



**CENTRO UNIVERSITÁRIO
PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS**

CURSO DE DIREITO

TAÍS TRINDADE MOREIRA

O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO FECUNDADO *POST MORTEM*

BARBACENA

2023

TAÍS TRINDADE MOREIRA

O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO FECUNDADO *POST MORTEM*

Monografia apresentada ao Curso de Direito, do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharelem Direito.

Prof. Orientador: Rodrigo Corrêa de Miranda Varejão

**BARBACENA
2023**

O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO FECUNDADO *POST MORTEM*

Monografia apresentada ao Curso de
Direito, Centro Universitário
Presidente Antônio Carlos - UNIPAC.
Para requisito parcial do título de
Bacharel em Direito.

Aprovada em **05/07/2023**

BANCA EXAMINADORA

Prof^a Ma.: Delma Gomes Messias

Centro Universitário Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof^a. Ma.: Débora Maria Gomes Messias Amaral

Centro Universitário Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof.: Lucas de Souza Garcia

Centro Universitário Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Dedico o presente trabalho aos amigos que sempre torceram pela minha conquista. Aos familiares que sempre estiveram presentes orando por mim. Aos amigos de turma que conquistaram essa vitória ao meu lado e, principalmente aos meus pais pelo exemplo dado, por me mostrarem sempre o melhor caminho a ser seguido.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me permitido e conduzido na realização desse trabalho, sendo o alicerce da minha vida principalmente nas dificuldades.

Em segundo lugar, à minha família, por todo apoio, incentivo, força e alegria que me proporcionaram durante este caminho. Sem vocês eu não conseguiria.

Aos amigos, por todo companheirismo e por sempre acreditarem em mim. Vocês foram essenciais.

Ao meu orientador, pela dedicação nessa orientação, por toda paciência, todos os ensinamentos passados e pela grande competência.

“De longe, o maior prêmio que a vida oferece é a chance de trabalhar muito e se dedicar a algo que valha a pena”.

- Theodore Roosevelt

RESUMO

As inovações tecnológicas na área médica muito contribuem para o avanço da sociedade, possibilitando mudanças significativas para a promoção do bem comum. As técnicas de reprodução assistida vieram como inovação, assim como a criopreservação de gametas, que resultaram na possibilidade de fecundação *post mortem* através de inseminação artificial. A presente pesquisa tem como objetivo a análise da temática acerca do direito sucessório do embrião concebido postumamente, buscando enfatizar se o filho concebido após a morte de seu genitor possui direito à herança deixada pelo falecido. Isso porque o artigo 1798 do Código Civil assegura que são legitimadas a suceder as pessoas vivas ou já concebidas, não estabelecendo normas sobre o embrião criopreservado, que fora fecundado após a morte do cônjuge, causando grande lacuna legislativa no ordenamento jurídico pátrio. Será realizada, portanto, a análise dos princípios relacionados ao tema, juntamente com o posicionamento da doutrina a fim de se chegar num entendimento que possa vir a ser consolidado futuramente. Destarte, tendo em vista o princípio do melhor interesse da criança, da dignidade da pessoa humana, do planejamento familiar responsável e principalmente o da igualdade entre os filhos, pressupõe-se que é necessário que os filhos póstumos tenham resguardados seus direitos sucessórios, assim como os tem garantido o direito relativo à paternidade.

Palavras-chave: Técnicas de reprodução assistida. Inseminação artificial. Fecundação *post mortem*. Direito sucessório. Princípios.

ABSTRACT

Technological innovations in the medical field greatly contribute to the advancement of society, enabling significant changes to promote the common good. Assisted reproduction techniques came as an innovation, as well as the cryopreservation of gametes, which resulted in the possibility of fertilization through artificial insemination performed post mortem. The present research aims to analyze the theme concerning the inheritance law of the embryo conceived post mortem, seeking to emphasize whether the child conceived after the death of its parent has the right to the inheritance left by the deceased. This is because art 1798 of the Civil Code ensures that living or conceived persons are legitimized to succeed, not establishing rules on the cryopreserved embryo, which causes a large legislative gap in the Brazilian legal system. Therefore, the analysis of the principles related to the theme will be carried out, together with the positioning of the doctrine in order to arrive at an understanding that can be consolidated later. Thus, in view of the principle of the bestinterest of the child, the dignity of the human person, the principle of responsible familyplanning and especially the equality between children, it is assumed that posthumouschildren must have their successor rights protected, as well as the right to paternity isguaranteed.

Keywords: Assisted reproduction techniques. Artificial insemination. Post mortem fertilization. Succession law. Principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	10
2.1 Noções de família	10
2.2 A filiação e o reconhecimento dos filhos no sistema jurídico brasileiro	12
2.3 Teorias jurídicas sobre o início da vida.....	14
2.4 Direito ao planejamento familiar e as técnicas de reprodução assistida	15
2.4.1 A fertilização <i>in vitro</i>	18
2.4.2 A inseminação artificial	18
2.5 Reprodução humana assistida <i>post mortem</i>	19
3 O DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	19
3.1 Introdução ao direito das sucessões	19
3.2 Momento da abertura da sucessão	20
3.3 Tipos de sucessão: legítima e testamentária	21
3.4 Tipos de sucessores	22
3.5 Legitimação para suceder	23
3.6 Da petição de herança.....	24
4 O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO FECUNDADO POST MORTEM.....	25
4.1 Princípios fundamentais acerca do tema	25
4.1.1 Princípio da igualdade entre os filhos	26
4.1.2 Princípio do melhor interesse da criança.....	26
4.1.3 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	27
4.2 Resolução do Conselho Federal de Medicina: disposições gerais acerca do tema.....	27
4.3 A presunção de paternidade na inseminação artificial <i>post mortem</i>	28
4.4 As posições doutrinárias divergentes sobre a viabilidade ou não do direito sucessório do embrião fecundado <i>post mortem</i>	29
4.5 Projetos de lei em tramitação acerca do tema	32
4.6 Prazo para pleitear o direito sucessório através da petição de herança: direito à sucessão x segurança jurídica	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	38

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa versa sobre o direito sucessório do embrião fecundado *post mortem*. Importante se faz tal tema diante da lacuna legislativa existente em se tratando das garantias dos direitos sucessórios do filho póstumo, vez que conforme previsão expressa do artigo 1798 do Código Civil de 2002, somente as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão são legitimadas a suceder. Referida norma tem se mostrado insuficiente em razão dos demasiados avanços tecnológicos que vêm ocorrendo corriqueiramente, principalmente no que concerne a área da Biotecnologia. Esses desenvolvimentos provocam alterações nas perspectivas sociais, e consequentemente, conflitos no aspecto jurídico, sendo um destes provenientes das denominadas técnicas de reprodução humana assistida.

Técnica de reprodução assistida (TRA) é o termo utilizado para caracterizar uma série de procedimentos que são utilizados para gerar uma vida humana diante da infertilidade. As mais comuns, hodiernamente, são a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial. Nota-se que essas técnicas estão presentes na sociedade brasileira desde 1984, quando nasce o primeiro bebê de proveta oriundo da fertilização *in vitro*. A partir de então, a ciência vem se aprimorando cada dia mais, possibilitando outras formas de procriação senão pelos métodos naturais, sendo crescente, portanto, a procura por tais artifícios.

Essa procura é notória, dada a importância que se dá à família na sociedade atual, sendo que muitos casais somente se sentem totalmente realizados a partir do momento que possui filhos. No entanto, é sabido que problemas de fecundidade e inclusive a infertilidade pode ser defrontada, colocando em conflito a concepção por vias naturais. Eis a relevância das técnicas de reprodução assistida, uma vez que em tempos remotos esse casal só poderia satisfazer seu desejo de possuir uma prole por meios como a adoção, que possui um processo minucioso e demorado. Portanto, as TRA's vieram para revolucionar a sociedade, possibilitando meios de reprodução que em tempos remotos seriam improváveis.

Sendo notável a relevância das técnicas de reprodução assistida, portanto, crescente se faz os questionamentos que sobrevenham a partir destas, destacando-se no presente trabalho a análise do direito sucessório diante da utilização desses métodos, quando ocorre a fecundação de embrião após o falecimento do pai, pois, desta forma, com a abertura da sucessão, o espólio passa a integrar patrimônio de outrem, quais sejam, seus sucessores, que diante de disposição legal já outrora mencionada, são resguardadas às pessoas nascidas ou já concebidas.

Portanto, faz-se inicialmente o estudo do Direito de Família, visto as constantes transformações ocorridas na sociedade, e que conseqüentemente desenvolvem mudanças nos conceitos de família e filiação, sob análise do Código Civil de 2002 e da constante realidade social vivida, além das conceituações e explicitações referentes às técnicas de reprodução assistida que possibilitam meios diversos de gerar uma vida, não abarcados na legislação hodierna, analisando-se também a Resolução nº 2320/22 do Conselho Federal de Medicina, que adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.

Ato contínuo, faz-se a análise da sucessão no direito brasileiro, expondo os elementos fundamentais para que se obtenha a compreensão dos direitos sucessórios, compondo os conceitos inerentes ao tema, as divergências doutrinárias existentes, a legitimidade do herdeiro, os tipos de sucessão existente, entre outros. Sendo assim, com o intuito de buscar uma possível resposta ao tema proposto, ao final, será feita uma análise diante da legislação vigente e a realidade posta, tendo como base os princípios constitucionais, na intenção de que os direitos de todos os envolvidos sejam preservados e a insegurança jurídica acerca do tema seja sanada, explicitando se os filhos decorrentes de fecundação *post mortem* terão direito à herança e a possibilidade de ser ajuizada ação denominada petição de herança, analisado o prazo legal.

2 DO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 Noções de família

As noções de família vêm se modificando ao longo dos tempos de acordo com as constantes transformações no meio social que ocorrem a todo o momento. Desde tempos primórdios a família existe, porém sua composição, as regras e os poderes exercidos sobre cada membro se aprimoram conforme as organizações sociais, o que faz com que seja difícil determinar um conceito jurídico do termo.

Em tempos remotos, pode-se dizer que a família era vista de uma maneira estrita, em que a religião e o Estado interviam fortemente na sua constituição. Maria Berenice Dias (2016, p. 69) afirma que

Historicamente, a família sempre esteve ligada à ideia de instituição sacralizada e indissolúvel. A ideologia patriarcal somente reconhecia a família matrimonialista, hierarquizada, patrimonialista e heterossexual, atendendo à moral conservadora de outra época, há muito superada pelo tempo. [...] A ideologia patriarcal converteu-se na ideologia do Estado, levando-o a invadir a liberdade individual, para impor condições que constroem as relações de afeto.

Nesse ínterim, pode-se dizer que remotamente, a família era inteiramente voltada à função religiosa, econômica, social e patriarcal, não sendo aceitas outras formas de constituição senão através do casamento. A Constituição de 1988 consagrou um momento totalmente inovador no que concerne a concepção normativa de família, operando mudanças na estrutura familiar. O dispositivo trouxe em seu rol de artigos a proteção da família pelo Estado, garantindo a assistência, a todos os membros, coibindo a violência e, principalmente, estabelecendo a igualdade entre o homem e a mulher, no que tange seus direitos e deveres.

Ainda que trouxesse reformulações acerca da questão da família, o legislador não abarcou todas as constituições presentes na sociedade. O fato faz-se notório quando, na realidade vivenciada ocasionalmente pela sociedade, denota-se os diversos modelos de famílias. Aqui, cita-se, a família monoparental, anaparental, a reconstituída, a unipessoal, assim por diante.

Além disso, estabeleceu o modelo de família que se baseia intrinsecamente no afeto. Se antes o vínculo sanguíneo e todas as celeumas sociais eram o que importavam, hoje, a família é baseada na afetividade. O afeto passa a ser a principal característica para a formação da relação familiar, constituindo o modelo de família que se denomina família socioafetiva.

Conceituar o termo família é, portanto, demasiadamente complexo, mas é possível norteá-lo de acordo com os princípios e os parâmetros adotados pela sociedade. A família deve ser entendida, nesse diapasão, em um amplo conceito, onde admite-se a pluralidade das constituições, ou seja, é possível formar diversos arranjos familiares, os quais não bastariam ser listados. Dessa forma, família pode ser conceituada como a união de pessoas, baseada esta no afeto, com o objetivo precípua de constituir um ambiente onde se prosperem o respeito, o amor, a dignidade e a igualdade a todos os envolvidos que ali habitam.

Assim, o afeto como importante conduta viável tanto para a convivência das famílias, quanto para o sistema jurídico é, atualmente, um princípio constitucional que embora não esteja expressamente previsto, o faz implicitamente.

2.2 A filiação e o reconhecimento dos filhos no sistema jurídico brasileiro

Assim como a visão de família, os filhos também passaram por diferentes conceituações ao longo dos tempos, ganhando direitos por lei preservados com a constante evolução da sociedade. A Constituição Federal de 1988 cuidou, mais uma vez, de resguardar direitos outrora não acondicionados. Isso porque, em seu artigo 226, § 6º, a Carta Magna prevê a igualdade entre os filhos, em se tratando de direitos e qualificações. Não somente a Constituição, o Código Civil de 2002 também estabeleceu inovações quanto ao antigo Código de 1916, e da mesma forma a Lei do Divórcio trouxe significativas mudanças quanto à questão da filiação.

Em tempos remotos, os filhos eram tratados de maneira discriminatória, a fim de se preservar o núcleo familiar. Tendo em vista o caráter totalmente conservador que se dava a uma família, de igual modo se tratavam os filhos. Nesse ínterim, havia até mesmo nomenclaturas plenas de distinção, sendo chamados filhos legítimos aqueles concebidos na constância do casamento; os ilegítimos, podendo ser naturais (nascidos fora do casamento, mas resultante da união de duas pessoas não impedidas para casar) ou espúrios (nascidos fora do casamento, porém de união de pessoas impedidas para casar) e os filhos legitimados, que eram aqueles que somente poderiam ser reconhecidos pelo pai e pela mãe em certas situações, embora fossem filhos naturais. Ainda se tratando dos filhos ilegítimos, os espúrios, subdivisão deste, poderiam ser incestuosos ou adulterinos. Os chamados incestuosos eram fruto de relação entre pessoas que detinham impedimento para casar além do vínculo de parentesco. Já os filhos adulterinos eram aqueles resultantes da união entre duas pessoas legalmente casadas com terceira pessoa.

Apenas com essa conceituação, é perceptível a demasiada discriminação havida com os filhos não concebidos na constância do casamento. Não havia que se falar em direitos garantidos a eles, como herança, direito ao reconhecimento de paternidade, respeito a dignidade da pessoa humana, etc., eles eram tão somente excluídos como se filhos não fossem.

Clóvis Beviláqua, em referência à essa época escreveu: “a falta é cometida pelos pais e a desonra recai sobre os filhos” (BEVILÁQUA, 1917 *apud* BERENICE, 2015, p. 387).

Em 1977, surge a Lei do Divórcio que veio garantir o direito a herança em igualdade para todos os filhos, além da possibilidade de reconhecimento do filho havido fora do casamento, porém essa prerrogativa discriminatória somente foi derrubada totalmente com a Constituição de 1988. O Código Civil de 2002 também dispôs sobre essa igualdade, em seu artigo 1596, que trata do princípio da igualdade da filiação, prescrevendo terem todos os filhos, havidos ou não da relação de casamento, mesmos direitos e qualificações, não podendo haver quaisquer designações discriminatórias. Além disso, garante essa igualdade também aos filhos havidos através da adoção.

Hoje, assim como o conceito de família, a filiação também se retrata em uma nova linguagem, sendo esta baseada no afeto. Maria Berenice Dias (2016, p. 631) afirma que a filiação social, socioafetiva, estado de filho socioafetivo

Ditas expressões nada mais significam do que o reconhecimento, também no campo da parentalidade, do mais significativo elemento estruturante do direito das famílias. Tal como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença de um **vínculo afetivo** paterno-filial. (...) A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente de sua origem, ser biológica ou afetiva. A ideia da paternidade está fundada muito mais no amor do que submetida a determinismos biológicos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tratou do reconhecimento dos filhos, garantindo a eles o direito ao reconhecimento de paternidade ou ao estado de filiação. Essa prerrogativa também está presente no Estatuto da Criança e do Adolescente, que permite esse reconhecimento ser feito de modo voluntário ou espontâneo no próprio termo de nascimento, por escritura pública ou portestamento, podendo ser realizado antes do nascimento do filho ou posterior ao seu falecimento, se houver descendentes. A família ectogenética, ainda que não admitida em todos os seus formatos, foi resguardada no artigo referente à presunção de paternidade no Código Civil atual, qual seja o artigo 1597 e já é considerado ponto relevante frente à evolução.

Salienta-se a importância desses direitos serem garantidos, vez que a prole descendente não pode ser julgada pelos erros de seus pais, como era feito em tempos outrora e a partir da evolução, outros formatos de filhos devem ser admitidos. O filho deve ser reconhecido como tal, assim como seus direitos devem ser resguardados.

2.3 Teorias jurídicas sobre o início da vida

O Código Civil de 2002, em seu artigo 2º, prevê que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Para elucidar o citado artigo, necessário se faz entender cada termo jurídico empregado. Portanto, personalidade civil é a aptidão que cada um possui de contrair direitos e deveres na ordem civil, conforme define o artigo 1º do Código Civil de 2002, *in verbis*: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” Já o termo “pessoa” se refere àquele ser humano nascido com vida e “nascituro” é o ser concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno, ou seja, que ainda não fora expelido.

Assim sendo, denota-se que somente se adquire a personalidade jurídica após o nascimento com vida, assegurando a lei os direitos do nascituro, desde a sua concepção. No entanto, restam dúvidas quanto o início da personalidade referente ao nascituro, já que embora possua direitos resguardados, numa análise restrita ao artigo 2º descrito acima, ele não possui personalidade. Entretanto, há controvérsias quanto a essa questão, pois, segundo Flávio Tartuce (2023, p. 83) “Na primeira parte, o artigo parece indicar que o nascituro não é pessoa, não tendo direito. Entretanto, na sua segunda parte afirma o contrário.”

Sobre a questão, a doutrina possui duas primordiais teorias divergentes, denominadas teoria natalista e teoria concepcionista. Os doutrinadores defensores da teoria natalista o fazem com a justificativa de se interpretar o dispositivo de lei de forma literal, portanto, entendem que o nascituro não pode ser considerado pessoa já que ainda não nasceu. Dessa forma, seria requisito imprescindível para o início da personalidade o nascimento com vida. Tartuce (2023, p. 83) afirma ainda que “Assim sendo, o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direitos.” E cita “Como adeptos dessa corrente, da doutrina tradicional, podem ser citados Silvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira e San Tiago Dantas.

Na doutrina contemporânea, filiam-se a essa corrente Sílvio de Salvo Venosa e Anderson Schreiber (...).”

Lado outro, tem-se a teoria concepcionista, que prediz que o nascituro é possuidor de direitos, desde a concepção, e deve ser considerado pessoa humana. Flávio Tartuce (2023, p. 84), ao destacar os defensores de tal teoria cita

Silmara Juny Chinelatto (a principal precursora da tese no Brasil, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Roberto Senise Lisboa, José Fernando Simão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Antonio Junqueira de Azevedo, Gustavo Rene Nicolau, Renan Lotufo e Maria Helena Diniz.

A teoria concepcionista, além de resguardar os direitos ao nascituro, sustenta que os mesmos devem alcançar também o natimorto, ou seja, aquele que nasceu sem vida. É o que prevê o Enunciado I, da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, nestes termos: “A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos depersonalidade, tais como: nome, imagem e sepultura.”

Quanto à teoria natalista, o ponto que provoca grandes questionamentos na doutrina é a dúvida de que se o nascituro não pode ser considerado uma pessoa humana, a que grupo seria ele pertencente, e dadas as possibilidades, a resposta diante de tal controvérsia seria a de o considerar um bem, diante da tão somente expectativa de direitos. Além disso, com o avanço sociológico e tecnológico, crescem as novas formas de procriação mediante técnicas de reprodução assistida, a qual serão melhor analisadas no próximo tópico, e essa teoria assim como não assegura os direitos do nascituro, deixam de englobar o caso dos embriões. Portanto, a doutrina majoritária e a jurisprudência vêm acolhido a teoria concepcionista, por ser ela atual e adequada aos momentos hodiernamente vividos pela sociedade.

2.4 Direito ao planejamento familiar e as técnicas de reprodução assistida

O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas (Código Civil, art. 1565, § 2º). Ele é um princípio constitucional previsto no art. 226, § 7º da CRFB/88 que garante a todas as pessoas o acesso a informações, métodos e técnicas, dispostos de forma igualitária, embasadas na fecundidade. Desta forma, questões referentes às técnicas de reprodução assistida, engenharia genética referentes à reprodução e também as técnicas de prevenção de gravidez, são exemplos de políticas voltadas ao planejamento familiar.

Maria Berenice Dias (2016, p. 634) afirma que:

O planejamento familiar de origem governamental é dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas e educativas e por garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Atualmente, devido aos grandes recursos tecnológicos, as ciências médicas avançaram e continuam corriqueiramente avançando em demasia a fim de que problemas sejam dirimidos, doenças erradicadas ou ainda, amenizadas.

Conforme Maria Berenice Dias (2016, p. 641), “a enorme evolução – verdadeira revolução – ocorrida no campo da biotecnologia acabou produzindo reflexos nas estruturas familiares, especialmente em face do surgimento de variadas técnicas de reprodução medicamente assistidas.” Estas, favorecem o propósito da sociedade em constituir uma família com descendentes, família esta entendida não somente como o modelo “pai/mãe/filhos”, mas abrangendo as várias formas de constituição protagonizadas pela sociedade, como a família monoparental, a ectogenética, a homoafetiva, entre outras. A citada autora ainda continua ao dizer que “Os avanços tecnológicos na área da reprodução humana emprestaram significativo relevo à vontade, fazendo ruir todo o sistema de presunções da paternidade, da maternidade e da filiação.”

Cumprе destacar, visceralmente, que técnicas de reprodução assistida são técnicas em que há a manipulação de um dos gametas que propiciam a fecundação, podendo esta se dar de maneiras distintas e através de demasiadas técnicas. A utilização deste termo, embora comumente utilizado apenas para designar a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial,

técnicas estas mais viabilizadas, não abrangem somente estes conceitos. Isso por que entende-se que mesmo em casos onde não há o manuseio de gametas, diferente das técnicas outrora mencionadas, é verificada a reprodução assistida. Exemplo disso é a administração de medicamentos que estimulem a ovulação, devidamente sob orientação médica. Pode-se citar ainda como técnicas de reprodução assistida o uso de injeções intracitoplasmáticas de espermatozóides, a técnica do coito programado, etc.. Todas essas técnicas são conduzidas buscando um único e precípuo objetivo: auxiliar e preparar aqueles que desejam ter um filho, sob condições ideais para que tudo ocorra da melhor forma possível, buscando a proteção e o bem estar de todos os envolvidos.

As TRAs (técnicas de reprodução assistida) são classificadas em técnicas intracorpóreas ou extracorpóreas e homólogas ou heterólogas. Basicamente, técnicas intracorpóreas são aquelas onde a fecundação ocorre dentro do corpo da mulher, não havendo manipulação externa do óvulo ou do embrião. Consiste na técnica da inseminação artificial, ou seja, o gameta masculino é inserido no aparelho genital feminino. Lado outro, as técnicas extracorpóreas são aquelas em que a fecundação ocorre fora do corpo humano, dessa forma, os gametas a serem utilizados são recolhidos, armazenados em um tubo de ensaio, e após a fecundação o embrião é transferido para o útero materno que irá gerá-lo. É o caso da fertilização *in vitro*.

As técnicas homólogas são aquelas em que são utilizados os gametas do próprio casal e as heterólogas, distintamente, são aquelas em que utiliza-se os gametas de terceiros doadores, seja espermatozoide ou óvulo. Essas técnicas não são regulamentadas por lei no ordenamento jurídico brasileiro, mas o Conselho Federal de Medicina, diante da lacuna legislativa existente e o aumento considerável da procura por tais métodos, buscou regularizar a situação, e hoje, tem-se a Resolução nº 2320/22 que determina as normas éticas para tais procedimentos, que será analisada em momento oportuno.

O Código Civil de 2002 somente cita brevemente algumas das técnicas de reprodução assistida ao tratar das presunções de paternidade, previsto no artigo 1597.

Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
[...]

III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

O inciso III e IV faz menção aos casos de fecundação homóloga, ou seja, aquelas em que os gametas utilizados são do próprio casal, gerando filhos biológicos destes. Constituem embriões excedentários aqueles que foram concebidos por manipulação genética e que não foram implantados. Isso pode ocorrer pois, geralmente, nos procedimentos de fertilização são gerados vários embriões, e levadas a efeito diversas tentativas de concepção. Já o inciso V diz respeito a presunção de paternidade relativo à inseminação heteróloga (material genético de doador), desde que haja consentimento do marido.

2.4.1 A fertilização *in vitro*

A fertilização *in vitro* (FIV) é uma técnica de reprodução assistida comumente utilizada no Brasil, e popularmente chamada de “bebê de proveta”. Isso por que os gametas são manipulados em laboratório, para que haja a formação dos embriões e posteriormente, com a sua geração, ele é implantado no útero da mulher que irá gestar a criança. Esta mulher poderá ser mãe propriamente dita, a mãe biológica ou ainda uma terceira pessoa que cederá seu útero em prol de outrem, procedimento chamado vulgarmente de “barriga de aluguel”, cuja nomenclatura jurídica mais adequada é cessão temporária do útero ou gestação por substituição.

2.4.2 A inseminação artificial

A inseminação artificial (IA) que também pode ser chamada de Inseminação Intrauterina (IIU), diferentemente da fertilização *in vitro*, possui manipulação somente dos gametas masculinos em laboratório. Consiste numa técnica onde o espermatozoide após ser preparado, é inseminado artificialmente diretamente no útero da mulher, simulando um processo natural. Tem objetivo de aumentar significativamente as chances de fertilização, e

assim, chegar-se ao objetivo da gravidez.

2.5 Reprodução humana assistida *post mortem*

A evolução tecnológica dentro do campo da Bioética possibilitou além de todas as técnicas já mencionadas anteriormente no presente trabalho, a viabilidade de conservação de gametas por períodos de tempo não determinados, sendo isso possível através das modernas técnicas de criopreservação, que possibilita o armazenamento do material genético a temperaturas extremamente baixas, e poderá ser utilizado tempos depois de colhido o sêmen ou óvulo.

Eis que se torna possível a fecundação assistida *post mortem*, que consiste na técnica onde o material genético, seja do homem ou da mulher, é coletado e criopreservado em laboratório, para posteriormente, quando manifestação de vontade do companheiro, ser utilizado para inseminação e tentativa de procriação, ainda que o dono do material cujos gametas foram congelados já tiver falecido.

3 O DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Introdução ao direito das sucessões

O vocábulo “sucessão” vem do termo em latim *subcedere*, que possui o sentido precípua de transmissão, substituição. Numa tradução literal, a expressão quer dizer “uns depois dos outros”. Em termos jurídicos significa dizer que alguém tomou o lugar de outrem numa relação jurídica, ocorrendo então uma mudança dos titulares de bens, direitos e obrigações. Para Carlos Roberto Gonçalves (2023, p. 408), a palavra “sucessão”, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens. A sucessão no âmbito jurídico, dessa forma, pode se dar de maneira *inter vivos* ou *causa mortis*. A sucessão *inter vivos* é objeto de outros ramos do Direito Civil como o Direito das Coisas e o Direito de Família, enquanto a sucessão *causa mortis* é objeto exclusivo do Direito das Sucessões. Assim, o Direito das Sucessões cuida da transmissão de titularidade do patrimônio em razão da morte de algum indivíduo, que deixa

aos seus herdeiros o seu espólio, compreendendo o ativo (bens e direitos) e o passivo (obrigações, como as dívidas).

Maria Helena Diniz (2023, p.10) preceitua:

O direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou de testamento (CC, art.1786). Consiste, portanto, no complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão de bens ou valores e dívidas do falecido, ou seja, a transmissão do ativo e do passivo do *de cujus* ao herdeiro.

Eis que, com a morte do autor da herança, o espólio é transferido aos sucessores, que passam a ter a posição jurídica do finado, mantendo-se o título, o conteúdo e o objeto. O herdeiro insere-se na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém do *de cujus*. Insta salientar que há duas espécies de sucessão previstas no ordenamento jurídico brasileiro quanto à fonte que a derivam, quais sejam a sucessão testamentária e a sucessão legítima. A sucessão testamentária, como prediz o próprio nome, é aquela proveniente de testamento válido ou disposição de última vontade, enquanto a legítima diz respeito aos casos onde não há testamento, ou esse não é devidamente válido, passando-se a suceder as pessoas indicadas pela lei, obedecendo-se a ordem de vocação hereditária prevista no artigo 1829 do Código Civil, de modo genérico, descendente, ascendente, cônjuge sobrevivente e colaterais. Desse modo, dadas as perspectivas gerais, passa-se a analisar os aspectos inerentes ao Direito das Sucessões.

3.2 Momento da abertura da sucessão

A morte é pressuposto imprescindível para que se fale em direito sucessório, vez que não existe herança de pessoa viva (*viventis nulla est hereditas*). Conforme Maria Helena Diniz (2023, p. 13), “a morte é o fato jurídico que transforma em direito aquilo que era, para o herdeiro, mera expectativa; deveras, não há direito adquirido a herança senão após o óbito do *decujus*”. Surge a questão, portanto, do momento em que se dá a abertura da sucessão, ou seja,

o momento em que a herança é transmitida aos herdeiros legítimos e testamentários do falecido. Eis que o artigo 1784 do Código Civil de 2002 determina que: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Portanto, a sucessão se dá no exato momento da morte do falecido, onde seu espólio será transmitido imediatamente a seus herdeiros.

O artigo outrora mencionado se refere ao Princípio da Saisine, que disciplina justamente que a sucessão se abre somente com o óbito, seja real ou presumido (casos de pessoas ausentes, por exemplo, que desaparecem sem deixar notícias, observados devidamente os procedimentos legais) e os bens do *de cujus*, desde o momento da sua morte são transmitidos, pois, aos herdeiros. Insta salientar que essa transmissão é fictícia, simbólica, determinada pela lei para fins jurídicos, já que somente com o inventário essa transferência é legalmente oficializada. Além disso, frisa-se que assim como a posse é transmitida com a morte do autor da herança, também se transmite a propriedade.

3.3 Tipos de sucessão: legítima e testamentária

A sucessão pode ser dividida quanto à sua fonte, em legítima e testamentária. A sucessão legítima é aquela advinda da lei, e ocorre quando morre a pessoa sem testamento, quando os bens não forem compreendidos no testamento, ou ainda, se esse não for válido, considerado nulo ou caducar (Código Civil, art. 1788). A lei prevê uma ordem de vocação hereditária, no qual determina a preferência que se poderá herdar, consoante art. 1829 do Código Civil de 2002. É a regra geral e mais utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, vez que não é usual, num aspecto social, a utilização do testamento.

Lado outro, tem-se a sucessão testamentária. É utilizada quando o autor da herança, antes de sua morte, manifesta sua vontade para que seus bens sejam distribuídos. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2022, p. 20) definem a sucessão testamentária como “aquela em que a transmissibilidade da herança é disciplinada por um ato jurídico negocial, especial e solene, o testamento”. Salienta-se que, ainda por testamento, o autor da herança não pode dispor de seus bens de qualquer maneira, pois há a reserva da legítima, reservada aos ascendentes, descendentes ou cônjuge (herdeiros necessários), que possuem direito à metade

da herança por lei. Portanto, cabe ao dono do patrimônio dispor da outra metade, denominada porção disponível, conforme ensina o artigo 1789 do Código Civil de 2002.

O Código Civil vigente não obsta que ocorra simultaneamente as duas espécies de sucessão, vez que o autor da herança pode não englobar todo o seu espólio no testamento, ficando então a cargo da sucessão legítima a disposição dos outros bens.

3.4 Tipos de sucessores

Podem-se apontar três espécies de sucessores: os legítimos, os testamentários e os legatários. Herdeiros legítimos são aqueles indicados pela lei, conforme artigo 1829, *in verbis*

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I- aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II-aos descendentes, em concorrência com o cônjuge;

III-ao cônjuge sobrevivente;

IV- aos colaterais.

São chamados a suceder em ordem preferencial, de forma que o grau mais próximo exclui o mais distante. Assim, os herdeiros testamentários são os beneficiados pelo testador no ato de última vontade com uma parte ideal do acervo, sem individuação de bens, conforme conceituação de Carlos Roberto Gonçalves (2023). Por fim, legatários são os contemplados por testamento com bens individualizados, denominado como legado. O legado, diferentemente da herança não responde pelas dívidas do *de cujus*.

3.5 Legitimação para suceder

Pode-se dizer que três pressupostos merecem destaque para que se caracterize o direito sucessório. O primeiro deles, como foi visto, é a morte do autor da herança. Posteriormente, diz-se a vida do herdeiro, pois que este somente poderá herdar se no momento da morte do falecido, ele o sobreviva, ainda que por um instante. O último pressuposto faz referência à capacidade sucessória. O termo diz respeito à aptidão do herdeiro de receber a herança deixada pelo *de cujus*, capacidade esta que não pode estar envolta por determinado impedimento legal. Em termos gerais, é a legitimidade para ser herdeiro em determinada sucessão, podendo haver perda dessa capacidade, *v.g.* por indignação ou deserdação, ambos conceitos resguardados pelo Código Civil de 2002.

O artigo 1798 do Código Civil de 2002 corrobora com a menção anterior de que o sucessor tem que ser pessoa viva para ser herdeiro de herança deixada por um falecido, e dispõe sobre a questão do nascituro. Assim determina: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Com a leitura do mencionado artigo, tem-se que, como regra geral, para suceder, é necessário que a pessoa tenha vida no momento da abertura da sucessão. Exceção se faz presente no fato de que também é legitimado a suceder o feto que já tenha sido concebido, ou seja, já se encontre em ventre materno à época da abertura da sucessão. A lei resguarda os direitos inerentes ao nascituro em que pese os direitos sucessórios, tanto na sucessão legítima, quanto na sucessão testamentária, desde que se concretize o seu nascimento com vida. Portanto, com a morte do *de cujus*, seu espólio é transferido ao nascituro, mas essa transmissão somente se concretizará como seu futuro nascimento com vida, se caso se der o contrário, ou seja, o feto nascer morto, não há transferência do direito, pois que esse ainda não foi efetivado. Sobre o tema, Carlos Roberto Gonçalves (2023, p. 418) prediz:

“(...) se porventura nascer morto o feto, não haverá aquisição de direitos, como se nunca tivesse existido. Com isso, nem recebe, nem transmite direitos. Nesse caso, a herança ou quota hereditária será devolvida ao substituto testamentário, se tiver sido indicado, retroagindo a devolução à data da abertura da sucessão.”

Embora a expressa previsão constante no artigo 1798 do Código Civil de 2002, é possível

ainda que se deixe herdeiros não concebidos por testamento. A hipótese vem consagrada no artigo 1799, I, quando disciplina que podem ainda ser chamadas a suceder, através da sucessão testamentária “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”. O citado dispositivo faz referência a chamada prole eventual, que consiste em abarcar por meio do testamento, um indivíduo que ainda nem foi concebido, através de seus pais. Cuida esse inciso, então, de disciplinar a sucessão quando o autor do patrimônio, por testamento, indica uma pessoa, mas esta não será a contemplada pela herança, e sim, a sua prole, ou seja, os filhos da pessoa indicada, se ela os houver e se nascerem com vida. Imprescindível se faz que a pessoa indicada também tenha vida ao abrir-se a sucessão.

Não obstante, o Código Civil de 2002 não disciplina sobre a questão do embrião que foi concebido após a morte do genitor, através de inseminação artificial *post mortem*, provocando uma lacuna legislativa devido à crescente procura por métodos que possibilitem a reprodução assistida no mundo hodierno. Essa questão será devidamente aprofundada posteriormente em capítulo específico.

3.6 Da petição de herança

A petição de herança é uma ação exclusiva para herdeiros que foram esquecidos e não tiveram reconhecidos seu direito sucessório. Através dela, o herdeiro pode ter restituída sua herança, no todo em parte, de acordo com cada caso concreto, reavendo o que é seu. Preceitua o artigo 1824 do Código Civil de 2002: “O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua”. Flávio Tartuce (2023, p. 1475) exemplifica que “É o caso de um filho não reconhecido que pretende o seu reconhecimento posterior e inclusão na herança”. Não somente, o verdadeiro sucessor pode ter sido preterido, por exemplo, porque não era conhecido, porque não se encontrou testamento ou este veio a ser anulado, ou por se tratar de filho não reconhecido, conforme preceitua Carlos Roberto Gonçalves (2023).

Muito se discute sobre a prescrição na presente ação, que apresentava demasiadas discussões doutrinárias divergentes, uns entendendo que é imprescritível a ação de petição de

herança, enquanto outros aderiam não ser. Em que pese tais entendimentos, o atual Supremo Tribunal Federal, na Súmula 149, prescreveu: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”. É decisão também do STF que o termo inicial do lapso prescricional coincide com o momento da abertura da sucessão, pois que inexistente herança de pessoa viva, como já outrora mencionado.

4 O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO FECUNDADO POST MORTEM

4.1 Princípios fundamentais acerca do tema

A falta de regulamentação sobre os direitos sucessórios inerentes aos filhos póstumos provoca grande lacuna legislativa e consequentemente dúvidas na sociedade, visto que nada determina a participação ou não desse filho na divisão de herança de seu genitor. O Código Civil de 2002 somente trata de técnicas de reprodução assistida no artigo relacionado à presunção de paternidade, garantindo aos filhos póstumos qualquer direito relativo à herança. Trata-se de matéria dubitável, já que o dispositivo não garante, mas por outro lado também não proíbe, o que causa controvérsias. Sílvia de Salvo Venosa (2005, p. 256) assim afirma:

(...) advirta-se, de plano, que o Código Civil de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microsistema.

Da mesma forma, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (2005, p. 5) ensina que a fecundação artificial *post mortem* “(...) é temática aberta no nosso direito e, assim, apta as mais diversas interpretações. A questão polêmica é justamente definir qual a qualificação jurídica do nascido, mediante procriação artificial, ocorrida após a morte do *de cujus*.” Isso por que a falta de legislação impõe demasiada insegurança jurídica aos envolvidos no processo, tanto ao filho que fora concebido após a morte, quanto aos outros herdeiros beneficiados com a herança do falecido.

Enquanto não há respostas que possam solucionar todo esse problema, busca-se nas normas já estabelecidas possíveis soluções para que esses filhos não fiquem aquém de um direito que possa ser seu, ou que ainda, recebam algo injustamente. É valoroso nesses casos,

então, a análise de princípios para que se busque entender as delimitações do tema.

4.1.1 Princípio da igualdade entre os filhos

Importante faz-se sua análise, o princípio da igualdade entre os filhos se mostra grande conquista para a sociedade, vez que em tempos primórdios demasiada era a discriminação entre os filhos que não eram considerados legítimos. Somente esses detinham resguardados seus direitos, e os outros, não eram dignos nem de tão somente reconhecimento. A visão histórica dos filhos em tempos remotos já fora elucidada em capítulo anterior, a saber, 2.2.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi o dispositivo que proibiu a discriminação entre os filhos e garantiu a igualdade aos mesmos, não se aceitando mais as diferenciações e nomenclaturas que perduravam, tendo-se que a partir de então, filho é filho. O artigo 227, § 6º então determina: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Para o direito sucessório, bem como para os outros campos jurídicos, portanto, todos os filhos possuem iguais direitos, não se podendo excluí-los de qualquer maneira, senão os institutos de deserdação e indignidade, exceções jurídicas previstas no Código Civil de 2002.

4.1.2 Princípio do melhor interesse da criança

Com expressa previsão no caput do artigo 227 da Constituição Federal, o princípio do melhor interesse da criança constitui grande proteção às crianças e adolescentes no atual ordenamento, incluindo-as em todas as políticas públicas que possam verter às suas necessidades, de modo que, assim como prediz a nomenclatura de tal princípio, se faça o melhor interesse da criança. O mesmo princípio também é apresentado pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses da criança, onde é nomeado “*Best interest of the child.*” Portanto, fica a cargo da família, da sociedade e do Estado, como deveres em lei estabelecidos, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem todos os direitos inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, de modo que sejam garantidas todas as oportunidades e facilidades que possam facultá-los o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social (Art. 3º, ECA).

Indubitavelmente, esse princípio se aplica a todas as crianças, adolescentes e jovens, sem exceção, não se promovendo qualquer discriminação em nenhum sentido. Resta claro, pois, que aos filhos nascidos postumamente serão garantidos todos os direitos inerentes ao meio social, moral e psíquico, não se eximindo o direito sucessório, caso contrário, se estaria restringindo direito em contrapartida ao ordenamento.

4.1.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

Princípio de grande magnitude em campos jurídicos, a dignidade da pessoa humana é o princípio que garante todos os outros, vez que em geral, os princípios constituem uma forma de afirmar a mínima dignidade de um sujeito.

No direito das famílias, vêm sustentar a igualdade das instituições familiares, tendo em vista a sua pluralidade, não sendo uma superior à outra, além de garantir a igualdade entre os filhos. Portanto, cabe ressaltar que os filhos póstumos possuem igualdade de direitos assim como aqueles concebidos por vias naturais, ou por adoção ou ainda qualquer outra forma possível.

4.2 Resolução do conselho federal de medicina: disposições gerais acerca dotema

Tendo em vista a lacuna legislativa existente em que pese às técnicas de reprodução assistida e suas viabilidades, dada a importância e as inúmeras consequências que podem advir delas, restou à Medicina editar normas éticas para regulamentá-las.

A primeira norma que tratou acerca do tema foi introduzida no ordenamento brasileiro no ano de 1992 (Resolução CFM nº 1358/1992), e a partir de então vêm passando por inúmeras alterações. Houve atualização em 2010 com a Resolução CFM nº 1957/2010, seguida pela norma de 2013 (Resolução CFM nº 2013/13), posteriormente a Resolução CFM nº 2121/2015, revogada pela Resolução CFM nº 2168/2017, atualizada logo após pela Resolução nº 2294/2021 e chegando à Resolução que impera atualmente, a Resolução CFM nº 2320/2022.

Importante se faz essa evolução histórica, visto que em cada alteração, era considerada a realidade vivida em meio social, de modo que ideias que antes pudessem não estar englobadas na presente Resolução, fossem desenvolvidas *a posteriori*. A resolução 2320/2022 estabelece as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, “sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos,” ditando que ela deve ser seguida pelos médicos (Ementa da Resolução CFM 2320/22).

A possibilidade de realização da reprodução assistida *post mortem* vem contemplada na presente norma, quando estabelece, *in verbis* que “é permitida a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida, de acordo com a legislação vigente”. Ainda, aduz sobre a criopreservação de gametas ou embriões, indicando a manifestação de vontade que deve ocorrer, por escrito, quanto ao destino dos embriões criopreservados nas hipóteses prováveis de falecimento, divórcio, dissolução de união estável e se desejam doá-los.

O que pode-se depreender da análise minuciosa da Resolução 2320/22, em que pese a inseminação *post mortem* é a precisa necessidade de autorização expressa do cônjuge constatadas no desejo de ter um filho. A importância de tal ato se manifesta dada a presunção de paternidade prevista no Código Civil, a qual será abordada adiante.

4.3 A presunção de paternidade na inseminação artificial *post mortem*

O artigo 1597 do Código Civil de 2002 trata de algumas presunções de paternidade decorrentes das relações de parentesco, reconhecendo concebida a prole na constância do casamento. O inciso III trata da presunção de paternidade garantida ao filho que foi concebido após a morte do genitor. Essa presunção, no entanto, se dá ao filho póstumo concebido através de fecundação artificial homóloga, ou seja, aquela em que são utilizados gametas do próprio casal, sendo da mesma maneira o inciso IV, ao tratar das concepções através de embriões excedentários. O inciso V, em contrapartida, garante a presunção de paternidade aos havidos através de fecundação artificial heteróloga, quando são utilizados gametas de doadores, e dessa forma, é necessário o consentimento expresso do falecido para que o material seja utilizado e consequentemente, seja exigida a presunção de paternidade. Sobre o tema, Paulo Lôbo (2003, p.51) aduz que:

O uso do material genético do falecido tem como requisito o consentimento expresso de que será utilizado para esse fim. Logo, o outro cônjuge não poderá exigir da clínica de reprodução assistida para que seja nela inseminado o material genético do falecido, uma vez que não será objeto de herança. A paternidade deve ser consentida, caso contrário o uso não autorizado do sêmen não acarreta em atribuição de paternidade.

Dessa forma, a presunção de paternidade é reconhecida aos filhos póstumos, concebidos através de inseminação artificial, nos casos de o falecido deixar consentimento expresso, mas não há disposição sobre os seus direitos sucessórios, ficando a dúvida se esses filhos deixariam de receber parte do quinhão hereditário pelo momento da concepção.

4.4 As posições doutrinárias divergentes sobre a viabilidade ou não do direito sucessório do embrião fecundado *post mortem*

Tendo em vista a lacuna legislativa existente acerca da viabilidade ou não de se reconhecer o direito sucessório ao filho concebido *post mortem*, a doutrina busca enfrentar a problemática. Há, atualmente, duas correntes basilares que englobam a temática, a corrente que defende a possibilidade de garantia do direito sucessório ao filho póstumo e a que nega. A seguir serão analisadas ambas as correntes, com os respectivos autores precursores e as concepções utilizadas como justificativa para as ideias defendidas.

Como ponto de partida, a primeira corrente a ser explanada é a que nega o direito sucessório ao filho concebido postumamente, chamada de corrente restritiva. De maneira geral, os defensores dessa ideia são consubstanciados pelo fato de que a morte seria um fato que revoga a manifestação de vontade outrora empregada pelo falecido, dada pela sua permissão na utilização da técnica de inseminação artificial, ainda que houvesse consentimento prévio por escrito, conforme determina a Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Contrariamente, a corrente que admite a possibilidade de se garantir os direitos sucessórios se justifica devido à princípios e normas garantistas presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Aos defensores dessa corrente, não seria plausível a distinção do filho havido por inseminação artificial após a morte do genitor, haja vista o momento de sua concepção. Como o procedimento não é proibido pela legislação, e pretendendo os pais possuir descendentes, o filho não poderia ser prejudicado pelos motivos expostos.

Conforme a doutrina de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, quanto aos efeitos da fecundação *post mortem*, pode-se apresentar também divergências, situação em que a doutrina apresenta três posições, duas delas seguindo a linha da corrente restritiva e uma que faz jus a corrente que admite o direito sucessório. A primeira delas, chamada de excludente, aduz que ao filho concebido postumamente não seria resguardado nenhum direito, tanto no ramo do Direito das Famílias, quanto no ramo do Direito das Sucessões. Ainda, os defensores dessa corrente acreditam que não é viável a realização do procedimento de inseminação *post mortem*,

aduzindo que o ordenamento jurídico brasileiro deveria coibir essa prática, assim como acontece em países como a Alemanha e a Suécia.

Como adepta desse posicionamento tem-se Mônica Aguiar, a qual o defende firmemente e acredita que ainda que o falecido tenha deixado expressamente seu consentimento para a realização do processo, a morte é condição que anula a manifestação de vontade outrora deixada. Conivente com esse pensamento, tem-se o doutrinador Jesualdo Eduardo de Almeida, por fazer uma leitura estrita à norma, entendendo que se o embrião não é pessoa nascida e nem concebida, não há que se falar em garantir a ele direito sucessório algum, assim como determina o artigo 1798 do Código Civil de 2002.

A segunda posição é chamada de relativamente excludente, que difere da excludente, visto que enquanto esta nega direito referentes ao direito das famílias e direitos sucessórios, aquela somente nega os direitos relativos ao Direito das sucessões. Ou seja, a corrente relativamente excludente garante o reconhecimento de paternidade ao filho póstumo, *v.g.*, mas não possibilita que essa criança seja possuidora da herança deixada pelo seu genitor, posição esta defendida por Guilherme Calmon Nogueira da Gama.

A última corrente a ser abordada, é designada por Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho como inclusiva. Diferentemente das anteriores, os defensores dessa posição entendem que os filhos havidos por inseminação artificial após a morte do genitor não podem ser diferenciados dos demais, reconhecendo a eles todos os seus direitos que possuam, ou seja, direito ao reconhecimento de paternidade e os outros inerentes ao Direito das Famílias, além dos direitos sucessórios.

As justificativas utilizadas para explicar essa corrente se embasam em vários fatos. Primeiramente, não há norma jurídica que proíba a técnica de reprodução assistida *post mortem*, pelo contrário, há a expressa aceção da técnica pelo Código Civil de 2002 ao tratar da presunção de paternidade, muito embora inexistam menção aos direitos sucessórios. Paralelamente, os defensores dessa corrente afirmam que os princípios inerentes a filiação devem ser respeitados. Assim, como já explicitado anteriormente, o melhor interesse da criança, a dignidade da pessoa humana, o planejamento familiar responsável, a igualdade entre os filhos, etc. devem ser considerados e ressaltados nesses casos para que os filhos não se vejam aquém.

Entende-se que, estabelecendo a Constituição Federal de 1988 ser livre o planejamento familiar e havendo a devida autorização expressa pelo falecido, seria inconstitucional coibir a prática da inseminação artificial, visto que prejudica e/ou impossibilita diretamente àqueles que desejam ter filhos e por motivos alheios à sua vontade, não pode tê-los. Percebe-se que ao proibir a prática do procedimento da técnica de reprodução assistida em questão ou ao não reconhecer os direitos sucessórios ao embrião fecundado postumamente, há uma contraposição com princípios constitucionais que deveriam estar resguardados a todos, sem exceção.

Esse é o entendimento da doutrina majoritária, podendo ser citados Sílvia de Salvo Venosa, Paulo Bonavides, Bruno Torquato de Oliveira Neves, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Maria Berenice Dias, entre outros.

Por estas razões, compreende-se que a melhor corrente a ser defendida é a inclusiva. Isso porque não pode-se promover a discriminação, nesses casos, a distinção entre filhos, sendo proibição expressa prevista na Constituição da República Federal de 1988. A inseminação artificial *post mortem* é uma técnica de reprodução assistida prevista na Resolução do Conselho Federal de Medicina que, embora não possua dominação legislativa, trata especificamente do tema. O Código Civil de 2002 ainda menciona tal prática em que pese à presunção de paternidade. Nestes termos, denota-se que não há proibição alguma no ordenamento pátrio que impeça a realização de tal procedimento e pressupõe outro motivo para a garantia do direito sucessório ao filho póstumo.

Ademais, uma vez concebido o embrião, devem ser preservados todos os direitos inerentes ao nascituro, e da mesma forma, os direitos do filho devem ser resguardados com o seu nascimento com vida. Negar o direito sucessório a um filho que foi esperado por um casal, embasado na liberdade familiar, no planejamento familiar responsável, seria impensável tendo em vista que esse desejo se afirmou numa manifestação de vontade dos genitores.

Em consonância com o disposto acima, Maria Berenice Dias (2011, p. 123- 124) ainda afirma que o filho póstumo

Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários. (...) Vedar reconhecimento e direito sucessório a quem foi concebido mediante

fecundação artificial post mortem pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada. Pune-se o desejo de realizar um sonho.

Nas mesmas linhas, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (2005, p. 5) manifesta:

O simples fato da criança existir e uma vez comprovada a relação de parentesco já seria suficiente para fazer inserir, na ordem de vocação hereditária, um herdeiro legítimo, da classe dos descendentes, de primeiro grau, na condição de filho, com direito à sucessão.

Portanto, em casos de inseminação artificial homóloga, ou seja, em que os gametas utilizados derivam do próprio casal, constatada a paternidade, não há que se falar em exclusão do filho para a sucessão da herança do *de cujus*, ou ainda nos casos de inseminação artificial heteróloga com expressa autorização do falecido marido, sendo casos estes de filhos legítimos em que a paternidade é presumida, conforme determina o artigo 1597 do Código Civil de 2002. Mesmo fecundados após a morte, serão considerados filhos legítimos, devendo ser respeitada a ordem de vocação hereditária e garantindo a eles todos os direitos sucessórios inerentes aos herdeiros.

4.5 Projetos de lei em tramitação acerca do tema

Há, na Câmara dos Deputados, projetos de lei que visam garantir o direito sucessório do filho concebido *post mortem*. Aqui, serão abordados dois que disciplinam a questão. O Projeto de Lei nº 1.218 de 2020, apresentado pelo Ex- Deputado Federal Alexandre Frota, busca alterar o artigo 1798 do Código Civil, o qual discorre justamente sobre os legitimados à sucessão, *in verbis*: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. A proposta sugere a alteração do artigo supracitado, que passaria a vigorar como sendo, nos mesmos termos:

Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão bem como os filhos gerados por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança, desde que:

I- os cônjuges ou companheiros expressem sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los, através:

- a) testamento particular ou público; ou
- b) documento assinado em clínica, centros ou serviços médico-hospitalares, todos devidamente cadastrados e reconhecidos pelo Conselho Federal de Medicina ou Conselhos Regionais de Medicina.

II- nos casos de necessidade de gestação em útero diversos a um dos cônjuges, será obedecido o disposto na legislação vigente ou na Resolução do Conselho Federal de Medicina ou determinação judicial (NR).

Esse projeto de lei encontra-se em tramitação, apensado ao projeto de lei 9403/17, de iniciativa do Ex-Deputado Federal Vitor Valim. Outro projeto de lei que pode ser citado é o de número 115/2015, que também encontra-se em tramitação, de iniciativa do Deputado Federal Juscelino Rezende Filho. Este, visa instituir o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis, conforme afirma a Ementa do projeto de lei. Encontra-se apensado ao PL 4892/2012.

Como não bastasse, existem ainda outros projetos de lei tramitando hodiernamente acerca do assunto, dada a questionável lacuna legislativa que deriva da problemática. Percebe-se a importância do assunto e a incidência com que se pode deparar com demandas sobre o direito sucessório do embrião concebido *post mortem*. Importante se faz, portanto, dar continuidade a esses projetos apresentados pelos parlamentares, que entendem a simbologia de se resguardar direitos ao filho póstumo.

4.6 Prazo para pleitear o direito sucessório através da petição de herança: direito à sucessão x segurança jurídica

A partir do momento em que se garante o direito sucessório ao embrião fecundado *post mortem* surgem celeumas que precisam ser enfrentadas e notoriamente, também são objeto de discussão na doutrina hodierna. Dentre eles, o prazo que o filho póstumo pode requerer sua parte na herança é um tema bastante discutido, visto que alguns doutrinadores entendem que embora esse direito deva ser concedido, não pode prejudicar os demais direitos dos outros herdeiros.

Tem-se aqui, portanto, um conflito, onde de um lado se apresenta o direito à sucessão do filho póstumo, e lado outro, o direito à segurança jurídica dos demais herdeiros. Essa segurança jurídica se mostra pertinente, visto que caso não haja um prazo para que o filho gerado após a morte do genitor possa recorrer de seus direitos sucessórios, a partilha nunca se concretizaria, eivando os demais herdeiros de dúvidas sobre a disposição de seu quinhão hereditário.

A petição de herança, cuja previsão se faz constante no artigo 1824 do Código Civil de 2002, é a possibilidade de um herdeiro outrora excluído da partilha reivindicar seus direitos, de forma que não os perca, ainda que após o inventário. Há, atualmente, a Súmula 149 do STF, que prevê não ser imprescritível a ação de petição de herança. Portanto, é pacífico o entendimento de que a petição de herança deve ser requerida em determinado prazo, sendo alvo de dúvidas qual prazo deve ser respeitado.

Inicialmente, falava-se em um lapso temporal em que a mulher deveria realizar a inseminação. Esse é o entendimento de Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho (2005), que complementa afirmando que seria necessário que o falecido deixasse documento escrito e expresso para que a realização da inseminação artificial ocorresse em até dois anos depois de sua morte, tendo igual prazo os casos em que o *de cujus* não se manifestasse quanto a prazo algum. Esse lapso temporal de dois anos surge da determinação do artigo 1800, § 4º do Código Civil, ao tratar da prole eventual, que estabelece *in verbis*: “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”.

Maria Berenice Dias (2011), em contrapartida, entende que não é possível estabelecer um prazo de apenas dois anos para que a mulher concretize a inseminação, e que assim o fazendo, estaria a prejudicar a herança que pertença ao filho concebido postumamente, pois não

é aceitável discriminá-los. Dessa forma, considerando a petição de herança uma ação condenatória e patrimonial, e não se obtendo previsão legal que trate dela especificamente, aduz doutrina majoritária que a prescrição da petição de herança seguirá o prazo previsto no artigo 205 do Código Civil de 2002, qual seja, dez anos.

Insta salientar que esse prazo somente começa a ser contado a partir dos dezesseis anos do filho póstumo, visto que não corre a prescrição contra os absolutamente incapazes (Art. 198, I do Código Civil de 2002).

Corroborando com o supramencionado, entende-se que o prazo prescricional que melhor se adequa a situação em questão é o prazo de dez anos, previsto no artigo 205 do CC/2002. Isso porque o prazo de dois anos limita a mulher em realizar a inseminação em um lapso temporal que se mostra ínfimo diante as circunstâncias. Ainda, a aplicação desse prazo seria utilizado de maneira análoga à inseminação artificial *post mortem*, já que o Código Civil atual trata, no artigo 1800, da hipótese da prole eventual, ou seja, da possibilidade de se deixar herdeiro não concebido através dos filhos de pessoa viva pela via testamentária. Não há prazo específico para a inseminação artificial *post mortem*, sendo conveniente utilizar-se o prazo geral do artigo 205 do Código Civil de 2002.

Percebe-se, outrossim, a necessidade de regularização dessas normas pelo direito para que se assegure a justiça a todos, e não haja inconformismos que tutelem a perda de direitos que em tese, deveriam ser resguardados. É possível vislumbrar os demasiados imbróglios advindos da doutrina, quando não há pacificação de determinadas normas, podendo causar prejuízos inatingíveis a algum indivíduo. Importante se faz, portanto, o olhar atento ao cabimento de direitos sucessórios ao embrião fecundado *post mortem*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família, desde tempos remotos, sempre fora de grande importância para a sociedade. Naqueles tempos, deparava-se com um estilo de família matrimonialista, onde o casal, devidamente casado seguindo as normas de sua religião, buscava os frutos do matrimônio: os filhos. No entanto, não raras vezes, problemas de fecundidade eram denotados, se deparando esses casais com algum diagnóstico em que o filho não poderia ser concebido através das vias naturais. Havia grande preconceito com problemas de infertilidade, principalmente no que tange as mulheres, sendo elas muitas vezes julgadas e abandonadas.

Com o avanço da tecnologia, a medicina permitiu que inovações buscassem dirimir

esses problemas, dando aos casais recursos senão as vias de fato para a concepção de uma criança. Eis as técnicas de reprodução assistida, que permitem o manuseio de gametas em casosem que há percepção de problemas seja no homem ou na mulher.

A inseminação artificial e a fertilização *in vitro* são as técnicas de reprodução humana assistida mais comuns, muito embora o termo englobe qualquer interferência médica onde há o manuseio de gametas. No entanto, no ordenamento jurídico vigente, o legislador deixou de resguardar totalmente essas técnicas. Isso porque o único dispositivo que faz menção à elas, é o atual Código Civil de 2002, no artigo 1597, que trata da presunção de paternidade.

Concomitante a isso, a área médica inovou ainda mais, sendo que atualmente, é possível a criopreservação de gametas, ou seja, os gametas podem ser devidamente congelados para futura fecundação. Isso é possível através da inseminação artificial, e, diante disso, surge a questão da possibilidade de inseminação *post mortem*. Trata-se da técnica normalmente utilizada, porém após a morte do genitor, desencadeando contratempos jurídicos que podem se tornar demasiadas complicações.

O presente trabalho tratou de cuidar da problemática advinda do direito sucessório, tendo em vista a grande lacuna legislativa existente em que pese a sucessão desse filho que fora concebido postumamente. Isso porque o artigo 1798 do Código Civil de 2002 disciplina que somente as pessoas vivas e já concebidas são legitimadas a suceder. Mas nada trata do embrião criopreservado, que não se enquadra como pessoa e nem como nascituro.

Toda essa problemática traz inseguranças jurídicas àqueles que podem vir a se valer de tal técnica, já que não há lei que trata acerca do assunto. O Conselho Federal de Medicina, diante de disparidades no meio, tratou de regulamentar a matéria através de resoluções, para que houvesse consenso nos procedimentos. Dessa forma, têm-se atualmente a Resolução nº 2320 de 2022 que cuida das técnicas de reprodução humana assistida, mas sabe-se que a temática ainda é problematizada, já que a resolução não possui força de lei.

Dessa forma, a doutrina se divide diante de determinados posicionamentos. Há aqueles que defendem que essas técnicas não deveriam ser tão somente aceitas na sociedade, assim como ocorrem em outros países. Cita-se ainda os que defendem a ideia de que, apesar de poder ser aceita, a inseminação artificial *post mortem* não detém efeitos sucessórios, ou seja o filho concebido postumamente não teria direito à herança de seu pai, mas tem direito ao reconhecimento de paternidade, direito resguardado no Direito das Famílias.

Outrora, merece destaque outra corrente que fora defendida no presente trabalho. É aquela em que o filho póstumo tem resguardado tanto seu direito sucessório, quanto o de reconhecimento de paternidade. A Constituição da República Federativa do Brasil possui como

garantia a proteção da pessoa dos filhos de forma igualitária. O Princípio da Igualdade dos Filhos abomina qualquer discriminação, principalmente em que pese a filiação, como era feito em tempos remotos. Atualmente, não importa como o filho fora gerado, se dentro ou fora do casamento, etc., ele não poderá ser discriminado. Deixar um filho fora da herança seria uma forma de diferenciá-lo e entende-se que dessa maneira, não poderia acontecer. Além disso, a Constituição de 1988 protege a criança, oferecendo a ela o melhor para sua vida e seu crescimento, tendo como base o Princípio do melhor interesse da criança.

Ainda, pode ser citado o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, basilar a quaisquer outros princípios que podem ser aqui citados, já que os outros deste derivam. A qualquer pessoa, deve ser garantido o mínimo de dignidade possível e, sendo o planejamento familiar de livre responsabilidade do casal, respeitando-se a vontade dos mesmos, e devidamente obedecendo-se aos deveres da Resolução nº 2320/22, como a norma que diz que deve haver prévio consentimento do falecido para que a inseminação possa se efetuar, entende-se não ser plausível negar o direito sucessório ao filho concebido *post mortem*.

Ademais, cumpre destacar que esse direito poderia ser pretendido dentro do prazo geral de dez anos, através de ação de petição de herança, prazo esse razoável para que não coloque em risco a segurança jurídica dos demais herdeiros. Assim sendo, é notório que a questão acerca desses direitos sucessórios devem ser regulados pelo atual ordenamento, para que preserve os direitos inerentes à todos, sem que cause demasiados prejuízos a ninguém. Importante se faz tal regulação diante de tantas inovações tecnológicas ocorridas corriqueiramente, principalmente na área da Medicina.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 115, de 2015**. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Brasília, Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/945504>>. Acesso em: 24 de maio de 2023.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1218, de 2020**. Altera a redação do art. 1798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para estabelecer direito à sucessão de filho gerado por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança. Brasília, Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2242307>>. Acesso em: 24 de maio de 2023.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático (...) promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. In: Vade Mecum (Série Vade Mecum), p. 17-95. São Paulo: Rideel, 2022.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Vade mecum**. (Série Vade Mecum), p. 151-241. São Paulo: Rideel, 2022.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. **Súmula nº 149**. É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança. Disponível em <portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30sumula=1986>. Acesso em: 13 de abr. de 2023.

CJF-Enunciados. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/47>>. Acesso em: 26 de abr. de 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. *Ebook*.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Ed. 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Sucessões**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 37. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *Ebook*

FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/8>>. Acesso em: 13 de maio de 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 9. ed. São Paulo. SaraivaJur, 2022. *Ebook*

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3: Responsabilidade Civil – Direito de Família – Direito das sucessões**. 10. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *Ebook*

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 51).

Resolução CFM nº 2320/2022. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida (...). Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/resolucoes/BR/22/2320_2022.pdf>. Acesso em: 24 de maio de 2023.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume único**. 13.ed. Rio de Janeiro. Método, 2023. *Ebook*

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil direito de família**. 5. ed. V. 6. São Paulo: Atlas, 2005.

