

## OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO EMBRIÃO CONCEBIDO *POST MORTEM*

### The Rights Of Inheritance Of The Embryo Conceived Post Mortem

Gabrielly Ferreira Vitor Frade<sup>1</sup>

**RESUMO:** O assunto a ser discutido é o direito sucessório brasileiro dos concebidos por técnicas de reprodução assistida realizadas *post mortem*. No Brasil, não há legislação que regule a reprodução assistida, dessa forma, as partes devem seguir os padrões éticos atribuídos à sociedade médica por meio da Resolução n. 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina. Contudo, o presente trabalho visa contemplar por meio de uma abordagem dedutiva e pesquisa qualitativa e bibliográfica as possíveis interpretações acerca do direito sucessório destes filhos. Diante da lacuna existente no Código Civil reconhecendo apenas a filiação em casos de reprodução assistida homologa *post mortem*, dessa forma, diante da insegurança jurídica existente, a pesquisa trouxe uma reflexão acerca dos princípios existentes no ordenamento jurídico e as correntes doutrinárias existentes acerca do tema. Conclui-se que o princípio de Saisine não deve vigorar em casos de reprodução assistida *post mortem* viabilizando assim os direitos sucessórios da criança artificialmente concebida após a morte de um de seus pais.

**PALAVRAS-CHAVES:** Reprodução assistida homologa post mortem, direitos sucessórios, inseminação artificial.

**ABSTRACT:** The subject to be discussed is the Brazilian inheritance law of those conceived through assisted reproduction techniques carried out post-mortem. In Brazil, there is no legislation that regulates assisted reproduction, therefore, the parties must follow the ethical standards attributed to the medical society through Resolution nº 2.320/2022 of the Federal Council of Medicine. However, the present work aims to contemplate, through a deductive approach and qualitative and bibliographical research, possible interpretations regarding the inheritance rights of these children. Given the gap in the Civil Code only recognizing affiliation in cases of post-mortem homologous assisted reproduction, thus, given the existing legal uncertainty, the

---

<sup>1</sup> Discente do 9º Período da graduação em Direito na Faculdade Minas Gerais (FAMIG), endereço eletrônico: gabifrade15@gmail.com

research brought a reflection on the principles existing in the legal system and the existing doctrinal currents on the topic. It is concluded that the Saisine principle should not apply in cases of post-mortem assisted reproduction, thus enabling the inheritance rights of children artificially conceived after the death of one of their parents.

**KEYWORDS:** Post mortem homologous assisted reproduction, successor rights, artificially insemination

## 1. Introdução

Nos últimos anos, a ciência biomédica fez grandes progressos, especialmente no campo da reprodução humana assistida, permitindo que casais com problemas de fertilização utilizem das técnicas de reprodução artificial e consigam realizar seu sonho de serem pais.

O desenvolvimento do presente trabalho buscou analisar os avanços do ordenamento jurídico brasileiro de acordo com os avanços da ciência, especificamente no que concerne as técnicas de reprodução assistida, demonstrando assim a lacuna existente na legislação, dessa forma, restou clarividente que a lei não proíbe e nem permite a realização de técnicas de reprodução assistida com a utilização do material genético congelado do de cujus.

O objeto da pesquisa é demonstrar a extrema necessidade de regulamentar e legislar acerca da fertilização artificial, além da necessidade do reconhecimento da legitimidade do filho concebido através de fertilização artificial homologa após a morte de um dos pais, detentores do material genético congelado.

A falta de legislação faz com que existem diversos pontos a serem discutidos, principalmente no que concerne aos direitos sucessórios dos filhos que são concebidos por inseminação artificial após a morte do genitor ou genitora. Devido a isso existem três correntes doutrinárias com posicionamentos distintos acerca da capacidade de suceder ou não do filho póstumo.

Insta salientar que a legislação brasileira é omissa até mesmo aos tratar das técnicas existentes de reprodução humana assistida, diante de tal lacuna faz-se necessário utilizar resoluções emitidas pelo Conselho Federal de Medicina para ao menos amparar e possibilitar a utilização de referidos procedimentos.

O presente trabalho fora dividido da seguinte forma: a primeira parte busca realizar uma pesquisa histórica perpassando sobre a evolução do direito em relação as técnicas reprodutivas, demonstrando e conceituando a reprodução assistida e suas diversas técnicas além de demonstrar a omissão legislativa e a possibilidade de interpretações devido a inercia do legislativo.

A segunda parte aborda como se dá a sucessão, momento que ocorre sua abertura, quem pode suceder, trazendo para isso diversos dispositivos legais e demonstrando os dois tipos de sucessão, a legítima que decorre da lei e, a testamentaria decorrente da manifestação de última vontade do de cujus, feito ainda em vida.

A terceira parte do trabalho visa explanar e interpretar as correntes doutrinárias em relação a possibilidade e legitimidade do filho póstumo oriundo de uma reprodução assistida suceder seu genitor.

Por fim é explanado na presente pesquisa o direito sucessório do concebido *post mortem* na legislação estrangeira, trazendo legislações de diversos países como por exemplo, França, Inglaterra, Itália e Estados Unidos.

## **2. A evolução dos direitos reprodutivos, os aspectos técnicos da reprodução assistida e a omissão legislativa**

De acordo com Pablo Stolze (2019), a pessoa natural é um sujeito de direitos e obrigações que surgem a partir de seu nascimento com vida. Já quando se fala a respeito dos nascituros, o Código Civil não o considera como pessoa de forma explícita, no entanto, coloca a salvo seus direitos desde a concepção apesar de haver inúmeras discussões acerca do tema nas doutrinas, isso ocorre pois há uma personalidade condicional que se manifesta, de forma completa, com o nascimento com vida e se extingue caso o feto não venha a sobreviver.

A Reprodução Humana no Brasil se iniciou em 26 de dezembro de 1947 com a fundação da Sociedade Brasileira da Esterilidade (SBE), no Rio de Janeiro, possui como objetivo se preocupar com as questões sociais e científicas acerca da esterilidade. O primeiro estatuto criado, e aprovado em 1948, tinha como propósito e objetivo estimular o estudo sobre a esterilidade pelos cientistas nacionais e incentivar a criação de clínicas especializadas no tema no Brasil. (PEREIRA, 2011).

Leciona o professor Dirceu (2011), ocorreu em 1974 um dos maiores eventos científicos de reprodução humana, tal evento fora realizado no Rio de Janeiro e reuniu inúmeros especialistas e cientistas do mundo todo. Nesse mesmo evento a SBE alterou seu estatuto e passou a se intitular como Sociedade Brasileira de Reprodução Humana (SBRH), ganhou uma enorme representatividade nacional e migrou para outros estados do país. Foram formadas inúmeras instituições para o desenvolvimento de programas para a realização de planejamento familiar, foi possível captar recursos financeiros até mesmo no exterior.

Dados do 13º relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio), publicados no dia 27 de julho de 2022 pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), informam que houve um aumento no número de procedimento realizados utilizando as técnicas de reprodução assistida.

De acordo com a notícia publicada em 08 de agosto de 2022 no site do Governo Federal:

Além dos dados compilados, a ANVISA também divulga os dados indicadores de qualidade em reprodução humana assistida.

As informações foram enviadas por 170 (94%) dos 181 estabelecimentos cadastrados na Agência.

Principais impactos avaliados no biênio 2020/2021.

Ciclos de fertilização in vitro:

(...)

Os dados de 2020 mostram que o número de ciclos de fertilização in vitro realizados no Brasil, quando comparado ao de 2019, diminuiu de 43.956 para 34.623, o que se acredita ser impacto da pandemia de Covid-19. Em 2021, os procedimentos de fertilização in vitro voltaram a crescer, com a realização de 45.952 ciclos no país.

Embriões

(...)

Quando comparados com os dados de 2019. E, 2020 houve uma redução no número de congelamentos (85.503 embriões congelados, em comparação com 99.112 embriões congelados em 2019).

Já em 2021 houve o congelamento de 114.372 embriões, o que demonstra a recuperação no número de ciclos e congelamentos, conforme destacado acima.

Gestações clínicas

(...)

Em 2020 e 2021, mais de 36 mil gestações clínicas foram obtidas no país

com as técnicas de reprodução humana assistida. Congelamento de óvulos  
Os dados sobre o congelamento de óvulos, que demonstram uma demanda crescente de mulheres que desejam adiar a gestação, também foram apresentados por meio do novo sistema de captação de informações pela Anvisa.

Em 2020 e 2021 foram realizados mais de 21 mil ciclos, com 154.630 óvulos congelados. (ANVISA, 2020)

Todavia, por mais que seja crescente o uso da reprodução assistida, o próprio Senado Federal reconheceu por meio de notícia publicada em seu sítio oficial no dia 21 de setembro de 2022, senão vejamos:

O Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a resolução (2.320/2022) com novas normas sobre a Reprodução Assistida (RA). O CRM justifica que, como ainda não existe legislação específica sobre o assunto aprovado pelo Congresso, é preciso que o Conselho continue editando novas resoluções, aperfeiçoando as regras. Em 2003, o Senado aprovou projeto (PLS 90/1900) que normatiza a Reprodução Assistida no Brasil. A proposta aguarda análise da Câmara dos Deputados. (SENADO FEDERAL, 2022).

Por isso a importância das resoluções do CFM, uma vez que constituem uma das principais formas de regularização da matéria.

O Código Civil, em seu artigo 1.597, fez uma breve referência acerca da reprodução humana assistida ao tratar sobre a presunção dos filhos no casamento, de forma a ampliar as hipóteses de filiação matrimonial:

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- nascidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002).

De acordo com o Enunciado n. 105, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, a menção acerca da fecundação artificial, da concepção artificial e da inseminação artificial devem ser consideradas e interpretadas como técnicas de reprodução assistida, no entanto, as técnicas vão muito além dos 03 (três) tipos abordados no texto cível.

Apesar de se tratar de um procedimento realizado desde o ano de 1984, os legisladores brasileiros ainda não trouxeram legislações que tratassem do assunto de forma completa e em suas diversas especificações. Por esse motivo, existem inúmeras discussões sobre o tema, vez que as resoluções emitidas pelo Conselho

Federal de Medicina (CFM) apenas vinculam a sociedade médica, causando assim, uma enorme insegurança jurídica para todos aqueles que desejam utilizar as técnicas.

Considerando a escassez de legislação específica e a extrema necessidade de determinações de princípios éticos que pautem a conduta médica em relação a reprodução humana assistida (RHA), o Conselho Federal de Medicina publicou em 20 de setembro de 2022 a Resolução nº 2.320/2022.

Contudo, antes da referida Resolução, foram criadas outras resoluções estabelecendo normas éticas que deveriam ser seguidas pelos profissionais da área, e assim foi utilizada a Reprodução Humana Assistida na medida da criação de novas normas, ao passo de que a criação de uma nova norma implica na revogação da mais antiga, sendo uma forma também de adequar as técnicas ao novo cenário tecnológico. (VICENZI, 2018).

De acordo com a Resolução nº 2.320/2022 do CFM, a utilização das técnicas de Reprodução Humana Assistida pode ser utilizada na preservação social e oncológica desde que exista a probabilidade de sucesso e não incorra em riscos graves a saúde de quem irá gestar e do possível bebê. A resolução ainda vedou o uso da RHA para a seleção de características biológicas, quais sejam sexo, cor de pele, olhos e cabelos, bem como raça ou etnia, no entanto, é autorizado a seleção a fim de evitar possíveis anomalias e doenças.

Acerca da criopreservação a resolução aduz que o número total de embriões gerados no laboratório não é mais limitado, porém, os pacientes devem informar de forma escrita qual será o destino dos embriões criopreservados em casos de divórcio, dissolução de união estável, o falecimento de uma ou de ambas as partes, dentre os casos a resolução possibilitou como solução a doação dos embriões.

Dessa forma, o Conselho Federal de Medicina trouxe a possibilidade da Reprodução Humana Assistida ocorrer *post mortem* desde que tenha autorização prévia por escrito do falecido.

Diante do exposto, vejamos o que diz os incisos V e VIII, das Normas Técnicas para a utilização das técnicas de reprodução assistida (Resolução nº 2.320/2022):

**V- CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES**

3. Antes da geração dos embriões, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino dos embriões criopreservados em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los.

**VIII- REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM**

É permitida a reprodução assistida post mortem, desde que haja autorização

específica para o uso do material biológico criopreservado em vida, de acordo com a legislação vigente. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2022).

## **2.1. Técnicas de reprodução assistida**

Juliano Marcondes (2011) leciona que as principais causas da infertilidade nas mulheres se dá devido o projeto reprodutivo tardio, muitas das vezes pelo motivo da busca incansável da estabilidade profissional e financeira, a espera pelo parceiro “perfeito”, além das causas médicas é claro, dentre elas temos como as principais a ausência de gônadas, problemas de ovulação, alterações na fase lútea, endometriose, causas cervicais e tubárias, visivelmente percebe-se também a ocorrência de outras causas fisiológicas como a obesidade, deficiências vitamínicas, álcool e drogas também estão muito presentes.

Já a infertilidade masculina se dá na maioria dos casos devido as disfunções testiculares, anomalias nas vias excretoras, problemas com a ejaculação e também pela morfologia e estrutura dos espermatozoides. Contudo, a incapacidade de ter filhos sempre fora muito temida pelos casais que desejam ser pais, isso ocorre pois desde a antiguidade a capacidade de reprodução era visto como algo divino, atribuindo assim um caráter maléfico e amaldiçoado a infertilidade (PAGANINNI, 2011).

Segundo Cunha Neto (2007), existem inúmeras técnicas de reprodução assistida que serão escolhidas de acordo com a complexidade de cada caso. As técnicas estão agrupadas em classificações distintas, por exemplo temos que a fecundação poderá ocorrer in vivo ou in vitro. Sendo a primeira ocorrendo dentro do corpo da mulher, isto é, a penetração do espermatozoide no óvulo, a fim de formar o zigoto ocorre dentro do corpo da mulher. E a segunda vindo a ocorrer em laboratório, fora do corpo.

Já Maria Dias (2021) expõe que uma outra diferenciação é que as reproduções assistidas podem ocorrer de forma homóloga ou heteróloga. Sendo na forma homóloga, teremos que a reprodução acontecerá com a utilização do material genético do próprio casal, a ocorrência dessa modalidade será quando apesar de ambos serem férteis não conseguem a gravidez utilizando os meios naturais, ou seja, através do ato sexual. Por outro lado, na modalidade heteróloga, ocorre a manipulação do material genético (sêmen ou ovulo) de um terceiro doador, a

manipulação se dará devido a infertilidade de uma ou ambas as partes, no entanto, essa modalidade é a que mais possui diferentes repercussões jurídicas e dúvidas.

Vejamos o que Maria Berenice Dias explica acerca do tema:

Chama-se de concepção homóloga a manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação in vitro, o ovulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo. Na inseminação heteróloga, a concepção é levada a efeito com o material genético de doador anônimo e o vínculo de filiação é estabelecido com a parturiente. Sendo ela casada, se o marido consentiu com a prática, será ele o pai, por presunção legal. (DIAS, 2021, p. 402).

Como já demonstrado, o Código Civil aborda apenas algumas das modalidades da reprodução assistida, quando versa acerca da presunção de paternidade, em seu artigo 1.597. vemos as técnicas de inseminação artificial, fertilização in vitro e das modalidades homóloga e heteróloga. Todavia, a reprodução assistida não deve ser limitada apenas a inseminação artificial e à fertilização in vitro.

Segundo Souza (2010, p. 89) “haverá reprodução assistida sempre que houver qualquer tipo de interferência médica para viabilizar ou facilitar a procriação”. Nesse sentido, pode-se mencionar, além das já citadas no Código Civil, a transferência intratubária de gametas ou de zigotos, doação temporária de útero, relação sexual programada e a injeção intracitoplasmática como algumas das principais técnicas de reprodução assistida utilizadas.

De acordo com Paganinni (2011), todas as técnicas atualmente existentes de fertilização artificial contemplam uma cessão de material genético, sendo eles os espermatozoides, óvulos e até mesmo os embriões. Além do material genético para que ocorra a gestação é necessária uma estrutura física, o útero, que poderá ser de um dos cônjuges, parentes, amigos e até mesmo anônimos.

Com base em Carina Cátia (2020), as técnicas de reprodução assistida mais utilizadas atualmente é a inseminação intrauterina, a transferência intratubária de gametas, zigotos ou embriões, a fertilização in vitro e a injeção intracitoplasmática de esperma ou somente de espermatozoides.

A inseminação intrauterina consiste na introdução do esperma no órgão reprodutor feminino. Antes de realizar o procedimento o esperma passa por um processo de congelamento e reaquecimento. (SENNA, 2020).

É considerado um procedimento simples e com poucas complicações, isso ocorre devido ser realizado no período ovulatório da mulher e apenas o sêmen do

cônjuge ou doador sofre processos laboratoriais. (SOUZA; ALVES, 2016).

De acordo com Ommati (1999), a transferência intratubária de gametas foi idealizada por um médico argentino, Ricardo Ash, o procedimento consiste na realização de uma laparoscopia na mulher para a captação dos óvulos, no mesmo momento da captação dos óvulos é recolhido também o esperma que será introduzido nas trompas de falópio da mulher. O procedimento visa a fecundação do ovulo pelo espermatozoide nas trompas de falópio tanto até mesmo mais de um ovulo fecundado, após a fecundação o/ os embrião/ ões vão para o útero onde seguem gestação normalmente.

Porém existem alguns problemas nesse procedimento, dentre eles temos a necessidade da mulher em ser anestesiada com uma anestesia geral e além disso não é possível ter certeza da fertilização, e por isso é considerado como um método para a facilitação da fecundação. (SENNA, 2020).

Diferentemente da transferência intratubária de gametas, a de zigotos é mais segura e eficiente, vez que a fecundação do ovulo se dá fora do corpo, ou seja, in vitro. Sendo assim, é transferido para o corpo da mulher o embrião já formado. (SENNA, 2020).

Na fertilização in vitro ocorre a fecundação em laboratório, nesse procedimento a mulher passa por um tratamento hormonal para induzir a ovulação e a maturação dos óvulos que posteriormente são captados e preparados no laboratório. O mesmo acontece com os espermatozoides, em laboratório os médicos realizam uma espécie de ativação fisiológica para ter uma fecundação ideal. (BELTRÃO, 2010).

De acordo com Rolf Madaleno (2019), a fertilização in vitro ocorre em laboratório com a união do espermatozoide junto ao ovulo com a utilização de técnicas e equipamentos necessários para o êxito do procedimento.

A fertilização in vitro e a posterior transferência do embrião podem se resumir nas seguintes etapas: “indução da ovulação; monitorização do crescimento folicular; coleta de óvulos e sêmen; inseminação in vitro; transferência dos embriões para o útero; suporte da fase lútea e diagnóstico de gestação”. (SOUZA; ALVES, 2016, p. 152).

A injeção intracitoplasmática de esperma consiste na introdução dos espermatozoides, por meio de uma injeção, ocorre diretamente no citoplasma dos óvulos e, assim como a fertilização in vitro, é uma técnica amplamente utilizada nas

clínicas e consultórios de reprodução assistida. (BELTRÃO, 2010).

Esse procedimento é altamente indicado para casais em que o homem tenha algum problema relacionado a fertilidade, no entanto, ele não poderá ser totalmente infértil. Sendo assim, aqueles homens que possuem poucos espermatozoides, problemas navitalidade dos mesmos, ou que até mesmo já realizaram vasectomia e não é possível realizar a reversão, são os casos mais indicados para a realização do procedimento supracitado. (SOUZA; ALVES, 2016).

### **3. A fertilização homóloga post mortem**

O marco inicial das discussões acerca da fertilização artificial homóloga *post mortem* ocorreu em 1984, na França, com o famoso caso “*affair parpalaix*”:

Em 1984, na França, a jovem Corine Richard se apaixonou por Alain Parpalaix. O varão descobriu estar com câncer nos testículos e, no intuito de poder ter um filho com a mulher amada, depositou num banco de sêmen seu material genético para que após as sessões de quimioterapia pudesse usá-lo para gerar a almejada prole. Como previsto, a doença não só o deixou estéril, como, após alguns dias do casamento, veio a fatalizá-lo. Negado pelo banco de sêmen, Corine Richard buscou a autorização judicial para cumprir a vontade de seu falecido esposo. O banco alegava que não havia um acordo de entrega do material genético a outra pessoa, senão ao falecido, e, como na França não havia legislação que autorizava inseminação artificial post mortem, foi necessário buscar tutela do Estado para preenchimento deste vácuo legislativo. Depois de muita batalha, o tribunal francês de Créteil condenou o banco de sêmen na entrega do material para um médico designado pela viúva. Infelizmente, pela morosidade da ação, a inseminação artificial não foi realizada, pois, os espermatozoides não estavam mais próprio à fecundação. (FREITAS, 2008)

De acordo com Serrano (1988), a reprodução humana assistida *post mortem* pode ser interpretada como a inseminação artificial de uma mulher viúva que utiliza do material genético de seu marido e/ou companheiro falecido, ou, ainda, a implantação do embrião que fora fecundado com o sêmen do mesmo.

Com base nas obras de Paganinni (2011) e de Cunha Neto (2007) fora apresentada a possibilidade do congelamento do material genético, em especial o masculino, devido as menores dificuldades técnicas para conservar um banco de esperma, ocorre a possibilidade de, antes mesmo de se iniciar os procedimentos para ocorrer a fertilização artificial em modalidades que os pais estão vivos e são um casal, um deles venha a óbito e o cônjuge/ companheiro sobrevivente, por motivos inerentes a sua pessoa e por querer dar continuidade à história de seu parceiro ou até mesmo

possuir uma lembrança do mesmo, queira dar seguimento ao procedimento. Nesses casos o procedimento é denominado como fertilização homóloga *post mortem*.

Claramente tal procedimento se torna mais viável quando é a mulher a sobrevivente, visto que sendo o contrário, o homem irá necessitar de recorrer a um empréstimo de útero, e dessa forma, dependerá do interesse e da vontade de terceiros para que seu filho venha a nascer.

De acordo com Dias (2011), a utilização do material genético *post mortem* independerá de haver ou não autorização do falecido:

Na fecundação artificial homóloga, não há necessidade de autorização do marido. A cláusula "mesmo que falecido o marido" deve ser interpretada tão somente para fins do estabelecimento da paternidade, observando o prazo de trezentos dias da morte do varão. (DIAS, 2011, p. 303).

No entanto, há divergências quanto a este entendimento, com base em Lôbo (2012), para que tenhamos a fertilização homóloga *post mortem* é necessário que o de cujus tenha deixado autorização no sentido de que seu material genético possa ser utilizado mesmo ele não estando vivo:

O uso do sêmen do marido somente é permitido se for de sua vontade e enquanto estiver vivo, por ser exclusivo titular de partes destacadas de seu corpo. (...) O princípio da autonomia dos sujeitos, como um dos fundamentos do bio direito, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que tenha deixado para esse fim. Assim, não poderá a viúva exigir que a instituição responsável pelo armazenamento lhe entregue o sêmen armazenado para que seja nela inseminado, por não ser objeto de herança. A paternidade desse ser consentida, porque não perde dimensão de liberdade. (LÔBOS, 2011, p. 221-222).

Ademais, a I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal outorgou o enunciado a seguir:

Interpreta-se o inciso III do art. 1.597 para que seja presumida a paternidade do marido falecido, que seja obrigatório que a mulher ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido esteja ainda na condição de viúva, devendo ainda haver autorização do marido para que se utilize seu material genético após sua morte. (BRASIL, 2002)

Em consonância, a Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina assim dispõe:

#### VIII- REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM

É permitida a reprodução assistida post mortem, desde que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida, de acordo com a legislação vigente. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2022).

Além disso, conforme Lôbo, em citação já transcrita, é necessário que quem faleceu tenha deixado em vida, sendo a forma escrita a autorização mais segura para tanto, a vontade, ou a não objeção de que seu material seja ou não utilizado pelo seu cônjuge/ companheiro sobrevivente para a concepção de um filho.

Destaca-se, ainda que a prática e utilização desta técnica de reprodução esteja crescendo no país, a legislação brasileira ainda apresenta inúmeras lacunas a respeito do direito sucessório do filho concebido post mortem. (GOZZO, 2012)

Nesse sentido, ensina Silvio Venosa:

Adverta-se, de plano, que o Código Civil de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa deve ser regulada por lei específica, por um estuto ou microsistema. (VENOSA, 2007, p. 256)

Insta salientar que a filiação post mortem está regulamentada no Código Civil em seu artigo 1.597, III, que assim dispõe:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
(...)  
III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;(BRASIL, 2002)

Dessa forma, conclui-se que existe a possibilidade do laço de filiação ser formado *post mortem*, contudo os desdobramentos dessa possibilidade vão além do reconhecimento de filiação, atingindo inclusive questões sucessórias.

### **3.1. O direito à filiação**

Inicialmente, Gonçalves (2008) ressalta que não existe um conceito expresso do que seria filiação na Constituição Federal ou no Código Civil, no entanto, traz a definição de filiação como uma “relação de parentesco em primeiro grau e em linha reta que liga uma pessoa àquelas que geraram ou a recebem como se a tivesse gerado”.

Ainda que o direito a filiação não conste no rol de direitos fundamentais trazido pelo artigo 5º da Constituição Federal/88, o mesmo deve ser reconhecido como se tal fosse, vez que seu método de positividade e eficácia é idêntico aos demais direitos fundamentais. Ademais, a filiação possui três pilares constitucionais, sendo eles: i) a igualdade entre os filhos; ii) o estado civil que os pais se encontrem não vincula os filhos e; iii) a proteção integral dos menores. (DIAS, 2009)

Destaca Silva (2000), o artigo 227, §6º da Constituição Federal positivou o direito de filiação, pois vedou a discriminação entre os filhos, sejam eles havidos ou não na constância do casamento. Ademais, revogou as classificações de filhos previstas no Código Civil de 1916, dessa forma, proibiu-se a classificação dos filhos em legítimos, adotivos, naturais, adulterinos ou incestuosos.

É sabido que o Direito deve evoluir conforme a evolução da sociedade, para que ampare judicialmente os novos questionamentos e discussões. Com base nisso, ao promulgar o novo Código Civil em 2002, o legislador buscou amparar a filiação, permitindo que seja reconhecida a filiação antes do nascimento, ou após sua morte.

Artigo 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

**Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior aos seu falecimento, se ele deixar descendentes.**  
(BRASIL, 2002) (grifos nosso)

Conclui-se, portanto, que os filhos oriundos da reprodução assistida não podem sofrer discriminação, vez que, perante a lei a condição de filho é igual para todos, independentemente da forma que foram concebidos.

#### **4. O direito sucessório no ordenamento jurídico**

O direito sucessório trata-se de normas jurídicas para a regulamentação da transmissão do patrimônio de uma pessoa após seu óbito, aos seus sucessores. É prevista na norma que a sucessão poderá ocorrer por meio da lei ou por meio do testamento. (DINIZ, 2010).

O ordenamento jurídico civil brasileiro, traz em seu artigo 1.784, o Princípio de Saisine, com base nele, a partir do momento que ocorre o óbito, a herança é transmitida imediatamente os seus sucessores.

Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. (BRASIL, 2002).

Consoante narrado em referido artigo, a pessoa natural se encerra com sua morte, podendo se ela natural ou presumida, conforme previsto nos artigos 6 e 7 do Código Civil:

Art. 6. A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão

definitiva.

Art. 7. Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento. (BRASIL, 2002).

No mesmo entendimento assevera Hironaka, vejamos:

Embora não se confundam a morte com a transmissão da herança, sendo aquela pressuposto desta, a lei, por uma ficção, torna-as coincidentes em termos cronológicos, presumindo que o próprio de cujus investiu seus herdeiros no domínio e na posse indireta de seu patrimônio, por este não pode restar anencefálico. (HIRONAKA, 2003, v. 20, p. 21).

De acordo com o referido princípio, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos ou testamentários imediatamente após a morte de seu possuidor, ademais os herdeiros terão posse imediata da herança independente de qualquer manifestação ou aceitação dos mesmos. Desta forma, os herdeiros passam a ser copossuidores da herança. (VENOSA, 2006).

Como já demonstrado, a transmissão dos bens que compõe a herança poderá ser via testamento, a chamada sucessão testamentária, ou através da lei, conhecida como sucessão legítima. Nessa última hipótese o ordenamento jurídico trouxe uma escala de preferência ou ordem de vocação hereditária, disposta no art. 1.829 do Código Civil, senão vejamos:

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

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

II aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III ao cônjuge sobrevivente;

IV aos colaterais. (BRASIL, 2002)

Acerca do citado artigo, Venosa traz que:

A vocação dos herdeiros faz-se por classes (descendentes, ascendentes, cônjuge, colaterais e Estado). Portanto, cada inciso do art. 1.829 refere-se a uma classe de herdeiros. Note que no corrente diploma foi estabelecida a herança concorrente do cônjuge com descendentes e ascendentes.

A chamada dos herdeiros é sucessiva e excludente, isto é, só serão chamados os ascendentes na ausência de descendentes, só será chamado o cônjuge sobrevivente isoladamente, na ausência de ascendentes, e assim por diante.

A regra geral é que, existindo herdeiros de uma classe ficam afastados os da classe subsequente (...)

A lei, ao colocar os descendentes em primeiro lugar na sucessão segue uma

ordem natural e afetiva.

Normalmente, os vínculos afetivos com os descendentes são maiores, sendo eles a geração mais jovem a época da morte. (VENOSA, 2006, p. 110/111).

Enquanto a sucessão legítima ocorre sem uma manifestação de última vontade pelo de cujus, a sucessão testamentária é a manifestação de última vontade feita pelo falecido ainda em vida. Segundo Gomes (2004) o testamento é um ato personalíssimo e revogável e ainda que “na sucessão testamentária, o testador regula, em ato unilateral, a distribuição de seus bens, conforme sua própria vontade”.

O testamento, por ser um ato de última vontade só irá ter efeitos e validade após o falecimento do testador. Insta salientar que o testamento pode dispor também sobre outras questões extrapatrimoniais como por exemplo reconhecimento de filhos, nomeação de tutor caso haja filhos menores, deserdação de herdeiros e outro. (GOMES, 2004).

De acordo com Venosa (2006, p. 185) “suceder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos”, dessa forma, entende-se como sucessor sendo aquele indivíduo que sub-roga no lugar do outro que tenha vindo a óbito.

Como forma de distinguir os herdeiros e os bens deixados pelo de cujus, teremos duas espécies de sucessores, o herdeiro e o legatário. O herdeiro poderá ser legítimo ou testamentário e será o sucessor a título universal, recebendo assim toda a herança caso seja o único ou sua cota parte ideal em todos os bens quando existe mais de um herdeiro. Já a figura do legatário representa o sucessor a título singular, dessa forma ele receberá uma coisa certa e determinada, chamada de “legado”, com base na manifestação de última vontade do testador. (FREITAS, 2006).

Tartuce (2020) explana que os herdeiros legítimos podem ainda serem divididos em duas classes, necessários e facultativos, teremos como herdeiros necessários os descendentes, ascendentes e cônjuge, ou seja, os três primeiros incisos do artigo 1.829, CC, já os herdeiros facultativos serão os colaterais, último inciso do referido artigo.

Com base em Gonçalves (2019) a transmissão da herança compreende todas as relações patrimoniais que o de cujus possuía, merecendo um destaque a transmissão ocorrida ao legatário- sucessão testamentária-, no entanto, somente aos legatários que sucedem a título singular, ou seja, o de cujus deixa em testamento um bem infungível, a propriedade será transmitida desde a abertura da sucessão, entretanto, quando se trata de um bem fungível, o legatário apenas o receberá depois

de realizada a partilha dos bens, isso ocorre pois a herança é uma e não pode ser dividida até finalizada a partilha.

Diante do exposto, é sabido que a transmissão da herança ocorre pela sucessão, seja ela legítima ou testamentária, imediatamente após o óbito. A partir disso reside a problemática acerca da sucessão do filho concebido por meio da fertilização artificial homóloga post mortem.

#### **4.1. Da capacidade sucessória**

De acordo com o artigo 1.798 do Código Civil/2002, para ser sucessor, é necessário ser uma pessoa viva ou concebida à época da abertura da herança. Isso porque caso o sucessor venha a falecer antes que o sucedido, não haverá mais capacidade para herdar deste. (BRASIL, 2002)

Dessa forma, para que se tenha capacidade sucessória, é necessário cumprir três requisitos, sendo eles: a) ser vivo ou já concebido na época do falecimento; b) estar incluído na ordem de vocação hereditária ou testamentária, ou seja, ter um título sucessório; e c) não ter sido classificado como um sucessor indigno. (VENOSA, 2012)

Com base nos ensinamentos de Venosa (2012) a indignidade do herdeiro ocorre quando o mesmo perde a capacidade passiva, caso tenha realizado algum dos atos previstos no artigo 1.814 do Código Civil.

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 cuaj 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, 2002)

Segundo Wald (2012) para que o herdeiro seja considerado indigno, é necessário a prolação de sentença em uma ação declaratória de exclusão por indignidade, referida ação poderá ser ajuizada por qualquer um dos interessados, ou seja, demais herdeiros, deve ser ajuizada no prazo não superior a 4 anos após a abertura da sucessão.

A indignidade produz efeitos pessoais, dessa forma não se transmite os efeitos e consequências para os herdeiros daquele que fora considerado indigno, por isso, o indigno poderá ser representado, como se estivesse morto, ou, ainda, por direito

próprio dos herdeiros. (WALD)

Almozara (2017) ensina que a capacidade sucessória não pode ser jamais confundida com a capacidade civil. A primeira, pode ser entendida e definida como a legalidade para herdar, já a capacidade civil seria a aptidão para exercer sozinho todos os atos da vida civil.

No artigo 1.798 do Código Civil, o legislador garantiu que seriam legítimos a suceder aqueles que já forem nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão. (BRASIL, 2002)

Para Gonçalves (2014) a legitimidade passiva trazida pelo artigo supracitado, pode ser considerada como uma aplicação ao princípio da coexistência, vez que os herdeiros, seja eles legítimos ou testamentários, apenas poderão suceder caso forem nascidos ou concebidos ao momento da morte do instituidor da herança.

Argumenta ainda acerca da conexão direta com o princípio de *saisine*, em que a herança será transmitida imediatamente após a morte do autor da herança, aos herdeiros que encontram-se vivos. Na existência de herdeiro pré-morto – quando o herdeiro vem a falecer antes do autor da herança -, a sua parte ou, quinhão hereditário, será transmitido aos herdeiros de sua classe. (GONÇALVES, 2014)

Em que pese a existência de referido princípio, existe uma exceção a sua aplicação, exceção esta que se encontra expressa no artigo 1.799, inciso I do Código Civil, trazendo a possibilidade de chamar a suceder à prole eventual de pessoa viva quando da abertura da sucessão, observando-se o prazo de 2 anos para que esse eventual prole venha a ser concebida. (MIRANDA, 2012)

Artigo 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:  
I- os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;  
(...) (BRASIL, 2002)

Insta salientar que, devido a incerteza e condicionalidade da prole eventual, somente ocorrerá a devida possibilidade de suceder caso a prole nasça com vida. (RIZZARDO, 2014)

De acordo com Cahali (2004) o nascituro também pode ser considerado como uma exceção ao princípio da coexistência, vez que o Código Civil resguarda os direitos sucessórios desde que quando do nascimento, este ocorra com vida, sendo possível a transmissão da herança do falecido.

Importante ressaltar que os princípios da coexistência e *saisine* sempre serão aplicados, tanto na sucessão legítima como também na testamentária, salvo as exceções trazidas pelo nascituro e prole eventual. (GONÇALVES, 2014)

## 5. A fertilização homóloga *post mortem* e o direito a suceder

Diante do que já fora exposto é sabido que o ordenamento jurídico brasileiro traz a possibilidade da reprodução assistida após a morte mediante a criopreservação do material genético, no entanto, o Código Civil traz em seu texto apenas acerca da presunção de paternidade dos filhos oriundos das técnicas, porém, é omissivo ao que se refere a sucessão destes filhos póstumos.

Segundo Beraldo (2012), a lacuna existente na regulamentação sobre a possibilidade de filhos concebidos após a morte do genitor ou da genitora terem qualidade de herdeiros, faz com que surja inúmeros posicionamentos doutrinários divergentes. Nesse sentido existem três correntes que se majoram diante das demais, a primeira corrente os doutrinadores defendem que o filho concebido *post mortem* não possuem nenhum direito sucessório em relação ao seu gerador falecido; já a segunda corrente defende, com base no art. 1.799, I do Código Civil, que somente será possível haver direitos sucessórios caso o de cujus tenha deixado um testamento em benefício da prole eventual de terceiro a ser chamada a suceder, observando ainda a regra legal de que não se pode ultrapassar o prazo de dois anos após a abertura da sucessão; por fim temos a terceira corrente doutrinária que defende a existência de direitos sucessórios com base e fundamento no princípio constitucional da isonomia.

Seguindo o entendimento da primeira corrente doutrinária supracitada, Diniz (2010) preceitua que o casamento é extinto com a morte e que ainda que o filho póstumo seja filho biológico do casal, este será considerado filho oriundo de uma relação extrapatrimonial não havendo como ter a presunção de paternidade e conferir direitos sucessórios, vejamos:

É preciso evitar tais práticas, pois a criança, embora possa ser filha genética, por exemplo, do marido da mãe, será, juridicamente, extrapatrimonial, pois não terá pai, nem poderá ser registrada como filha matrimonial em nome do doador, já que nasceu depois de 300 dias da cessação do vínculo conjugal em razão da morte de um dos cônjuges. E, além disso, o morto não mais exerce direitos, nem deveres a cumprir. Não há como aplicar a presunção da paternidade, uma vez que o matrimônio se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que nascer por técnica conceptiva *post mortem*, pois não estava gerado por ocasião da morte de seu pai genético

(...). Por isso, necessário será que se proíba legalmente a reprodução assistida post mortem, e, se porventura, houver permissão legal, dever-se-á prescrever quais serão os direitos do filho, inclusive sucessórios. (DINIZ, 2010, p. 215).

Na mesma direção é o entendimento de Pereira:

Questão incontroversa há de ser solucionada pela doutrina e jurisprudência no que concerne aos direitos sucessórios dos filhos oriundos da reprodução assistida e nascidos após a morte do marido. Na forma do artigo 1.784 do Código Civil, “aberta a sucessão, a herança transmite-se. Desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. A transmissão se dá em consequência da morte. Dela participam “as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da sucessão” (art. 1.798). outrossim, da sucessão testamentaria participam os filhos não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas ao abrir-se a sucessão (inciso II do art. 1.799). não se aplica, neste caso, o tratamento dado ao nascituro cuja mãe (tendo o poder familiar) exerce funções de curador até que o mesmo nasça com vida (art. 1.779). Portanto, não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial post mortem; reforma legislativa deverá prever tal hipótese, até mesmo para atender ao princípio constitucional da não-discriminação de filhos. (PEREIRA, 2009, p. 328).

Corroborando para a mesma posição:

Também é possível que a mulher seja fecundada com sêmen de seu marido, após sua morte. O novel código reporta-se a essa hipótese no inciso III do art. 1.597. o congelamento de sêmen abre essa possibilidade. No sistema de 1916, não vigoraria, nesse caso, a presunção de paternidade se o nascimento se desse trezentos dias após a morte do marido (art. 338, II). Sem disposição legal específica, caberia ao filho ingressar com ação de investigação de paternidade. Ademais, esse filho, aplicando-se textualmente lei não poderia ser considerado herdeiro do pai porque não vivia e nem fora concebido quando da abertura da sucessão. No sistema do mais recente código, o princípio geral sucessório é idêntico: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (art. 1.799). Desse modo, os filhos concebidos post mortem, sob qualquer técnica, não serão herdeiros. (VENOSA, 2006, p. 246/2047).

A segunda corrente doutrinaria aduz que os filhos concebidos por meio da inseminação artificial homóloga *post mortem* poderão vir a suceder apenas se houver testamento com tal disposição, deve-se ainda observar o prazo de dois anos para a concepção, prazo este a contar a partir do momento da abertura da sucessão.

Corroborando com referida corrente, Dias (2011) possui o seguinte entendimento:

Com relação aos direitos sucessórios, é mister atentar aos princípios que regem a transmissão da herança (CC 1.784 e 1.787). a capacidade para suceder é regulada pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão. O filho concebido tem direito à sucessão (CC 1.798), não podendo afastar-se tal direito em se tratando de concepção decorrente de inseminação artificial. Legitimam-se para suceder somente as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, sendo que a lei põe a salvo os direitos

do nascituro somente a partir da concepção. Mas o que se discute é se o embrião, fecundado em laboratório, e aguardando in vitro, a implantação no ventre materno, já se entende como sujeito de direito. Isto é, se o embrião ainda não implantado, chamado de pre-implantatário, tem direito de personalidade e direito à sucessão. (...)

O tema longe se encontra de estar pacificado. Há quem sustente que a lei, ao falar em “pessoa já concebida”, não distingue o locus da concepção. No entanto, não há como deixar de reconhecer que a concepção a ser protegida é quando o embrião concebido já se encontra implantado no aparelho reprodutor da mãe. Somente a partir desse instante passam a ser resguardados seus direitos potenciais de nascituro. Como nascituro significa “o que há de nascer”, o embrião excedentário, sem a implantação, não tem qualquer possibilidade de nascer, não é razoável considerá-lo como nascituro antes da transferência para o útero materno. Isso seria verdadeira instrumentalização do ser embrionário, agravada na hipótese de eventuais vantagens patrimoniais. De qualquer forma, ainda que não tenha sido Concebido ao tempo da morte do genitor, terá direito sucessório na hipótese de ter o proprietário do sêmen expressamente manifestado seu consentimento para que a fertilização possa ocorrer depois de sua morte. De qualquer sorte, há a possibilidade de ser contemplado mediante testamento o filho fruto de uma reprodução assistida, quer homologar, quer heteróloga, mesmo não concebido (CC 1.799, I), contando que nasça até dois anos após a abertura da sucessão (CC 1.800). (DIAS, 2011, p. 368/369).

Segundo Gama (2000), compartilhando do mesmo entendimento de Dias, autora mencionada acima, aduz ainda que uma outra possibilidade para o filho concebido post mortem venha a suceder seria a petição de herança, para ele o art. 1.798 do Código Civil não fora claro o suficiente e abre margem para interpretações distintas, com base nisso pode-se interpretar referido artigo se estendendo a embriões já formados e que venham a ser implantados. No entanto, de acordo com sua doutrina, um grande possível problema é caso o filho venha a nascer após a finalização do inventário e da partilha, sendo necessário assim, utilizar da petição de herança dentro do prazo prescricional de dez anos a contar do óbito do autor da herança.

## **6. A reprodução assistida post mortem e o direito comparado**

Como visto anteriormente, no Brasil não existem legislações que proíbam a realização dos procedimentos de reprodução assistida post mortem, no entanto, em outros países do mundo não há legislações homogêneas acerca do tema.

No Brasil a questão é tratada apenas pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.320/2022 exigindo de forma expressa a autorização para a realização de procedimentos com o material criopreservado post mortem do doador.

De acordo com Pinto (2020) a França fora um dos primeiros países a dar início as discussões acerca da realização da reprodução assistida post mortem, esse início se deu devido a uma viúva que no ano de 1984 recorreu ao Tribunal Francês para tentar

a possibilidade de utilizar o material genético de seu falecido marido, insta salientar que a viúva apenas recorreu ao Tribunal pois o banco de armazenamento de sêmen Francês se recusou em realizar o procedimento devido à falta de previsão legal, o caso ficou amplamente conhecido como “Affair parpalix”. Nesse caso o Tribunal decidiu condenar o banco de sêmen a entregar o material armazenado para um médico indicado pela viúva, ocorre que, devido à demora para solução do caso não fora possível a realização da inseminação artificial pois o material já não estava mais apto para ser utilizado.

Visando regularizar tal situação a França promulgou uma Lei, lei nº 2004-800, que dispõe sobre a bioética, disserta em seu artigo 16-10 acerca do consentimento que deve ser feito por escrito e poderá ser revogado a qualquer momento.

Ainda sobre a legislação francesa, no ano de 2021 foi promulgada a Lei nº 2021-1017 que alterou o artigo L2141-2 do Código de Saúde Pública Francês, que passou a ter a seguinte redação:

A procriação medicamente assistida pretende responder a um projeto parental. Qualquer casal constituído por um homem e uma mulher ou duas mulheres ou qualquer mulher solteira tem acesso à procriação medicamente assistida após entrevistas individuais dos requerentes com membros da equipe médica multidisciplinar clínico-biológica efetuada nos termos previstos no artigo L2141-10.

Este acesso não pode estar sujeito a qualquer diferença de tratamento, designadamente no que diz respeito ao estado civil ou à orientação sexual dos requerentes.

Ambos os membros do casal ou a mulher solteira devem consentir antes da inseminação artificial ou transferência de embriões.

Quando se trata de um casal, fique no caminho do:

**1° a morte de um dos membros do casal;**

2° a introdução de um pedido de divórcio;

3° a introdução de um pedido de separação judicial;

4° a celebração de acordo de divórcio ou separação judicial por mútuo consentimento, nos termos do nº 1 do artigo 229 do Código Civil;

5° término da comunidade de vida;

6° a revogação por escrito do consentimento previsto no parágrafo terceiro deste artigo por um ou outro dos membros do casal ao médico encarregado de implementar a procriação medicamente assistida. (GRIFOS NOSSOS). (FRANÇA, 2021).

Dessa forma, na França não é permitida a prática de inseminação artificial homologapost mortem, no entanto, ainda que tal prática seja realizada em revelia a lei, a criança nascida somente será considerada filha da mãe, não possuindo assim direitos em relação a sucessão paterna. (AGUIAR, 2005).

Na Alemanha e na Suécia é vedada a realização dos procedimentos de

reprodução assistida post mortem. Já a Inglaterra permite que tal procedimento seja realizado, no entanto, apenas garante direitos sucessórios a nascituro concebido post mortem quando tenha sido deixado pelo falecido em testamento. (PINTO, 2020).

De acordo com Lima Junior (2013) e com Aguiar (2005) a Espanha legisla no sentido de que as técnicas de reprodução assistida poderão ser realizadas até o dia do falecimento, porém, assim como no Brasil, permite que caso haja testamento ou uma declaração de escritura pública com o devido consentimento expresso do falecido acerca da utilização de seu material genético, poderá então ser realizada a técnica de reprodução hábil ao sucessor nos meses seguintes de sua morte, ainda disserta que o nascituro que for concebido nesses moldes terá os direitos de sucessão da prole eventual.

Ainda segundo Aguiar (2005) em Portugal é vedado a utilização do material genético post mortem, mesmo havendo prévia autorização. Caso a mulher ainda assim realize o procedimento a mesma poderá ser punida com sanções de natureza penal. Tal vedação é trazida pelo art. 22 da Lei nº 32/2006 e de acordo com ela o sêmen deverá ser destruído quando é conservado apenas pelo medo de uma possível esterilidade no futuro. Ocorre que quando o casal armazena o embrião, este poderá ser utilizado, pois segundo a referida lei não é vedada a transferência de embriões desde que tenha sido realizado por escrito o planejamento parental com um prazo definido para a concepção, senão vejamos:

Art. 22. 1- Após a morte do marido ou do home com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sêmen do falecido, ainda que este haja consentido no ato de inseminação.

O sêmen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sêmen.

é, porém, lícita a transferência post mortem de embrião para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão. (PORTUGAL, 2006)

A Itália é um país bastante influenciado pela religião e por isso existe uma maior fiscalização nas técnicas de reprodução assistida. Com base nisso percebe-se que as leis italianas são bem rígidas, não permitindo a doação de material genético e nem mesmo a barriga de aluguel, veda ainda a realização de pesquisas e congelamento dos embriões, sendo assim, devido a impossibilidade de congelamento torna a reprodução assistida post mortem inviável. Sendo a única técnica de reprodução

permitida no país a inseminação artificial in vitro somente podendo ocorrer com a utilização do material genético do próprio casal, devendo estes serem devidamente casados legalmente ou constituírem uma união estável. (AGUIAR, 2005).

Por fim, Almeida Junior (2005) disserta que o único país no mundo que atualmente permite e regulamenta a venda de material genético para a realização da reprodução assistida, podendo ser realizada inclusive por meio da internet, é os Estados Unidos da América, ademais, o país conta com mais de 30 (trinta) Estados que possuem suas próprias leis regulamentando as práticas de reprodução assistida.

## **6. Conclusão**

A evolução da biomedicina e da medicina no campo da reprodução humana assistida proporcionou a realização de sonhos para aqueles casais que não podiam ter filhos pelas vias naturais. Devido o avanço tecnológico ocorreu também questionamentos e implicações no campo jurídico, dessa forma, notam-se que é necessário para realizar uma pesquisa acerca desse tema estar amparado pelas legislações já vigentes e também aos princípios norteadores da Constituição Federal.

A inseminação artificial homologa post mortem visa promover o desejo de constituição familiar e, ainda que a infertilidade seja considerada um problema de saúde pública no país, ainda assim a legislação segue omissa acerca do tema.

Por existir a possibilidade da realização de técnicas de reprodução humana assistida, há a problemática acerca da legitimidade a suceder daquele filho que fora concebido por meio da reprodução artificial homologa post mortem, isso porque devido a não previsão em lei, não possui assim nenhum amparo legal.

Devido a lacuna existente no ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência não possuem um entendimento pacífico, gerando inúmeras discussões, principalmente em relação ao reconhecimento dos direitos sucessórios do filho nascido por meio da referida técnica.

Primeiramente, fora apresentado a evolução dos direitos sucessórios no Brasil bem como as inúmeras técnicas atualmente utilizadas pela medicina para a realização da reprodução humana, por fim fora abordado a omissão legislativa acerca das várias técnicas de RHA por meio do artigo 1.597 do Código Civil.

No capítulo 2 foi apresentada a Fertilização Artificial Homóloga Post Mortem e

seu primeiro caso, uma viúva francesa, que trouxe inúmeras discussões no Tribunal Francês, fazendo com que após o julgamento do caso fosse promulgada uma legislação proibindo a utilização do material genético após o falecimento. Ao analisar o Código Civil brasileiro observou-se que o mesmo reconhece a paternidade do filho quando concebido post mortem, no entanto, não aborda sobre as questões sucessórias.

O capítulo 3 aborda o direito sucessório no ordenamento brasileiro, apresentando os tipos de sucessão e a capacidade sucessória. Percebe-se que na sucessão legítima apenas poderá vir a suceder o de cujos aqueles herdeiros que sejam vivos no momento da morte do autor da herança.

Por outro lado, a sucessão testamentária, amparada pelo Código Civil, confirma os direitos sucessórios dos filhos havidos por essa técnica de reprodução assistida, desde que tenha sido deixado um testamento determinando direitos sucessórios a prole eventual. Deve-se observar o prazo máximo de 2 anos para que essa prole eventual venha a ser concebida.

O quarto capítulo aborda sobre a concepção por meio da técnica supracitada e os direitos sucessórios com base em doutrinas e princípios constitucionais.

Por não existir regulamentação surgiram três correntes doutrinárias sobre o tema, sendo a majoritária defendendo que o nascituro não possui direitos sucessórios e nem a condição de herdeiro pois fora concebido após a morte do detentor da herança, dessa forma, ao trazer quem poderá suceder, o Código Civil traz que poderão suceder aqueles filhos já nascidos ou concebidos no momento da morte. Referida teoria possui grande amparo por meio do texto concreto da lei e também pelo Princípio de Saisine.

Por último, o quinto capítulo aborda o tema com base no direito comparado, analisando a legislação de diversos países como Inglaterra, França, Portugal e Itália. Conclui-se que a falta de legislação não é uma problemática existente apenas no Brasil e que alguns países legislaram proibindo a realização da técnica após a ocorrência e discussão acerca da possibilidade ou não de realização das técnicas de RHA post mortem.

Divergindo da posição majoritária da doutrina, a presente pesquisa concluiu por meio dos princípios constitucionais, interpretação das legislações vigentes e doutrinas minoritárias, que a vedação pela fonte doutrinária majoritária, a legitimidade a suceder

em casos de fertilização artificial homóloga post mortem não encontra amparo e logica ao realizar uma análise geral do ordenamento jurídico brasileiro.

Mesmo possuindo a citada divergência doutrinaria, a legislação brasileira ainda é omissão quanto ao tema, mantendo-se inerte quanto a normatização de tal imbróglio.

Desa forma, conclui-se com a presente pesquisa que, os filhos concebidos apos a morte do instituidor da herança apenas poderão ser herdeiros nos casos que exista um testamento garantindo a sucessão para prole eventual, caso contrario, devido a omissão legislativa e doutrina majoritária, o filho não terá direito sucessório, apenas tendo sua paternidade reconhecida.

Ao analisar o ordenamento jurídico, conclui-se que a legislação deverá conferir aos filhos a legitimidade em suceder, de tal maneira, fora demonstrado a extrema urgência em se legislar e criar normas acerca do tema pois é um tema com grade relevância social.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - **Divulgado Relatório sobre fertilização in vitro no País em 2020 e 2021.** Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2022/divulgado-relatorio-sobre-fertilizacao-in-vitro-no-pais-em-2020-e-2021> Acesso em: 24 março de 2023

AGUIAR, Mônica Aguiar. **Direito à filiação e bioética.** Rio de Janeiro: Forense, 2005  
ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de Reprodução Assistida e o Biodireito,** Ano 10, n. 632, 1 abr.2005

ALMOZARA, Amanda. **Capacidade sucessória.** Disponível em: <http://www.amandaalmazara.com.br/2014/10/30/capacidade-sucessoria>. Acesso em 15 setembro de 2023.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Reprodução Humana Assistida Conflitos Éticos e Legais: Legislar é Necessário.** Orientador: Fabíola Santos Albuquerque. 2010. 244 f. Tese (Pós-graduação) - Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2010. Disponível Em: {[https://attena.ufpe.br/biststream/123456789/3775/1/arquivo402\\_1.pdf](https://attena.ufpe.br/biststream/123456789/3775/1/arquivo402_1.pdf)}. Acesso em: 20 março 2023.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução Humana Assistida e sua Aplicação Post Mortem:** um estudo sobre as consequências jurídicas no direito de família e sucessões. 2012

Brasil. **Lei nº 10.406,** de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

Brasil. **Primeira Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal.** Enunciado aprovado em 13 de setembro de 2002.

CAHALI, Francisco José. **Sujeitos da sucessão: capacidade e legitimidade.** In: HIRONAKA, Maria Giselda. **Direito das Sucessões e o Novo Código Civil.** ed. Del Rey. IBDFAM. Belo Horizonte, 2004.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado n. 105. I Jornada de Direito Civil.** Disponível em: {<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/736>}. Acesso em: 18 de março de 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA- **Resolução CFM n° 2.320/2022.** disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 18 de março de 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 8 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 14 ed. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2021. Obra digital.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Bio Direito.** 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANÇA. Lei n° 2004-800, de 6 de agosto de 2004, **sobre bioética.** Journal Officiel de la République Française [Internet]. Paris, n° 182, p. 14040, 7 août 2004. Disponível em: {<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000441469>}. Acesso em: 21 de maio de 2023.

FRANÇA. Lei n° 2021-1017, de 02 de agosto de 2021, **Código de Saúde Pública.** Journal Officiel de la République Française [Internet]. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000043895365](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000043895365). Acesso em: 21 de maio de 2023.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança.** 2008. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/423/Reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+ap%C3%B3s+a+morte+e+o+direito+de+heran%C3%A7a>. Acesso em: 10 de

novembro de 2023.

GAGLIANO, Pablo Stouze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. ISBN 9788553606474.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e Reprodução Assistida: Introdução ao Tema sob a Perspectiva do Direito Comparado**. In. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 5, abr./mai/jun./ 2000.

GIL, AC. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2017.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Volume VI: direito de família**. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 8a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 16ª. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. V.6

HIRONAKA, Giselda. **Comentários ao Código Civil**, v. 20. São Paulo, SP: Saraiva, 2003.

LIMA JÚNIOR, Daniel Veríssimo de. **Reflexos da Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem no Âmbito do Direito Sucessório**. 2013.

Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/MonografiasTCC-Teses/33729/reflexos-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-no-ambito-do-direito-sucessorio>. Acesso em: 21 maio de 2023.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo, SP: Saraiva, 2012. V. 4

MARCONI, MA; LAKATOS, EM. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 2010.

MEDEIROS, J. B. **Metodologia Científica: um manual para a realização de pesquisas em administração**. São Paulo: Atlas, 2017.

MIRANDA, Pontes de. **Direito das Sucessões, Sucessão Testamentária: testamento em geral. atual.** por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, LX.

PAGANINNI, J. M. **Reprodução Humana Assistida e o Estatuto Jurídico da Filiação na Perspectiva Civil- Constitucional**. Curitiba: [s.n], 2011.

PEREIRA, D. H.. M. **A História da Reprodução Humana no Brasil**. Feminina, [s.n], v. 39, 2011.

Pinheiro, Regina. **Conselho Federal de Medicina tem Novas Normas para Reprodução Assistida**. Rádio Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/09/21/conselho-federal-de-medicina-tem-novas-normas-para-reproducao-assistida#:~:text=o%20Conselho%20Federal%20de%20Medicina,editando%20resolu%C3%A7%C3%B5es%2C%20aperfei%C3%A7oando%20as%20regras>. Acesso em: 22 março de 2023.

PORTUGAL. **Lei n.º 32, de 26 de Julho de 2006**. A Assembleia da República decreta. Nos termos da alínea c) do artigo 161º da Constituição, o seguinte. Disponível em: [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so\\_milo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_milo=). Acesso em: 21 maio de 2023.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 8a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROCHA, Juliana Carvalho Brasil da. **O Estado atual do Bio Direito em Relação às 60 Novas Técnicas de Reprodução Humana Assistida**. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em:

[https://www.bertelsmannstiftung.de/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/MT\\_Globalization\\_Report\\_2018.pdf%0A](https://www.bertelsmannstiftung.de/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/MT_Globalization_Report_2018.pdf%0A). Acesso em: 21 maio de 2023.

REZENDE, A.C; SOUZA, M. **O Método Científico Dedutivo na Pesquisa Científica**. Revista Científica Multidisciplinar, v. 1, n. 2, 2017.

SENNA, Carina Cátia Bastos de. **Direito à Identidade Pessoal e Genética da Criança Versus o Anonimato do Doador na Reprodução Artificial**. Curitiba: Juruá, 2020.

SERRANO, Eduardo Alonso. **El depósito de espermatozoides o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem**. In: II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX, Madrid, 1988.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 18a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Karina Keila Pereira CXaetano; ALVES, Oslândia de Fátima. **As Principais Técnicas de Reprodução Humana Assistida**. Saúde & Ciência em Ação, [S.l.], v. 2, n.1,p. 26-37, 2016. Disponível em: <https://revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaCS/article/view/182/139>. Acesso em 22 março de 2023.

SOUZA, Marise Cunha. **As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade**. Bioética. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 13, n. 50, p. 348-367, 2010. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista50/Revista50.pdf\\_](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50.pdf_). Acesso em: 19 março de 2023.

OMMATI, Jose Emilio Medauar. **As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais**. Revista de Informação Legislativa, [S. l.], 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/464/r14117.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 19 março. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. Vol. 6. 13ª ed., Rio de Janeiro:Forense, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. São Paulo, SP: Atlas, 2006, v. 5.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito das Sucessões**. São Paulo, SP: Atlas, 2006, v. 6.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito das Sucessões**. 12a edição. São Paulo. ed: Atlas. 2012.

VICENZI, Marina Bordini. **Reprodução Assistida: Consequências jurídicas da 61 cessão temporária de útero**. Passo Fundo, 2018. Disponível em: [https://www.imed.edu.br/Uploads/MARINA\\_BORDIN\\_VICENZI\(1\).pdf](https://www.imed.edu.br/Uploads/MARINA_BORDIN_VICENZI(1).pdf). Acesso em: 22 março 2023.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 15a edição. São Paulo. ed: Saraiva, 2012, vol. 6.