

**FAMIG – FACULDADE MINAS GERAIS
VALDEIR LEITE FONSECA**

**O DIREITO SUCESSÓRIO DOS FILHOS CONCEBIDOS POR FECUNDAÇÃO
HOMÓLOGA POST-MORTEM**

Belo Horizonte

2020

VALDEIR LEITE FONSECA

**O DIREITO SUCESSÓRIO DOS FILHOS CONCEBIDOS POR FECUNDAÇÃO
HOMÓLOGA POST-MORTEM**

Monografia apresentada a Famig – Faculdade Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientadora: Roberta Salvático

Belo Horizonte

2020

VALDEIR LEITE FONSECA

**O DIREITO SUCESSÓRIO DOS FILHOS CONCEBIDOS POR FECUNDAÇÃO
HOMÓLOGA POST-MORTEM**

Monografia apresentada a Famig – Faculdade Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

_Prof. Dr. (Nome do Professor)
Orientador (Instituição de Origem)

_Prof. Ms. (Nome do Professor)
Membro (Instituição de origem)

_Prof. Dr. (Nome do Professor)
Membro (Instituição de origem)

RESUMO

A fecundação homóloga *post mortem* é uma técnica de reprodução assistida que possibilita a concepção de um filho após o falecimento do seu pai biológico com a utilização do material genético (sêmen) criopreservado. A utilização desta técnica é considerada uma grande evolução científica, porém vem causando grandes controvérsias jurídicas no campo do direito de família e direito sucessório, uma vez que o art. 1597, III do Código Civil/2002, dispõe que os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, presumem-se concebidos na constância do casamento, já o art. 1798 do mesmo diploma, diz que legitimam-se a suceder, as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Dessa forma, em tese, os filhos fruto de inseminação artificial homóloga *post mortem* não seriam reconhecidos como herdeiros e como não há legislação própria, o assunto vem sendo discutido pela doutrina e pela jurisprudência. Sendo assim, o presente estudo visa analisar, de forma sistemática, o disposto no Código Civil brasileiro, as posições existente sobre o assunto e a necessidade de regulamentação a fim de proporcionar segurança jurídica.

Palavras-chave: Direito sucessório. Inseminação artificial homóloga. Presunção de paternidade. Igualdade entre os filhos.

ABSTRACT

Homologous post-mortem fertilization is an assisted reproduction technique that allows the conception of a child after the death of his biological father with the use of cryopreserved genetic material (semen). The use of this technique is considered a great scientific evolution, however it has been causing great legal controversies in the field of family law and inheritance law, since art. 1597, III of the Civil Code / 2002, provides that the children born by artificial fertilization, even if the husband deceased, are presumed conceived in the constancy of the marriage, already art. 1798 of the same diploma, says that people born or already conceived at the time of the opening of the succession are entitled to succeed. Thus, in theory, children born from post mortem homologous artificial insemination would not be recognized as heirs and as there is no legislation of their own, the subject has been discussed by doctrine and jurisprudence. Therefore, the present study aims to systematically analyze the provisions of the Brazilian Civil Code, the existing positions on the subject and the need for regulation in order to provide legal certainty.

Keywords: Succession law. Homologous artificial insemination. Presumption of paternity. Equality between children.

LISTA DE SIGLAS

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CC - Código Civil
CF - Constituição Federal
CFM - Conselho Federal de Medicina
CPC - Código de Processo Civil
DNA - deoxyribonucleic acid (ácido desoxirribonucleico)
SisEmbrio - Sistema Nacional de Embriões
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	10
2.1 Transmissão da herança.....	10
2.2 Formas de sucessão e tipos de sucessores.....	15
2.2.1 Sucessão legítima	15
2.2.2 Sucessão testamentária	18
3 ASPECTOS GERAIS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	21
3.1 A evolução das técnicas de reprodução humana assistida	21
3.2 Técnicas de reprodução assistida existentes	23
3.3 Regulamentação das técnicas de reprodução humana assistida.....	25
3.4 Direito à procriação.....	27
4 O DIREITO DE HERANÇA DOS FILHOS CONCEBIDOS POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL <i>POST MORTEM</i>.....	29
4.1 A fecundação artificial post mortem.....	29
4.2 A presunção de paternidade e o princípio da igualdade entre os filhos	31
4.3 Efeitos da fecundação artificial <i>post mortem</i> nos direitos de família e sucessões.....	35
4.4 Direito comparado.....	42
5 CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

A ciência e a medicina estão em constante evolução e os conhecimentos adquiridos pelos pesquisadores são de extrema importância para promover a melhoria da qualidade de vida dos indivíduos, o que ocorre através da descoberta de novos tratamentos ou aperfeiçoamento dos processos já existentes.

Nesse contexto, destaca-se a reprodução humana assistida, que pode ser conceituada como um conjunto de técnicas médicas que objetivam viabilizar a concepção de forma alternativa a relação sexual, em casais que apresentem problemas reprodutivos, ou até mesmo possibilitar que casais homossexuais e pessoas sozinhas possam gerar seus próprios filhos, o que seria impossível caso tais técnicas não existissem.

Conforme será demonstrado no decorrer deste estudo, existem diversas técnicas de reprodução humana assistida e sua aplicação dependerá do caso concreto. Dentre estas, destaca-se a inseminação artificial homóloga *post mortem*, que ocorre quando a mulher utiliza o sêmen criopreservado do próprio cônjuge ou companheiro após o falecimento deste para realizar a fecundação do óvulo.

Em relação a filiação do concebido *post mortem* verificou-se que não existem controvérsias, uma vez que o próprio Código Civil de 2002 reconhece que há presunção de paternidade em relação aos filhos havidos a qualquer tempo em decorrência da fecundação artificial homóloga.

A procura pela reprodução humana assistida vem aumentando consideravelmente, porém a falta de regulamentação específica, especialmente no caso da inseminação artificial homóloga *post mortem*, gera grande insegurança jurídica, principalmente em relação ao direito sucessório, pois o Código Civil vigente demonstra-se insuficiente para dar uma solução no caso concreto.

Dessa forma, o objetivo deste estudo é analisar a fecundação homóloga *post mortem* e a existência ou não do direito sucessório do concebido por este método, uma vez que as posições doutrinárias são bastante divergentes. O Código Civil

reconhece que são legítimas para suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão e que a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

A simples análise dos dispositivos do Código Civil, que não é suficiente, indica que o filho fruto de inseminação artificial homóloga *post mortem*, em tese, não seria reconhecido como herdeiro, apesar de a prática ser permitida no país e existir presunção de paternidade nestes casos.

Para apresentar uma possível solução a esta celeuma, partiu-se do pressuposto de que o princípio da igualdade entre os filhos é um dos meios pelos quais se efetivam os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, especificamente os direitos sucessórios e de filiação, materializando os preceitos da proteção integral, consagrados na Constituição Federal de 1988 e replicados no Estatuto da Criança e do Adolescente, em observância à dignidade da pessoa humana.

Para o desenvolvimento do tema, o estudo foi estruturado em três capítulos que versam sobre direito sucessório, técnicas de reprodução assistida e o direito de herança do concebido por fecundação homóloga *post mortem*.

O método empregado para a produção desta pesquisa foi o dedutivo, onde o pesquisador inicia os estudos partindo de argumentos gerais para argumentos específicos. Para a construção da pesquisa foram reunidas referências bibliográficas e documentais, como doutrina, artigos, legislação, jurisprudência e pesquisa a sites especializados.

Dessa forma, o segundo capítulo deste estudo foi destinado a demonstrar os aspectos gerais do direito sucessório no ordenamento jurídico brasileiro, como se dá a transmissão da herança, as formas de sucessão e tipos de sucessores. A morte é o evento que dá início a abertura da sucessão, momento em que os bens do falecido são transmitidos imediatamente aos herdeiros legítimos ou testamentários. A transmissão da herança tem como norte o princípio sucessório da *saisine*, uma das regras fundamentais do direito das sucessões.

A reprodução humana assistida é tratada no terceiro capítulo. Para compreensão do tema torna-se imperioso demonstrar a evolução destas técnicas, os métodos existentes, as normas que regulamentam o procedimento, o direito constitucional à procriação e ao planejamento familiar, que permitem ao indivíduo, com base na sua autonomia, vontade e liberdade, escolher se deseja ou não ter filhos e o momento adequado para isso.

No quarto e último capítulo será discutido o direito de herança do concebido *post mortem*, ponto central deste estudo. Através da análise das posições doutrinárias existentes, serão verificados os efeitos da fecundação artificial *post mortem* no direito sucessório e de família. Dessa forma, serão apontadas as implicações da falta de regulamentação do tema no direito sucessório, bem como a existência da presunção de paternidade e o princípio da igualdade entre os filhos, princípio este que busca estabelecer uma relação de paridade entre estes, abolindo qualquer conduta que seja discriminatória ou que prejudique algum direito. Por fim, por meio do direito comparado, será verificado como o assunto é tratado por outros países.

2 DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 consagra o direito a herança como um direito fundamental positivado no art. 5º, XXX, que garante a determinados indivíduos, por força de lei ou por meio de testamento, o direito de haver para si os bens do antigo titular após seu falecimento.

O direito das sucessões é tratado no Livro V do Código Civil de 2002 (CC/2002), do art. 1.784 ao art. 2027. No campo processual, a matéria encontra-se normatizada nos arts. 982 a 1.045 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

De acordo com Flávio Tartuce (2019), o Direito das Sucessões é um ramo do Direito Civil que tem como objeto as transmissões de direitos e deveres de uma pessoa a outra após o falecimento da primeira, por disposição de última vontade, através do testamento ou por determinação da lei.

Maria Helena Diniz define o Direito das Sucessões como:

O conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude da lei ou de testamento (CC, art. 1.786). 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 cuius* ao herdeiro (DINIZ, 2013, p. 17).

Dessa forma, verifica-se que o direito das sucessões é responsável por regulamentar um importante direito fundamental no que tange ao caráter patrimonial que é o direito de herança, tema a ser estudado neste capítulo.

2.1 Transmissão da herança

De acordo com o artigo 1.784 do CC/2002, “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. A morte é o termo que põe fim a existência da pessoa natural e marca a abertura da sucessão, momento em que o patrimônio do *de cuius* é transmitido imediatamente aos herdeiros, por força de lei ou por disposição de última vontade.

Verifica-se que a morte é um fato jurídico que gera grandes consequências na esfera do direito patrimonial e subdivide-se em morte real, onde há corpo presente e morte presumida com ou sem declaração de ausência, nestas duas últimas o corpo não é encontrado.

A morte real é aquela em que o corpo está presente e é constatada quando verificada a inatividade cerebral, conforme descrito no art. 3.º da Lei 9.434/1997, que trata da remoção de órgãos para fins de transplante.

De acordo com o art. 77 da Lei 6.015/1973, que dispõe sobre os registros públicos, para que o atestado de óbito seja confeccionado nos casos de morte real, deve ser precedido do atestado de um médico ou não havendo médico no local da morte, será aceita a declaração de duas pessoas qualificadas que tiverem presenciado ou verificado a morte.

A morte presumida sem declaração de ausência está prevista no art. 7º, I e II do CC/2002 e poderá ocorrer nas hipóteses em que “for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida”, como por exemplo desabamentos, deslizamentos, enchentes, entre outros eventos ou, “se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra”.

Importante destacar que, conforme o parágrafo único do artigo supramencionado, a declaração de morte presumida, nestas hipóteses, somente poderá ser requerida após esgotadas todas as buscas e averiguações. A data provável do falecimento será decretada na sentença.

Uma terceira hipótese de morte presumida sem declaração de ausência encontra-se prevista no art. 1º da Lei 9.140/1995:

Art. 1º São reconhecidos como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, desde então, desaparecidas, sem que delas haja notícias (BRASIL, 1995).

A morte presumida com declaração de ausência é tratada nos artigos 22 a 39 do Código Civil de 2002, possui procedimento mais complexo e demorado do que a morte decretada sem declaração de ausência e será constatada quando a pessoa desaparecer do seu domicílio e dela não haver qualquer notícia.

Na primeira fase, onde se dá a curadoria dos bens do ausente, se o desaparecido não tiver deixado representante ou procurador com poder para administrar os bens, o juiz, mediante requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomeará um curador. O mesmo se aplica se o desaparecido tiver deixado mandatário e este não quiser ou não puder exercer o mandato ou se seus poderes não forem suficientes para administrar os bens.

Nesta fase, de acordo com o art. 745 do CPC/2015, o juiz mandará publicar editais na tentativa de informar o ausente sobre o processo e chamá-lo a tomar novamente a posse dos seus bens:

Art 745. Feita a arrecadação dos bens, o juiz mandará publicar editais na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 1 (um) ano, ou, não havendo sítio, no órgão oficial e na imprensa da comarca, durante 1 (um) ano, reproduzida de 2 (dois) em 2 (dois) meses, anunciando a arrecadação e chamando o ausente a entrar na posse de seus bens (BRASIL, 2015).

Após o prazo, os interessados poderão requerer a abertura da sucessão provisória, pedir que sejam citados pessoalmente os herdeiros e o curador e por edital o ausente, para que possa requerer habilitação, conforme art. 745 §§ 1º e 2º do CPC/2015, passando-se assim a segunda fase deste procedimento.

Na segunda fase, onde ocorre a sucessão provisória, o art. 26 do CC/2002 dispõe que após um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou três anos se ele deixou representante ou procurador, poderá ser declarada a ausência e aberta a sucessão provisória.

De acordo com Flávio Tartuce (2019), o § 1.º do art. 745 do CPC/2015 revogou tacitamente o art. 26 do CC/2002, uma vez que o dispositivo do CPC é norma posterior e trata inteiramente da matéria e a atual redação do CPC é no sentido de

que o requerimento da sucessão provisória poderá ser feito após o fim do prazo previsto no edital. O art. 1.163 do revogado CPC de 1973, fazia referência ao prazo de um ano “da publicação do primeiro edital, sem que se saiba do ausente e não tendo comparecido seu procurador ou representante”. Com o advento do CPC/2015 e a revogação tácita do art. 26 do CC/2002, o autor entende que deve ser considerado o prazo fixado no edital e não mais um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou a existência de representante ou procurador, passando-se três anos.

O parágrafo § 4º do artigo 745 do CPC/2015 dispõe que caso o ausente retorne ou algum descendente ou ascendente requeira ao juiz a entrega de bens nesta fase, os sucessores provisórios ou definitivos, o Ministério Público e o representante da Fazenda Pública, serão citados para contestar o pedido, seguindo-se o procedimento comum.

Passados cento e oitenta dias depois da publicação da sentença que determinar a abertura da sucessão provisória, esta começará a produzir efeitos. Entretanto, logo após o trânsito em julgado o testamento poderá ser aberto, assim como o inventário e a partilha dos bens, como se o ausente fosse falecido, de acordo com o art. 28 do CC/2002.

Caso os requisitos legais sejam preenchidos, poderá ser requerida a conversão da sucessão provisória em definitiva, conforme o art. 745, § 3º do CPC, 2015.

Passados dez anos do julgamento da sentença que concede a abertura da sucessão provisória, os interessados poderão requerer a sucessão definitiva, assim dispõe o art. 37 do CC/2002. A sucessão definitiva poderá ser requerida também caso seja provado que o ausente conta com oitenta anos de idade, e que de cinco datam as últimas notícias dele, de acordo com o art. 38 do CC/2002.

Conforme preleciona o art. 33 do CC/2002, “se o ausente aparecer, e ficar provado que a ausência foi voluntária e injustificada, perderá ele, em favor do sucessor, sua parte nos frutos e rendimentos”. Dessa forma, caso o ausente retorne durante a posse provisória, terá direito a reaver seus bens, mas perderá os frutos decorrente destes.

Caso o ausente regresse nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva ou algum de seus descendentes ou ascendentes apareça para reclamar o direito à herança, o art. 39 do CC/2002 reza que todos haverão “só os bens existentes no estado em que se acharem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo”.

A morte presumida com declaração de ausência difere da morte presumida sem declaração de ausência, apesar de não existir corpo presente em ambas, uma vez que na primeira há necessidade de um procedimento complexo para que seja decretada, já a segunda ocorre de forma mais simples, pois a constatação da morte fica mais evidente devido a fatos determinados, como àquelas decorrentes de eventos da natureza ou em relação a prisioneiros de guerra, havendo, nestes casos, presunção da morte, sendo desnecessário o aguardo do longo prazo previsto para a ausência.

A transmissão da herança tem como norte o princípio sucessório da *saisine*, uma das regras fundamentais do direito das sucessões, que define que a morte é o evento que traz como consequência a transmissão imediata da herança aos sucessores legítimos ou testamentários.

Conforme Gonçalves (2017), o princípio da *saisine* surgiu na Idade Média, sendo instituído pelo direito francês como uma forma de reação ao sistema do regime feudal. Neste regime, após a morte do arrendatário a terra arrendada deveria ser devolvida ao senhor, dessa forma os herdeiros do falecido teriam que pleitear a imissão na posse mediante o pagamento de uma espécie de tributo. Para pôr fim a este tributo, adotou-se um instituto fictício que determinava que quando sobreviesse o falecimento haveria a transmissão automática dos bens ao herdeiro.

Planiol (1915), citado por Gonçalves (2017) ensina que *saisine* quer dizer posse, já a *saisine héréditaire* significa que os parentes do morto tinham o direito de tomar posse de seus bens sem qualquer formalidade.

Sobre o princípio Maria Helena Diniz (2010) leciona que:

Com o óbito do hereditando, seus herdeiros recebem por efeito direto da lei (*son saisis de plein droit*), as suas obrigações, a sua propriedade de coisas móveis e imóveis e os seus direitos. Adotado está o princípio da *saisine*, o direito de *saisina*, ou da investidura legal na herança, que erradia efeitos jurídicos a partir do óbito do *de cuius* (DINIZ, 2010, p. 1264).

Conclui-se então que a morte do titular dos bens é o evento que marca a abertura da sucessão, seja ela legal ou testamentária, bem como a herança transmite-se imediatamente aos herdeiros após o falecimento.

2.2 Formas de sucessão e tipos de sucessores

Conforme disposto no art. 1.786 do Código Civil de 2002, “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”.

Desta forma, a transmissão da herança ocorrerá por determinação legal, respeitando-se a ordem de vocação hereditária, onde os descendentes precedem os ascendentes, concorrendo com o cônjuge ou companheiro a depender do regime de bens, ou por última vontade do falecido através do seu testamento.

2.2.1 Sucessão legítima

A sucessão legítima ou *ab intestato*, pode ser conceituada como aquela que decorre da imposição da lei, possuindo caráter subsidiário, o que significa que na falta de testamento a sucessão dar-se-á conforme a ordem de vocação hereditária, que impõe uma ordem preferencial em que serão chamados os sucessores para receberem seu quinhão da herança, prevista no art. 1.829 do CC/2002:

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 ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
III - ao cônjuge sobrevivente;
IV - aos colaterais. (BRASIL, 2002)

Apesar de a lei mencionar de forma expressa ser o cônjuge um dos legitimados a suceder, cabe destaque decisão de 2017 do Supremo Tribunal Federal (STF) que

declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, passando a equiparar ao cônjuge, o companheiro decorrente da união estável.

Importante ressaltar também que doutrina e jurisprudência seguem no sentido de que tratamento idêntico deve ser dado no caso de cônjuge ou companheiro homoafetivo, o que também alcança questões sucessórias. Assim decidiu o STF em sede do Recurso Extraordinário 646.721 do Rio Grande do Sul, julgado em 10 de maio de 2017.

Conforme Gonçalves (2017), o caráter subsidiário da sucessão legítima pode ser verificado a partir da leitura do art. 1.788 do Código Civil de 2002 que dispõe que “morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”.

Lacerda de Almeida (1915), discorrendo sobre a subsidiariedade da sucessão legítima ensina que:

A herança, consoante todos os códigos, defere-se por dois modos, os quais por nosso Direito se excluem e contradizem: a sucessão testamentária e a sucessão legítima ou *ab intestato*. Esta última denominação, com a qual se costuma designar a sucessão legítima, está indicando que esta forma de sucessão é subsidiária da sucessão por testamento (ALMEIDA, 1915, p. 187-188).

Destaca-se que o autor da herança possui a faculdade de dispor de seu patrimônio, podendo alterar a ordem legal de vocação hereditária, porém deve respeitar o direito dos herdeiros necessários e, caso não deixe testamento, presume-se que está de acordo com a ordem imposta pela lei. Assim ensina Gonçalves (2017) ao dizer que a sucessão legítima é a representação presumida da vontade do *de cuius*, daí seu caráter supletivo.

Dessa forma, a sucessão legítima ocorrerá somente se o falecido não tiver deixado testamento, se este caducar ou for julgado nulo, ou em relação aos bens que nele não forem mencionados.

De acordo com Tartuce (2019) o art. 1.829 do CC/2002 apresenta quatro classes de sucessores. Na primeira classe estão os descendentes, o cônjuge ou companheiro. Na segunda classe, encontram-se os ascendentes e o cônjuge ou companheiro. Na terceira classe, está o cônjuge ou companheiro, isoladamente. A quarta classe é integrada pelos colaterais, até o quarto grau. Os herdeiros serão chamados de acordo com sua classe, sendo que a classe mais próxima exclui a mais remota da sucessão.

Os integrantes da primeira até a terceira classe, ou seja, ascendente, descendente e cônjuge, são os chamados herdeiros necessários, conforme redação do art. 1.845 do CC/2002. Destaca-se que a concorrência entre o cônjuge do falecido e seus ascendentes ou descendentes dependerá do regime de bens adotado no casamento.

Gonçalves (2017) alerta para o fato de que o herdeiro necessário é diferente do herdeiro legítimo mencionado no art. 1.829 do CC/2002, uma vez que todo herdeiro necessário será legítimo, porém nem todo herdeiro legítimo será necessário, a exemplo dos colaterais que são herdeiros legítimos, mas não necessários, podendo ser excluídos em razão da vontade do autor da herança.

Os herdeiros necessários só poderão ser afastados na hipótese de praticarem, comprovadamente, ato de ingratidão contra o autor da herança, declarado em sentença judicial. Os casos de indignidade estão previstos no art. 1.814 do Código Civil de 2002:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:
I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade (BRASIL, 2020).

Dessa forma, verifica-se que a sucessão legítima decorre de imposição legal, pertencendo aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da

herança, o que constitui a legítima, conforme disposto no art. 1.848 do Código Civil de 2002, isso significa que o autor da herança poderá dispor por meio de testamento de apenas metade dos seus bens.

Importante mencionar também o art. 1.849 do CC/2002 que permite que o mesmo herdeiro receba partes do patrimônio do falecido em razão da sua vocação hereditária, bem como por meio de testamento, ou seja, a sucessão legítima não excluirá a sucessão testamentária.

2.2.2 Sucessão testamentária

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves (2017), a sucessão testamentária é a aquela em que o falecido manifesta sua última vontade por meio de documento escrito denominado testamento ou codicilo. A liberdade para produzir o testamento é assegurada pela lei, porém encontra limitação no direito dos herdeiros necessários. Os sucessores testamentários são denominados legatários e recebem a herança a título particular.

O instituto do codicilo está disposto no art. 1.881 do CC/2002. Trata-se de escrito particular, datado e assinado, confeccionado por qualquer pessoa que seja capaz de testar, dispondo sobre “seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou joias, de pouco valor, de seu uso pessoal”

O codicilo, conforme Carlos Maximiliano (1942, p. 561), “é um ato de última vontade que dispõe sobre assuntos de pouca importância, despesas e dívidas de pequeno valor”.

Em relação ao testamento, Maria Helena Diniz (2007, p. 175) o conceitua como “o ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe, para depois da sua morte, no todo ou em parte (CC/2002, art. 1.857, caput), do seu patrimônio, mas também faz outras estipulações”.

A definição trazida pela autora demonstra que o testamento, além de ser instrumento hábil para dispor sobre conteúdo patrimonial, também poderá ser utilizado para declarar vontades de natureza pessoal do falecido.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2017), o testamento possui as seguintes características: é ato personalíssimo e privativo do autor da herança, é um ato jurídico unilateral, solene, gratuito, tendo em vista que o testador não auferirá nenhuma vantagem, revogável e produz efeitos apenas após a morte.

Para Flávio Tartuce (2019) quando se trata do Direito das Sucessões, o testamento é a maior forma de expressão e exercício da autonomia privada e da liberdade individual, tendo em vista que se trata de um típico instituto *mortis causa*.

Importante citar o art. 1.900 do CC/2002 que trata das hipóteses que causam a nulidade dos testamentos:

Art. 1.900. É nula a disposição:

- I - que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro;
- II - que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar;
- III - que favoreça a pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro;
- IV - que deixe a arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado;
- V - que favoreça as pessoas a que se referem os arts. 1.801 e 1.802 (BRASIL, 2002).

Os testamentos podem ser ordinários ou especiais. De acordo com o art. 1.862 do CC/2002, são espécies de testamento, o ordinário, o público, o cerrado e o particular. Já o art. 1.886 do mesmo diploma, elenca como testamentos especiais: o marítimo, o aeronáutico e o militar. O art. 1.887 alerta ainda que não são admitidas outras formas de testamento especial além das já citadas.

Verifica-se que o codicilo e o testamento são meios pelos quais o indivíduo poderá manifestar sua vontade após seu falecimento, sendo o último dotado de maior rigor e formalidade, podendo ainda dispor sobre a destinação de seu patrimônio ou sobre conteúdo de caráter pessoal, como reconhecimento de filhos, por exemplo.

Destaca-se ainda que o disposto no testamento terá prioridade em relação a sucessão legítima, uma vez que esta possui caráter subsidiário, desde que não infrinja as determinações legais ou seja considerado nulo.

3 ASPECTOS GERAIS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Perpetuar a espécie sempre foi uma das grandes preocupações da humanidade, o que justifica a constante busca por novas técnicas e métodos que objetivam promover melhorias na qualidade de vida dos indivíduos.

Nessa ótica, inclui-se a reprodução humana assistida, que visa suprir a dificuldade que determinadas pessoas possuem para gerar uma outra vida. Trata-se de um conjunto de técnicas médicas que objetivam viabilizar a concepção de forma alternativa a relação sexual em casais que apresentam problemas reprodutivos.

Dessa forma, o assunto tratado neste capítulo é de extrema importância para o tema deste estudo, principalmente no que tange a fecundação homóloga que consiste na utilização do sêmen criopreservado para a fecundação.

3.1 A evolução das técnicas de reprodução humana assistida

Conforme Machado (2005), os primeiros registros de estudos e pesquisas no ramo da reprodução humana datam do século 4 a.C., época em que Aristóteles escreveu um tratado sobre embriologia. Registros sobre pesquisas embrionárias foram encontrados em livros escritos no século 5 a.C por Hipócrates, médico grego considerado pai da medicina. No século 2 d.C. Galeno escreveu um livro sobre a formação do feto e o desenvolvimento dos embriões.

Ainda conforme a mesma autora, no período da Idade Média os avanços neste ramo da ciência foram pouco significativos e lentos, o que sofreu grande mudança após o surgimento do microscópio no final do século XVI, colaborando sobremaneira para a evolução e desenvolvimento dos experimentos até então realizados.

Sobre a origem da reprodução assistida, Pinto (2008) relata que a inseminação artificial foi utilizada pela primeira vez no ano de 1332 em equinos pelos árabes, porém não existem registros que comprovem o fato. Sendo assim, a história considera como marco inicial deste processo o ano de 1780, quando o monge italiano Lázaro Spallanzani comprovou ser possível a fecundação de uma fêmea

sem o contato com o macho. O experimento foi realizado com cães e para isso Lázaro colheu o sêmen do animal através da excitação mecânica e aplicou em uma cadela no cio que pariu três filhotes após 62 dias. Assim nascia uma técnica que revolucionaria a reprodução animal.

Em relação a inseminação artificial em humanos, há quem afirme que a primeira fora realizada na Rainha Joana de Portugal, mulher de Henrique IV, conhecido como “o impotente”. Ocorre que nem mesmo o Rei acreditou que era possível a concepção de um filho por esse método, o que fez com que repudiasse sua mulher e não reconhecesse sua filha (PINTO, 2008).

No ano de 1886 Montegazza idealizou a criação de um banco onde o sêmen era mantido congelado e em 1945, o biólogo Jean Rostand descobriu que os espermatozóides submetidos ao frio e ao glicerol não perdiam a sua viabilidade e poderiam ser utilizados para o processo de fecundação. (LEITE, 1995, p. 31).

Continuando a evolução dos processos de fertilização *in vitro*, em 1947 ocorre a primeira transferência de ovo fecundado e congelado e após dez anos surgem provas contundentes da viabilidade da fertilização *in vitro* em coelhas. Em 1953, pela primeira vez, são congelados embriões na fase de pré-implantação e passou-se a utilizar sêmen congelado nas inseminações de seres humanos. (MACHADO, 2005, p. 30 - 31).

Loyola ensina que a introdução das técnicas de reprodução assistida, consideradas de alta complexidade pela comunidade médica mundial, se deu ao longo dos anos de 1970, porém não houve um período experimental buscando “estabelecer evidências científicas fortes e boas práticas médicas e laboratoriais antes de sua ampla difusão” (LOYOLA, 2015, p. 754).

Em 1978 nasce na Inglaterra o primeiro “bebê de proveta” decorrente de fertilização *in vitro*, o que ocorreu após nove anos de tentativas sem sucesso. No ano de 1984, surge o primeiro documento tratando sobre questões éticas relacionadas à reprodução humana assistida após um ciclo de debates entre médicos, biólogos,

psicólogos e filósofos que compunham uma comissão convocada pelo Parlamento inglês (LOYOLA, 2015, p. 754).

Sobre a evolução das técnicas e sua implicação em outros campos da vida humana, Loyola (2015) destaca que:

No período inicial da história da RAs, as técnicas se dirigiam para quadros medicamente delineados, patologias bem identificadas como a obstrução tubária, permitindo que a linguagem médica fosse hegemônica ou quase monológica. Entretanto, nessa mesma época o Relatório Warnock já antevia desdobramentos sociais, éticos e biotecnológicos, como mostram os pontos que constituíram objeto de deliberação na comissão: por um lado, antevia-se a questão da elegibilidade, ou seja, quem pode demandar acesso à TRA – pessoas sozinhas, homossexuais, etc.; por outro, discutia-se o destino de embriões excedentes, sendo mencionadas propostas como doação, uso em pesquisas e congelamento, entre outros (LOYOLA, 2015, p. 754).

Sendo assim, percebe-se que a descoberta e a evolução das técnicas de reprodução humana assistida foram um grande marco na evolução da humanidade. No início eram utilizadas apenas como solução alternativa a problemas de infertilidade, posteriormente verificou-se que da utilização de tais técnicas poderiam decorrer desdobramentos sociais, éticos e biotecnológicos.

Atualmente, o que se percebe é que a fertilização *in vitro* e outras formas de reprodução assistida também vêm sendo utilizadas como solução alternativa para casais homossexuais e pessoas sozinhas que desejam ter filhos.

3.2 Técnicas de reprodução assistida existentes

De acordo com Pinto (2008), a reprodução assistida “é o conjunto de técnicas, utilizadas por médicos especializados, que tem como principal objetivo tentar viabilizar a gestação em mulheres com dificuldades de engravidar”. As principais técnicas de reprodução assistida podem ser divididas em fecundação *in vitro*, a utilização de “mães de substituição” ou “barriga de aluguel” e a inseminação artificial (homóloga ou heteróloga),

A fecundação *in vitro* ou “bebê de proveta” consiste basicamente em misturar óvulos maduros do ovário feminino ao sêmen do marido, companheiro ou doador, através

de equipamentos específicos para forçar a fecundação, após o zigoto é transferido para o útero da receptora para que se desenvolva (RAFFUL, 2000, p.40).

A técnica conhecida como “útero de substituição”, “mãe de substituição”, “barriga de aluguel”, ou “mães de aluguel”, ocorre a partir da intervenção de uma terceira pessoa que gera por completo a criança, devolvendo esta aos seus pais após o nascimento (MACHADO, 2005, p. 52).

Sobre a gestação de substituição, Aline Mignon de Almeida ensina que esta poderá ocorrer em três situações:

Inseminação de uma mulher com sêmen e óvulo de pessoas estranhas; a gestação de um óvulo fecundado in vitro, ou inseminação de uma mulher que recebe em seu óvulo sêmen de um homem estranho a ela (isto é que não seja seu companheiro ou marido). Há também uma situação muito rara, que consiste na mulher emissora do óvulo só ser capaz de gerar a criança durante um certo período em que a mãe biológica se torna capaz de concluir a gestação, ou seja, o embrião é retirado do ventre da mãe de aluguel e implantado no da mãe biológica para que esta prossiga com a gestação (ALMEIDA, 2000, p. 47).

Por fim, a inseminação artificial é a técnica mais antiga e simples das técnicas de reprodução humana existentes, na qual a fecundação ocorre dentro do corpo da mulher, subdividindo-se em homóloga e heteróloga. A reprodução assistida homóloga é aquela em que o material genético empregado é proveniente do casal interessado na reprodução, já na reprodução assistida heteróloga, o material genético utilizado é proveniente de doadores, em razão da impossibilidade de se utilizar o material genético do homem ou da mulher (PINTO, 2008).

De forma técnica, Ana Cláudia Brandão (2009) explica que:

Na realização da inseminação artificial, primeiramente recolhem-se os espermatozoides do marido ou do companheiro ou de um doador, através da masturbação. Os espermatozoides, então, são analisados quanto à quantidade e mobilidade, separando-se os normais dos anormais. O esperma, então, é diluído em uma solução crioprotetora composta por um glicerol misturado à frutose, antibiótico e gema de ovo, a qual é distribuída automaticamente em tubos de plásticos numerados, os quais estão prontos para serem conservados em azoto líquido a uma temperatura de 196 graus abaixo de zero; os capilares são colocados em botijões de estocagem cheios de azoto líquido, podendo ser conservados pelo prazo atualmente fixado em 20 anos (FERRAZ, 2009, p. 44).

Dentre as técnicas de reprodução assistida apresentadas, destaca-se a inseminação artificial homóloga na modalidade *post-mortem*, foco deste estudo, que ocorre quando a mulher utiliza o sêmen criopreservado do próprio cônjuge ou companheiro após o falecimento deste, o que implica sobremaneira em questões patrimoniais, sucessórias e familiares, por isso a importância em conhecer as técnicas de reprodução existentes. A fecundação artificial *post-mortem* será tratada com maiores detalhes no último capítulo deste estudo.

3.3 Regulamentação das técnicas de reprodução humana assistida

Atualmente, verifica-se que há grande aumento de pessoas que procuram as técnicas de reprodução assistida devido a problemas de fertilidade ou no caso de casais homossexuais e as diversas evoluções conquistadas neste campo da medicina, foram responsáveis por tornar mais democrático o acesso a estes procedimentos.

Dados do 13º Relatório do Sistema Nacional de Embriões (SisEmbrio) da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), demonstram que no ano de 2012 foram congelados 32.181 embriões. Em 2019 este número praticamente triplicou, chegando a 99.112 embriões congelados (ANVISA, 2019).

Apesar da evolução e do aumento da procura pelas técnicas de reprodução assistida, no Brasil ainda não há lei regulamentando o assunto, ficando, até o momento, a cargo de Resoluções emitidas por órgãos técnicos.

Em relação ao Código Civil, Sílvia de Salvo Venosa (2003), esclarece que a norma não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, porém a partir da sua leitura, constata-se a existência da problemática, sendo que a solução ocorre exclusivamente em relação ao aspecto da paternidade. Por ser matéria ampla e complexa há necessidade de lei específica a fim de delimitar a prática.

Nesse contexto, a Resolução 2.168 de 10 de novembro de 2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM), tem por objetivo estabelecer “normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida”, buscando o aperfeiçoamento das

práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos, para trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos (CFM, 2017).

De acordo com o alínea 3 do item V da referida Resolução, os pacientes devem manifestar sua vontade por escrito, no momento da criopreservação, quanto ao destino a ser dado aos embriões no caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-lo (CFM, 2017).

Sobre à reprodução assistida *post mortem*, o item VIII da Resolução exige autorização prévia e específica do falecido para o uso do material biológico criopreservado após a sua morte e de acordo com a legislação vigente. (CFM, 2017).

Para que ocorra a reprodução assistida *post mortem* a Resolução do CFM exige consentimento prévio e específico do falecido, acrescentando ainda a observância da lei vigente. Conforme já dito, o Brasil ainda não possui lei específica para reger o assunto, por isso ao judiciário caberá decidir sobre o caso concreto com base nos princípios gerais do direito e nas normas já existentes, utilizando técnicas da hermenêutica.

Em maio de 2011 a ANVISA editou a Resolução da Diretoria Colegiadas, RDC Nº 23 que “dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências”. A Resolução trata de uma série de regras, procedimentos e critérios mínimos que estes estabelecimentos devem cumprir, visando a segurança e qualidade das células, tecidos germinativos e embriões utilizados.

Dessa forma, verifica-se que a falta de lei específica que trate sobre a reprodução assistida no Brasil causa grande insegurança jurídica, principalmente no caso do concebido *post mortem*, restando apenas o Código Civil para solucionar eventuais conflitos, demonstrando-se insuficiente.

3.4 Direito à procriação

Por muito tempo o casamento entre homem e mulher era o evento que marcava o início da família, que se tornava completa com a geração de filhos que deveriam seguir os mesmos caminhos dos pais.

Ao longo dos anos e com a evolução da humanidade, este conceito de família passou a ser deixado de lado para assumir um caráter mais amplo, um conceito de família unida não somente por laços biológicos, mas também afetivos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a união estável entre homem e mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, também passaram a ser reconhecidas como entidade familiar, considerando a importância dos vínculos sociais e não somente o jurídico decorrente do casamento.

Ressalta-se que o conceito de família tornou-se ainda mais complexo e amplo quando passou-se a reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Nesse sentido, Maria Berenice Dias discorre que:

Agora o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou do envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, o que coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais, a ideia de família se afasta da estrutura do casamento. A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas ordinários, os quais sejam, casamento, sexo e procriação (DIAS, 2005, p. 39)

Independente da formatação familiar a Constituição Federal de 1988 garante a todas, conforme § 7º do art. 226, o direito ao planejamento familiar, que é de livre decisão dos envolvidos, cabendo ao Estado “propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

O direito ao planejamento familiar tem fundamento no princípio da dignidade humana e na paternidade responsável, permitindo que cada indivíduo, com base na

sua autonomia, vontade e liberdade, possa escolher se deseja ou não ter filhos e qual o momento mais adequado para isso.

Neste contexto, destacam-se os avanços relacionados a reprodução humana, que permitem a concretização do planejamento familiar:

Se por um lado, os avanços no âmbito da contracepção fizeram com que se tenham apenas os filhos que se querem, por outro, as técnicas de procriação medicamente assistida, permitiram realizar o desejo de ter filhos de quem não tem capacidade para se reproduzir. É corrente afirmar-se que nada há de mais “inatural” do que a falta de filhos num casamento. Daí a tentativa, tantas vezes desesperada, de os casais os obterem através do recursos médicos e científicos disponíveis (GUIMARÃES, 1999, p. 12).

O planejamento familiar de que trata o § 7º do art. 226 da CF/88 é regulamentado pela Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996. De acordo com o art. 9º desta lei, cabe ao Estado oferecer “todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”, como meio de exercício do direito ao planejamento familiar.

Verifica-se que a reprodução humana assistida é um meio para realização do planejamento familiar, bem como possibilita o exercício do direito à procriação, por isso a sua importância. São técnicas médicas e científicas que surgem como alternativa para casais que desejam ter filhos biológicos e a concepção pelo meio convencional não é possível por diversos motivos.

4 O DIREITO DE HERANÇA DOS FILHOS CONCEBIDOS POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

A evolução da medicina foi capaz de superar inúmeros obstáculos, dentre eles a infertilidade humana, através da utilização das técnicas de reprodução assistida e criopreservação de material genético.

Em relação a inseminação artificial *post mortem*, essa evolução possibilitou que a esposa ou companheira pudesse ser inseminada após a morte do marido, gerando grande discussão e controvérsias, principalmente no campo do direito sucessório, pois o que se questiona é a capacidade sucessória do concebido após a morte do seu pai.

No Brasil ainda não há lei específica para regulamentar o direito de herança do concebido *post mortem*. Neste contexto, destaca-se a Resolução nº 2.168 de 10 de novembro de 2017 do CFM que exige autorização prévia e específica do falecido para utilização do material biológico criopreservado, o que não é suficiente para dirimir as divergências existentes. Sendo assim, este capítulo buscou discorrer sobre o assunto demonstrando as diversas opiniões existentes e as bases legais ou principiológicas que as justificam.

4.1 A fecundação artificial post mortem

Conforme demonstrado no capítulo anterior, as técnicas de reprodução humana assistida são alternativas que permitem que casais que possuam algum problema de fertilidade possam conceber filhos, surgindo também como alternativa para casais homossexuais.

A evolução destas técnicas tornou possível também a geração de filhos após a morte do doador do material genético criopreservado, porém a falta de regulamentação específica sobre o assunto vem gerando insegurança jurídica em relação aos direitos sucessórios dos indivíduos gerados neste contexto.

Nesse sentido, destaca-se o caso “Affair Parpalaix” ocorrido em 1984 na França, considerado um marco histórico. Alain Parpalaix descobriu que estava com um câncer incurável nos testículos que o conduziria a infertilidade, por isso decidiu procurar um banco de sêmen onde deixou seu esperma para que pudesse gerar herdeiros com sua esposa Corine posteriormente. Alain faleceu dois dias após o casamento e alguns meses depois Corine procurou o banco de sêmen para se submeter à inseminação artificial, o que lhe foi negado em razão da falta de previsão legal, dando início a uma disputa judicial. (PINTO, 2008).

O cerne da disputa estava na existência de um contrato de depósito que obrigava o banco de sêmen a restituir o esperma. Já o banco de sêmen alegava que este contrato não era válido, tendo em vista que na França não havia possibilidade de comercialização de material de pessoa morta e não existia lei que autorizasse a inseminação artificial *post mortem*. O tribunal francês de Créteil condenou o banco de sêmen e determinou que o esperma fosse enviado ao médico designado pela viúva, sob pena de sanção pecuniária. Infelizmente a inseminação artificial não foi bem-sucedida pois os espermatozóides já não estavam mais potencializados devido à demora na solução da causa. (PINTO, 2008).

No Brasil, a Resolução nº 2.168/2017 do CFM exige autorização prévia e específica do falecido para o uso do material biológico criopreservado *post mortem* e por tratar-se de norma aplicável a ética médica, não é suficiente para dirimir os conflitos, dessa forma, a capacidade sucessória dos indivíduos concebidos por fecundação artificial após a morte do pai resta prejudicada, ficando a cargo do judiciário analisar cada caso de forma isolada.

Mesmo sendo insuficiente, ao exigir prévia autorização para utilização do material biológico, a Resolução do Conselho Federal de Medicina estabeleceu um importante critério que leva em conta a manifestação de vontade do doador.

De acordo com o art. 17 do Provimento nº 63 de 14 de novembro de 2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na hipótese de reprodução assistida *post mortem*, será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação de termo de autorização prévia específica do falecido

ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

Apesar de o CC/2002 garantir a presunção de paternidade nesta situação, os demais direitos decorrentes desta relação, incluindo aí o sucessório, restam prejudicados e sujeitos a normas que não são capazes de solucionar o conflito por completo.

4.2 A presunção de paternidade e o princípio da igualdade entre os filhos

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2017), entende-se por filiação a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam por meio de adoção. É a relação jurídica que liga os filhos aos pais.

Antes da Constituição Federal de 1988 havia diferenciação entre os filhos, sendo classificados como legítimos e ilegítimos a depender da situação conjugal dos pais. Esta diferenciação era demonstrada de forma clara no Código Civil de 1916, que determinava que os filhos incestuosos e os adulterinos, ou seja, ilegítimos, não poderiam ser reconhecidos.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2017), os filhos legítimos eram os concebidos na constância do casamento, fora destas condições os filhos eram considerados ilegítimos, que por sua vez se subdividiam entre naturais e espúrios. Quando não houvesse entre os pais impedimento para o casamento os filhos eram denominados naturais, quando a lei proibia a união conjugal dos pais os filhos eram espúrios, podendo ser adulterinos, se o impedimento fosse decorrente do fato de um ou de ambos serem casados, e incestuosos, no caso de parentesco próximo, como pai e filha ou irmão e irmã.

Para Maria Berenice Dias (2016), esta diferenciação causava prejuízo ao filho e beneficiava o genitor, mesmo que este fosse o autor do adultério, prática esta considerada criminosa a época por violação do dever de fidelidade, prevalecendo então o instituto do matrimônio. Nesse contexto, o filho era injustamente punido pela

conduta de um pai que não precisava assumir suas responsabilidades, colocando o filho em situação marginalizada e excluindo-lhe direitos, com o fim único de manter a paz social do núcleo familiar decorrente do casamento.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 houve grande mudança neste cenário, pois o art. 227, § 6º passou a estabelecer que “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”, estabelecendo o princípio da igualdade entre os filhos e proibindo qualquer forma de distinção entre eles, não importando a relação conjugal entre os genitores ou a condição de filho biológico ou adotivo. O princípio da igualdade entre os filhos foi consagrado também no art. 1.596 do Código Civil de 2002, com redação semelhante à CF/88.

O princípio da igualdade entre os filhos é uma forma de expressão do princípio da dignidade da pessoa humana que busca estabelecer uma relação de paridade entre os filhos, abolindo qualquer conduta que seja discriminatória ou que prejudique algum direito, independente da forma em que se deu a filiação.

A presunção de paternidade está prevista no art. 1.597 do Código Civil de 2002. Conforme Flávio Tartuce (2019), o artigo está amparado pela máxima latina *mater semper certa est et pater is est quem nuptiae demonstrant*, de onde se extrai que a maternidade é sempre certeza, já a paternidade decorre da existência ou não de vínculo matrimonial entre os genitores.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
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 (BRASIL, 2002).

Verifica-se que os dois primeiros incisos se baseiam nos períodos mínimo e máximo em que se pode considerar a viabilidade gestacional, iniciando cento e oitenta dias depois de estabelecida a convivência conjugal ou trezentos dias após a dissolução

da sociedade conjugal, seja por morte, separação judicial, nulidade ou anulação do casamento. Importante destacar também a possibilidade de realização de exame de DNA para verificação da paternidade.

As hipóteses de presunção de paternidade dos incisos III, IV e V estão associadas às técnicas de reprodução humana assistida, conforme já apresentado neste estudo, o que demonstra que o legislador buscou adequar a norma civil as evoluções da medicina.

O Enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil, ao interpretar o inciso III do art. 1.597 do CC/2002 que trata da presunção de paternidade decorrente de fecundação artificial homóloga *post mortem*, acrescenta a necessidade de autorização escrita do falecido para que a mulher se submeta ao procedimento:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Tendo em vista que o dispositivo do Código Civil de 2002 trata do assunto de maneira superficial, o que se busca com esta interpretação é fazer com que seja respeitada a vontade do falecido.

Para Maria Berenice dias (2016), caso não haja autorização expressa do falecido, os embriões devem ser eliminados, tendo em vista que não se pode presumir que alguém queira ser pai após sua morte, devendo prevalecer o respeito ao princípio da autonomia da vontade. Dessa forma, a viúva não poderá exigir que a clínica responsável pela custódia lhe entregue o material genético, por não se tratar de bem objeto de herança.

Na hipótese do inciso IV do art. 1.597 do CC/2002, presumem filhos aqueles “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”.

Carlos Roberto Gonçalves (2017) ensina que, admite-se a concepção de embriões excedentários apenas se forem derivados de fecundação homóloga (gametas da mãe e do pai), o que proíbe, por consequência, a utilização de embrião excedentário de homem e mulher que não sejam os pais genéticos ou por outra mulher titular de entidade monoparental.

Nesse contexto destaca-se o Enunciado nº 107 da I Jornada de Direito Civil o qual preleciona que:

Finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.

Conforme o CC/2002, a presunção de paternidade decorrente da concepção artificial homóloga de embriões excedentários ocorrerá a qualquer tempo. O enunciado citado acima acrescenta que, caso ocorra o término da sociedade conjugal os embriões poderão ser utilizados, desde que exista autorização prévia e por escrito dos ex-cônjuges, cabendo sua revogação até o início da implantação dos embriões.

Por fim, conforme redação do inciso V do art. 1.597 do CC/2002, presumem concebidos na constância do casamento os filhos “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”. Nesta modalidade o sêmen de outro homem ou doador anônimo é utilizado para fecundar o óvulo da mulher.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2017), não há exigência de que o marido seja estéril ou possua alguma condição que o impeça de procriar. A única exigência é a prévia autorização do marido para que seja utilizado sêmen alheio ao seu. Em relação a autorização, o CC/2002 não impõe nenhuma forma específica, bastando apenas que seja anterior a realização do procedimento.

Para Maria Helena Diniz a presunção do inciso V visa impedir que o marido desconheça a paternidade do filho que foi voluntariamente assumido quando da autorização para a inseminação heteróloga de sua mulher, uma vez que se o marido

“anuiu na inseminação artificial heteróloga, será o pai legal da criança assim concebida, não podendo voltar atrás, salvo se provar que, na verdade, aquele bebê adveio da infidelidade de sua mulher” (DINIZ, 2002, p. 380).

Neste caso, busca-se preservar os direitos da criança, garantindo-lhe assim o direito à filiação pois, se houve consentimento voluntário e prévio do marido, este não poderá desconhecer a paternidade sob qualquer pretexto.

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves (2017) em regra, a presunção de paternidade do Código Civil de 2002 é *juris tantum* e admite prova em contrário através da ação negatória de paternidade que é imprescritível, conforme Súmula nº 149 do STJ.

É nesse sentido a Súmula nº 301 do STJ ao dizer que “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Demonstradas as hipóteses de presunção de paternidade, torna-se imperioso destacar o princípio do melhor interesse que, nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo, assume a condição de verdadeira “diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”. (LÔBO, 2010, p. 32).

O princípio do melhor interesse da criança é o meio pelo qual se efetivam os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, como os direitos de personalidade, especificamente os sucessórios e de filiação, materializando os preceitos da proteção integral, conforme prevê o art. 227 da CF/1988 e o art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.3 Efeitos da fecundação artificial *post mortem* nos direitos de família e sucessões

Conforme demonstrado, haverá presunção de paternidade dos filhos concebidos através da utilização de técnicas de reprodução assistida, seja por fecundação homóloga ou heteróloga, quanto a isso não há discussão.

Resta claro também a necessidade de prévia autorização do marido para que seu material genético seja utilizado, uma vez que não é cabível presumir que o cônjuge ou companheiro desejasse ser pai após seu falecimento. Neste quesito torna-se imprescindível que seja respeitada a vontade manifestada em vida, bem como seu direito de personalidade que não se extingue totalmente após sua morte, permanecendo ainda alguns aspectos que precisam ser observados.

Apesar de estar clara a presunção de paternidade e a necessidade de prévia autorização, a celeuma reside na existência ou não do direito sucessório do filho concebido por fecundação artificial homóloga *post mortem*.

Desta forma, verifica-se que de acordo com os artigos 1.784 e 1.787 do CC/2002, “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” e a sucessão e a legitimação para suceder serão reguladas pela lei vigente ao tempo de sua abertura.

Neste contexto destaca-se também o art. 1.798 do CC/2002 ao determinar que são legítimas para suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

De acordo com Maria Berenice Dias (2016) o direito sucessório do filho concebido por fecundação artificial homóloga *post mortem* está longe de ser pacificado pois, inúmeros são os argumentos apresentados, esbarrando em questões jurídicas e científicas. Ainda conforme a autora, para alguns, quando a lei trata de pessoas já concebidas, não há distinção entre o local desta concepção, ou seja, não impõe que o embrião esteja implantado. Outros afirmam que a lei protege o embrião concebido que já se encontra implantado no útero da mãe. A autora explica que nascituro é aquele que ainda irá nascer, e antes da implantação não há para o embrião excedentário qualquer possibilidade de nascer, não sendo razoável considerá-lo como nascituro enquanto não for transferido para o útero.

Existem posições mais radicais que compreendem que o concebido *post mortem* não possui qualquer direito, incluindo aí o de filiação, por acreditarem que a utilização desta técnica de reprodução é proibida no país.

Nesse contexto Mônica Aguiar (2005), leciona que a morte é acontecimento hábil a revogar o consentimento do doador, dessa forma, o filho seria apenas do cônjuge ou companheiro sobrevivente.

Nesse mesmo sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003), entende que não há que se falar em direito sucessório do concebido *post mortem*, visto que a utilização das técnicas de reprodução assistida para este fim é inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade de direitos entre os filhos e do melhor interesse da criança:

É inegável a vedação do emprego de qualquer das técnicas de reprodução assistida no período pós-falecimento daquele que anteriormente forneceu seu material fecundante e consentiu que o embrião formado ou seu material fosse utilizado para formação de nova pessoa humana. A violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da futura criança, além da própria circunstância de ocorrer afronta ao princípio da igualdade material entre os filhos sob o prisma (principalmente) das situações jurídicas existenciais, não autoriza a admissibilidade do recurso a tais técnicas científicas. Assim, a questão se coloca no campo da inadmissibilidade, pelo ordenamento jurídico brasileiro, das técnicas de reprodução assistida *post mortem*. Daí não ser possível sequer a cogitação da capacidade sucessória condicional (ou especial) do embrião congelado ou do futuro embrião (caso fosse utilizado o material fecundante deixado pelo autor da sucessão) por problema de inconstitucionalidade. (GAMA, 2003, p.1000).

Dessa forma, o autor explica que caso a técnica seja utilizada, apesar de considerá-la inconstitucional, o único reflexo se dará em relação ao reconhecimento biológico da paternidade, mas não para fins sucessórios.

Passando a análise das demais correntes existentes, a primeira entende que o embrião nunca poderá herdar, pois o art. 1.798 do CC/2002 exige que a pessoa esteja ao menos concebida à época do óbito do autor da herança para que tenha direito à sucessão.

Nesse sentido, Pinto (2008) discorre que:

Essa permissividade da reprodução *post mortem* pelo Código Civil gera insegurança jurídica aos herdeiros a época da abertura da sucessão, haja vista que seria possível o nascimento anos depois da morte do doador.

Devendo os herdeiros aguardar sabe-se lá quanto tempo até o nascimento da criança, ficando o patrimônio indivisível (PINTO, 2008).

Para Sílvio de Salvo Venosa (2007) o Código Civil não se preocupou com o direito sucessório dos concebidos por fecundação homóloga *post mortem*, pois a sucessão é direito dos herdeiros vivos ou já concebidos quando da morte do autor da herança, afirmando que os filhos concebidos *post mortem*, independente da técnica utilizada, não serão herdeiros. Apesar deste posicionamento, o autor ressalta que o Código Civil de 2002 teria aberto uma única exceção, permitindo, neste caso, apenas a sucessão testamentária prevista no art. 1.799, I, onde poderão ser chamados a suceder “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”, aguardando-se até dois anos da abertura da sucessão com a reserva de bens da herança.

Seguindo o mesmo entendimento, Caio Mário da Silva Pereira (2004) também acredita não ser possível se falar em direitos sucessórios do concebido por inseminação artificial *post mortem*, pois o CC/2002 é claro ao dizer que a transmissão da herança se dá em consequência da morte, participando dela apenas as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, cabendo à doutrina e à jurisprudência fornecer subsídios para a solução do caso concreto até que ocorra uma reforma legislativa.

De acordo com Eduardo de Oliveira Leite (2003), a inseminação artificial *post mortem* é uma situação anômala tanto no aspecto da filiação quanto para o direito sucessório, sendo necessária a edição de lei regulando o assunto. Dessa forma, o autor entende que a inexistência de norma favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*, impossibilita o exercício do direito de herança por não estar concebido no momento da abertura da sucessão.

Apesar de defenderem que o concebido após a morte de seu genitor não possui direito sucessório, os autores citados reconhecem a necessidade de lei que regulamente a matéria de forma específica.

José Roberto Moreira Filho (2002) explica que não há que se falar em direitos sucessórios nestes casos, pois a inseminação artificial *post mortem* ocorre quando o sêmen ou o óvulo do de cujus é fertilizado após a sua morte.

De forma geral, os argumentos contrários ao direito sucessório do concebido por fertilização artificial *post mortem* recaem sobre a ausência de norma que discipline o assunto, bem como sobre a redação do art. 1.798 do CC/2002 que determina que a pessoa deverá estar nascida ou ao menos concebida à época do óbito do autor da herança, o que não é possível diante desta técnica de reprodução humana.

Passando-se à análise das posições favoráveis ao direito sucessório do concebido *post mortem*, José Luiz Gavião de Almeida (2003), entende que há sim a possibilidade de herança, inclusive na sucessão legítima, uma vez que neste caso há presunção legal de paternidade, o que justifica a aplicação de todos os efeitos patrimoniais decorrentes desta relação. Para o autor, estabelecer esse tipo de diferenciação entre os filhos seria um retrocesso. Ao comparar o CC/1916 com o CC/2002, o autor sustenta que nem todos os filhos ilegítimos ficavam sem direitos sucessórios, mas aos privados desse direito também não nascia a relação de filiação.

Conforme entendimento do autor, ao garantir o vínculo de paternidade entre o concebido *post mortem* e o doador do material genético, não há justificativa para que este seja excluído do direito de herança.

Maria Berenice Dias (2016) ressalta que a legislação não proíbe a inseminação *post mortem*, reforçando que a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da igualdade entre os filhos, sendo assim, não é admissível que lei infraconstitucional restrinja o direito do filho assim concebido.

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (2002), reconhece que a inseminação artificial homóloga *post mortem* produz amplos efeitos e por isso gera direito sucessório, com base nos princípios constitucionais da liberdade e do direito ao planejamento familiar.

Para Hironaka (2006), é importante entender que o conceito de nascituro compreende o conceito de embrião pois, separar estes termos juridicamente poderá trazer mais confusão. A autora complementa que o embrião é um dos estágios de evolução do ovo que posteriormente dará origem ao nascituro. Mesmo que este ainda não esteja implantado, considera-se concebido.

Supondo que tenha havido a autorização e que os demais requisitos tenham sido observados, admitindo-se, assim, a inseminação post mortem, operar-se-á o vínculo parental de filiação, com todas as consequências daí resultantes, conforme a regra basilar da Constituição Federal, pelo seu art. 226, § 6º, incluindo os direitos sucessórios relativamente à herança do pai falecido. (HIRONAKA, 2006).

Na visão da autora, os direitos sucessórios do concebido *post mortem* devem ser garantidos, desde que preenchidos os requisitos, como autorização prévia por exemplo, em decorrência do vínculo parental estabelecido e em respeito aos princípios constitucionais.

Cahali e Hironaka (2003) admitem que o concebido *post mortem* possui direito sucessório, mas o maior problema surge quando o patrimônio do falecido já foi destinado. Nesse sentido, e tentando apresentar uma solução para a celeuma discorrem que:

Por isso, quer parecer que a solução que melhor se amolda à hipótese é a que determina o rompimento do testamento na hipótese de virem um ou mais desses embriões a aderir a um útero apto a garantir-lhes desenvolvimento saudável e posterior nascimento. Com isso, estar-se-á adequando a norma legal às novas exigências sociais decorrentes da evolução científica. E o mesmo se alcançará quando, inexistindo testamento, vier o herdeiro nascido ao depois pleitear e receber seu quinhão hereditário, como se fosse um filho reconhecido por posterior ação de investigação de paternidade (CAHALI e HIRONAKA, 2003, p. 357).

Para os autores, o rompimento do testamento seria uma das formas de garantir ao concebido *post mortem* o direito à herança, esta possibilidade esta prevista no art. 1.793 do CC/2002 e ocorre quando sobrevém “descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou”.

Sendo assim a ruptura do testamento depende de acontecimento superveniente e relevante que fosse capaz de alterar a manifestação de vontade do testador,

enquadrando-se neste caso o nascimento de filho concebido após sua morte, pois apesar da complexidade, deve se presumir que o testador não teria disposto de seus bens da forma que fez se soubesse da existência deste herdeiro.

Nos casos onde não há testamento, o concebido após a morte de seu pai deverá propor ação de investigação de paternidade e em sendo reconhecida a filiação poderá requerer seu quinhão.

De acordo com Marcio Rodrigo Delfim (2009), a interpretação que mais se adequa ao princípio da dignidade humana, da igualdade entre os filhos e do direito ao planejamento familiar é aquele onde são assegurados aos concebidos *post mortem* os mesmos direitos dos demais irmãos biológicos concebidos ou nascidos antes da morte do genitor.

Ao verificar a jurisprudência, foi possível concluir que o consentimento prévio do doador do material genético é pressuposto para sua utilização, assim decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal. No caso analisado, o falecido, que convivia em união estável com sua companheira há 14 anos, decidiu congelar seu material genético antes de se submeter a um tratamento de câncer. Após o falecimento deste, a companheira requereu o material genético para que fosse inseminada, o que foi negado devido a ausência de consentimento expresso do falecido, uma vez que havia está previsão no contrato firmado com a empresa que custodiava o material.

ACÇÃO DE RECONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM.

1. Não se reconhece o agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, § 1º, do CPC.

2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador revisor.

3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post

mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim (TJ-DF - APC:20080111493002 DF. 0100722-92.20088.07.0001, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, Data de Julgamento: 03/09/2014, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicação no DJE: 23/09/2014. Pág.: 139).

Para fundamentar a decisão, a desembargadora relatora argumentou que o consentimento expresso é imprescindível, tendo em vista que há necessidade de preservar os interesses e direitos de personalidade do falecido, que o art. 226, § 7º da CF proíbe a imposição de paternidade, e por fim, que há exigência constitucional de não gerar insegurança jurídica no processo sucessório.

Diante o exposto, percebe-se no Brasil ainda não há uma posição majoritária sobre o assunto, o que significa que muito ainda deve ser discutido. Nota-se que nesta questão a legislação não conseguiu acompanhar a evolução da ciência, sendo necessário atualizar as normas e estabelecer regras para proporcionar maior segurança jurídica aos envolvidos nesta relação.

Importante destacar que a definição de um prazo para utilização do material genético criopreservado seria um importante avanço e uma maneira eficaz de garantir os direitos patrimoniais da criança bem como evitar que os demais herdeiros sejam surpreendidos com uma ação reivindicando a herança anos após a partilha desta.

Sendo assim, verifica-se que negar ao filho concebido *post mortem* o direito a herança de seu pai seria uma grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana em razão do princípio constitucional da igualdade entre os filhos que veda qualquer tipo de discriminação, independente da origem da criança ou da forma em que se deu seu nascimento, demonstrando a urgente necessidade de edição de lei normatizando a questão.

4.4 Direito comparado

Para melhor compreensão do tema torna-se importante conhecer como o assunto vem sendo tratado em outros países e se houve alguma evolução em relação ao Brasil, mesmo que de forma breve.

Sendo assim, Inglaterra, Austrália e alguns Estados dos EUA permitem a reprodução assistida com o uso do sêmen de pessoa falecida, caso exista prévia autorização. Já em países como Itália e Canadá, o procedimento é proibido. Na Bélgica e na Grécia a reprodução assistida póstuma é autorizada, mesmo que não exista consentimento prévio. (COLLUCCI, 2010)

Na Alemanha e na Suécia existe vedação a inseminação *post mortem*. Na França além do procedimento ser vedado, o consentimento externado em vida perde o efeito quando da morte. Na Espanha a inseminação artificial *post mortem* também é vedada, porém os direitos do nascituro serão garantidos quando existir declaração escrita do falecido feita por meio de escritura pública ou testamento. Na Inglaterra o procedimento é permitido, porém não garante direitos sucessórios, a não ser que haja documento expreso neste sentido. (PINTO, 2008)

Em relação aos países analisados, verifica-se que não há garantia de que o filho concebido após a morte de seu pai poderá sucedê-lo na herança, com destaque para a Inglaterra que admite tal possibilidade se houver documento expreso que demonstre esta vontade, o que no Brasil pode ser feito por meio de testamento, na forma do art. 1.800, § 4º do CC/2002.

5 CONCLUSÃO

Verifica-se que a reprodução humana assistida foi um grande avanço científico que permitiu ao ser humano driblar eventuais problemas de infertilidade, proporcionando uma alternativa a concepção por meio do ato sexual. Além disso, possibilitou também a preservação do material genético em caso de infertilidade futura, ocasionada por doenças ou tratamentos médicos severos, por exemplo.

Ao descobrir que eram possíveis a manipulação e a criopreservação do material genético humano de forma segura, o ser humano rompeu uma série de obstáculos, inclusive a morte de certo modo, uma vez que um filho poderia ser concebido após a morte de seu pai ou mãe.

Conforme demonstrado no decorrer deste estudo, a inseminação artificial *post mortem* é uma técnica de reprodução assistida que permite a concepção através da utilização de material genético criopreservado. Sendo assim, a mulher poderá utilizar o sêmen do seu cônjuge ou companheiro falecido para fecundar o óvulo e gerar uma nova vida.

As consequências da utilização destes métodos ultrapassam a barreira da medicina, uma vez que o resultado deste processo, ou seja, o nascimento de um filho, trará implicações nos campos familiar e jurídico, principalmente quanto ao direito sucessório.

Sendo assim, a controvérsia sobre o direito sucessório do concebido *post mortem* reside no fato de que o art. 1.597 do CC/2002, dispõe que os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, presumem-se concebidos na constância do casamento, assim como os filhos havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga. Já o art. 1.798 do mesmo diploma, diz que legitimam-se a suceder, as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Diante a leitura dos dispositivos é possível verificar que há presunção paternidade em relação ao concebido *post mortem*, porém no que se refere ao direito sucessório, o Código Civil nada menciona. Dessa forma, o filho fruto de inseminação artificial homóloga *post mortem*, não deveria ser reconhecido como herdeiro.

A simples leitura dos dispositivos do Código Civil não pode servir de parâmetro para verificar se o concebido *post mortem* possui ou não o direito de herança, pois tal situação exige uma análise mais profunda, baseada nos princípios constitucionais e na dignidade da pessoa humana.

De forma geral, os argumentos contrários ao direito sucessório do concebido *post mortem* recaem sobre a ausência de norma que discipline o assunto, bem como sobre a redação do art. 1.798 do CC/2002, o inviabilizaria reconhecer este filho como herdeiro necessário.

Um dos argumentos apresentados para não se reconhecer o direito sucessório do concebido *post mortem* é de que a utilização das técnicas de reprodução assistida para este fim não são admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, por violar o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade de direitos entre os filhos e do melhor interesse da criança.

Atualmente, não existe nenhuma norma que proíba a utilização desta técnica e assim como os já concebidos ou nascidos, o concebido *post mortem* também deve ter seus direitos fundamentais resguardados, aplicando-se também a ele os preceitos do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade de direitos entre os filhos e do melhor interesse da criança.

Outro argumento é de que o CC/2002 não se preocupou com o direito sucessório dos concebidos por fecundação homóloga *post mortem*, uma vez que a sucessão é direito dos herdeiros vivos ou já concebidos. Neste caso, a transmissão da herança só seria possível por meio de testamento e para filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão, aguardando-se até dois anos da abertura da sucessão com a reserva de bens da herança.

Apesar de inexistir norma que favoreça o fruto da inseminação *post mortem*, o fato de o legislador não prever tal hipótese não é suficiente para retirar destes o direito de herança. É um tanto quanto complicado reduzir a possibilidade do exercício de direito de herança a sucessão testamentária exclusivamente, uma vez que o indivíduo pode tomar a decisão de manter seu material genético criopreservado por diversos motivos, autorizar que seja utilizado após seu falecimento e não deixar testamento específico para que seu filho receba parte da herança.

Como há presunção de paternidade e vínculo genético, todos os efeitos patrimoniais decorrentes desta relação devem ser efetivados, pois seria retrocesso criar qualquer diferença entre os filhos e uma forma de violação ao princípio da igualdade entre os filhos, que busca estabelecer uma relação de paridade entre estes.

Importante destacar também que a legislação não proíbe a inseminação artificial *post mortem*, o que está em perfeita consonância com o princípio constitucional da liberdade, do direito ao planejamento familiar e do exercício da autonomia da vontade.

Percebe-se que o assunto é demasiadamente complexo e ainda não há uma posição majoritária sobre o assunto. O que nota-se é que a legislação não conseguiu acompanhar a evolução da ciência e da medicina, sendo urgente atualizar as normas e estabelecer regras para proporcionar maior segurança jurídica a todos os envolvidos nesta relação.

Ao analisar como outros países se portam diante do tema, verificou-se que na maioria dos países estudados não há garantia de que o filho concebido após a morte de seu pai poderá sucedê-lo, com destaque para a Inglaterra que admite tal possibilidade se houver documento expresso que demonstre esta vontade, o que no Brasil já pode ser feito por meio de testamento, conforme já demonstrado.

Nesse contexto, importante destacar a Resolução nº 2.168/2017 do CFM que exige autorização prévia e específica do falecido para a utilização *post mortem* do material biológico criopreservado. Porém, por tratar-se de norma aplicável a ética médica esta não é suficiente para dirimir os conflitos. Apesar disso, ao exigir prévia

autorização, a Resolução estabeleceu um importante critério que leva em conta a manifestação de vontade do doador.

Destaca-se também o Provimento nº 63/2017 do CNJ que determina que na hipótese de reprodução assistida *post mortem*, será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento a apresentação de termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrada por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

Sendo assim, a definição de um prazo para utilização do material genético criopreservado seria um importante avanço e uma maneira eficaz de garantir os direitos patrimoniais da criança, bem como evitar que os demais herdeiros sejam surpreendidos com uma ação reivindicando a herança anos após a partilha desta.

Neste ponto é importante observar que o direito de herança do concebido *post mortem* fica extremamente prejudicado quando a partilha dos bens já ocorreu. Caso exista testamento, poderá ser proposta a ruptura deste, tendo em vista a superveniência de descendente sucessível, que não existia quando da confecção do testamento. Nos casos onde não há testamento, deverá ser proposta ação de investigação de paternidade e em sendo reconhecida a filiação poderá requerer seu quinhão.

A exigência de prévia autorização para utilização do material genético em caso de morte é de extrema importância, uma vez que reflete o respeito a autonomia da vontade, pois a simples decisão de manter o material criopreservado não deve ser interpretada como uma espécie de autorização. Neste quesito, torna-se imprescindível que seja respeitada a vontade manifestada em vida, bem como seu direito de personalidade, que não se extingue totalmente após sua morte, permanecendo ainda alguns aspectos que precisam ser observados.

Para evitar novas controvérsias, a lei a ser editada para regulamentar o assunto deve prever que o doador do material genético deixe por escrito e expressamente, uma autorização para que o material possa ser utilizado após sua morte.

Seria razoável também que a futura lei estabelecesse um prazo para utilização do material, a contar da morte do doador até a concepção do filho, independentemente da existência de testamento. Isso seria necessário para proporcionar maior segurança a todos os envolvidos. De um lado, o concebido *post mortem* teria seu direito de herança protegido, e de outro, os demais herdeiros não seriam surpreendidos com futuras ações judiciais reivindicando parte do patrimônio partilhado.

Dessa forma, ante a ausência de lei, a interpretação que mais se adequa ao princípio da dignidade humana, da igualdade entre os filhos e do direito ao planejamento familiar é aquela onde são assegurados aos concebidos *post mortem* os mesmos direitos dos demais irmãos biológicos, concebidos ou nascidos antes da morte do genitor. Sendo assim, negar ao filho concebido *post mortem* o direito de herança constitui violação aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio)**. 2019. Disponível em: <<https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Artigos-e-Noticias/Artigos-e-Noticias/Divulgado-relatorio-sobre-producao-nacional-de-embrioes.html>>. Acesso em 5 set. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 23 de 27 de maio de 2011**. Disponível em: <<https://sbra.com.br/legislacao-e-dados/>>. Acesso em: 12 set. 2020.

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALBUQUERQUE FILHO, **Carlos Cavalcanti**. **Famílias simultâneas e concubinato adulterino**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 143-161.

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. **Sucessões**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, Editor, 1915.

ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2000.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código Civil Comentado: direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2003.

BRASIL. **Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. **Lei 9.140 de 4 dezembro de 1995**. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9140.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. **Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. **Lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

CAHALI, Francisco José. **Curso Avançado de Direito Civil.** Vol 6: direito das sucessões/ Francisco José Cahali, Gizelda Maria Fernandes Novaes, HIRONAKA. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

COLLUCCI, Cláudia. **Reprodução pós- morte é pouco comum no país.** Folha. UOL, 23 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/739271-reproducao-pos-morte-e-pouco-comum-no-pais.shtml>>. Acesso em: 12 set. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.358 de 19 de novembro de 1992.** Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358>>. Acesso em: 10 out. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.168 de 10 de novembro de 2017.** Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 10 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento Nº 63 de 14 de novembro de 2017.** Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>>. Acesso em: 10 out. 2020.

DELFINI, Marcio Rodrigo. **As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga "post mortem".** 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12965/as-implicacoes-juridicas-decorrentes-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem>>. Acesso em: 10 set 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas conseqüências nas relações de família.** Curitiba: Juruá, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1000.

GUIMARÃES, Ana Paula. **Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida.** Coimbra: Coimbra /editora, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões.** v. 7. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões.** IBDFAM 24/04/07 Palestra proferida no I Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro "Interpretação do Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional", sob a coordenação científica do Professor Gustavo Tepedino (UERJ), em 23 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290>>. Acesso em: 15 set. 2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil.** volume XXI: do direito das sucessões, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado: direito de família.** Relações de parentesco. Direito Patrimonial. Álvaro Vilaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI.

LOYOLA, Maria Andrea; CORRÊA, Marilena C. D. V. **Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso.** Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 753-777, 2015.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida.** 1ª ed. Curitiba: Juará, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões.** 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. v. I e III.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida.** Bioética e Biodireito. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2588/conflitos-juridicos-da-reproducao-humana-assistida>>. Acesso em: 11 out. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução assistida: inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório.** Recanto das Letras. São Paulo, 28

Fev. 2008. Disponível em: <[http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/879 80 5](http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/879805)>. Acesso em: 10 out. 2020.

RAFFUL, Ana Cristina. **A reprodução artificial e os direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Volume 7. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões**. v. 6. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TRINDADE, Zeidi Araújo; BORLOT, Ana Maria Monteiro. **As tecnologias de reprodução assistida e as representações sociais de filho biológico**. In: Estudos de Psicologia, 2004, n.9, v.1, p. 63-70. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v9n1/22382.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **A reprodução assistida e seus aspectos legais**. Disponível em: <www.valoronline.com.br>, em 01 fev. 2003, ano 3, no 474. Acesso em: 12 set. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 7. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2007.