

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

WESLA MARIA DE HOLANDA

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* E SEUS REFLEXOS
NO DIREITO SUCESSÓRIO**

SANTA RITA/PB
2022

WESLA MARIA DE HOLANDA

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* E SEUS REFLEXOS NO DIREITO
SUCESSÓRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de Santa Rita do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa.

**SANTA RITA/PB
2022**

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

H722i Holanda, Wesla Maria de.

Inseminação artificial homóloga post mortem e seus reflexos no direito sucessório / Wesla Maria de Holanda. - João Pessoa, 2022.

54 f.

Orientação: Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa.

Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Reprodução humana assistida. 2. Inseminação artificial homóloga post mortem. 3. Princípios constitucionais. 4. Direitos sucessórios. I. Costa, Ana Paula Correia de Albuquerque da. II. Título.

UFPB/BSDCJ

CDU 34

WESLA MARIA DE HOLANDA

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM E SEUS REFLEXOS NO DIREITO
SUCESSÓRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de Santa Rita do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa.

DATA DA APROVAÇÃO:

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Dra. Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa
(ORIENTADORA)**

**Prof. Ms. Igor de Lucena Mascarenhas
(AVALIADOR)**

**Prof. Dra. WERNA KARENINA MARQUES DE SOUSA
(AVALIADOR)**

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ser o meu escudo protetor, por ouvir as minhas preces todas às noites e por ser meu refúgio quando eu mais precisava.

Aos meus pais, Donizete e Eneilza, que, com tanto amor e cuidado, nunca mediram esforços para que eu realizasse esta graduação. Vocês são a razão da minha vida.

À minha amada avó, Maria de Jesus, que carinhosamente me chama de “princesa”. A senhora é a pessoa mais bondosa e virtuosa que eu conheço. Obrigada pelo amor mais genuíno que me preenche todos os dias.

À minha tia, Genilda, que me proporcionou a oportunidade de estudar em boas escolas e também me ofereceu os meios necessários para uma vida confortável.

Aos meus irmãos, especialmente Emanuel que é a minha principal inspiração de persistência, além de me oferecer todo o suporte essencial desde o começo até o fim do curso, e Eriwelton que é um verdadeiro companheiro.

À minha orientadora, professora Ana Paula, pela compreensão e auxílio durante a elaboração deste trabalho.

Por fim, aos meus confiáveis amigos: Caio, Débora, Elton, Jussara, Paula e Ricardo que, por tantas vezes, ouviram os meus desabafos e acalmaram as minhas angústias.

RESUMO

As inovações tecnológicas no campo das ciências médicas deram ensejo à reprodução humana assistida a qual visa proporcionar a realização do projeto parental daquelas pessoas que, entre outros motivos, são acometidas por problemas de infertilidade. Dentre as técnicas atualmente existentes, há a inseminação artificial homóloga *post mortem*, isto é, permite que o filho possa ser concebido mesmo após o falecimento de um dos seus genitores. Isso é possível graças a criopreservação do material genético em bancos de sêmen. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não abarcou em seus dispositivos as consequências geradas por causa dos avanços na área da reprodução humana assistida. Nesse sentido, verifica-se que o artigo 1.597 do Código Civil apenas admite a presunção da filiação dos filhos gerados por essas técnicas, todavia, o artigo 1.798 da referida legislação não aborda sobre a garantia da sucessão desses indivíduos, apenas estabelece como legitimados a suceder aqueles nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão. Por meio deste trabalho pretende-se avaliar essa lacuna normativa na qual o legislador não abordou sobre a legitimidade sucessória dos filhos concebidos após a morte do autor da herança, isto é, do seu genitor. Em seguida, considerar a possibilidade de se garantir os direitos patrimoniais desse filho, por meio da relativização do princípio da coexistência, previsto no Código Civil, e da aplicação de alguns princípios constitucionais. Este trabalho tem como metodologia a análise bibliográfica que pretende verificar os posicionamentos doutrinários, as normas legislativas e as resoluções acerca da temática, a fim de assegurar a condição de herdeiro legítimo dos filhos concebidos por inseminação artificial homóloga póstuma.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida; inseminação artificial homóloga *post mortem*; princípios constitucionais; direitos sucessórios.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	11
2.1	INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA E HETERÓLOGA.....	12
2.2	INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>	15
2.3	LEGITIMIDADE DO USO DO MATERIAL GENÉTICO DO <i>DE CUJUS</i>	18
3	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES	20
3.1	PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	20
3.2	PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS	22
3.3	PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	24
3.4	PRINCÍPIO DA COEXISTÊNCIA	26
4	DIREITOS SUCESSÓRIOS.....	29
4.1	TRANSMISSÃO DA HERANÇA E CAPACIDADE PARA SUCEDER	30
4.2	AS ESPÉCIES DE SUCESSÃO.....	34
4.3	O DIREIRO SUCESSÓRIO DA CRIANÇA CONCEBIDA POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL <i>POST MORTEM</i>	38
4.4	PRAZO PARA PLEITEAR O DIREITO SUCESSÓRIO	40
5	A AUSÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA E SEUS POSSÍVEIS EFEITOS	44
5.1	RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E PROJETOS DE LEI 44	
5.2	CARÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA	46
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
	REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

A constante evolução científica e tecnológica permite o surgimento de vários desafios na sociedade atual que carecem de regulamentação pelo Direito. Dentre essas inovações encontram-se aquelas que estão relacionadas à medicina, em especial, na esfera da reprodução humana assistida que visa, entre outros motivos, prevenir e solucionar eventuais problemas reprodutivos que atingem a humanidade, bem como garantir a maternidade de quem optou por postergá-la para o futuro.

À medida que esses desdobramentos surgem, é necessário que haja a regulamentação pelo ordenamento jurídico vigente, tendo em vista os incontestáveis benefícios trazidos pela inseminação artificial para aqueles que sonham em ter um filho. Uma dessas técnicas de reprodução assistida, isto é, a inseminação artificial homóloga *post mortem*, traz questionamentos que carecem de urgente regulamentação, como é o caso das consequências sucessórias, no âmbito do Direito, que surgem após o nascimento da criança. Assim, manifesta-se a seguinte dúvida, é possível o filho gerado por técnica póstuma ter direito à herança do genitor mesmo já falecido?

Há na doutrina algumas teorias divergentes que dispõem sobre essa temática e na jurisprudência também não há um entendimento pacífico. À vista disso, o Código Civil brasileiro versa no artigo 1.597 sobre a presunção de paternidade dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, ainda que após a morte do genitor. Em contrapartida, o artigo 1.798 esboça sobre o rol daqueles que são considerados legitimados para suceder, destaca-se que não há previsão sobre a sucessão daqueles concebidos por meio da inseminação artificial *post mortem*. O supracitado dispositivo apenas prevê a legitimidade sucessória daqueles nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão. Sendo assim, a legislação Civil prevê a presunção de paternidade, mas não dispõe sobre os direitos sucessórios da criança nascida por inseminação artificial *post mortem*. É por causa dessa oposição de interesses e ausência de regulamentação jurídica que se faz necessário este estudo.

O presente trabalho pretende observar de modo descritivo e explicativo no que se refere aos projetos de lei que buscam legislar sobre os direitos sucessórios dos filhos concebidos *post mortem*. Também serão verificados os princípios constitucionais que norteiam a discussão sobre os direitos sucessórios. A pesquisa se ampara no método

dedutivo e dogmático jurídico, recorrendo às análises bibliográficas para tratar sobre o assunto.

Inicialmente, o trabalho analisará algumas técnicas de reprodução humana assistida, sobretudo a inseminação artificial homóloga, heteróloga e a homóloga *post mortem* que será analisada com mais precisão ao decorrer da pesquisa. Esta aludida técnica se trata da criopreservação do material genético do homem ou da mulher, motivada, por exemplo, pelo surgimento de neoplasias malignas que possam causar infertilidade, a fim de que seja posteriormente destinado à fecundação, ainda que após a morte do genitor.

Logo após, serão analisados os princípios constitucionais que devem nortear a ponderação de interesses conflitantes no direito à sucessão, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos, do melhor interesse da criança e da coexistência. Esta última prerrogativa constitucional, prevista no artigo 1.798 do Código Civil, será relativizada com a intenção de proteger os direitos sucessórios da criança concebida pela técnica da reprodução artificial *post mortem*, tendo em consideração que não se deve limitar os seus direitos em virtude da morosidade legislativa em regulamentar essa prática.

Em sequência, serão abordados os direitos sucessórios previstos no Código Civil, apresentando o conceito, o princípio de saisine, as espécies de sucessão e os pressupostos para ser considerado herdeiro, destacando a possível legitimidade hereditária do filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem*. Ademais, serão exploradas as interpretações da doutrina sobre a temática, em outras palavras, o que dispõe a corrente excludente, a relativamente excludente e a inclusiva.

Por fim, serão avaliados os Projetos de Lei existentes que visam regulamentar a reprodução humana assistida no Brasil, como também o que dispõe a Resolução atual do Conselho Federal de Medicina sobre o tema da inseminação *post mortem*, analisando as consequências éticas da atual omissão legislativa sobre os direitos sucessórios das crianças nascidas por essa técnica.

Mesmo que haja posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, isso acontece de maneira isolada. É devido ao silêncio da legislação vigente sobre a problemática que, através deste estudo, busca-se respostas sobre os direitos sucessórios da criança que foi concebida por meio de inseminação homóloga *post mortem*, ou seja, se é exequível considerar esse filho como herdeiro legítimo mesmo depois da abertura da sucessão. Assim, por intermédio da análise de variadas fontes

como a doutrina, os projetos de lei, a jurisprudência e a atual resolução do Conselho Federal de Medicina, investiga-se como o Direito deveria versar sobre a aludida situação que é inovadora e contemporânea.

2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Muitas pessoas desejam gerar filhos biológicos a fim de formar uma família e, ainda que não seja nas formas tradicionais, esse desejo demanda um planejamento influenciado por muita expectativa por parte dos pais. Porém, essa vontade pode ser interrompida nos casos em que não é possível engravidar mediante a forma natural existente, ou seja, a fecundação por meio da relação sexual, seja por motivos causados pela infertilidade, neoplasias malignas, maternidade tardia ou falta de um parceiro.

É por esse motivo que a reprodução humana assistida (RHA) se caracteriza como uma alternativa plausível para solucionar a referida problemática, é por meio dela que mulheres conseguem não só ser mães como também vivenciar a própria gestação.

Convém destacar que, conforme Jussara Meireles (2002), a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* são realmente os métodos mais conhecidos, mas a reprodução assistida não se limita somente a eles. Para a autora, toda prática, seja ela técnica ou biológica, que possa interferir no processo natural e, em seguida, possa proporcionar a procriação, será considerada reprodução assistida.

Assim, foi por meio dos avanços científicos no campo da medicina que a RHA se tornou acessível a boa parte da população, sanando o desejo de muitos casais que possuem alguma dificuldade ou até mesmo impossibilidade de ter filhos por meios naturais.

Entende-se como reprodução humana assistida o conjunto de técnicas capazes de unir artificialmente os gametas masculino e feminino, a fim de gerar um novo ser humano, concretizando, assim, um projeto parental. Há várias técnicas de reprodução humana assistida na atualidade, como a inseminação artificial homóloga ou heteróloga, a fecundação *in vitro*, a inseminação artificial *post mortem*, dentre outras. Conforme o entendimento de Carlos Alexandre Moraes (2019, p. 67):

As técnicas de reprodução humana têm por fim auxiliar na fecundação humana com o intuito de gerar um novo ser, e isso acontece por meio da manipulação de gametas. O processo consiste em levar o espermatozoide ao encontro do óvulo para a formação de uma nova pessoa sem a relação sexual.

Dessa forma, por meio dessas técnicas científicas é possível conceber um filho ainda que não seja de forma natural, além de possibilitar aos genitores, por livre escolha, a decisão do momento que desejam ter seus filhos. As técnicas de RHA visam facilitar o processo de procriação humana.

2.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA E HETERÓLOGA

De fato, as técnicas de reprodução humana assistida são imprescindíveis para quem tem dificuldade ou mesmo causas impeditivas para concretizar o projeto parental de forma natural, por isso, é mister que sejam estabelecidos critérios que respeitem a dignidade da pessoa humana quando for feita a realização dos procedimentos. Algumas dessas técnicas de reprodução assistida estão disciplinadas no artigo 1.597 do Código Civil de 2022, mais precisamente nos incisos III, IV e V que versam, respectivamente, sobre fecundação artificial homóloga, embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga e fecundação artificial heteróloga. O referido artigo tem o intuito de proteger a filiação das crianças que foram concebidas na constância do casamento e por meio de técnicas não tradicionais.

Salienta-se que a legalidade da realização desses métodos também está abarcada pela atual Resolução nº 2.320, de 20 de setembro de 2022, do Conselho Federal de Medicina, que busca aprimorar as práticas médicas mediante a observância constante dos princípios éticos e bioéticos presentes no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de garantir eficácia e segurança aos tratamentos.

A inseminação artificial ocorre por meio da junção do espermatozoide e do óvulo, porém, sem a necessidade do ato sexual convencional, ou seja, utiliza-se de um procedimento artificial. Destaca-se que há uma diferenciação entre as etapas de inseminação e fecundação. Além disso, as principais técnicas utilizadas nos dias atuais são a inseminação artificial homóloga e a heteróloga, bem como a fertilização in vitro (FIV).

Nesse sentido, corrobora Maria Berenice Dias com o seguinte entendimento:

Chama-se de concepção homóloga a manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação in vitro, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo. Na inseminação heteróloga, a concepção é levada a efeito com 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, 2015, p. 400)

Ademais, as técnicas existentes atualmente ainda permitem que o material genético recolhido seja preservado por até 20 anos, por meio do congelamento, sem prejuízo das suas características. Isso acontece, geralmente, quando o interessado irá se submeter a tratamentos médicos que podem resultar em esterilidade, por exemplo, tratamentos oncológicos.

No entendimento de Carlos Alexandre Moraes (2019), a reprodução será considerada homóloga quando o sêmen do próprio marido ou companheiro é inseminado pelo médico no óvulo da mulher durante o período adequado. Para efeitos de presunção da paternidade, a criança possui o material genético dos próprios pais, não carece, portanto, da presença de terceiros. Essa técnica só acontece se tiver a anuência de ambos os participantes para que haja a manipulação dos gametas feminino e masculino. A problemática dessa forma de fecundação se dá nos casos em que há a chance de realizar o procedimento com o material genético do genitor após a sua morte, isto é, por meio da inseminação artificial *post mortem*. Nesse último caso, atribui-se ao falecido a presunção de paternidade da criança inseminada artificialmente com o material genético congelado e preservado.

Além da inseminação artificial homóloga, há também a heteróloga. Nesse segundo caso, diferentemente do primeiro, o sêmen não é do marido ou companheiro, mas deriva de um doador anônimo que não possui relação com o casal e doa o próprio material genético para um banco de sêmen. Segundo Rolf Madaleno:

O esperma do doador é, de regra, armazenado em banco de sêmen, passando por rotineira verificação de sua qualidade, havendo sigilo sobre a identidade do doador, mas fornecidos os dados respeitantes ao seu porte físico, suas características morfológicas, como o grupo sanguíneo, cor da pele, dos cabelos e dos olhos, cujas informações são cruciais aos donatários." (MADALENO, 2020, p. 186)

Essa técnica é bastante utilizada nos casos em que o marido possui algum problema de esterilidade, de doenças graves transmissíveis ou por outros motivos. É por isso que os casais buscam os bancos de sêmen que são usados tanto como alternativa para auxiliá-los a concretizarem a pretensão de gerar um filho, quanto para armazenar o material genético humano com o intuito de um possível uso futuro. Além disso, o banco de sêmen também serve para os homens que precisam se submeter a tratamentos de combate ao câncer, por ser uma possível causa de infertilidade. Outro

caso que pode ser beneficiado pelo banco de sêmen é quando a mulher ou o homem possui o vírus HIV, quer ter um filho, mas sem a intenção de transmitir o vírus para o feto. Destaca-se que os doadores não são conhecidos.

Salienta-se que a inseminação artificial heteróloga carece de autorização expressa para que seja utilizado o material genético de terceiro. A autorização escrita não é exigida pelo Código Civil, porém, é importante destacar a previsão abordada pela Resolução 2.320 do Conselho Federal de Medicina (2022) que dispõe sobre a concordância por escrito:

O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário específico e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

Assim, no tocante à filiação, conforme Sílvio de Salvo Venosa (2022), a partir do momento que a inseminação for autorizada pelo genitor, já estará estabelecida a paternidade, sem possibilidade de a impugnar. Ainda que o material genético seja oriundo de terceiro, o filho pertence sim ao casal que será amparado pelo princípio da segurança jurídica. Tal entendimento é ratificado pelo autor Paulo Lôbo ao mencionar Maria Helena Diniz (2021, p. 105):

Para Maria Helena Diniz, se fosse admitida a impugnação da paternidade, haveria uma paternidade incerta, devido ao segredo profissional médico e ao anonimato do dador do sêmen inoculado na mulher. “Se se impugnar fecundação heteróloga consentida, estar-se-á agindo deslealmente, uma vez que houve deliberação comum dos consortes, decidindo que o filho deveria nascer. Esta foi a razão do art. 1.597, V, que procurou fazer com que o princípio da segurança das relações jurídicas prevalecesse diante do compromisso vinculante entre os cônjuges de assumir paternidade e maternidade, mesmo com componente genético estranho, dando-se prevalência ao elemento institucional e não ao biológico.

Portando, caso a técnica seja executada sem a anuência do companheiro, este poderá contestar a paternidade mediante uma ação negatória de paternidade genética, antes da paternidade afetiva ser fixada. É assim que prevê o Código Civil, no já citado art. 1.597, inciso V. Contudo, não há esclarecimento legal na supracitada

legislação de como deve ser feita essa autorização, o que se sabe apenas é que ela deverá ser prévia, ou seja, antes de feito o procedimento.

2.2 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

O surgimento da técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem* consiste na possibilidade de a mulher inseminar o sêmen do marido ou companheiro após a morte deste ou ainda implantar o embrião já fecundado também com o material genético do *de cuius*. Sobre isso, Carlos Alexandre Moraes discorre:

A inseminação *in vitro post mortem* homóloga pode ocorrer de duas formas: quando se utiliza o sêmen do marido ou companheiro falecido para a concretização do projeto parental e quando da implantação de embriões que foram produzidos em laboratório com o sêmen criopreservado para esse fim e colhido antes da morte do marido ou companheiro. O procedimento envolve o armazenamento dos gametas (óvulos e sêmen) e embriões criopreservados mantidos em local com temperatura média de menos 176 °C. (MORAES, 2019, p. 83)

Isso se tornou possível graças aos já mencionados bancos de sêmen e à possibilidade de se congelar o esperma a fim de que seja utilizado posteriormente. Também é possível preservar os óvulos da mulher, embora o mais comum seja a técnica relacionada ao homem. Atualmente, é possível que, por exemplo, antes de se submeter a um tratamento contra o câncer, por orientação médica, a pessoa conserve seu material genético em algum banco de criopreservação, tendo em vista que a esterilidade é um possível desdobramento do tratamento oncológico. Nessa situação, o paciente ainda poderá ter um filho no futuro, se assim desejar, de modo a preservar sua fertilidade. Essa técnica também poderá ser utilizada nos casos em que o marido ou companheiro possui o sêmen preservado, por vontade própria, para que possa ser utilizado futuramente, não obstante, padece de morte inesperada ou é acometido por algum acidente.

Ressalta-se que os bancos de criopreservação, ao recolherem o sêmen do genitor ainda em vida, deverão formalizar um contrato por escrito que carecerá da assinatura dele autorizando uma possível reprodução assistida *post mortem*, é assim que dispõe a Resolução 2.320 do Conselho Federal de Medicina. Todavia, não é todo instrumento jurídico que possui a cláusula autorizativa referente à utilização do material genético após o óbito do pai. Dessa forma, a problemática surge devido à

referida omissão contratual, uma vez que desencadeia em vários desdobramentos, dentre eles, pode-se citar a capacidade da viúva utilizar o esperma do *de cuius* para gerar seu feto e, sendo possível, quais seriam os direitos sucessórios dessa criança quando nascer.

Outro inconveniente ocasionado pela inseminação *post mortem* é o fato do filho ser gerado sem a presença paterna, tendo em vista a necessidade que uma criança tem de desfrutar dos cuidados e ensinamentos de ambos os genitores que são essenciais para a formação psicológica dela, mesmo que a presença do pai possa ser substituída por outra pessoa. (MORAES, 2019)

Diante dessas questões, a doutrina se posiciona tanto de forma desfavorável à utilização da referida técnica, quanto de forma favorável.

De um lado, uma das correntes que desaprova a utilização entende que há uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, do adolescente e do jovem, devido aos embates referentes aos direitos sucessórios daquele que nasceu após a abertura da sucessão hereditária. Esse posicionamento é reforçado por Mônica Aguiar (2009) que explica que o consentimento do cônjuge é revogado após a morte deste, consequentemente, o filho gerado seria apenas cônjuge sobrevivente.

Por outro lado, parte da doutrina defende a aplicação do art. 1.597, inciso III, do Código Civil, que trata sobre a presunção de filiação dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, ainda que após o falecimento do genitor, fundamentase no princípio constitucional da autonomia da vontade, da igualdade entre os filhos e no direito ao planejamento familiar. Sobre o tema, apenas há previsão no supracitado art. 1.597, apesar disso, ainda há uma omissão legislativa que regulamente a temática a fim de solucionar peculiaridades jurídicas, conforme explana Sílvio de Salvo Venosa:

Advista-se, de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microssistema. (VENOSA, 2022, p. 222)

Ademais, é preciso considerar o que a Constituição Federal de 1988 delibera sobre o tema para legitimar o disposto no Código Civil. Sendo assim o art. 226, § 4º prevê como entidade familiar também a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ou seja, trata-se da família monoparental e o § 7º discorre sobre

o direito ao planejamento familiar. Conclui-se, portanto, que é possível a aplicação do dispositivo legal que trata sobre o direito de a viúva gerar um filho do seu falecido companheiro, utilizando-se da inseminação artificial *post mortem*, nos casos em que há nexo entre eles e a vontade de constituir prole, tendo em vista que o planejamento familiar se inicia ao decorrer da vida dos companheiros. Observa-se que, no Brasil, não há proibição legislativa quanto a inseminação *post mortem*. Ademais, vigora a liberdade para procriação no país. É por esses motivos que o projeto parental não pode ser cessado devido à morte de um dos cônjuges ou companheiros. Esse entendimento é fortalecido pelo professor Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho que discorre:

O planejamento familiar, sem dúvida, dá-se quando vivos os partícipes, mas seus efeitos podem se produzir para após a morte. Havendo testamento, o desejo manifestado em vida será cumprido, porém, depois da morte. Afinal, porque seria diferente com a intenção de ter um filho após a morte. As vicissitudes da vida são as mais diversas e muitas vezes um projeto plenamente exequível fica impossibilitado por circunstâncias absolutamente alheias à nossa vontade. O avanço da biomedicina possibilita que a intenção de ter um filho, no âmbito de um projeto parental, possa se concretizar depois da morte de um dos cônjuges ou companheiros. (ALBUQUERQUE FILHO, 2006, p. 9)

Para Karla Fischer (2017), o texto constitucional somado à legislação especial (Lei n. 9.263/1996 – Lei do Planejamento Familiar) definem as normas para o acesso às técnicas de reprodução humana assistida, a fim de que qualquer cidadão possa, de fato, concretizar o seu planejamento familiar. Entende-se por planejamento familiar a possibilidade tanto de se buscar métodos conceptivos quanto contraceptivos.

Depreende-se, portanto, que a presença de ambos os genitores é sim o mais aconselhável para a criança. Contudo, a ausência da figura paterna, em decorrência de morte prematura, por si só, não invalida o projeto familiar anuído pelo casal, quando ambos estavam vivos. Como foi visto, esse desejo pode se concretizar por meio da inseminação artificial homóloga *post mortem*. Acrescenta-se ainda que a família tradicional, traduzida pela presença do pai, da mãe e dos filhos, já não é o modelo mais comum atualmente. Por isso, não é conveniente impedir a utilização da inseminação artificial homóloga com o material genético do *de cuius*, tendo em vista a garantia constitucional da família monoparental.

2.3 LEGITIMIDADE DO USO DO MATERIAL GENÉTICO DO *DE CUJUS*

Em setembro de 2022, ocorreu a I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que estabeleceu no Enunciado n. 106:

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.

Constata-se, novamente, a previsão acerca da importância da autorização escrita do marido para que a mulher, na condição de viúva, possa inseminar o sêmen do *de cuius* e gerar um filho deste. Por isso, nessa situação, o mais adequado é que seja elaborado um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) que contenha a anuência do paciente, isto é, do genitor, para a prática da técnica póstuma, com a finalidade de garantir a sua autonomia da vontade.

Porém, o ordenamento jurídico brasileiro ainda é omisso sobre a referida autorização nos casos de inseminação artificial homóloga *post mortem*. Observa-se, então, que a ciência médica progrediu mais rápido do que as previsões legislativas e essa ausência foi preenchida pelo entendimento dos doutrinadores acerca do tema.

De fato, o ideal seria que os bancos de sêmen, ao recolherem o material genético dos interessados, firmassem contrato escrito prevendo, entre as cláusulas, a possibilidade ou não do uso do esperma criopreservado pela mulher após a morte do seu companheiro. Contudo, esse cuidado não é observado na realidade e ainda há muitos contratos que não abordam sobre essa questão. Assim, o instrumento contratual omisso se torna uma dificuldade para a mulher que deseja engravidar mediante inseminação artificial homóloga *post mortem* e busca o material genético preservado na clínica.

Nos casos em que há uma omissão contratual sobre a vontade do genitor em caso de morte, surge, então, um embate polêmico sobre quem teria direito de deliberar sobre o material genético em criopreservação. De um lado, a viúva, que deseja engravidar; do outro lado, o banco de sêmen que preserva a herança genética, mas não possui uma autorização expressa sobre a liberação. Ressalta-se que, no Brasil, há julgados que defendem ambos os polos.

A questão é muito delicada e deve ser observado cada detalhe do caso concreto, cita-se, como exemplo, o histórico do relacionamento conjugal desde o início até quando houve a morte de um dos companheiros, as razões que justificam a decisão de gerar um filho, a vontade dos parentes do *de cuius*, a condição psicológica da viúva sobrevivente de criar a criança sozinha, dentre outras questões.

Assim, se o cônjuge ou companheiro teve a livre concordância de buscar um banco de criopreservação para coletar e preservar seu próprio sêmen, é válido prever que havia propósito de procriar e formar uma família com sua esposa. Portanto, os materiais genéricos preservados nos bancos de criopreservação são de propriedade de quem os gerou. Constata-se, desse modo, que havia sim, para ambos, pretensão de constituir família de tal modo que é inoportuno cessá-la devido à morte de um dos genitores. Gabriella Silveira e Henrique Neto (2013, p. 8) dão ênfase a esse entendimento, para eles:

O fato de o casal se submeter às dificuldades de tais métodos, que são profundamente desgastantes, tanto psicológicas quanto fisicamente, demonstra a prova de amor entre eles e, destes para com o filho que tanto pretendem gerar. Tal fato não pode ficar alheio à Constituição Federal, que busca tutelar o bem-estar da família, privilegiando esta ao trazer em seu texto, que a família é a “base da sociedade brasileira, tendo especial proteção do Estado”, separando um Capítulo para discipliná-la. Assim, determinados princípios do Direito de Família podem ser cedidos ao biodireito, tendo em vista que este protege um dos fatores basilares da família: a procriação.

Assim não é justo que os bancos de sêmen tenham a autonomia para deliberar sobre o direito acerca da maternidade e planejamento familiar alheio. Principalmente quando já havia pretensão clara do casal e, por questões exteriores, muitas vezes trágicas, não pôde ser concretizada. É assim que entende Maria Berenice Dias (2011) ao afirmar que o uso das técnicas de reprodução assistida decorre do direito ao planejamento familiar que, por sua vez, constituem um direito fundamental. Não é conveniente interromper esse direito por causa da morte da própria pessoa que manifestou a vontade de gerar um filho.

A morte não revoga, por si só, o consentimento na inseminação artificial homóloga e, se o projeto parental começou ainda em vida, isso legitima a inseminação artificial *post mortem*.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES

A inseminação artificial homóloga *post mortem*, assim como as outras técnicas, deverá ter sua aplicação norteada por alguns princípios constitucionais, haja vista que a Constituição Federal possui normas que visam garantir e proteger o bem-estar da família, pois, de acordo com o art. 226, a família é a base da sociedade brasileira e tem especial proteção do Estado.

A Constituição possui ainda uma parte especial dedicada à família, isto é, o Capítulo VII que aborda sobre a família e seus componentes – a criança, o adolescente, o jovem e o idoso. O Estado protege e reconhece, de acordo com os §§ 1º, 3º e 4º do art. 226 da Constituição Federal, o casamento e a união estável como entidade familiar, bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Sendo assim, os princípios norteadores do Direito de Família são plenamente aplicáveis aos casos de reprodução humana assistida, haja vista que esta visa garantir a procriação.

Os direitos reprodutivos encontram respaldo na garantia constitucional da dignidade da pessoa humana. Assim, segundo Guilherme Nogueira Calmon da Gama, esse princípio:

[...] se encontra vinculado a direitos fundamentais, normalmente é tutelado através de duas funções distintas: a) a de proteção a pessoa humana, no sentido de defendê-la de qualquer ato degradante ou de cunho desumano, contra o Estado e a comunidade em geral b) a de promoção da participação ativa da pessoa humana nos destinos da própria existência e da vida comunitária, em condições existenciais consideradas mínimas para tal convivência. (GAMA, 2003, p. 457).

É por isso que, ao analisar a inseminação artificial *post mortem*, é necessário avaliar os princípios constitucionais norteadores do Biodireito, os quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos, do melhor interesse da criança e da coexistência. Pois, esses princípios são os fundamentos das relações familiares no que se refere aos casos de reproduções artificiais.

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal e é a base para os demais ramos do Direito. Apesar de

não haver uma definição constitucional, esse fundamento deve ser entendido como uma finalidade buscada ou preservada pelo Estado brasileiro, pois, o Estado existe em função da pessoa humana.

Segundo Rosa Manerick (2006), o Direito de Família deve ser analisado em conjunto com os Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Essas noções estão atreladas ao conceito contemporâneo de cidadania que significa não excluir, portanto, todas as formas de família devem ser legitimadas e incluídas no meio social. Sendo assim, o princípio da dignidade humana está ligado ao respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Ressalta-se que essa dignidade deve ser igual para todas as formações familiares, dessa forma, seria injusto tratar distintamente tanto os variados tipos de constituição de família quanto as várias formas de filiação.

O supracitado princípio é caracterizado como um valor supremo que une todos os direitos fundamentais, inclusive o direito à vida (SILVA, 2004). Trata-se de um macroprincípio, conforme distinguiu a doutrinadora Carmem Lúcia (2000), que abrange outros princípios fundamentais norteadores do Direito de Família, como o princípio da igualdade, do melhor interesse da criança e da autonomia da vontade. Ressalta-se que o princípio da dignidade humana objetiva atingir a igualdade entre as pessoas e, por isso, deve ser aplicado de acordo com as particularidades de cada momento histórico, uma vez que o texto constitucional prevê um tratamento isonômico social.

Dessa forma, diante dos avanços médicos no campo do desenvolvimento biotecnológico, essa dignidade deve ser obrigatoriamente observada e garantida, tendo em vista que essa garantia visa evitar que o ser humano seja diminuído a noção de “coisa”. Portanto, toda pessoa humana tem o direito de formar uma nova família dignamente, em conformidade com os direitos fundamentais garantidos pela lei.

Ressalta-se que as pessoas nascidas por meio de inseminação artificial também foram, na fase inicial da vida, embriões criopreservados. Conclui-se, assim, que os embriões pertencem à mesma natureza das pessoas humanas nascidas, por conseguinte, o princípio da dignidade humana é plenamente cabível a eles.

Nesse sentido, uma parte da doutrina se filia à teoria conceptionista, ou seja, entende que o início da vida humana começa desde a pré-implantação do embrião, este possui, portanto, a aptidão de pessoa. Contudo, para se tornar “nascituro”, o embrião precisa possuir também viabilidade que, por sua vez, só é adquirida após sua

nidação no útero materno. O Código Civil dispõe, no artigo 2º, que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”. Nesse sentido, é importante destacar o entendimento da doutrinadora Silmara Juny Chinelato:

Considerando a não taxatividade do art. 2º, a previsão expressa de direitos e *status* ao nascituro, bem como o conceito de personalidade, sustento que o CC filia-se à corrente concepcionista que os reconhece, desde a concepção, como já ocorria no Direito romano. Não me parece adotar a corrente natalista, prevista apenas na primeira parte do artigo e que não se sustenta em interpretação sistemática. Nem é correto afirmar que se adota a corrente da personalidade condicional, pois os direitos não patrimoniais, incluindo os direitos da personalidade, não dependem do nascimento com vida e, antes, a ele visam, conforme explanado em *Tutela civil do nascituro*. (CHINELLATO, 2022, p. 107)

Por fim, observa-se que o princípio da dignidade humana não encontra respaldo apenas da Constituição, mas também em todos os ramos do Direito. No caso do Direito de Família, essa garantia anseia que a pessoa não sofra nenhum tipo de discriminação, permitindo a ela a formação de uma família plena, mediante suas próprias metas e objetivos, a fim de possuir uma vida digna pautada na igualdade e na liberdade.

3.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS

O texto constitucional dispõe no art. 5º, o qual estreia o capítulo sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Além disso, a igualdade também constitui um dos objetivos implícitos da República Federativa do Brasil. O art. 3º, inciso IV, busca promover o bem de todos, sem qualquer forma de discriminação. Essa garantia, quando aplicada ao direito de família, objetiva que as normas jurídicas sejam aplicadas de forma igualitária para as pessoas que a formam, considerando-se suas desigualdades e peculiaridades. Também objetiva que o essencialmente igual não seja tratado distintamente, efetivando, dessa maneira, o conceito de isonomia.

Essa é a base que legitima a igualdade entre os filhos, tendo em vista que eles devem receber o mesmo tratamento jurídico, de modo a não importar qual tenha sido a forma de concepção que os gerou, seja por meios naturais ou artificiais e, neste

último caso, também deve haver paridade entre técnicas de reprodução assistida, seja ela realizada antes ou depois da morte do genitor. (DELFIM, 2009).

Ressalta-se que, antes da Constituição Federal de 1988, havia uma distinção preconceituosa entre os filhos, a qual considerava se a concepção deles fora ou não na constância do casamento, classificando-os, assim, como “legítimos” ou “ilegítimos”. Sobre isso, ensina o civilista Caio Mário da Silva Pereira:

“Legítimo” dizia-se o que provinha do casamento; e “ilegítimo”, o que se originava de relações sexuais eventuais ou concubinárias. À sua vez, a ilegitimidade podia envolver a concepção de filhos de pessoas que tivessem entre si, ou não, um impedimento matrimonial, e se dizia então: “filho natural” (de pessoas que poderiam casar, mas não casaram); “filho adulterino” (de pessoas que não podiam casar, em razão de uma delas já ser casada); “filho incestuoso” (de parentes próximos). Todas essas denominações históricas perderam sua razão, à vista do disposto no art. 227, § 6º, da Constituição. (PEREIRA, 2022, p. 377).

Esse tipo de classificação além de ser infundada, também desencadeava em várias injustiças no que se refere aos direitos e deveres desses filhos. Por conseguinte, apenas os filhos “legítimos” dominavam a presunção de filiação.

A referida problemática mudou após a entrada em vigor da atual Constituição que instituiu como regra a igualdade entre os filhos, proibindo qualquer forma de discriminação entre eles. Esse fundamento está disposto no art. 227, § 6º do texto constitucional, o qual prevê que os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, sejam eles havidos ou não da relação do casamento ou por adoção. Assim, não se admite mais nenhuma distinção antiquada entre os filhos. (GONÇALVES, 2021)

Destaca-se que o princípio da igualdade entre os filhos encontra respaldo também no Código Civil de 2002, o art. 1.596 ratifica que todos os filhos terão os mesmo direitos e qualificações e proíbe qualquer designação discriminatória entre eles. Esse mesmo preceito também está disciplinado no art. 20 da Lei nº 8.069 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

O princípio da igualdade entre os filhos tem como objetivo servir aos integrantes da família, dando aos filhos os meios necessários para desenvolver efetivamente suas personalidades, incluindo virtudes e aptidões. Isso também é possível graças à proteção integral da criança e do adolescente. Permitiu-se, portanto, que todas as formas de família fossem tratadas de forma igualitária, mas isso, antes da atual Constituição, não era observado.

Carlos Cavalcanti acrescenta (2006) que diante da consagração constitucional do supracitado princípio, não é admissível que a legislação infraconstitucional limite as garantias do filho concebido por meio da inseminação artificial *post mortem*, pois, essa restrição não encontra respaldo constitucional. Por esse motivo, o legislador ordinário bem como o intérprete da norma jurídica não pode determinar exceções a esse princípio, tendo em vista que a própria Constituição não estabeleceu nenhuma ressalva. Para ele, essa garantia independe de qualificação e de origem. Dessa forma, opera para auxiliar a criança concebida após a morte do autor da sucessão, caso contrário, haveria discriminação atentatória à igualdade com os outros filhos decorrente de interpretação restritiva.

Por fim, Maria Helena Diniz (2022) ensina que todos os filhos, independentemente da natureza, serão igualados para fins sucessórios, recebendo, portanto, o mesmo quinhão hereditário. Não há como distinguir os filhos biológicos concedidos antes ou após a morte do genitor, sendo assim, todos os filhos dominam os mesmos direitos.

3.3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Por meio da interpretação do art. 227 da Constituição Federal se extrai o princípio do melhor interesse da criança, essa norma busca concretizar o desenvolvimento saudável desta ao estabelecer que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, “com absoluta prioridade” os direitos citados logo em seguida. Destaca-se que as situações que demandam a sua aplicação não são restritas, mas sim as mais amplas possíveis.

Salienta-se que antes da Constituição de 1988, caso houvesse conflito, a prioridade nas relações jurídicas era de quem exercia o pátrio poder, ou seja, a figura do pai. Dessa forma, o interesse dos filhos não era relevante, por conseguinte, a criança ocupava um lugar de mero objeto na deliberação. Hoje, essa realidade mudou, fixou-se o melhor interesse da criança como a referência para qualquer decisão que envolva direitos que lhes sejam assegurados. Nesse sentido, Paulo Lôbo acrescenta:

O princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”. Nele se

reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos. (LÔBO, 2021, p. 36)

É importante destacar também que não há princípio absoluto, bem como hierarquicamente superior a outro e, caso haja conflito entre eles, o aplicador da norma deverá analisar o caso concreto e ponderar os interesses envolvidos.

Além da previsão constitucional, a Lei nº 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) preceitua no art. 3º que a criança e o adolescente usufruem de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, garantindo-lhes a proteção integral, cabendo à lei ou aos outros meios assegurar o desenvolvimento mental, físico, espiritual, social e moral, em exigências de dignidade e de liberdade.

O ECA constitui uma incorporação fundamental do princípio do melhor interesse da criança adotado pela jurisprudência, pois, aplicar a Constituição Federal às relações de Direito Privado era algo difícil. Além disso, depreende-se que o intuito da aplicação da referida garantia era a de reparar as violações de inferioridade que a criança era submetida, consequência direta do tratamento destinado a ela dentro da família. Houve, então, uma inversão no tratamento, o princípio do melhor interesse da criança reconheceu que esta é detentora de direitos fundamentais, além de ser considerada um ser em desenvolvimento e, por isso, possui condições específicas que carecem de tratamento distinto das outras pessoas no tocante a sua proteção. (GAMA, 2003).

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira (2021), a criança e o adolescente devem ser tratados como sujeitos de direitos e titulares de identidades próprias. Além disso, a fim de dar efetividade ao princípio do melhor interesse da criança, é preciso afastar preconceitos e juízos morais ofensivos que possam prejudicar a vida do menor de idade. Isso irá salvaguardar a formação social, moral, relacional e psíquica do jovem, garantindo a preservação da sua saúde mental.

Sendo assim, o direito à vida constitui um direito fundamental para o princípio do melhor interesse da criança, consequentemente, deverá ser garantido também àqueles concebidos por meio de inseminação artificial *post mortem*. É por isso que os direitos sucessórios dessa criança devem ser preservados, sem sofrerem nenhuma restrição, ainda que não haja atualmente uma norma regulamentadora que trate sobre a capacidade sucessórias desta.

É nesse sentido que entende Paulo Lôbo (2021), para o autor, o princípio se trata de uma ordem, não apenas uma sugestão ética, ou seja, ele determinada como

deverão se proceder as relações que envolvam crianças e adolescentes com seus pais, com seus familiares, com a sociedade em que estão inseridas e com o Estado. Portanto, a aplicação da norma deve sempre se guiar pelo princípio constitucional.

Destaca-se que esse princípio não constitui imediatamente um impedimento quando as mulheres buscam os bancos de sêmen com o intuito de efetuar a inseminação artificial *post mortem*. Nesses casos, tendo em vista que há uma omissão legislativa referente à reprodução assistida e ainda que esta seja regulamentada posteriormente, é necessário avaliar o caso concreto, em outras palavras, se a mãe sozinha poderá assegurar as condições psicológicas e materiais indispensáveis para a evolução da criança.

3.4 PRINCÍPIO DA COEXISTÊNCIA

O Código Civil de 2002 disciplina em seu artigo 1.798 sobre o princípio da coexistência ao tratar a respeito da legitimidade para suceder, assim, dispõe que apenas terá capacidade sucessória aqueles que forem vivos ou pelo menos concebidos no momento da abertura da sucessão. O princípio da coexistência se trata da regra, contudo, há algumas ressalvas, como no caso do nascituro e da via testamentária.

No primeiro caso, é válido salientar que o artigo 2º do Código Civil estabelece que a personalidade civil se dá em decorrência do nascimento com vida; porém a lei protege os direitos do nascituro desde a sua concepção. Carlos Roberto Gonçalves (2021, p. 448), ao tratar sobre os nascituros, destaca que estes “podem ser, assim, chamados a suceder tanto na sucessão legítima como na testamentária, ficando a eficácia da vocação dependente do seu nascimento. Podem, com efeito, ser indicados para receber deixa testamentária.”

Já no segundo caso que trata sobre a via testamentária, ocorre quando o testador contempla a prole eventual de uma determinada pessoa, indicada por ele, contanto que esse fruto nasça com vida. Ressalta-se que não se trata de um nascituro, mas de um sujeito que ainda será concebido. Nesses casos, a transmissão hereditária está condicionada a um evento incerto que ainda ocorrerá no futuro. Por conseguinte, a prole eventual só produzirá seus efeitos sucessórios se a criança gerada nascer com vida bem como se for concebida dentro do intervalo de dois anos, conforme

disciplina o artigo 1.800, § 4º do Código Civil, do contrário, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos. Ao tratar sobre essa exceção, Caio Mário explica:

É válida a disposição testamentária contemplando a prole eventual de determinada pessoa, ou estabelecendo uma substituição (v. n^{os} 456 e 471, *infra*), como lícita a deixa para uma pessoa jurídica ainda não constituída. Em tais casos, a transmissão hereditária é *condicional*, subordinando-se a aquisição da herança a evento futuro e incerto. O Código Civil de 2002, procurando dar solução explícita ao problema do *prazo espera* para que ocorra a concepção do sucessor testamentário, fixou-o em dois anos, contados da abertura da sucessão: assim, se, a qualquer tempo dentro do biênio, nascer com vida o herdeiro esperado, tudo se passa como se já estivesse vivo ao tempo da morte do testador (art. 1.800, § 3º); se, no mesmo prazo, ocorrer ao menos a concepção, deve-se aguardar o nascimento do sucessor e o implemento da condição; se, porém, escoar-se o prazo sem que ocorra a concepção, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos (art. 1.800, § 4º), caducando a disposição testamentária. (PEREIRA, 2020, p. 26)

No que se refere aos embriões fertilizados *in vitro*, o jurista Luis Roberto Barroso (2008) considera que eles não podem ser considerados como pessoa, pois, ainda não houve o nascimento com vida, consequentemente, não são nascituros, tendo em vista a ausência da implantação no útero da genitora.

Pode-se inferir que o embrião criopreservado em bancos de sêmen não pode ser igualado ao nascituro, por esse motivo, ele não obedece às prerrogativas do princípio da coexistência. Contudo, não é oportuno considerar que esse embrião não deverá possuir qualquer direito sucessório, pois, sabe-se que a própria Constituição abrange a diversidade dos modelos familiares, assim como garante a liberdade ao planejamento familiar. Sendo assim, não há como impedir a prática da inseminação artificial homóloga *post mortem*, quando o próprio genitor a autoriza.

De acordo com Albuquerque Filho (2006, p. 13):

No caso da inseminação post mortem o filho é desejado, querido, muitas vezes fez parte de um projeto parental que não se concretizou por circunstâncias alheias à vontade dos interessados. A perspectiva excludente vai de encontro aos modernos princípios do direito de família, especialmente aos princípios da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

Depreende-se, portanto, que afastar os direitos sucessórios daqueles concebidos por meio da inseminação *post mortem* confrontaria diretamente os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos e do melhor interesse da criança. Nesse sentido, o artigo 1.798 do Código Civil

não busca a exclusão dos filhos nascidos após a abertura da sucessão, pelo contrário, busca proteger os direitos do nascituro, a fim de ampliá-los e não de reduzi-los. A referida temática está presente no Enunciado 267 da III de Direito Civil:

A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

Portanto, há uma clara necessidade de relativização do princípio da coexistência, tendo em vista que as novas técnicas de reprodução assistida possibilitaram também uma nova forma de filiação.

4 DIREITOS SUCESSÓRIOS

Referente aos direitos sucessórios, é necessário compreender o sentido da palavra “suceder”, conforme Sílvio de Salvo Venosa:

Suceder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito. Esse é o conceito amplo de sucessão no direito. Quando o conteúdo e o objeto da relação jurídica permanecem os mesmos, mas mudam os titulares da relação jurídica, operando-se uma substituição, diz-se que houve uma transmissão no direito ou uma sucessão. (VENOSA, 2022, p. 463).

É por meio da sucessão que se atinge a um bem, através da transferência de titularidade, possibilitando a uma pessoa o domínio sobre os bens de outra. Há uma divisão na forma como se efetua a sucessão, ela pode ser por ato *inter vivos*, como, por exemplo, um contrato de compra e venda, ou também por *causa mortis*, isto é, os herdeiros adquirem os direitos e obrigações da pessoa falecida em razão de testamento ou ordem legal. Essa distinção é importante para não confundir as duas formas de sucessão. A primeira é feita em vida, possui um sentido amplo, encontra-se em vários seguimentos do direito civil, ocorre por iniciativa do próprio titular do direito e é instruída pelo Direito das Obrigações. A segunda é instruída pelo Direito das Sucessões, previsto a partir do artigo 1.784, Livro V do Código Civil, e possui um sentido estrito sobre a transmissão de bens, obrigações e direitos por causa do falecimento de uma pessoa que antes era titular. É por meio dessa diferenciação que é possível identificar como o direito sucessório se procede.

Maria Helena Diniz classifica o direito sucessório (2022, p. 10) como um “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”.

Em decorrência da morte do autor da herança, é necessário que o patrimônio seja destinado aqueles que possuem direito sobre ele. É a partir disso que os sucessores adquirem legitimidade para pleitear a parcela da herança que lhes cabem, dando início à vocação hereditária, disciplinada pelo artigo 1.798 do Código Civil. Ressalta-se que o direito à herança está incluído entre os direitos fundamentais elencados no artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal. Nas palavras de José da Silva Pacheco (2008, p. 279), a classificação da herança é dada “ao patrimônio que,

ao falecer, alguém deixa, testado ou intestado, denomina-se herança, que se transmite, com a abertura da sucessão, aos herdeiros legítimos e testamentários".

4.1 TRANSMISSÃO DA HERANÇA E CAPACIDADE PARA SUCEDER

São pressupostos indispensáveis para efetivar a sucessão tanto o falecimento do autor da herança quanto a vocação hereditária de quem o vai suceder. Conforme o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2021, p. 438), não é possível haver herança de pessoa viva, embora seja possível a abertura da sucessão do ausente, quando se presume a morte deste, de acordo com os artigos 26 e seguintes do Código Civil. Consequentemente, são pressupostos da sucessão: que o autor tenha falecido e que lhe sobreviva herdeiro. Salienta-se que a abertura da sucessão só ocorrerá com a morte, seja ela real ou presumida.

A morte da pessoa natural indica o momento da abertura da sucessão, em que o patrimônio será conduzido aos herdeiros, tanto aos legítimos quanto aos testamentários, concretizando a imediata transferência das relações jurídicas. Sobre a herança, Maria Helena Diniz (2022, p. 32) diz que "herança é o patrimônio do falecido, isto é, o conjunto de direitos e deveres que se transmitem aos herdeiros legítimos ou testamentários, exceto se forem personalíssimos ou inerentes à pessoa do *de cuius*."

É assim que prevê o artigo 1.784 do Código Civil que adota a teoria francesa da *droit de saisine*, em outras palavras, o princípio da saisine. O efeito imediato da aplicação do referido princípio é a transferência instantânea do patrimônio aos herdeiros. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

Uma vez aberta a sucessão, dispõe o art. 1.784 do Código Civil, retrotranscrito, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros. Nisso consiste o princípio da saisine, segundo o qual o próprio defunto transmite ao sucessor a propriedade e a posse da herança. Embora não se confundam a morte com a transmissão da herança, sendo aquela pressuposto e causa desta, a lei, por uma ficção, torna-as coincidentes em termos cronológicos, presumindo que o próprio de cuius investiu seus herdeiros no domínio e na posse indireta de seu patrimônio, porque este não pode restar acéfalo. (GONÇALVES, 2021, p. 440)

Ressalta-se que, no momento da morte do autor da herança, o que ocorrerá será somente a transferência da posse, seja ela direta ou indireta, bem como o domínio do patrimônio. Desse modo, a propriedade dos bens só será concretizada por

meio da homologação da partilha pelo juiz e, se for bem imóvel, a alienação carecerá da averbação formal da partilha. (GOMES, 2019).

É resultado do princípio da *saisine* a aplicação da lei vigente à época em que ocorreu a abertura da sucessão, assim como a legitimidade para que o fato sucessório aconteça. Essa aplicação serve para as sucessões legítimas e testamentárias, ambas também serão conduzidas pela legislação vigente quando ocorreu a abertura da sucessão. No entanto, ao elaborar as disposições testamentárias, no que diz respeito à capacidade para testar e às suas regras, aplicar-se-á a lei contemporânea ao tempo em que o testamento foi elaborado. “Nesse campo prevalece inteiramente a regra *tempus regit actum*, ou seja, a capacidade testamentária ativa é a do tempo do testamento.” (GONÇALVES, 2021, p. 515)

Referente à lei que regulará a sucessão e a legitimação para suceder, reforça-se que vigorará a norma vigente no momento do falecimento do autor da herança. Sendo assim, aplica-se o Código Civil de 1916 para disciplinar as sucessões que foram abertas antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, logo, aplica-se esta norma, mais recente, para regular as sucessões abertas após a sua vigência. Trata-se de uma regra geral que garante os preceitos constitucionais previstos no artigo 5º que abrange o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito. Por isso, as alterações advindas após a morte não possuem respaldo para alterar o que prevê a Constituição Federal. Entende Flávio Tartuce (2018) que a lei revogada terá ainda uma eficácia residual, ou seja, deve-se averiguar se o instrumento testamentário que foi feito mediante as normas disciplinadas pelo Código Civil de 1916 obedeceu às regras desta antiga lei, contudo, no que se refere a legitimação para suceder, o que deve ser observado é o novo Código Civil.

Em conclusão, o princípio da *saisine* é apenas uma ficção jurídica abrangida pela lei que torna coincidentes os momentos cronológicos da morte com o da transmissão da herança (GONÇALVES, 2021). Por esse motivo, cabe aos prováveis sucessores agirem para demonstrar sua capacidade sucessória e assim garantirem os direitos que lhes são devidos.

Já no que diz respeito à capacidade sucessória, o Código Civil preceitua no artigo 1.798 que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Dessa forma, se o sucessor vier a falecer antes do sucedido, perderá a sua capacidade para suceder. Assim, para que uma pessoa possua capacidade sucessória, Sílvio de Salvo Venosa elenca três requisitos

essenciais: “deve existir, estar vivo ou já concebido na época da morte, ter aptidão específica para aquela herança e não ser considerado indigno.” (VENOSA, 2022, p. 509)

A primeira exigência se refere ao fato do sucessor, à época da morte do autor da herança, já ter nascido, salvaguardado os direitos do nascituro desde a sua concepção. Há uma situação especial nos casos dos nascituros, pois, os direitos deles são protegidos, porém, só serão consolidados a partir do nascimento com vida, dando origem à transmissão do patrimônio do *de cuius*. O que se requer é a existência do herdeiro no momento da morte.

Já a segunda exigência trata sobre a capacidade para suceder. O artigo 1.829 do Código Civil define como se dará a ordem de vocação hereditária, nesse sentido, serão chamados os mais habilitados para suceder o *de cuius*, por exemplo, se houver descendente habilitado, este terá caráter preferencial para herdar e, automaticamente, os outros herdeiros de grau mais remoto serão excluídos de acordo com a ordem recomendada pela lei. Trata-se, portanto, da aptidão específica para adquirir a herança. Conforme Sílvio de Salvo Venosa:

A aptidão específica para determinado ato jurídico se denomina legitimação, em terminologia emprestada do direito processual. Não basta existir quando da morte: é necessário que a pessoa esteja legitimada para aquela herança determinada. Assim, existindo descendentes, por exemplo, os ascendentes não podem ser herdeiros, por lhes faltar a devida legitimação. Nesse mesmo diapasão, não têm legitimação para ser herdeiros os colaterais além do quarto grau (art. 1.839), porque a lei atual faz terminar aí a vocação legítima. (VENOSA, 2022, p. 509)

A terceira e última exigência diz respeito a situação do sujeito ser considerado um sucessor indigno. Trata-se de um rol taxativo previsto no artigo 1.814 do Código Civil, contigo no título “Dos Excluídos da Sucessão”, transcrito a seguir:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:
 I – que houverem sido autores, coautores 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.

Portanto, é consequência direta da indignidade a privação da herança do herdeiro, seja ele legítimo, testamentário ou legatário, caso ele tenha incorrido em um

desses atos agressivos contra o autor da herança, bem como ao seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente. Conclui-se que a indignidade é um requisito negativo para que a capacidade de suceder seja concretizada, ou seja, não pode estar presente, pois, o indigno é expulso da sucessão, consequência da perda da capacidade passiva.

Para comprovar essa situação, é imprescindível que seja proferida uma sentença em ação declaratória de exclusão por indignidade. Arnoldo Wald (2015) afirma que essa ação poderá ser sugerida por qualquer interessado, dentro do limite de quatro anos, contado a partir da abertura da sucessão, conforme previsto no artigo 1.815 do Código Civil. Salienta-se que a sentença proferida tem efeitos retroativos até o momento da abertura da sucessão, obrigando o indigno a devolver os rendimentos e frutos decorrentes da herança recebida.

Destaca-se que os efeitos decorrentes da indignidade são pessoais, ou seja, não inclui os descendentes daquele declarado como indigno. Assim, os descendentes poderão representa-lo, por conseguinte, estarão legitimados a sucedê-lo. Segundo Wald (2015, p. 20) “os descendentes do indigno herdam como ele fosse herdeiro pré-morto.”

Sobre essa legitimidade passiva, entende Giselda Maria Fernandes Hironaka (2007, p. 285) que se trata da “aptidão que respeita à pessoa que pode ser instituída herdeira, ou legatária, adquirindo, dessa forma, bens pela via do testamento, de acordo com as derradeiras disposições de vontade do autor da herança.”

Por fim, o artigo 1.799 do Código Civil dispõe sobre os chamados a suceder no caso da sucessão testamentária, isto é, em havendo declaração de última vontade do testador, abrangendo os filhos ainda não concebidos de pessoas determinadas, além das pessoas jurídicas e das fundações.

Diante do exposto, é possível averiguar que o preenchimento das três exigências supracitadas é indispensável, a fim de concretizar o direito sucessório. Contudo, ainda há omissão no ordenamento jurídico brasileiro sobre determinados casos que demandam a transmissão da herança, por isso, surgem conflitos imediatos com a realidade. Pode ser citado como exemplo dessa problemática o caso do filho concebido por inseminação artificial *post mortem*, posteriormente à abertura da sucessão.

4.2 AS ESPÉCIES DE SUCESSÃO

A sucessão *mortis causa* subdivide-se em duas espécies: a legítima e a testamentária, conforme disciplina o artigo 1.786 do Código Civil.

A primeira espécie, sucessão legítima ou legal, ocorre em virtude da lei, na ausência de testamento deixado pela pessoa falecida ou ainda quando há testamento, contudo, esse instrumento perde a validade ou é julgado nulo. Dessa forma, a transmissão se concretiza sem a manifestação de última vontade do autor da herança, obedecendo a disposição previamente estabelecida pela lei. É assim que prescreve o artigo 1.788 do Código Civil. (GONÇALVES, 2021, p. 440).

O mesmo pontua Washington de Barros Monteiro (2003, p. 9): “Se não há testamento, se o falecido não deixa qualquer ato de última vontade, a sucessão é legítima, deferido todo o patrimônio do de *cujus* às pessoas expressamente indicadas pela lei, de acordo com a ordem de vocação hereditária.”

Dessa forma, quando há ausência de testamento, presume-se que o *de cuius* desejava deixar o seu patrimônio para os familiares mais próximos a ele, isto é, aquelas pessoas que mantinham relações por laços sanguíneos ou por relações conjugais. Nessa situação, dá-se início a ordem legal sucessória. (WALD, 2015).

O legislador estabeleceu como se dará essa ordem, com intuito de definir quem são as pessoas mais aptas para suceder o *de cuius*. A norma estabeleceu quatro classes de sucessores e seguiu o seguinte método concorrencial e preferencial, de acordo com o artigo 1.829 do Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

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.

Esses membros da família do autor da herança são classificados pelo legislador como sucessores legítimos, além destes, a norma também classifica como herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, conforme o artigo 1.845 do Código Civil. Os herdeiros necessários possuem direito a metade dos bens que

compõe a herança e só serão retirados da sucessão caso incorram em algum motivo indicado em lei.

Além disso, estabelece o Código Civil que os sucessores podem suceder por direito próprio ou de representação. O primeiro caso está previsto no artigo 1.834 do Código Civil e diz respeito aos descendentes da mesma classe, estes possuem os mesmos direitos referentes à sucessão dos seus ascendentes e são considerados os mais habilitados e legitimados para suceder. Já o segundo caso diz que o direito de representação ocorrerá na linha reta descendente, isto é, os filhos, netos ou bisnetos daquele herdeiro que não é mais legitimado para suceder, porém, jamais na linha ascendente, conforme o artigo 1.852 do Código Civil.

Ainda sobre a supracitada ordem sucessória, nas palavras de Orlando Gomes (2019, p. 32):

A lei divide os herdeiros legítimos em ordens e classes, unindo-os em grupos distintos. A hierarquia das ordens define a vocação hereditária.

Regem-na duas regras:

1^a – Uma classe sucessível só é chamada quando faltam herdeiros na classe precedente (princípio das classes); e

2^a – na mesma classe, os parentes mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação (princípio dos graus).

Além disso, ressalta-se que os herdeiros descendentes pertencentes a mesma classe e ao mesmo grau de parentesco terão os mesmos direitos à sucessão dos ascendentes, concordante com o artigo 1.834 do Código Civil. Portanto, cada um destes receberá a quota-parte que lhe cabe do total da herança, obtendo por direito próprio e recebendo por cabeça. (DINIZ, 2022)

Já a segunda espécie se trata da testamentária que sobrevém da manifestação de última vontade do autor da herança por meio de testamento, conforme o artigo 1.786 do Código Civil. É assim que são instituídos os herdeiros ou legatários, ou seja, quem serão os sucessores a título universal ou particular. A lei permite que o testador destine a totalidade ou uma parte do seu patrimônio a quem ele deseja configurar como herdeiro. Assim, o direito brasileiro inspirou-se no direito romano e, por isso, admite tanto o herdeiro legal como o herdeiro instituído, caso este seja resultante de testamento. Nesse último caso, será o autor da herança o responsável por indicar seus sucessores e não a lei. (GOMES, 2019).

Referente ao testamento, o atual Código Civil não prevê uma definição expressa sobre esse instrumento, ao contrário do Código Civil anterior. De acordo

com o professor Arnoldo Wald (2015, p. 68), o artigo 1.626 do Código Civil brasileiro de 1916 trazia a seguinte definição: “ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte.”

Contudo, esse conceito recebeu muitas críticas por parte da doutrina que o entendia como inadequado, pois, não explanava que o testamento pode ser utilizado para variadas finalidades, não se resume somente ao tratamento sobre bens deixados em razão da morte do *de cuius*. (GONÇALVES, 2018).

Assim, esse instrumento jurídico produz os seus efeitos posteriormente à morte do testador e abrange disposições de cunho patrimonial, contudo, há também a possibilidade de dispor sobre questões de caráter não patrimonial. É assim que está disciplinado no artigo 1.916 do Código Civil que trata sobre as limitações existentes ao poder de dispor em testamento, bem como sobre a autorização de incluir disposições de caráter não patrimonial. Flávio Tartuce (2022, p. 416) diz que “o Código Civil de 2002 supre aquela deficiência anterior que era duramente criticada, no sentido de estar o seu conteúdo apegado a questões estritamente patrimoniais.”

O testamento, também de acordo com Flávio Tartuce (2022, p. 416), é definido como “um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, para depois de sua morte. Trata-se do ato sucessório de exercício da autonomia privada por excelência.”

É importante destacar ainda a figura dos herdeiros necessários, em outras palavras, o testador só poderá destinar a integralidade do seu patrimônio apenas nos casos em que não há a presença de herdeiros necessários. Assim, o artigo 1.846 do Código Civil assegura a estes, de pleno direito, a metade dos bens da herança que compõe a legítima. Portanto, a herança deverá ser dividida em duas partes iguais e só depois disso é que o testador terá liberdade para destinar uma parte do seu patrimônio para qualquer pessoa, até mesmo ao indivíduo que faça parte dos herdeiros legítimos. (DIAS, 2013).

Cabe ressaltar também outro requisito de validade do testamento que se trata sobre capacidade, isto é, faz-se necessário que o testador detenha capacidade testamentária para que o instrumento formalizado por ele seja válido. É dessa forma que dispõe o artigo 104 do Código Civil ao exigir os requisitos para que o negócio jurídico seja validado, dentre eles, o agente ser capaz. Essa capacidade se refere a presença da inteligência e da vontade do testador, ou seja, ele deve compreender o ato e também anuir.

Além disso, Maria Berenice Dias (2013, p. 339) argumenta que se deve verificar o princípio *tempus regit actum*, ou seja, se o autor era considerado capaz no momento da elaboração do testamento. Nos casos em que ele era capaz e, em seguida, tornou-se incapaz por motivo superveniente, o testamento permanecerá válido. No mesmo sentido, se o testador elaborou o testamento quando era considerado incapaz e, posteriormente, tiver adquirido a plena capacidade, o testamento não será considerado válido. É assim que disciplina o artigo 1.861 do Código Civil.

O artigo 1.860 ensina quem são as pessoas que estão impedidas de testar, cita-se os incapazes e os que não tiverem pleno discernimento quando for feita a declaração. O parágrafo único do supracitado artigo garante que os maiores de dezesseis anos podem testar e, assim, dispor sobre a sua própria herança. Por isso, conclui-se que o *caput* do artigo 1.860 se refere aos absolutamente incapazes. De modo uniforme entende a autora Maria Berenice Dias (2013, p. 340):

Ainda que a regra seja a capacidade, há exceções: os absolutamente incapazes e os que não tiverem pleno discernimento. Um único artigo peca duas vezes para dizer isso (CC 1.860). Primeiro diz que os incapazes não podem testar, sem distinguir incapacidade absoluta (CC 3º) e relativa (CC 4º). Em seguida, admite o testamento dos maiores de 16 anos, que são relativamente incapazes. [...] Apesar da falta de precisão da lei, não dispõem de capacidade testamentária somente os absolutamente incapazes. Os relativamente incapazes não estão atingidos pela proibição.

Portanto, todas as pessoas, exceto as citadas no artigo anterior, podem formalizar um testamento válido, pode-se citar, como exemplo, o analfabeto, o falido, o cego, o relativamente incapaz etc., apesar de que a lei restrinja o direito a certas formas de testamento a depender do caso concreto (GONÇALVES, 2021).

Cabe lembrar ainda que não há exigência da assistência de um representante legal ou tutor quando o relativamente incapaz for elaborar seu próprio testamento, visto que se trata de um ato unilateral e unipessoal, portanto, seria imprópria qualquer interferência. É assim que expõe Carlos Roberto Gonçalves (2021, p. 512):

Não obstante determinar o Código Civil que aos pais (arts. 1.634, V, e 1.690) e ao tutor (art. 1.747, I) compete assistir o menor, após os 16 anos de idade e até completar a maioridade, nos atos da vida civil, para a facção testamentária ativa o menor não precisa da assistência de seu representante legal, porque, como salienta Itabaiana de Oliveira, o testamento é ato personalíssimo, que não admite procurador nem ajudante, como é o testemunho

Sobre a segunda proibição abrangida pelo artigo 1.860, isto é, aqueles que, ao testar, não estiverem em pleno discernimento, é necessário salientar que essa condição não significa que a pessoa seja portadora de enfermidade ou deficiência mental, mas sim que não esteja em perfeito juízo para externar sua vontade, condição desencadeada por alguns fatores, como, por exemplo, embriaguez não habitual, uso de entorpecentes ou alucinógenas, hipnose ou qualquer outra situação similar e temporária. (GONÇALVES, 2021).

Percebe-se que a sucessão testamentária é um instrumento que pode proporcionar uma maior segurança jurídica, apesar disso, não é o tipo sucessório mais adotado no Brasil. Isso acontece por diversos motivos, dentre eles, a sociedade brasileira não possui o hábito de formalizar testamento e, nos casos em que ele é elaborado, advém das situações em que não há herdeiros necessários para suceder o autor e este deseja beneficiar eventual terceiro.

4.3 O DIREIRO SUCESSÓRIO DA CRIANÇA CONCEBIDA POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM

Diante dos casos de infertilidade existentes no país, muitas famílias recorrem aos métodos de reprodução assistida para realizar o desejo de conceber um filho. Dentre esses métodos, há a inseminação artificial homóloga *post mortem*. Contudo essa técnica não possui regulamentação específica e, por isso, acaba gerando muitas dúvidas sobre a sua correta aplicação, um desses problemas se refere à proteção patrimonial dessa criança nascida após a abertura da sucessão, isto é, após a morte do seu genitor. Assim, para solucionar essa omissão normativa, é necessário fazer uma ponderação entre os princípios constitucionais já mencionados anteriormente, as posições doutrinárias e a jurisprudência que dispõe sobre o tema.

No que se refere à doutrina, não há um posicionamento pacífico sobre a possibilidade do filho nascido por meio de inseminação *post mortem* ser detentor ou não dos direitos sucessórios. Verifica-se, portanto, a existência de três correntes doutrinárias: a excludente; a relativamente excludente e a inclusiva.

A primeira, a corrente restritiva ou excludente, não admite a possibilidade da aplicação dessa técnica, consequentemente, não prevê qualquer direito ao filho concebido *post mortem*, tanto no campo do Direito de Família quanto no Direito das Sucessões. Esse posicionamento é defendido por Jesualdo Eduardo de Almeida

Júnior e Mônica Aguiar. Para esta autora, mesmo na hipótese de haver a inseminação artificial *post mortem*, o consentimento outorgado pelo dono do sêmen será cessado em decorrência do seu falecimento, por conseguinte, o filho será apenas do cônjuge sobrevivente (AGUIAR, 2009).

Na mesma lógica, Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior (2005) acrescenta que o embrião fecundado por inseminação artificial *post mortem* não possuiria nenhum direito sucessório, porque não se trata se de pessoa concebida, bem como não se trata de pessoa nascida. O autor também diz que somente por via testamentária é que o embrião fecundado *post mortem* poderia constar como herdeiro, obedecendo o disposto no artigo 1.799, inciso I, do Código Civil.

Outra corrente doutrinária é a relativamente excludente a qual admite efeitos atenuados no campo do Direito de Família, porém, ela também não atribui a condição de herdeiro ao filho gerado em relação ao patrimônio do genitor falecido. Nesse caso, a criança terá sua filiação certificada, mas não terá capacidade sucessória em relação à herança do *de cuius*. Sobre isso, explica Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

[...] a despeito da proibição no direito brasileiro, se eventualmente tal técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e o pressuposto do risco, mas não para fins de direitos sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear a reparação dos danos materiais que sofrer de sua mãe e dos profissionais que a auxiliaram a procriar utilizando-se do sêmen de cônjuge ou companheiro já falecido, com fundamento na responsabilidade civil [...] (GAMA, 2003, p. 1000)

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (2006) diverge dessa opinião, para ele os efeitos do planejamento familiar podem ser concretizados mesmo depois da morte de um dos partícipes. Além disso, ele discorda sobre a possível responsabilização civil da mãe que utilizou a inseminação artificial *post mortem*, posto que “se assim fosse os filhos de relações eventuais não planejadas, não programadas e muitas vezes indesejadas, teriam os mesmos ou mais direitos para responsabilizar os genitores”. (ALBUQUERQUE FILHO, 2006, p. 180).

Sendo assim, a corrente doutrinária inclusiva defende os perfeitos efeitos, tanto no Direito de Sucessões quanto no Direito de Família, decorrentes da inseminação artificial *post mortem*. Isso significa que a filiação da criança concebida e a capacidade sucessória desta são admitidas e salvaguardadas. Os doutrinadores filiados a esse pensamento argumentam que o genitor, quando vivo, aprovou expressamente a

utilização da técnica de reprodução assistida, portanto, não há como negar o direito à herança da criança concebida ainda que após a morte do pai. Ademais, a prole eventual *post mortem* também está prevista e protegida pelo atual Código Civil. (COLOMBRO, 2012).

Destaca-se que no Brasil não há vedação expressa do uso da inseminação artificial *post mortem*, como também não há uma legislação específica que disciplina a utilização dessa técnica.

Ainda sobre o posicionamento favorável, ensina Albuquerque Filho (2006, p. 173 e 174):

[...] se o autor da herança desejou ter o filho, manifestou inequivocamente a sua vontade, o simples fato de a criança existir e uma vez comprovada a relação de parentesco já seria suficiente para fazer inserir, na ordem de vocação hereditária, um herdeiro legítimo, da classe dos descendentes, de primeiro grau, na condição de filho, com direito à sucessão.

Diante das divergências doutrinárias sobre esse assunto e da omissão normativa, seria aconselhável observar o caso concreto à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e da igualdade entre os filhos no campo do Direito de Sucessões.

4.4 PRAZO PARA PLEITEAR O DIREITO SUCESSÓRIO

Considerando-se as divergências doutrinárias sobre os direitos sucessórios do filho concebido por meio da inseminação artificial homóloga *post mortem*, percebe-se que alguns autores não reconhecem essa prerrogativa, mas também há aqueles que admitem a garantia dos direitos sucessórios da criança que seja fruto dessa técnica de concepção. No caso dessa última vertente, surge outra discussão que se refere à fixação de um prazo para utilizar o material genético do genitor falecido, dando ensejo ao prazo de herdar, ou seja, de participar da divisão da herança deixada pelo *de cuius*. Ressalta-se que o sêmen pode ser criopreservado em perfeitas condições durante anos, isso possibilita a sua utilização até mesmo após a abertura da sucessão. Nesse sentido, o direito dos outros filhos herdeiros já existentes acabaria sendo prejudicado pela espera indefinida de uma provável prole, além de haver prejuízo à segurança jurídica. (ALBUQUERQUE FILHO, 2006).

O direito sucessório tem caráter altamente patrimonial, por isso carece de uma limitação para que os herdeiros eventuais possam pleitear os seus direitos, do contrário, a partilha jamais produziria seus efeitos. Sendo assim, é possível perceber um conflito existente entre garantias fundamentais, de um lado, o direito à sucessão e, do outro, o direito à segurança jurídica. Por isso, o caso concreto deve ser avaliado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho, ao reconhecer a possibilidade de garantia dos direitos sucessórios daqueles inseminados *post mortem*, entende que:

[...] caberia ao autor da sucessão quando manifestou a sua vontade por documento autêntico ou por testamento fixar o prazo de espera do nascimento dos filhos, o qual não deve ultrapassar os dois anos previstos para concepção da prole eventual de terceiro, ou, não havendo prazo previamente estabelecido aplicar-se, por analogia, o prazo constante do art. 1.800, § 4º, do Código Civil, ou seja, de dois anos a contar da abertura da sucessão. (ALBUQUERQUE FILHO, 2006, p. 190)

Sobre essa estipulação de prazo, acrescenta-se a análise de Karla Fischer:

Imagine um inventário aberto no ano de 2004 e finalizado no ano de 2005, onde participaram da sucessão 5 herdeiros, a título de descendentes de primeiro grau do falecido (filhos) e 2 herdeiros (netos), por direito de representação, representando seu pai pré-moriente ao falecido. Os quinhões foram divididos igualitariamente entre os filhos do falecido, cabendo aos netos a parte que caberia ao filho pré-morto do titular da herança. Quatro anos após o término do inventário surge o cônjuge supérstite com pedido para que se proceda nova partilha do patrimônio, em razão do nascimento de um “novo” herdeiro, filho biológico do falecido. Como ficaria a segurança jurídica daqueles que receberam legitimamente os seus quinhões hereditários? Estariam *ad eternum* sujeitos a possibilidade de revisão dos seus quinhões hereditários? Acredita-se que a imposição de um prazo para que se possa exigir os efeitos sucessórios deve prevalecer. Todavia, tal prazo deveria ser melhor estudado, não, necessariamente, adotando-se o exíguo prazo de dois anos disposto no § 4º, do art. 1.800, CC/2002, mas um prazo que se revele adequado a possibilidade de se submeter a técnica de fertilização póstuma. (FISCHER, 2017, p. 17)

Percebe-se que a supracitada autora entende que a estipulação de um prazo para exigir os direitos sucessórios do filho concebido *post mortem* é necessário para garantir a segurança jurídica, mas também precisa ser melhor estudado, a fim de se chegar em um prazo justo, não sendo o decurso de dois anos necessariamente o mais adequado.

Já Maria Berenice Dias (2013) discorda do prazo analógico de dois anos, tendo em vista que inexiste justificativa plausível para a sua aplicação, ainda pontua que há impedimento constitucional de diferenciação do filho concebido por meio da técnica

de inseminação artificial *post mortem* em favor dos demais sucessores. A autora defende que o direito sucessório do filho gerado após a morte do seu genitor não pode ser prejudicado em virtude da segurança jurídica dos outros herdeiros, ainda que isso aconteça após anos.

É importante salientar que não se aplica prazo prescricional ao processo de investigação da paternidade, mas se aplica um prazo prescricional de dez anos para pleitear a herança, por meio da petição de herança, conforme disciplina o artigo 205 do Código Civil. (DIAS, 2008).

Acerca da petição de herança, disciplinada pelo artigo 1.824 do Código Civil, entende-se que o herdeiro poderá pleitear o reconhecimento de seu direito sucessório, a fim de reaver a herança ou até mesmo uma parte dela, mesmo após concluído o inventário e realizada a partilha. Trata-se de uma ação patrimonial e condenatória, em sua essência, por isso aplica-se o prazo prescricional de dez anos, nos moldes do artigo 205 CC, por não haver previsão expressa na legislação referente ao seu prazo.

O prazo prescricional só começará a contar após o filho completar dezesseis anos de idade, ou seja, somente quando ele se tornar relativamente incapaz, tendo em vista que a prescrição não corre contra os absolutamente incapazes, segundo o artigo 198, inciso I, do Código Civil. Sendo assim, também é justificável aplicar esse prazo para os casos dos filhos gerados por meio da inseminação artificial homóloga *post mortem*. (COLOMBRO, 2012).

A ação de petição de herança é usada geralmente para os casos que o reconhecimento da paternidade só obteve o seu trânsito em julgado depois da morte do genitor. Nesse caso, a contagem do prazo prescricional começa a contar a partir do reconhecimento da paternidade, pois, só assim será reconhecido o requisito de herdeiro. Foi assim que decidiu a Terceira Turma do Supremo Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.475/DF, por entendimento unânime:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. DIREITO SUCESSÓRIO. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. ANTERIOR AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. A petição de herança objeto dos arts. 1.824 a 1.828 do Código Civil é ação a ser proposta por herdeiro para o reconhecimento de direito sucessório ou a restituição da universalidade de bens ou de quota ideal da herança da qual não participou.

2. A teor do art. 189 do Código Civil, o termo inicial para o ajuizamento da ação de petição de herança é a data do trânsito em julgado da ação

de investigação de paternidade, quando, em síntese, confirma-se a condição de herdeiro. (...)

(STJ – REsp.: 1.475.759 DF, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 17/05/2016, Terceira Turma, Data da Publicação: 20/05/2016)
(grifou-se)

Diante das divergências apresentadas em relação aos prazos aplicados em casos de inseminação artificial homóloga *post mortem* e devido à omissão legislativa é necessário que sejam observados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre os filhos ao avaliar o caso concreto.

Assim, é necessário que essa técnica seja minuciosamente disciplinada a fim de torná-la mais organizada. Deve-se prever, dentre outras questões, a estipulação dos prazos. É conveniente que se diferencie o prazo para se utilizar o material genético do prazo para o descendente pleitear a herança que lhe cabe. Sendo assim, o prazo de dois anos previsto no § 4º do artigo 1.800 CC deveria ser o estabelecido para efetuar a utilização, pela companheira, do material genético criopreservado do companheiro falecido; já o prazo de dez anos disposto no artigo 2015 CC seria a maneira mais adequada para garantir o direito do filho concebido *post mortem* pleitear à herança, contado a partir do reconhecimento da paternidade. Também é viável que outro prazo seja estipulado pelo legislador ao disciplinar sobre a inseminação artificial *post mortem*, desde que seja consequência de estudos técnicos, específicos e detalhados, fixados a partir do reconhecimento paterno.

5 A AUSÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA E SEUS POSSÍVEIS EFEITOS

De fato, a ciência médica teve um grande avanço capaz de resultar no aprimoramento das técnicas de reprodução humana assistida. Porém, o Poder Legislativo não acompanhou essas mudanças, permanecendo inerte frente à regulamentação desses procedimentos.

Até o presente momento, não há lei específica que verse sobre os possíveis desdobramentos no Direito de Família e no Direito das Sucessões resultantes da reprodução humana assistida. Por conseguinte, surge uma insegurança jurídica causada por essa omissão. Essa incerteza é observada no caso da garantia dos direitos sucessórios dos filhos gerados após a morte do seu genitor, por não haver previsão legal, o caso concreto ficará sujeito a uma apreciação judicial, cedendo margem a diversas interpretações que, necessariamente, devem ser justas a fim de atender o princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

Devido à ausência de Lei de específica, é preciso observar a atual Resolução do Conselho Federal de Medicina, bem como os projetos de Lei, que versam sobre o assunto, os quais já foram elaborado e ainda estão tramitando atualmente.

5.1 RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E PROJETOS DE LEI

O Conselho Federa de Medicina (CFM) adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida (RA) por intermédio da atual resolução nº 2.320 de 2022.

Essa resolução orienta, já no inciso I, que trata sobre os princípios gerais, sobre como as técnicas de RA possuem papel essencial no processo de procriação, capaz de solucionar problemas que acometem a reprodução humana natural. Em seguida, discorre sobre as normas éticas aplicáveis ao procedimento de reprodução humana assistida.

Há ainda expressa disposição sobre a reprodução assistida *post mortem* no inciso VIII o qual autoriza a reprodução assistida *post mortem* contanto que exista autorização específica do genitor, antes do seu falecimento, permitindo o uso do seu material genético criopreservado, conforme a legislação vigente.

Observa-se que a reprodução assistida *post mortem* é plenamente cabível aos casos em que o genitor veio a óbito, mas, antes disso, congelou o seu próprio sêmen, dando a possibilidade da viúva inseminá-lo caso queira. Esta possibilidade está prevista tanto nas disposições da presente resolução do CFM quanto no próprio Código Civil atual que protege a filiação dessa criança.

Apesar disso, ainda não há previsão normativa capaz de tratar sobre a possibilidade da pessoa concebida *post mortem* ser considerada herdeira do genitor falecido. Por isso, alguns projetos de lei foram elaborados e apresentados ao longo do tempo a fim de tratar sobre essa questão.

Em 2012, Eleuses Vieira de Paiva, à época deputado federal, apresentou o projeto de lei 4.892/2012 que tem como intuito instituir o Estatuto da Reprodução Assistida para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida, bem como os seus efeitos no campo das relações civis sociais. Esse documento prevê no Capítulo VI sobre as disposições dos direitos patrimoniais e pessoais daqueles concebidos pela RA e versa no artigo 59 sobre a reprodução artificial *post mortem*, limitando os direitos sucessórios a um prazo de três anos: “garantir-se-á o direito sucessório do descendente, caso a gravidez ocorra em até 3 anos da abertura da sucessão do genitor que autorizou expressamente a utilização de seu gameta ou embrião criopreservado.”

Já em 2017, o atual deputado federal Carlos Bezerra elaborou o projeto de lei nº 7591 que tem propõe acrescentar no Código Civil a previsão da capacidade sucessória daqueles concebidos por meio da reprodução assistida após a abertura da sucessão, mais especificamente no artigo 1.798, parágrafo único.

O mesmo dispositivo civil 1.798 também é alvo de modificação pelo projeto de lei nº 9403 de 2017, de autoria do deputado Vitor Valim. Este propõe o direito à sucessão do filho gerado por meio da inseminação artificial após a morte do autor da herança.

Recentemente, no ano de 2020, foi apresentado o projeto de lei nº 1218, de autoria do atual deputado federal Alexandre Frota, que também propõe alterar o supracitado artigo 1.798, a fim de estabelecer direito à sucessão de filho gerado por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança, contanto que os cônjuges ou companheiros expressem sua vontade por escrito referente ao destino que será dado aos embriões em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou ainda de ambos. A justificação está pautada no princípio constitucional

da igualdade entre os filhos e na ausência de exclusão expressa pelo Código Civil no que se refere aos direitos sucessórios dos concebidos artificialmente, portanto, não há uma proibição, mas sim uma lacuna normativa que precisa ser preenchida.

5.2 CARÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA

A utilização das técnicas de reprodução humana assistida resultou em modificações nas relações familiares por abranger valores éticos, morais e culturais. Por isso, é necessário que haja uma regulamentação normativa específica sobre essa matéria, capaz de preencher as lacunas existentes. É preciso considerar que a ciência biológica está intimamente ligada ao mundo jurídico, como pontua Caio Mário (2022, p. 13):

Quando a ciência biológica anuncia processo de inseminação artificial, para proporcionar a gestação sem o pressuposto fisiológico das relações sexuais, eclode uma série de implicações jurídicas, tais como: a indagação do status da filiação, a necessidade de autorização da mulher, a anuência do marido, o registro do filho, afora o problema da inseminação contra a vontade de qualquer dos cônjuges, ou a sua realização sem o conhecimento do fato por algum deles, ou a necessidade de reconhecimento ou declaração da paternidade. Todos estes assuntos têm sido debatidos pelos civilistas em congressos, conferências, monografias, estudos publicados em revistas especializadas.

Atualmente, a legislação existente que prevê esse assunto é o Código Civil de 2002, mas apenas versa sobre questões referentes à paternidade, incluindo a *post mortem*. Entretanto, as regras normativas atuais não são suficientes para regulamentar as práticas de reprodução humana assistida, haja vista que só preveem a presunção da paternidade. Assim acrescenta Maria Berenice Dias:

A lei faz referência às técnicas de reprodução assistida exclusivamente quando estabelece presunções de filiação. De forma injustificável, não há qualquer previsão dos reflexos do uso desses procedimentos no âmbito do direito sucessório. O legislador, ao formular a regra contida no art. 1.798, não atentou para os avanços científicos na área da reprodução humana, ao se referir somente às pessoas já concebidas. Mais um cochilo que traz muitas incertezas. (DIAS, 2011, p. 116)

Como já foi pontuado, o Código Civil não disciplina sobre a capacidade sucessória do filho concebido por reprodução humana assistida após a morte do autor da herança. Devido a essa ausência normativa, as lacunas existentes nos casos

concretos são preenchidas pelo entendimento do Conselho Federal de Medicina, especialmente pela mais recente Resolução nº 2.320/2022 a qual trata sobre as normas éticas que devem ser observadas pelas técnicas de RHA. Ressalta-se que essa resolução não possui força de lei.

Como visto anteriormente, alguns projetos de lei já foram apresentados com o intuito de regularizar a reprodução assistida, alguns encontram-se apensados, isto é, estão tramitando conjuntamente por tratarem sobre o mesmo assunto ou assuntos semelhantes.

Dentre tantas implicações, deve-se atentar para as que dizem respeito aos direitos sucessórios daquele concebido *post mortem*. Por isso, é imprescindível que seja concretizada a regulamentação jurídica sobre esse meio de reprodução, a fim de sanar a insegurança jurídica que permeia esse tema.

Percebe-se que há um conflito existente entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade e da segurança jurídica. São questões ligadas ao direito da mulher de ter filhos, ao respeito à vontade expressa do genitor de gerar um filho quando ainda estava vivo, e a insegurança jurídica dos herdeiros já nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão.

Após analisar várias posições a favor e contra, conclui-se que a causa do problema é a falta de regulamentação jurídica. Conforme Eduardo de Oliveira Leite (1999), a Resolução do Conselho Federal de Medicina é ineficiente por faltar juridicidade, além de não apresentar um interesse conjunto da sociedade, afinal, não foi formulada a partir de uma discussão pública.

É possível concluir que as técnicas de reprodução assistida bem como suas possíveis implicações devem ser regulamentadas por lei específica. A lei, por sua vez, deverá observar os estudos de outras áreas científicas, quanto a situação social e aos avanços tecnológicos, a fim de compreender e resolver as implicações sociais surgidas devido à aplicação da inseminação artificial *post mortem*, em especial a questão do direito patrimonial da criança nascida após a abertura da sucessão.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inseminação artificial homóloga *post mortem* provoca o surgimento de outras formas de organização familiar, além das já comumente vistas e, por esse motivo, também causa desdobramentos no mundo jurídico. Assim, torna-se evidente que essa temática precisa ser organizada e disciplinada pela norma jurídica à luz dos princípios constitucionais norteadores. Conforme o entendimento do Conselho Federal de Medicina (CFM), as técnicas de reprodução humana devem ser regulamentadas e, por essa razão, criou em 1992 a primeira Resolução sobre o tema, a qual instaurou as primeiras normas éticas aplicadas às técnicas de reprodução humana assistida. As Resoluções do CFM vêm sendo atualizadas desde então, observando o desenvolvimento médico, tecnológico e civil.

Ao tratar sobre os reflexos patrimoniais decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*, em especial no que se refere à possibilidade do filho concebido ser considerado herdeiro do genitor falecido, mesmo após a abertura da sucessão, observa-se que vigora no Código Civil o princípio da coexistência o qual, em regra, exige que o sucessor hereditário seja uma pessoa viva ou pelo menos concebida no ato da abertura da sucessão. É devido a essa ausência de regulamentação jurídica que a doutrina e a jurisprudência buscam suprir essas lacunas, contudo, trata-se de uma discussão sem entendimento uniforme e pacífico.

Sobre o supracitado princípio da coexistência, salienta-se que este também admite exceções, do mesmo modo que ocorre com quase toda regra jurídica, como é possível observar nos casos da prole eventual e dos nascituros. Apesar dessas ressalvas, ainda não há proteção expressa no Código Civil sobre o direito à herança do filho concebido por técnica póstuma.

Foi observado que, de fato, não há previsão sobre o direito hereditário daquele concebido após a morte do genitor, mas, ao mesmo tempo, o próprio texto normativo, no inciso III do artigo 1.597 do Código Civil, admite a aplicação da referida técnica, assim como também defende a presunção de paternidade do havido por inseminação artificial homóloga *post mortem*. Por esse motivo, ao observar o princípio da igualdade entre os filhos, previsto no artigo 226, § 6º da Constituição Federal, buscou-se proteger os direitos sucessórios do filho nascido após a morte do genitor, colocando-o em posição de igualdade com os filhos já nascidos, isto é, com os seus irmãos. No mesmo sentido, foram elencados outros princípios aplicáveis à inseminação artificial

que servem de base para justificar as correntes doutrinárias que tratam sobre os direitos sucessórios daquele concebido depois da abertura da sucessão.

À vista disso, verifica-se que uma pequena parte do entendimento doutrinário não admite o uso da técnica de inseminação artificial *post mortem*, por entender que essa prática causa danos sociais e, como resultado, também veda qualquer direito, incluindo o sucessório. Há outra parte da doutrina que, ao contrário da primeira, admite o direito de filiação daquele concebido por técnica póstuma, contudo, também veda os direitos patrimoniais, por entender que o artigo 1.798 do Código Civil não prevê nenhuma exceção, ou seja, o herdeiro precisa, necessariamente, estar vivo no momento da abertura da sucessão ou pelo menos estar concebido. O último entendimento doutrinário reconhece plenamente os efeitos favoráveis da inseminação artificial *post mortem* no Direito de Família e no Direito Sucessório, assim, defende não só a presunção de paternidade dos filhos concebido após a morte do genitor, mas também os direitos patrimoniais destes. Essa derradeira corrente é favorável por compreender que houve prévia anuência expressa do genitor a fim de realizar a reprodução humana medicamente assistida, além da possibilidade da prole eventual mencionada no próprio Código Civil.

Verificou-se que o ideal seria a manifestação expressa da vontade do genitor em dar prosseguimento a concepção, no caso de uma eventual fatalidade, por meio da inseminação artificial homóloga *post mortem*. O mesmo deveria ser feito na possibilidade da inseminação heteróloga *post mortem*. Nesse último caso, é essencial que haja autorização expressa do genitor, ainda em vida, permitindo o uso da técnica, sobretudo porque o material genético utilizado será de um terceiro.

Essa exteriorização seria a garantia do reconhecimento dos direitos patrimoniais do filho concebido por técnica póstuma, tomando como justificativa o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, com o objetivo de proporcionar condições suficientes de sustento aos descendentes. Para que ocorra esse reconhecimento, é necessário que haja uma relativização do princípio da coexistência, previsto no artigo 1.597 do Código Civil, pois, a própria Constituição Federal determinou o princípio da dignidade da pessoa humana como uma garantia fundamental, do mesmo modo fez com o princípio da igualdade entre os filhos.

Ao expressar por escrito o desejo de ter filhos, ainda que ocorra o falecimento de um dos genitores, busca-se concretizar o direito ao planejamento familiar que se fundamenta na autonomia da vontade garantida pela Constituição Federal. Desse

modo, ao realizar-se a inseminação artificial *post mortem*, o direito sucessório do filho concebido deverá ser assegurado, visto que o contrário ensejaria óbice ao planejamento familiar, à autonomia da vontade e à dignidade do *de cuius* bem como do filho.

Por último, observa-se a carência de se estabelecer um prazo para que o filho concebido após a abertura da sucessão possa requerer a sua parte da herança. Para isso, o procedimento mais apropriado seria feito por meio da ação de petição de herança, obedecido o prazo prescricional de dez anos ou até mesmo outro prazo que seja convencionado de forma justa pelo legislador, contado a partir do reconhecimento da paternidade da criança. Essa prática atenderia concomitantemente ao princípio da igualdade entre os filhos e ao princípio da segurança jurídica dos outros herdeiros.

Isso posto, constate-se que as técnicas de reprodução humana assistida, bem como os seus possíveis efeitos, sobretudo no campo das sucessões, precisam ser regulamentadas por uma lei específica e ampla, capaz de abranger as mais variadas situações possíveis. Pois, sabe-se que as relações sociais são dinâmicas e estão em constante modificação, demandando a regularização do direito brasileiro que precisa atuar de forma interdisciplinar com outros ramos da ciência, para que seja garantida uma maior proteção tanto para os genitores quanto para os filhos concebidos por inseminação artificial *post mortem*.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e dignidade humana**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 106 (aprovado na I Jornada de Direito Civil)**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Acesso em: 05 set. 2022.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 267 (aprovado na III Jornada de Direito Civil)**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>. Acesso em: 05 set. 2022
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 ago. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 29 ago. 2022.
- 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: 29 ago. 2022.
- BRASIL. **Projeto de Lei do Senado de nº 1218, de 2020**. Altera a redação do art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para estabelecer direito à sucessão de filho gerado por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1871456&filename=Tramitacao-PL+1218/2020. Acesso em: 29 ago. 2022.
- BRASIL. **Projeto de lei do Senado nº 4892, de 2012**. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra;jsessionid=9C2FFB933C7E4E0FAB22906D1AB9763A.proposicoesWebExterno2?codteor=1051906&filename=Tramitacao-PL+4892/2012. Acesso em: 29 ago. 2022.
- BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 7591, de 2017**. Acrescenta parágrafo único ao artigo 1798 da Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para conferir capacidade para suceder aos concebidos com o auxílio da técnica de reprodução assistida após a abertura da sucessão. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1556651&filename=Tramitacao-PL+7591/2017. Acesso em: 29 ago. 2022.
- BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 9403, de 2017**. Modifica a redação do art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra;jsessionid=node019vbucz8

4gesr19tdfnw28gdom5602199.node0?codeor=1634728&filename=Tramitacao-PL+9403/2017. Acesso em: 29 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Terceira Turma). Recurso Especial. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. DIREITO SUCESSÓRIO. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. ANTERIOR AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. DEFICIENCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. **REsp. 1.475-759-DF**. Recorrente: V. J. C. Recorrido: R. O. da S. C. Relator(a): Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 17 de maio de 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862054957/recurso-especial-resp-1475759-df-2013-0346277-7/inteiro-teor-862054967?ref=serp>. Acesso em: 27 ago. 2022.

CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CHINELLATO, Silmara Juny. **Código Civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 15. ed. São Paulo: Manole, 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.320/2012**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 15 ago. 2022.

DELFIM, Marcio Rodrigo. **As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga “post mortem”**. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12965>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 339, 340.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito das Sucessões. 36. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. **Inseminação Artificial Post Mortem e Seus Reflexos no Direito de Família e no Direito Sucessório**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf. Acesso em: 02 ago. 2022.

GAMA, Guilherme Galmon Nogueira da. **A Nova Filiação**: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito das Sucessões. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil**: responsabilidade civil – direito de família – direito das sucessões. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 3.

JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6522/tecnicas-de-reproducao-assistida-e-o-biodireito>>. Acesso em: 07 set. 2022

LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais: bioética e biodireito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Repensando o direito de família:** anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MANERICK, Rosa Maria dos Santos. **O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua efetividade no direito de família,** 2006. Disponível em: <<http://siabib01.univali.br/pdf/Artigo%20Rosa%20Maria%20dos%20Santos%20Manerick.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Filhos da Reprodução Assistida*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/209.pdf. Acesso em: 24 nov. 2022.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e Partilha na Sucessão Legítima e Testamentária.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** direito das sucessões. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** direito de família. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. In: **Anais do XVVI Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia.** Brasília: OAB, Conselho Federal, 2000. v 1.

SILVA, José Alonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVEIRA, Gabriella Nogueira Tomaz da; ARAÚJO NETO, Henrique Batista de. **Inseminação artificial post mortem e suas implicações no âmbito sucessório.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, v. 14, n. 32, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** Direito das Sucessões. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** Direito das Sucessões. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Família e Sucessões. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil:** Direito das Sucessões. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. vol. 6.