destaco, ainda:

"Embora, ainda em vida do testador seja julgada a investigação de paternidade, venha à luz a prole legítima, ou se verifique estar vivo o pretenso falecido; nem por isso deixa de ficar sem efeito o ato causa mortis; a condição precípua é serem a ação do filho natural e a certeza de que existe ou vai nascer o legítimo, posteriores à feitura do testamento. Posteriores também hão de ser: a) o matrimônio que produz a legitimação; b) a adoção; c) o reconhecimento, espontâneo ou forçado, da prole natural (2); assim como o saber que o herdeiro necessário existe (3); porquanto a lei fala em descendente sucessível; abrange, pois, a paternidade espúria (no caso particular de legitimação por subsequente matrimônio), a natural (reconhecível no termo de nascimento, mediante escritura pública ou testamento) e a civil (originada pela adoção)" [4].

Especificamente no que toca à reprodução assistida *post mortem*, o testamento não será rompido se demonstrado que o testador já sabia — ou que deveria saber — da existência do filho, ainda que na condição de embrião *in vitro*. O rompimento, nesses casos, tem o fito de proteger herdeiros necessários que não existiam ou eram completamente desconhecidos do testador no momento da feitura da disposição de última vontade. Presume-se que, se o testador tivesse realmente conhecimento da existência de outros descendentes, atuais ou futuros, ainda que na condição de embriões viáveis, com possibilidade de implantação por sua esposa ou companheira, *"certamente disporia de modo diverso do que foi consignado na cédula testamentária, teria revogado a disposição de última vontade ou, por fim, simplesmente não teria testado"* [5].

A mera coleta do material genético para fins de reprodução assistida, sem que o testador tenha a certeza da existência futura do filho, até porque a RA pode não ser exitosa, também não provoca o rompimento do testamento feito em momento pretérito.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Por outro lado, se o ato de última vontade é posterior à coleta dos gametas ou à finalização do procedimento de fertilização, como ocorre com o testamento genético, em que o testador dispõe sobre o destino dos seus gametas ou autoriza a implantação dos embriões formados a partir deles, com muito mais razão, não há que se falar em rompimento do testamento [6].

Por fim, não se pode esquecer que a superveniência do descendente sucessível só é causa do rompimento do testamento quando o testador não tinha qualquer outro descendente, como bem explica Zeno Veloso:

"Se o indivíduo já tem descendente e testa, a superveniência de outro descendente não determina a rupção do testamento (RTJ, 45/469). Seria o caso do testador que supõe ter um filho apenas, mas, em verdade, tem dois, ou nasce-lhe outro, depois. Pontes de Miranda leciona: 'Se o testador já tinha descendentes herdeiros necessários ('descendentes sucessíveis'), e algum ou alguns mais sobrevieram, não há ruptura" (*Tratado de direito privado*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1973, t. 59, § 5.946, p. 445). Mas há a opinião contrária, praticamente isolada na doutrina, de Orlando Gomes: *"Não se exige a inexistência anterior de descendente. Rompe-se o testamento, do mesmo modo, se aparece mais um descendente. Superveniência de outro filho determina a caducidade tal como se nenhum houvesse. A razão é que, se já o tivesse, testaria diferentemente, não deixando, presumivelmente, de o contemplar"* (*Sucessão*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, nº 194, p. 225). Antônio Elias de Queiroga (*Curso de direito civil — Direito das sucessões*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 183) entende (como Pontes de Miranda e o autor destes comentários) que *"se o testador já tinha descendentes herdeiros necessários, e algum ou alguns sobrevierem, não há ruptura"* [7].

Logo, se o testador sabia que tinha filhos e herdeiros necessários e testa, e depois surge outro filho (fruto de RA *post mortem*), não se rompe o testamento. Só se rompe se o testador ignorava a existência de *qualquer* herdeiro necessário e testou.

[1] MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões.** V.III, 3ª edição, São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1952, p. 191.

[2] MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões.** V.III, 3ª edição, São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1952.p. 193

[3] ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. **Tratado de Direito das Sucessões,** v. 2, São Paulo: Max Limonad, 1952, pp. 618-619.

[4] MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões.** V.III, 3ª edição, São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1952.p. 193.

[5] VIEIRA DE CARVALHO, Luiz Paulo. **Direito das Sucessões**, 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2017,

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

pp. 847-849.

[6] A cédula testamentária constitui instrumento apropriado a transmitir a exigida autorização em vida, por parte do testador, para que o cônjuge sobrevivente tenha acesso às técnicas de reprodução assistida *post mortem*. É o que parte da doutrina tem chamado de *testamento genético*. Em artigo pioneiro sobre o tema no Brasil e publicado **aqui no Conjur**, Jones Figueiredo Alves destaca: "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 utilizado 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) (…) Caso, porém, é pensar, sobre a incidência dos 'testamentos genéticos', no tocante à destinação útil dos embriões, mediante a anuência do co-genitor, se vivo estiver, consabido que os embriões congelados, submetidos a longo processo de tempo indeterminado de hibernação, são factíveis de implantação posterior. Aliás, caso único na ciência, o da pequena Ryleigh Shepherd, nascida em Midland, Inglaterra (11/2010) após o embrião haver sido crioconservado, durante onze anos. O ser concepto, filha diferida, ganhou vida como irmã das gêmeas Bethany e Megan, nascidas onze anos antes. No ponto, o nosso Código Ciivil já prevê a paternidade diferida (artigo 1.597, inciso IV) e a lei portuguesa (Lei 32, de 26.06.2006) admite lícita a transferência 'post mortem' de embrião, diante de projeto parental definido por escrito antes da morte do pai (artigo 22, 3). Conclusão inarredável se impõe: diante da vida humana, na sua forma mais incipiente (sêmens, óvulos, embriões) o direito, por certo, deverá intervir de forma mais eficiente e urgente. Os novos 'testamentos genéticos', constituem, nessa seara, um projeto parental que celebra a dignidade da vida" (**Testamento genético celebra a dignidade da vida**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-mar-15/jones-figueiredo-testamento-genetico-celebra-dignidade-vida . Acesso em 17/9/2021).

[7] VELOSO, Zeno, **Testamentos,** 2ª ed., Belém, Cejup, 1993, n. 28, p. 521

Date Created
18/09/2022

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.