

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

IARA PEREIRA RIBEIRO

LARISSA MAIA FREITAS SALERNO MIGUEL SANTOS

MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Iara Pereira Ribeiro; Larissa Maia Freitas Salerno Miguel Santos; Mônica Martinez de Campos – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-942-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito de família. 3. Sucessões. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Apresentação

O VII Encontro Virtual do CONPEDI, com o tema A PESQUISA JURÍDICA NA PERSPECTIVA DA TRANSDISCIPLINARIDADE, contou com um grupo de trabalho sobre DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES.

A coordenação deste grupo ficou a cargo dos Professores César Augusto de Castro Fiuza (UFMG), Iara Pereira Ribeiro (FDRP - USP), Larissa Maia Freitas Salerno Miguel Santos (FDF) e Mónica Martinez de Campos (Universidade Portucalense/Instituto Jurídico Portucalense – Portugal).

Deu-se início aos trabalhos no dia 24 de Junho, pelas 13h30, com a apresentação individual de cada um dos Coordenadores e a indicação das regras a respeitar pelos autores dos artigos que integram a temática do Direito de Família e das Sucessões. A sequência da apresentação dos artigos foi organizada por subtemas, divididos em blocos, com comentários e debates ao final de cada bloco.

No primeiro bloco foram apresentados cinco artigos que versaram sobre o papel da (1) Inteligência Artificial nas relações familiares e sucessórias, foram apresentados efeitos positivos e negativos na proteção e efetivação desses direitos. As várias insuficiências e incoerências descritas nos trabalhos reclamam a intervenção do poder legislativo e judiciário e uma sensibilização dos atores privados e públicos. Ora vejamos:

O primeiro artigo, intitulado “ADOÇÃO E APLICATIVOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE”, de Raissa Arantes Tobbin, Valéria Silva Galdino Cardin, aborda o uso da inteligência artificial no âmbito do Direito de Família, suas potencialidades e vulnerabilidades, examinando também a experiência nacional e internacional com aplicativos no processo de adoção de crianças e adolescentes. Os autores verificaram que a utilização de inteligência artificial pode contribuir como uma alternativa para fins de fomento à adoção, já que permite maior aproximação entre os habilitados e as crianças disponíveis para adoção, mas é necessário observar durante todo o processo os direitos da personalidade dos envolvidos e garantir que a utilização de sistemas de inteligência artificial (IA) não seja conduzida com base em estereótipos e vieses preconceituosos.

Raissa Arantes Tobbin e Valéria Silva Galdino Cardin, agora também com Tereza Rodrigues Vieira, voltam a tratar de inteligência artificial, mas numa perspectiva jurisdicional, com o artigo intitulado “INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA: APOIO, SUBSTITUIÇÃO E DISRUPÇÃO À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE”. Neste trabalho as autoras verificaram a indispensabilidade da análise e do elemento humano atinente às causas de família, sobretudo porque a seara do Direito de Família envolve decisões complexas diante do seu conteúdo marcado por conflitos relacionais e a alta carga de subjetividade, em descompasso com sistemas de IA puramente baseados em padronização, previsibilidade e busca pela celeridade. Contudo, consideram que é possível utilizar a IA para fins de propagação de informações legislativas, fomentar o acesso à justiça, por meio de serviços e apps e atendimento online simultâneo ao presencial, que, em muitos casos, ainda cumpre com sua função diante da desigualdade de acesso à tecnologia.

Nadieje de Mari Pepler, no seu artigo “MAPEAMENTO DIGITAL DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA PARA O BRASIL”, defende a criação do Sistema Nacional Familiar e Sucessório, um eficaz mapeamento digital da vocação hereditária, dados esses fidedignos, a exemplo do SISBAJUD (CNJ), do RENAJUD (Denatran) e do SNIPER (Sistema Nacional de Investigação Patrimonial e Recuperação de Ativos), a mais nova ferramenta articulada pelo CNJ, exatamente, porque a vida humana não é menos importante do que o capital.

Segue-se um artigo sobre “DESAFIOS JURÍDICOS NA SUCESSÃO DE BENS DIGITAIS NO BRASIL PÓS-PANDEMIA: UMA ANÁLISE DA INOVAÇÃO JUDICIÁRIA” de Nathalia Cristina Barbosa De Melo Oliveira e Rayza Ribeiro Oliveira. Ao considerar o contexto pós-pandêmico de evolução de bens digitais no cenário brasileiro, o presente estudo propõe-se a avaliar como as soluções encontradas pelo Poder Judiciário, no enfrentamento de problemas sociojurídicos decorrentes da ausência de previsão legislativa sobre a sucessão de bens digitais no Brasil, inovam o Direito. A partir de uma abordagem qualitativa de pesquisa, este estudo, de cunho procedimental bibliográfico e documental, apresenta três seções: a primeira destinada à incursão ao tema do patrimônio digital e os aportes necessários do Direito; a segunda é estruturada no cenário pós-pandêmico de evolução dos bens digitais e as implicações relativas ao direito sucessório destes; para, ao final, a terceira destacar a inovação que desponta no Poder Judiciário no enfrentamento do tema. Por fim, o estudo posiciona-se no sentido de inovação do Direito pela ação legislativa em casos que envolvem direito sucessório relativo a bens digitais.

Por fim, no artigo com o título “TESTAMENTO E HERANÇA DIGITAL: PREVENÇÃO DOS CONFLITOS EMERGENTES ATRAVÉS DO DIREITO FUNDAMENTAL DE

TESTAR” de Pedro Henrique Antunes Motta Gomes e Julio Cesar Franceschet, é feita uma análise da relevância do testamento como exercício de direito fundamental na prevenção de conflitos sucessórios emergentes no contexto digital. Os autores consideram que o testamento desempenha papel crucial na prevenção de conflitos sucessórios digitais, resguardando a vontade do testador e assegurando a transmissão ordenada e a preservação da dignidade digital após a morte. Sugerem a inclusão de disposições claras sobre ativos digitais, a designação de um executor digital e a consideração da privacidade e direitos de terceiros. Discutem também a adequação da legislação vigente, com destaque para projetos de lei em tramitação no Brasil e concluem pela necessidade de maior clareza legislativa e conscientização sobre o planejamento sucessório digital, bem como pela harmonização das normas sucessórias com as dinâmicas digitais emergentes.

O segundo bloco tratou do (2) Papel da liberdade e da autonomia da vontade nas relações familiares em que se observou o descompasso do Direito com a evolução e às necessidades das famílias. Os autores enfrentaram o tema para proporem o equilíbrio entre a intervenção do Estado e a autonomia privada, nos seguintes trabalhos:

Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, Izabella Affonso Costa e Mariana Alves Siqueira, no artigo “ETERNIZAÇÃO DOS LAÇOS DE AFINIDADE EM LINHA RETA: LIMITES À LIBERDADE DOS NUBENTES” levaram a cabo uma análise acerca da liberdade matrimonial e do papel do Estado ao restringir a celebração de negócios jurídicos familiares entre parentes afins em linha reta. O estudo aborda a proteção constitucional ao direito de família e a liberdade de escolha dos nubentes, com foco no artigo 1.595, § 2º do Código Civil e levando em conta as mudanças de valores de uma sociedade dinâmica.

Seguiu-se então o artigo de João Antonio Sartori Júnior, Daniela Braga Paiano e Matheus Filipe De Queiroz, intitulado “O HERDEIRO ESPERADO E OS NEGÓCIOS JURÍDICOS E BIOJURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS”. Para os autores, o Direito atual mostra-se, cada vez mais, sensível às considerações que dignificam a pessoa humana, com o objetivo de preservar a autonomia privada dos cidadãos nos negócios jurídicos. Na contemporaneidade, no que se refere ao prazo para concepção do herdeiro esperado, o parágrafo quarto do artigo 1.800 do Código Civil, estabelece um prazo de dois anos da abertura da sucessão para o herdeiro esperado ser concebido. Diante disso, o questionamento que se apresenta, consiste na possibilidade de o testador fixar prazo diverso, inclusive mais amplo, que o previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro e se deveriam ser respeitadas as disposições de última vontade do testador? Para responder a esta questão os autores defendem a contratualização das relações sucessórias, possibilitando às partes pactuarem cláusulas relacionadas ao herdeiro esperado em observância aos princípios da autonomia privada, da dignidade da

pessoa humana, da não intervenção estatal, do planejamento familiar e da paternidade responsável.

Os mesmos autores, Matheus Filipe De Queiroz, João Antonio Sartori Júnior, Daniela Braga Paiano, apresentaram um outro trabalho sobre “CLÁUSULAS ESSENCIAIS NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS FAMILIARES - UMA ANÁLISE DO CONTRATO DE CONVIVÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL PARA ALÉM DA PATRIMONIALIDADE”. Neste artigo elegeram o contrato de convivência de união como negócio jurídico principal para análise, de acordo com os estudos de Francisco José Cahali, e debruçaram-se sobre as cláusulas que Cahali julgava pertinente constar num contrato de convivência de união estável até as cláusulas que o direito contemporâneo permite que sejam inseridas em tal instrumento, com o objetivo de uma maior ampliação dos pactos nas relações familiares de forma de enaltecer a autonomia privada das partes na execução do conteúdo disposto nesses pactos.

No artigo intitulado “ANÁLISE DA RENÚNCIA À CONDIÇÃO DE HERDEIRO LEGITIMÁRIO PELOS CÔNJUGES NO DIREITO PORTUGUÊS: UMA CONTRIBUIÇÃO PARA O DEBATE NO DIREITO BRASILEIRO, Maria Eduarda Mikiewicz Desplanches e Helena Maria Zanetti de Azeredo Orselli analisam em que medida o instituto da renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário pelos cônjuges em convenção antenupcial introduzido no direito português (Lei 48/2018) pode contribuir para o debate acerca do tema no direito brasileiro, em especial como forma de concretização da autonomia privada. Tal possibilidade aumenta a autonomia dos cônjuges, contudo, considerando os requisitos exigidos, parece que, ainda assim, haveria restrição à autodeterminação. A possibilidade de renúncia à condição de herdeiro legitimário estabelecida na legislação portuguesa pode servir de parâmetro para a discussão acerca do tema no direito brasileiro, todavia as limitações impostas pela legislação portuguesa restringem a autonomia dos cônjuges, não precisando ser necessariamente adotadas pelo modelo brasileiro.

A temática do terceiro bloco se debruçou sobre (3) As relações contratuais em Direito de Família e das Sucessões em três artigos:

No primeiro artigo, A (IN) EXISTÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UM ESTUDO A PARTIR DA TEORIA DO FATO JURÍDICO, Mariana Ferreira de Souza e Tereza Cristina Monteiro Mafra procuram verificar a possibilidade de existência da união estável putativa, sob o prisma da teoria do

fato jurídico, analisando se a união estável possui natureza jurídica de ato-fato ou de negócio jurídico. O referencial teórico foi a teoria do fato jurídico desenvolvida na obra de Pontes de Miranda.

No segundo artigo, “NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E A NOMEAÇÃO DE INVENTARIANTE, de Luiz Gustavo do Amaral, Rosane Stedile Pombo Meyer e Lucas Leonardi Priori, é apresentada uma análise acerca da celebração de negócio jurídico processual tendo por objeto a nomeação de inventariante ou, até mesmo, de inventariantes, em sede de nomeação plural. Os autos de inventário, por vezes, esbarram em entraves que contribuem no prolongamento do feito, a exemplo das longas discussões processuais acerca da nomeação ou remoção de inventariante. O emprego do negócio jurídico processual como instrumento para nomeação do inventariante, ainda que por consenso apenas da maioria dos sucessores ou com a nomeação plúrima de inventariantes, abre o espaço para obtenção de melhor gestão da herança e condução mais eficiente do inventário. Este estudo aponta a relevância e importância da atuação do inventariante, a fim de se obter uma tramitação eficiente e célere para o inventariante, de modo a evitar prejuízos aos herdeiros e ao próprio Estado, diante de eventual delonga processual. Trata da autonomia privada, no campo do Direito Processual Civil, dentro dos limites legais.

O “ABANDONO DO PROJETO PARENTAL PELA GESTANTE POR SUBSTITUIÇÃO: UMA HIPÓTESE DE DANO RESSARCÍVEL?”, da autoria de Grace Correa Pereira, trata da gestação por substituição heteróloga em Portugal (Lei n.º 90/2021) que definiu serem pais do bebê a ser gestado o(s) comitentes(s) e não a gestante, embora a ela se reconheça o direito de se arrepender até o momento do registro da criança. Assim, o estudo é limitado às hipóteses em que os comitentes são também os dadores do material genético necessário à formação do embrião a ser gestado, e é analisado o arrependimento da gestante. A autora considera que qualquer forma de abandono do projeto parental originário não pode ficar sem indenização, ainda que a gestante se atribua a titularidade da maternidade, com exclusão da parentalidade dos comitentes.

O quarto bloco trouxe a discussão sobre (4) Gênero e violência doméstica nas decisões judiciais sobre a guarda de filhos.

Daniela Cunha Pereira, no trabalho de investigação sobre “DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NOS PROCESSOS DE GUARDA: UMA ANÁLISE DA COMARCA DE BELO HORIZONTE/MG”, avalia o tratamento dado às mulheres que litigam em processos de guarda que tramitam em uma das varas de família de Belo Horizonte/MG, analisando como questões de gênero são tratadas pelo sistema de justiça. O fundamento do estudo relaciona-se

à necessidade, reconhecida tanto pelo ordenamento jurídico nacional quanto internacional, de se resguardar os direitos humanos das mulheres, garantindo uma efetiva aplicação da justiça, inclusive nas varas de família. A hipótese a partir da qual o trabalho foi realizado e ao final confirmada foi no sentido de que, no juízo investigado, os litígios não são analisados com lentes de gênero, mas sim a partir de um paradigma de suposta neutralidade, ignorando-se o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça. O estudo tem como referencial teórico os estudos de gênero da historiadora Joan Scott e os aportes da teoria crítica desenvolvida por Alda Facio Montejo, elaborada a partir da perspectiva de gênero e de uma prática feminista.

Ainda sobre a guarda, embora numa perspectiva distinta da anterior, Tainá Fagundes Lente, Kelly Cristina Canela e Marina Bonissato Frattari, no artigo sobre “A APLICAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PELA LEI Nº 14.713/2023”, focam-se na referida Lei que alterou o art. 1.584, §2º do Código Civil e acrescentou o art. 699-A ao Código de Processo Civil, estabelecendo a aplicação da guarda unilateral (exercida por somente um dos pais) nos casos de violência doméstica e familiar. Procuram responder a dúvidas decorrentes da nova lei: a qual vítima de violência se refere? A audiência de conciliação ou mediação é o momento adequado para alegação? E qual conjunto probatório ela exige? Concluíram os autores que a norma se aplica nos casos de violência contra o filho e/ou algum de seus genitores. Ainda, a audiência de conciliação e mediação não aparenta ser o momento mais eficiente para alegação, pois situações de violência doméstica, majoritariamente, não admitem autocomposição. Finalmente, recomendam prudência quanto às provas exigidas para comprovação da violência, sendo de importância um conjunto de provas interdisciplinares, a exemplo dos estudos psicológicos e sociais.

Em seguida, o tema foi (5) Os conflitos e a proteção da família e da criança e do adolescente, em que se tratou dos vários instrumentos de resolução de conflitos nas dinâmicas das famílias, tendo havido uma tendência para pesquisar sobre os meios de proteção dos menores. Efetivamente, “A Humanidade deve à criança o melhor que tem para dar” (Preâmbulo da Declaração dos Direitos da Criança de 1959) sendo necessário a reflexão sobre o afeto e os direitos e deveres.

No artigo “MEDIACÃO: INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS INDIVÍDUOS EM CONFLITO FAMILIAR”, Andréa Carla de Moraes Pereira Lago e Ariana de Souza Pinheiro propõem averiguar se a mediação se constitui num instrumento adequado e eficaz para a solução dos conflitos de natureza familiar, e em consequência, promovem a efetivação dos

direitos da personalidade, como a integridade psíquica e moral, dos indivíduos que se encontram em meio à essas contendas. Depois do estudo que realizaram, as autoras chegaram à conclusão de que a mediação é um mecanismo adequado à resolução dos conflitos de natureza familiar, pois possibilita que os indivíduos se responsabilizem por suas ações, restabelece o diálogo entre as partes, identifica os interesses semelhantes entre os conflitantes para que se alcance a real necessidade de cada um e promove a cultura de paz.

Tereza Cristina Monteiro Mafra e Rafael Baeta Mendonça, procuraram responder à questão “ALIMENTOS PROVISÓRIOS: A PARTIR DE QUANDO SÃO DEVIDOS?”, se desde a fixação ou a partir da citação, seja nas ações sob o rito especial, seja nos processos sob o rito ordinário das ações de família. O interregno temporal entre a decisão inicial e a formação completa da relação processual nas ações em que se discutem alimentos pode ser considerável, razão pela qual a discussão sobre o tema não é rara no judiciário. Não obstante, a análise da doutrina e da jurisprudência demonstra uma considerável divergência sobre o tema, que ainda não foi pacificado pelos Tribunais Superiores, o que demonstra a relevância do presente estudo, que pretende analisar o posicionamento dos vinte e sete tribunais que funcionam em segundo grau de jurisdição no Brasil e do Superior Tribunal de Justiça. Por fim, abordam os argumentos de ambas as correntes, com o escopo de se apresentar a melhor solução para o problema.

Depois, foi apresentado um artigo cujo instrumento repressivo, ou mesmo preventivo de conflitos, é a responsabilidade civil: “RESPONSABILIDADE CIVIL E AS RELAÇÕES FAMILIARES: UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA DO ABANDONO AFETIVO” da autoria de Adrissa Alves Ayoroa e Kelly Cristine Baião Sampaio. Trata-se de assunto relevante, sendo atualmente debatido e apresentado pela doutrina e jurisprudência, devido às novas facetas da sociedade contemporânea. O objetivo deste trabalho foi o de analisar a possibilidade de se responsabilizar civilmente o genitor que descumpre seus deveres legais em relação ao filho menor, abandonando-o em seus deveres parentais, a partir dos estudos hábeis a serem considerados pelos operadores do Direito. Para tal análise, foi realizada uma pesquisa qualitativa baseada no método de análise bibliográfica dos estudos acadêmicos publicados, dentro do recorte temporal selecionado, do ano 2002 até o ano de 2023. Como resultado, pode-se delimitar que as obras encontradas são tendenciosas à responsabilização civil e aplicação do dano moral nas hipóteses em que o genitor deixa de cumprir com seus deveres legais e fundamentais ao poder familiar, abandonando afetivamente seu filho menor.

Ainda sobre a importância da relação paterno-filial, seguiu-se a apresentação de um artigo de Karyta Muniz de Paiva Lessa e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão intitulado “CONSTRUINDO VÍNCULOS PARA O FUTURO: O PAPEL DOS PAIS NA

PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR MEIO DA AFETIVIDADE”. Através de uma análise interdisciplinar, foi abordada a importância da parentalidade ativa e consciente na promoção do desenvolvimento integral dos filhos, especialmente em contextos desafiadores. Destacaram os autores a necessidade de uma abordagem que valorize não apenas a transmissão de valores morais, mas também o cultivo do afeto e do respeito mútuo no ambiente familiar. O estudo explora a influência do ambiente familiar no desenvolvimento moral das crianças e adolescentes, ressaltando a responsabilidade dos pais não apenas na transmissão verbal de valores, mas também através de exemplos diários. Além disso, discutiram o impacto do descumprimento dessa responsabilidade, tanto em termos legais quanto no bem-estar emocional dos filhos. A análise também aborda a evolução dos institutos familiares ocidentais, destacando a emergência do afeto como um princípio fundamental na constituição familiar, correlacionado à dignidade da pessoa humana. Por fim, enfatizaram a importância da preservação e promoção da afetividade familiar para o fortalecimento da sociedade como um todo.

Karyta Muniz de Paiva Lessa, em coautoria com Marcus Geandré Nakano Ramiro, volta a tratar da proteção dos menores: “A PROTEÇÃO À INTEGRIDADE PSICOLÓGICA INFANTO ADOLESCENTE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE NA ERA DO ESGOTAMENTO”. De acordo com os autores, a sociedade ocidental atual tem se fundamentado em preceitos cada vez mais distantes da ética e da moral, e isto pode ser visto por meio dos vínculos familiares cada vez mais fragmentados, pessoas das mais variadas idades com problemas psicológicos e isto também tem afetado as crianças e adolescentes, enquanto vulneráveis e em desenvolvimento. Por este motivo, neste estudo, os autores analisaram como a integridade psicológica infanto adolescente é negligenciada nas relações familiares em detrimento a uma cultura pós-moderna neoliberal. O intuito foi responder às seguintes perguntas: as legislações nacionais são capazes de solucionar a crise existente em decorrência ao declínio moral e ético nas relações familiares? Como a era do esgotamento pode atingir crianças e adolescentes? Para os autores, enquanto não houver uma busca por novos padrões éticos e morais que visem tutelar a dignidade da criança e do adolescente, não haverá legislação suficiente que supra tal necessidade.

O penúltimo tema da sessão versou sobre (6) Legislação e interpretação normativa em dois artigos de Luíza Souto Nogueira “O PROJETO DE LEI Nº 5167/2009 VERSUS O ANTEPROJETO DE LEI PARA ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL: UMA ANÁLISE SOBRE A UNIÃO HOMOAFETIVA NA REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA” e “A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA OS MAIORES DE SETENTA ANOS E O TEMA 1236 DA REPERCUSSÃO GERAL DO STF”.

No primeiro a autora parte da análise do Projeto de Lei nº 5167/2009 e do anteprojeto de lei para atualização do Código Civil e avalia qual é a solução que deve se esperar para a união homoafetiva na realidade jurídica brasileira. Para tanto, abordada a questão do casamento e da união estável como formas de constituir uma família, faz uma análise sobre a decisão do STF que garantiu o reconhecimento da união homoafetiva como válida dentro da realidade brasileira, para terminar com o Projeto de Lei nº 5167/2009 e o anteprojeto de lei para atualização do Código Civil.

No segundo, a autora, a partir da análise do regime da separação obrigatória de bens e do julgamento proferido pelo STF no ARE 1.309.642, procura entender qual foi a solução dada pelo Tema 1236 da Repercussão Geral do STF, apresenta algumas críticas a esse julgamento e, de forma breve, analisa a questão sob a ótica da reforma e atualização do Código Civil atualmente em andamento.

O tema derradeiro da sessão de trabalhos tratou de (7) Alienação parental, assunto difícil e complexo, da maior relevância jurídica e social.

O estudo sobre “A NOVA LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS IMPLICAÇÕES SOCIOJURÍDICAS PERANTE O VIGENTE CONTEXTO FAMILIAR BRASILEIRO”, da autoria de Ariolino Neres Sousa Junior e Jaqueline de Oliveira Dias, teve como objetivo analisar a nova lei da alienação parental e suas implicações sociojurídicas, ao mesmo tempo verificar os dispositivos legais que permaneceram ou foram revogados da lei anterior Lei 12.318/10 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), após o advento da nova legislação 14.340/22. Como bem referem os autores, atualmente no Brasil, o fenômeno da alienação parental é um dos temas mais polêmicos discutidos pelo direito de família, pois leva em consideração os efeitos psicológicos e emocionais negativos que pode provocar nas relações entre genitores e seus filhos. Por esse motivo, discutir o atual funcionamento da legislação da alienação parental é importante, já que há possibilidade de envolver profissionais do ramo jurídico e áreas afins que se interessem pela temática. Como resultado da presente pesquisa, os autores concluiriam que a nova Lei federal nº 14.340/2022 veio dar maior garantia de proteção jurídica em prol da criança e adolescente vítima de atos de alienação parental mediante a realização do depoimento das mesmas, além de ter possibilitado procedimentos adicionais para suspensão do poder familiar, em respeito ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Artenira da Silva e Silva, Renata Moura Memoria e Whaverthon Louzeiro De Oliveira, no trabalho cujo título é “IMPACTOS DE LAUDO DE ALIENAÇÃO PARENTAL SOBRE O TRIBUNAL DO JÚRI”, analisam a lei de alienação parental, seus conceitos, origem,

características, inovações e consequências, que apesar de reconhecida juridicamente na legislação brasileira não é embasada cientificamente. Na seara do Direito de Família, a síndrome de alienação parental (SAP), também chamada de abuso do poder parental, segundo Richard Gardner, é consequência da alienação parental, ou seja, da prática de atos cometidos pela figura de parentalidade dita alienadora, que, em tese, utilizaria a/o filha/o criança ou adolescente para satisfazer interesse próprio de vingança contra a figura parental dita alienada. A discussão, neste estudo, desdobra-se sobre a forma de como um laudo psicológico, prova técnica utilizada sob o manto da ampla defesa e do contraditório, pode influenciar o veredito em um Tribunal do Júri.

Continuou a discussão sobre a alienação parental com o artigo “O PAPEL DA LEI 12.318 /2010 NO FOMENTO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO E ENFRENTAMENTO DA ALIENAÇÃO PARENTAL NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO”, de Bruno Aloisio Cândido, Plínio Antônio Britto Gentil e Julio Cesar Franceschet. Os autores analisam o papel da Lei 12.318/2010 como impulsionadora das políticas públicas no tratamento desse problema social, que impacta não apenas as famílias, mas principalmente a proteção integral de crianças e adolescentes. A importância do tema revela-se pelos danos causados na vida desse grupo impactado pela conduta inadequada de seus genitores, quando em processo de separação, implicando em transformações significativas na estrutura psicossocial da prole, alterando padrões de comportamento responsáveis pelo desenvolvimento humano e afetivo. Assim, os autores buscam demonstrar os elementos que caracterizam essa anomalia social, sendo eles jurídicos ou psíquicos.

A sessão foi encerrada pelos Coordenadores pelas 17h30. Os Coordenadores agradeceram a todos e todas que apresentaram as suas pesquisas, que participaram submetendo artigos, enaltecendo a riqueza e diversidade dos temas apresentados, e elogiaram a organização (CONPEDI) por fomentar a investigação na área do Direito.

Os Coordenadores

César Augusto de Castro Fiuza (Universidade Federal de Minas Gerais)

Iara Pereira Ribeiro (Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP)

Larissa Maia Freitas Salerno Miguel Santos (Faculdade de Direito de Franca)

Mónica Martinez de Campos (Universidade Portucalense /Instituto Jurídico Portucalense)

O HERDEIRO ESPERADO E OS NEGÓCIOS JURÍDICOS E BIOJURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS

THE EXPECTED HEIR AND CONTEMPORARY LEGAL AND BIOLEGAL BUSINESSES

João Antonio Sartori Júnior
Daniela Braga Paiano
Matheus Filipe De Queiroz

Resumo

O Direito atual mostra-se, cada vez mais, sensível as considerações que dignifiquem a pessoa humana, com o objetivo de preservar a autonomia privada dos cidadãos nos negócios jurídicos. Na contemporaneidade, no que se refere ao prazo para concepção do herdeiro esperado, o parágrafo quarto do artigo 1.800 do Código Civil, estabelece um prazo de dois anos da abertura da sucessão para o herdeiro esperado ser concebido, salvo disposição em contrário do testador, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos. Diante disso, o questionamento que se apresenta, consiste na possibilidade do testador fixar prazo diverso, inclusive mais amplo, que o previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro e se deveriam ser respeitadas às disposições de última vontade do testador? Diante do exposto, apresenta-se como objetivo geral, defender a contratualização das relações sucessórias, possibilitando às partes pactuarem cláusulas relacionadas ao herdeiro esperado em observância aos princípios da autonomia privada, da dignidade da pessoa humana, da não intervenção estatal, do planejamento familiar e da paternidade responsável. Para o alcance dos objetivos propostos, a metodologia utilizada consiste no método hipotético-dedutivo e a pesquisa bibliográfica, de abordagem qualitativa, com reflexões e construção de inferências, baseadas nas discussões provenientes do estudo.

Palavras-chave: Direito negocial, Negócios biojurídicos, Contratualização, Herdeiro esperado, Direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

Current law is increasingly sensitive to considerations that dignify the human person, with the aim of preserving the private autonomy of citizens in legal transactions. In contemporary times, with regard to the period for conception of the expected heir, the fourth paragraph of article 1,800 of the Civil Code, establishes a period of two years from the opening of the succession for the expected heir to be conceived, unless otherwise provided by the testator, the reserved assets will belong to the legitimate heirs. In view of this, the question that arises is whether the testator can set a different deadline, even longer, than that provided for by the Brazilian legal system and whether the provisions of the testator's last will should be respected? In view of the above, the general objective is to defend the contractualization of succession relations, enabling the parties to agree on clauses related to the expected heir in

compliance with the principles of private autonomy, human dignity, non-state intervention, family planning and of responsible fatherhood. To achieve the proposed objectives, the methodology used consists of the hypothetical-deductive method and bibliographical research, with a qualitative approach, with reflections and construction of inferences, based on discussions arising from the study.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Business law, Biolegal business, Contracting, Expected heir, Human rights

INTRODUÇÃO

A comunidade jurídica mostra-se cada vez mais sensível as cláusulas e regulamentações consubstanciadas na autonomia privada dos contratantes dos negócios jurídicos e biojurídicos contemporâneos, que vem evoluindo ao longo dos tempos, fundamentado na dignidade da pessoa humana e prezando os valores sociais que devem regulamentar a vida em sociedade, que está em constante transformação.

Neste contexto, com os avanços da tecnologia e da medicina, surgiram novas formas de reprodução assistida, com um aumento expressivo na utilização, possibilitando, ainda, a reprodução assistida *post mortem*, surgindo a figura jurídica intitulada pela doutrina moderna como herdeiro esperado ou prole eventual.

Esse artigo tem como objetivo geral demonstrar a importância da contratualização das relações sucessórias, possibilitando às partes pactuarem cláusulas relacionadas ao herdeiro esperado em observância aos princípios da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana.

Para levar a cabo esses objetivos, a pesquisa é guiada por questionamentos acerca da possibilidade do testador fixar prazo mais amplo, que o previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro e se deveriam ser respeitadas às disposições de última vontade do testador, com a validade ou não dos negócios jurídicos envolvendo direitos existenciais que tenham como objeto o herdeiro esperado. Busca-se responder o questionamento se o filho esperado a ser gerado pelas técnicas de inseminação artificial *post mortem*, em alguns casos, sem a presença paterna, poderia ter os mesmos recursos e oportunidades dos outros filhos durante a sua vida, em observância ao princípio da não intervenção estatal, do direito constitucional do planejamento familiar e da paternidade responsável.

A hipótese levantada, que se buscará confirmar ao final, é que em todas as situações acima elencadas, eventual negócio jurídico estaria eivado de nulidade, anulabilidade ou seria válido, em razão da (im)possibilidade de ampliação do prazo previsto na lei objeto do direito negocial, da (i)licitude de seu objeto e, além de (in)consolidar o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da integral proteção à criança e ao adolescente.

Ressalta-se que as crianças e os adolescentes são hipossuficientes e por essa razão devem ter a proteção jurídica estatal, na forma do artigo 227, caput da Constituição Federal de 1988, sendo dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança e ao jovem com absoluta prioridade, o direito à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito e a convivência familiar e comunitária.

1 NEGÓCIOS JURÍDICOS E BIOJURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS

Na contemporaneidade, o direito negocial passou por considerável evolução, provocada por uma mudança de paradigma, especialmente na autonomia das partes que repercutiram nos negócios jurídicos.

Nesse sentido, a autonomia para celebração de negócios jurídicos passou por uma evolução ao longo dos anos, sendo possível afirmar que a autonomia da vontade tal como inicialmente concebida dava ampla margem de liberdade para celebração de negócios jurídicos patrimoniais, num período em que prevalecia o liberalismo comercial, ocasião em que o Estado deveria se abster de interferir nessas relações.

Com a evolução da sociedade e com a necessidade de criação de mecanismos de controle da atuação econômica deliberada, surge a necessidade de imposição de limitações à autonomia da vontade, que passou então, a ser denominada de autonomia privada. Dessa forma, a autonomia contratual passa a se submeter a regras e limites e, em razão disso, passa a ser denominada de autonomia privada. É nesse sentido que SCHREIBER (2020, p. 335) esclarece que:

Na concepção oitocentista, forjou-se o conceito de autonomia privada como um espaço privilegiado de liberdade individual, um círculo de perseguições dos interesses privados, que – coerentemente com isso – eram definidos por exclusão, como aqueles interesses estranhos ao Estado. A autonomia privada nesse contexto, identificava-se com a autonomia da vontade, isto é, com a livre expressão do intuito individual de cada sujeito.

Importante esclarecer que a regra continua sendo a ampla liberdade do indivíduo para celebração de negócios jurídicos, porém, com observância às limitações impostas pelo ordenamento jurídico, como exemplo, as normas de ordem pública, a moral, os bons costumes, à boa-fé contratual e a função social dos contratos.

Ao tratar da autonomia privada, PERLINGIERI (2002, p. 17) explica que “pode-se entender por autonomia privada, em geral, o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos (...)”. Assim, atualmente a autonomia privada comporta uma nova interpretação, dissociada da autonomia da vontade, sendo possível seu reconhecimento em toda relação jurídica negocial.

Dentro desse contexto é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro admite que o indivíduo se autorregule de acordo com seus interesses individuais, sem se olvidar que deve respeitar os limites impostos pelo próprio Estado e os limites que se encontram na esfera de liberdade dos outros indivíduos que convivem na mesma sociedade.

Importante destacar que a partir da Constituição Federal de 1988 a pessoa humana foi elevada ao centro do Estado Democrático de Direito e questões que digam respeito ao seu projeto de vida, ligados à sua intimidade e privacidade devem ser decididas dentro de sua parcela de liberdade, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ultrapassada essa fase inicial acerca da autonomia privada e liberdade negocial voltada especialmente aos negócios jurídicos, passa-se a analisar a possibilidade de celebração de negócios jurídicos, consubstanciados na escada ponteano de Pontes de Miranda (1983), segundo o qual o negócio jurídico deve ser analisado em três planos: de existência, de validade e de eficácia. Neste artigo interessa a análise do segundo degrau, que é o plano de validade dos negócios jurídicos.

Para que o negócio jurídico seja válido, o Código Civil prevê em seu artigo 104 quais elementos essenciais devem estar presentes no momento da sua celebração. Dentre esses elementos, além da declaração de vontade, que é a exteriorização da autonomia privada, tratada anteriormente, está a previsão de que objeto deve ser lícito, pois uma vez reconhecida sua ilicitude o negócio jurídico restará eivado de nulidade.

Immanuel Kant já defendia que a partir do momento em que o indivíduo passa a ser visto como um meio para atingir determinada finalidade e deixa de ser o fim em si mesmo, há uma violação à sua dignidade. Para KANT (2007. p. 68):

O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ter considerado simultaneamente como fim. Todos os objectos das inclinações têm somente um valor condicional, pois, se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas se baseiam, o seu objecto seria sem valor. As próprias inclinações, porém, como fontes das necessidades, estão tão longe de ter um valor absoluto que as torne desejáveis em si mesmas, que, muito pelo contrário, o desejo universal de todos os seres racionais deve ser o de se libertar totalmente delas.

A título de exemplo de vedação de usar o ser humano como objeto de relações jurídicas, cita-se o caso amplamente conhecido como o “arremesso de anões”, em que o prefeito de Morsang-sur-Orge, na França, promoveu a interdição de um estabelecimento que permitia a prática de arremesso de anões – com o consentimento destes. O fundamento da vedação foi que referida prática ofendia a dignidade da pessoa humana em razão de sua objetificação, conforme colacionado abaixo:

Considerando que a atração de arremesso de anão que consiste em ter um anão arremessado por espectadores leva ao uso como projétil de uma pessoa portadora de deficiência física e apresentada como tal; que, por seu próprio objeto, tal atração mina a dignidade da pessoa humana; que a autoridade investida do poder

de polícia municipal poderia, portanto, proibi-la mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares e mesmo quando medidas de proteção tivessem sido tomadas para garantir a segurança da pessoa em questão e que esse cidadão se prestasse livremente a esta exposição, mediante remuneração; (...).Kloster Lopes, S. H. (2014).

Assim, percebe-se que a autonomia privada não é absoluta e encontra limitação ainda quando se refira à disposição do próprio corpo, cujos limites devem ser respeitados, sob pena de violação da dignidade da pessoa humana.

Porém, é importante dizer que em determinadas situações a disposição dos direitos da personalidade podem ser relativizadas, e com a evolução da sociedade cada vez mais são admitidas novas formas de contratualização envolvendo, inclusive, os direitos existenciais, podendo ser citados como exemplos no campo do direito de família os contratos de convivência e o contrato de namoro, contratos de regulação de guarda entre filhos e também em outras searas, como contratos de uso da imagem da pessoa, dentre outros.

Outro ponto importante está relacionado com o avanço da biotecnologia e do biodireito, em razão do qual surge uma nova classificação de negócio jurídico, denominada de negócios biojurídicos, expressão cunhada por Rose Melo Vencelau Meireles (2016, p. 57) para se referir aos negócios jurídicos envolvendo o próprio corpo da pessoa humana. Ao tratar sobre a possibilidade de realização de negócios biojurídicos, ESPOLADOR, GÓIS E PAVÃO (2019), afirmam que:

(...) os negócios jurídicos também foram expandidos, logo, não é mais possível tratar apenas de negócios jurídicos patrimoniais, existindo hoje o negócio biojurídico. Os negócios jurídicos estão regulamentados na parte geral do Código Civil Brasileiro, sendo formados com base na autonomia privada das partes. Diante disso, considerando que o negócio jurídico, como está expresso no texto legal, é apenas categoria geral, ele pode atuar em qualquer situação subjetiva, tanto patrimonial como extrapatrimonial.

Assim, é possível concluir que o ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo admite a celebração de negócio jurídico em sentido amplo, como aqueles que envolve os direitos ao próprio corpo, dos quais são exemplos os contratos de clínicas de reprodução humana assistida para doação gratuita de material genético, diretivas de vontade antecipadas, doação de órgãos *post mortem*, autorização para utilização de material genético *post mortem*, dentre outros, desde que observados os elementos de formação dos negócios jurídicos, à boa fé, e que não seja contrários à lei e a ordem pública.

Identificada tal possibilidade, passa-se a analisar no tópico seguinte, a validade dos negócios jurídicos envolvendo o herdeiro esperado.

2 O HERDEIRO ESPERADO

A sucessão causa mortis no direito brasileiro, pode se dar por força da lei, ao que chamamos de sucessão legítima, por vontade do autor da herança, que deverá ser expressa em testamento, identificada como sucessão testamentária e por uma sucessão mista, onde parte da herança se transmite por força da lei e outra por força de disposições testamentárias.

A sucessão testamentária está disciplinada pelos artigos 1857 a 1990 do Código Civil e consiste naquela que decorre de expressa manifestação de última vontade, em testamento ou codicilo, em que o falecido dispõe sobre seus bens.

Segundo Orlando Gomes (2015, p. 339), na sucessão testamentária se faz necessária que a pessoa seja capaz de dispor seus bens para depois da morte, que a pessoa seja capaz de receber, que a declaração de vontade seja realizada na forma exigida em lei e a observância dos limites ao poder de testar.

No que tange a liberdade para testar, no direito brasileiro, essa liberdade limita-se a existência de herdeiros necessários, pois caso tenha, só poderá dispor sobre a metade de seu patrimônio, tendo em vista, que a outra metade constitui a legítima, reservada aos herdeiros necessários, na forma do artigo 1.846 do Código Civil.

Na sucessão testamentária é necessária dupla ordem de legitimação, consistente na capacidade para testar do titular dos bens (autor da herança), denominada de capacidade ativa, verificada no momento de elaboração do testamento, de modo que será a lei vigente na data da elaboração do testamento que a disciplina os aspectos formais de validade do testamento, e a legitimidade passiva para suceder por testamento dos beneficiários (dos herdeiros testamentários), intitulada de capacidade passiva, sendo aferida no momento da abertura da sucessão, que se materializa com a morte, ou, ainda, à época do implemento do evento ou do encargo, caso à disposição testamentária tenha sido vinculada alguma condição suspensiva.

Desta forma, o Código Civil brasileiro tratou de forma diferenciada a capacidade passiva ao tratar da sucessão legítima e da sucessão testamentária, principalmente, no que se refere ao herdeiro esperado ou ainda não concebido.

Nesse sentido, o Código Civil delibera a legitimação na sucessão legítima, identificando, em seu art. 1.798, que todas as pessoas nascidas ou já concebidas (nascituro) no momento da abertura da sucessão têm a especial capacidade para suceder.

Por sua vez, o Código Civil amplia o rol dos legitimados, em seu art. 1.799, aos filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão, bem como às pessoas jurídicas e às pessoas físicas, cuja organização for determinada

pelo testador sob a forma de fundação.

Portanto, na sucessão testamentária, pode ocorrer a figura denominada pela doutrina de herdeiro esperado ou prole eventual, ou seja, filhos ainda não concebidos, indicados pelo testador, cuja importância, na contemporaneidade, se consolida, com as técnicas de reprodução assistida, em especial a *post mortem*.

Nesse sentido Rolf Madaleno (2020, p. 140), retrata que “a ciência humana com suas técnicas de fecundação assistida rompeu a regra da cadeia temporal entre o autor da herança e seu sucessor, porquanto a concepção de um sucessor pode ser arquitetada para depois da sua morte”, concluindo o autor que haveria um hiato temporal em que não existiria ninguém – nem sucedido, nem sucessor, pois o testador pode beneficiar um herdeiro esperado e os pais destes filhos ainda não concebidos, sequer estejam vivos ao abrir-se a sucessão, com a utilização da reprodução humana *post mortem*.

No Exame de Ordem Unificado XXXIV - Primeira Fase, realizado pela FGV – Fundação Getúlio Vargas, foi trazido o seguinte caso:

Clóvis, funcionário público aposentado, divorciado, falecido em março de 2020 com 75 anos, era pai de Leonora, 40 anos, e Luciana, 16 anos. Faleceu sem deixar dívidas e sem realizar doações aos seus herdeiros necessários. Titular de um patrimônio razoável, foi vítima de um câncer descoberto no estágio terminal, 6 (seis) meses antes de sua morte. Desde o nascimento de Luciana, sempre foi uma preocupação de Clóvis proporcionar para ela as mesmas oportunidades desfrutadas por Leonora, quais sejam, cursar o ensino superior com auxílio paterno e, assim, conseguir o subsídio necessário para buscar uma carreira de sucesso profissional.

Por este motivo, Clóvis vendeu os 3 (três) imóveis – que compõem 70% do seu patrimônio – de que era proprietário quando Luciana ainda era criança e depositou este dinheiro em conta bancária, juntamente com todas as suas economias, no intuito de deixar, quando de sua morte, somente patrimônio em dinheiro.

No ano de 2019, ao saber de sua doença, Clóvis, em pleno exercício de suas faculdades mentais, elaborou um testamento público, destinando toda a parte disponível de sua herança à Luciana.

No gabarito oficial, constou como correta a assertiva: “cabará à Luciana 75% da herança de Clóvis. Já Leonora receberá 25% da mesma herança.” Desta forma, trazendo para a realidade atual de inúmeras famílias brasileiras, que realizam os procedimentos de reprodução humana assistida, faz-se necessário refletir e se planejar para que o filho esperado tenha recursos e oportunidades durante a sua vida, que, na atualidade, em razão da reprodução humana assistida *post mortem*, pode se iniciar sem a presença paterna.

No que se refere ao prazo do herdeiro esperado, estabelece o parágrafo quarto do art. 1.800 do Código Civil: “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.”

Desta forma, considerando a redação do Código Civil, reproduzida acima, entende que há

uma dubiedade, pois utiliza a expressão “salvo disposição em contrário do testador”, que poderia remeter ao prazo estabelecido na lei, ou remeter somente a destinação dos bens reservados, de forma que, no caso de regulamentação expressa do testador poderia fixar prazo diverso mais ampliativo do previsto na lei ou somente regulamentar a destinação dos bens destinados ao herdeiro necessário.

Portanto, o questionamento principal deste estudo, se apresenta na possibilidade do testador fixar prazo diverso, inclusive mais amplo, que o previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro e se deveriam ser respeitadas às disposições de última vontade do testador.

Segundo Tartuce (2017, p. 54) “A norma estabelece uma condição para que a prole eventual suceda, limitando no tempo o seu direito sucessório, por meio de prazo decadencial”, o que daria mais estabilidade ao Direito Sucessório.

A propósito desse entendimento, vejamos as palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2014, v. 7, p. 129):

Em nosso sentir, ao menos enquanto não houver uma regulamentação legal específica, que leve em conta os avanços da tecnologia, a segurança jurídica recomenda que, nos limites da Sucessão Testamentária, o embrião somente poderá figurar como beneficiário se a implantação no útero materno ocorrer dentro do prazo de dois anos, na linha do § 4.º do art. 1.800 do Código Civil. Após esse prazo, não deixará de ser considerado filho do falecido, mas não terá direito sucessório.

Sem dúvida, não se afigura como a melhor solução, mas, em nosso atual sistema, é mais adequado, mormente em se considerando que a indefinição de um prazo para a implantação geraria o grave inconveniente de prejudicar por meses ou anos o desfecho do procedimento de inventário ou arrolamento, em detrimento do direito dos demais herdeiros legítimos ou testamentários.”

Em sentido contrário, considerando a tese da contratualização dos direitos familiares e sucessórios, em observância ao princípio da autonomia privada, do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, do princípio da não intervenção estatal, do direito constitucional do planejamento familiar e da paternidade responsável, ser considerada como válida a estipulação por disposição de última vontade do testador, que exceda o limite estabelecido pelo § 4º do art. 1.800 do Código Civil, para a concepção do herdeiro esperado, conforme argumentos a ser demonstrados.

Num primeiro momento, convém pontuar que o artigo 1.513 do Código Civil veda a interferência de pessoas de direito público ou privado, na comunhão de vida instituída pela família, de forma que, não cabe ao Estado interferir nos contratos familiares, pois cada família apresenta regulamentações e organizações próprias, consentidas e cumpridas por cada membro da sociedade familiar.

No mesmo sentido, o parágrafo 7º do Art. 226 da Constituição Federal de 1988, assegura o planejamento familiar de livre decisão da família, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, vedada qualquer forma coercitiva por parte de

instituições oficiais ou privadas.

Desta forma, analisando a privacidade nas relações familiares, afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 22 e 23): “a família é o mais privado de todos os espaços do Direito Civil”.

Assim, o Ministro Luis Felipe Salomão, na 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça STJ, no *REsp 1119462* MG, datado de 26/02/2013, defendeu:

(...) o direito de família há de observar uma principiologia de "*intervenção mínima* (...) *Nessa linha de raciocínio*, o casamento há de ser visto como uma manifestação vicejante da liberdade dos consortes na escolha do modo pelo qual será conduzida a vida em comum (...), liberdade essa que se harmoniza com o fato de que a intimidade e a vida privada-, erguidos como elementos constitutivos do refúgio impenetrável da pessoa e que, por isso mesmo, podem ser opostos à coletividade e ao próprio Estado.

Nesse diapasão, com precisão cirúrgica, PIETRO PERLINGIERI, dispara, que “expressão de liberdade é o poder reconhecido aos cônjuges de acordar a direção da vida familiar interpretando as exigências de ambos e da família”.

A valorização do diálogo observado entre os familiares, pactuando contratos dentro do âmbito do direito de família e sucessório também serve ao cumprimento da autonomia privada e ao princípio da não intervenção estatal, disposto no artigo 1.513 do Código Civil, em que o Estado só pode atuar para assegurar direitos fundamentais e punir possíveis violações.

Defende Marília Pedroso Xavier (2011, p. 53-54), o direito de família mínimo inspirado na teoria do direito penal mínimo, de modo que se justifica a semelhança nos vocábulos. Nesse diapasão, tem-se a adoção de um conjunto de princípios que declara a menor intervenção estatal possível, conferindo maior autonomia aos indivíduos.

Assim, o direito de família mínimo assegura a autonomia dos indivíduos em virtude da atuação do Estado só em casos necessários, de forma que, os contratos familiares respaldam essa perspectiva minimalista, tão relevante para que se desafogue o Judiciário.

Portanto, considerando a redução dúbia do §4º do artigo 1.800 do Código Civil, em especial a ressalva que estabelece “salvo disposição em contrário do testador”, poderia planejar um pai que tem a preocupação de garantir todas as oportunidades e recursos ao filho esperado, em razão da reprodução humana assistida post mortem, que se inicia sem a sua presença, definir um prazo razoável à concepção do herdeiro esperado, até porque não haveria efetivo prejuízo aos herdeiros ou legatários.

Neste contexto, a preocupação que urge, se considerar como válida a estipulação por disposição de última vontade do testador, que exceda o limite estabelecido pelo § 4º do art. 1.800 do Código Civil, consiste na fixação de prazo muito ampliativo, que pode ocasionar uma demora na resolução dos conflitos sucessórios.

Por fim, a respeito do art. 1.800, § 4.º, do CC/2002, merecem especial atenção as considerações de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, pois segundo os juristas:

“questão palpitante envolvendo o tema é a possibilidade de adoção da prole eventual. Poderia a prole eventual ser adotada, no prazo de dois anos, contados a partir da abertura da sucessão? Apesar de a redação do dispositivo legal insinuar uma referência somente aos filhos biológicos (concebidos pelas pessoas indicadas pelo testador), utilizando a técnica de interpretação conforme a Constituição (CF, art. 227, § 6.º), notadamente à luz do princípio da igualdade entre os filhos, que proíbe discriminações em relação à origem da prole, não se pode excluir a possibilidade de adoção da prole eventual. Dessa forma, a prole eventual pode decorrer de adoção, salvo expressa restrição imposta pelo testador. Isso porque o testador pode restringir a origem da prole eventual, estabelecendo, expressamente, que seja oriunda de fertilização pelo mecanismo biológico”.

Nesse sentido, o Enunciado nº 268 do Conselho da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça, aprovado na III Jornada de Direito Civil, “nos termos do inc. I do art. 1.799, pode o testador beneficiar filhos de determinada origem, não devendo ser interpretada extensivamente a cláusula testamentária respectiva”.

A Constituição Federal em seu artigo 227, § 6º e o Código Civil em seu artigo 1.596, estabelecem a igualdade de todos os filhos no tocante aos seus direitos e qualificações, ficando proibida qualquer forma de discriminação, o que não impede que o testador prefira beneficiar filho de determinada origem ou um herdeiro esperado, desde que respeitos o limites legais da parte disponível e do livre arbítrio do testador.

Portanto, se pode entender que a cláusula testamentária deve ser interpretada de forma estrita e restritiva, aplicada aos filhos de determinada origem, podendo ser beneficiados somente os casos decorrente das técnica de reprodução assistida, com cláusula testamentária expressa.

Nesse diapasão, observa Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2003, p. 95), fazendo referência ao § 4º do art. 1.800 do Código Civil, que a deixa testamentária pode subsistir por dois anos, enquanto o art. 962 do Código Civil do Chile prescreve o prazo máximo de dez anos, contado da abertura da sucessão, para que a pessoa designada tenha um filho.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2006, p. 209), “algumas legislações, como a italiana, têm também essa exceção ao princípio de coexistência quando da morte do autor da herança”, de forma que, o autor apresenta críticas à criação da figura do herdeiro necessário que deveria ser extinta, mantendo-se, exclusivamente, o fideicomisso.

O Código Civil regulamentou o fideicomisso juntamente com as substituições testamentárias, conforme artigos 1.951 a 1.960 do Código Civil, embora a doutrina civilista, apontar ser o fideicomisso merecedor de um tratamento autônomo no direito das sucessões

(Venosa, 2006, p. 209), pois no fideicomisso não haveria propriamente uma substituição e sim uma disposição testamentária complexa, com a instituição de propriedade resolúvel.

Assim, como a lei veda peremptoriamente a instituição de fideicomisso “além do segundo grau” (CC, art. 1.959), sob pena de nulidade, se permite afirmar a existência de três sujeitos: o fideicomitente (testador), o fiduciário (que sucede em primeiro lugar – propriedade resolúvel) e o fideicomissário (que recebe a herança – titular do direito eventual).

Historicamente, na vigência do Código Civil de 1916, podiam ser instituídos fideicomissários, indistintamente, em favor de pessoas naturais já existentes no momento da elaboração do testamento, pessoas jurídicas, inclusive fundações, nascituros, e a prole eventual de pessoas designadas pelo testador e existentes ao abrir-se a sucessão, na forma da parte final do art. 1.718, daquele diploma legal.

Nesse sentido, Pontes de Miranda (1973, v. 58, p. 19) “o que se tem por fito, com o artigo 1.718, in fine é permitir um pulo por sobre uma pessoa (que por si não mereça, ou não precise, para lhe beneficiar a descendência”.

Segundo o professor Carlos Roberto Barbosa Moreira (2009, p. 20), dois exemplos extraídos do próprio Pontes de Miranda talvez ilustrem a diferença dos institutos: no primeiro, haveria a seguinte regulamentação: deixo a “A” o prédio x, passando, por morte dele, aos filhos de “B”, se “B” os tiver, assim, “A” seria legatário e os filhos que eventualmente “B” venha a ter também o serão (na qualidade de fideicomissários); e no segundo: “não me merece consideração A, por isso deixo os meus bens aos filhos que tiver”, de forma que “A” não seria herdeiro, pois o testador o “pulou”, para beneficiar somente sua prole eventual; não há fideicomisso e sim prole eventual pela ausência da vocação dupla, característica essencial do instituto.

Nesse diapasão, esclarece Monteiro (1.997, v. 6, p. 204), “o termo prole só se refere a filhos; os netos não se incluem na dicção legal, nem haveria razão para tal extensão”.

No que tange a administração dos bens deixados ao herdeiro esperado, até que ocorra o seu nascimento com vida, estes deverão ser administrados provisoriamente, podendo ser o administrador provisório determinado pelo próprio testador, ou na ausência de estipulação no testamento, pelo pai ou a mãe da futura prole, tendo em vista que, os pais por lei, são os administradores dos bens dos menores, tendo direito de usufruto, na forma do artigo 1.689, I do Código Civil.

Convém declinar, finalmente, que a comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), instituída pelo Ato do presidente do Senado Federal nº 11/2023, apresentou o seu Relatório Final e, no que tange ao parágrafo quarto do artigo 1.800 do Código Civil, somente acrescentou

ao texto legal a expressão “ou estabelecida a filiação”, conforme texto que se reproduz para maior facilidade de manuseio e análise : “§ 4º Se, decorridos dois anos da abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, ou estabelecida a filiação, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.”

Diante do exposto, se verifica a necessidade de serem regulamentadas pelas disposições testamentárias, todas as situações descritas anteriormente, em especial o prazo da concepção do herdeiro esperado, na forma do §4º do art. 1.800 do Código Civil e a aplicação das cláusulas testamentárias aos filhos de determinada origem, estabelecendo, expressamente, que seja oriunda de fertilização, para que sejam respeitadas integralmente às disposições de última vontade do testador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Identificado com a tábua axiológica constitucional e, em específico, com a primazia que a pessoa humana merece em comparação com os demais valores, as consequências jurídicas das cláusulas e regulamentações inerentes ao herdeiro esperado, demonstram a importância da contratualização das relações sucessórias, em observância aos princípios da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana, como instrumento de satisfação das necessidades e dos direitos fundamentais.

Portanto, colocar a pessoa e o herdeiro esperado no centro do direito civil significa que a vida digna seja alçada à condição de necessário parâmetro de interpretação e de aplicação das normas e dos princípios, de forma que, deve estar voltada, pois, à proteção da pessoa, impondo-se a preservação dos seus direitos, como instrumento de satisfação das necessidades fundamentais do homem de carne e osso.

Diante do estudo ora desenvolvido, percebe-se que há um imenso desconhecimento pela sociedade, de modo geral, das consequências jurídicas das cláusulas e regulamentações inerentes ao herdeiro esperado. Essa falta de informação pode ser extremamente danosa, não apenas no que se refere à segurança jurídica das disposições contratuais dos negócios jurídicos e biojurídicos, que ficam vulneráveis e entregue à própria sorte, mas também no que se refere à vida do herdeiro esperado.

No caso que se referem as técnicas de reprodução assistidas realizadas em clínicas especializadas, o herdeiro esperado tem o direito resguardado de buscar conhecer sua verdade biológica e, caso queira, poderá reivindicar todos os direitos decorrentes do vínculo de filiação, seja no campo do direito de família ou no direito sucessório.

Nesse contexto, sociedade brasileira tem presenciado um aumento expressivo na utilização das técnicas de reprodução assistida, podendo ocorrer, a reprodução assistida *post mortem* relacionada ao herdeiro esperado, que se inicia, em muitos casos, sem a presença paterna.

Nesse ínterim, é dever da família, da sociedade, do Estado ficar atento aos casos de direito de família, a fim de aplicar quando detêm competência e forem rogados, de forma plena, todos os importantes instrumentos trazidos pela legislação em vigor, de forma célere e eficaz, para evitar maiores transtornos aos integrantes do núcleo familiar e ao herdeiro esperado.

Desta forma, devem ser respeitadas as manifestações de vontades, as regulamentações acordadas pelo núcleo familiar, em regra, sem intervenção do Estado, que excepcionalmente, pode ocorrer havendo desigualdades ou vulnerabilidades, com o objetivo de reequilibrar a relação jurídica.

Diante do exposto, entende-se que o objetivo foi atingido, considerando que conseguiu demonstrar a validade da celebração de negócios jurídicos ou biojurídicos que regulamentam o herdeiro esperado, defendendo a possibilidade do testador fixar prazo mais amplo, que o previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro, para a concepção do herdeiro esperado, devendo ser respeitadas às disposições de última vontade do testador, possibilitando aos genitores proporcionar ao herdeiro esperado os mesmos recursos e oportunidades dos outros filhos já concebidos, em observância ao princípio da não intervenção estatal, do direito constitucional do planejamento familiar e da paternidade responsável.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed., São Paulo: Saraiva: 2002, p. 16.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado*. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. Revista dos Tribunais, n. 750, p. 113-120, abr./1998.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 de abril de 2024.

BRASIL. *Lei Federal nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18935.htm>. Acesso em: 22 de novembro de 2023.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51,

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. Volume 5. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil*. Teoria Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

GIODANI, Mário Curtis. *O código civil à luz do direito Romano: parte especial direito de família*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1996, p. 168-169.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 15 ed. volume 6. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco José. *Direitos das sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do Numerus Clausus*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/128/Entidades+familiares+constitucionalizadas:+para+al%C3%A9m+do+numerus+clausus>. Acesso: 01/10/2022.

KÜMPPEL, Vitor Frederico *et. al.* *Tratado notarial e registral*. vol III. São Paulo: YK Editora, 2017.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Ciência política, estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 268.

MADALENO Rolf. *Direito de Família*. Rio de Janeiro, 2020, p. 140.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Negócios biojurídicos*. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (Coord.). *Negócio jurídico e liberdades individuais: autonomia privada e situações jurídicas existenciais*. Curitiba: Juruá, 2016.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, t. LVIII, § 5.839, nº 6, p. 19.

MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: uma proposta para a privatização das relações conjugais e convivenciais*. *R. Fórum de Dir. Civ. – RFDC*. Belo Horizonte, ano 9, n. 23, p. 219-241, jan./abr. 2020.

PAVÃO, Juliana C; GÓIS, Paula B. de; ESPOLADOR, Rita de Cássia R. Tarifa. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre*, v. 35, n. 1: 289-315, jan./jun. 2019.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. t. IV.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direitos de Família*. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. – 3. ed. –São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana: Comentários à Constituição do Brasil*. J.J. Gomes Canotilho (Org.) [et. Al]. São Paulo: Saraiva, 2014.

SKIDMORE, Thomas. *The Politics of military rule in Brazil 1964-85*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1988.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. In: *TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Contratos no ambiente familiar*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *Contratos, Família e Sucessões: Diálogos interdisciplinares*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 2 ed., vol. VII. São Paulo: Atlas, 2002.