

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

FACULDADE DE DIREITO

JULIA DE CARLA BUENO SANTANA

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

São Paulo

2022

JULIA DE CARLA BUENO SANTANA

Trabalho de Conclusão de Curso de Direito
apresentado à Universidade Presbiteriana Mackenzie
como requisito final para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: PROF. DIOGO L. MACHADO DE MELO

São Paulo

2022

JULIA DE CARLA BUENO SANTANA

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

Trabalho de Conclusão de Curso de Direito
apresentado à Universidade Presbiteriana Mackenzie
como requisito final para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Examinador: Prof. Dr. Diogo L. Machado de Melo
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Examinador: Prof. Ms. Marcelo Romão Marinelli
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Examinador: Prof. Ms. Fabricio Favero
INSAPER

*Ao meu avô, Elias Santana, pelo amor, pelo exemplo,
por me ensinar a ser uma pessoa melhor e, acima de
tudo, por me incentivar. E, a toda minha família que
sempre esteve ao meu lado, trilhando esta caminhada
junto a mim.*

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Juliana e Givanildo, por serem meu porto seguro e fonte de amor, parceria, conselhos e muito incentivo ao longo desses cinco anos de curso, além de fornecer tudo que eu mais precisava: asas para voar.

Ao meu irmão, Gian Santana, que esteve sempre ao meu lado, torcendo por mim, vibrando pelas minhas conquistas e me dando forças para continuar.

Às minhas amigas e eternas confidentes, Laíse Ribeiro, Ana Laura Mendes, Ana Letícia Orsi e Clara Crivellari, que não só me acompanharam por toda essa longa caminhada, mas também me deram fôlego entre uma risada e outra, para que, juntas, chegássemos até aqui.

Aos meus melhores amigos, Carlos Alberto Medeiros e Abyner Ferreira, que estiveram comigo em todos os momentos.

Por último, não menos importante, agradeço ao meu orientador Professor Diogo L. Machado de Melo, por ter compartilhado do seu enorme conhecimento de maneira clara e paciente.

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

Julia de Carla Bueno Santana

Resumo: As inovações tecnológicas apresentam um grande marco para a sociedade contemporânea e, com o avanço da medicina no âmbito da biotecnologia, temos a possibilidade de manipulação e armazenamento de material genético em clínicas de reprodução assistida, viabilizando até mesmo, a concepção após a morte de cônjuge ou companheiro. Hodiernamente, com o crescimento vertiginoso das técnicas de reprodução medicamente assistida, o assunto trouxe implicações no âmbito jurídico, à medida que o art. 1.597 do Código Civil de 2002, assegura a presunção de paternidade aos filhos concebidos *post mortem*, nada diz a respeito da sucessão legítima, de modo que, o art. 1.798 do referido *codex*, dispõe que são legitimados a suceder apenas os filhos já concebidos ou nascidos no momento da abertura da sucessão. Desse modo, em razão de tal omissão legislativa, o presente trabalho visa efetuar uma análise à luz dos princípios constitucionais para que sejam encontradas soluções capazes de assegurar e garantir a aplicabilidade dos direitos sucessórios aos casos de reprodução assistida *post mortem*.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida; Inseminação artificial *post mortem*; Direito das Sucessões; Biodireito.

Abstract: Technological innovations represent a major milestone for contemporary society and, with the advancement of medicine in the field of biotechnology, we have the possibility of handling and storing genetic material in assisted reproduction clinics, even enabling conception after the death of a spouse. or mate. Nowadays, with the vertiginous growth of medically assisted reproduction techniques, the matter has implications in the legal scope, as art. 1597 of the Civil Code of 2002, ensures the presumption of paternity to children conceived *post mortem*, says nothing about the legitimate succession, so that, art. 1,798 of the aforementioned *codex*, provides that only children already conceived or born at the time of the opening of succession are entitled to succeed. Thus, due to such legislative omission, the present work aims to carry out an analysis in the light of constitutional principles so that solutions are found capable of ensuring and guaranteeing the applicability of inheritance rights to cases of *post mortem* assisted reproduction.

Keywords: Assisted human reproduction; *Post mortem* artificial insemination; Succession Law; Biolaw.

Sumário: 1 Introdução. 2 Dos Direitos do Nascituro. 2.1 Do Embrião Criopreservado e o Início da Personalidade Civil. 3 Da Reprodução Medicamente Assistida e o Ordenamento Jurídico Brasileiro. 3.1. Da Reprodução Assistida *Post Mortem*. 3.2 Da Presunção de Paternidade na Inseminação Artificial *Post Mortem*. 3.3 Do Embrião Criopreservado Sob à Égide do Conselho Federal De Medicina (CFM). 3.4 Do Direito Sucessório dos Indivíduos Concebidos Através da Inseminação Artificial *Post Mortem*. 4 Considerações Finais. Referências

1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso visa discutir a herança da chamada prole eventual, gerada a partir da reprodução humana *post mortem*, com base nos princípios previstos na Constituição Federal e no Direito das Sucessões, a fim de resguardar a segurança jurídica aos herdeiros que eventualmente serão gerados, bem como a herança resultante.

Embora o uso das técnicas de reprodução assistida tenha crescido de forma vertiginosa, o ordenamento jurídico não atribui devida atenção acerca de tal assunto em nosso Código Civil. Nessa ótica, é de suma importância a discussão da matéria à luz da Constituição Federal de 1988 e do Direito Sucessório, com base nos princípios basilares da legislação pátria.

Antes de tudo, convém salientar que, a reprodução assistida consiste em um conjunto de técnicas que facilita e/ou induz a fecundação humana através da manipulação de gametas e embriões, com o intuito de combater a infertilidade e proporcionar a concepção de um novo ser humano aos casais que sonham com o projeto parental.

Pois bem. A inseminação artificial se divide em dois ramos, sendo estes, a inseminação artificial homóloga e heteróloga. Em síntese, a inseminação homóloga ocorre quando uma mulher é inseminada pelo sêmen do próprio marido ou companheiro, enquanto a inseminação heteróloga consiste na utilização de material genético de uma terceira pessoa, na maioria das vezes, um doador anônimo.

Isto posto, denota-se que a reprodução assistida *post mortem* nada mais é que o procedimento de concepção após a morte de cônjuge ou companheiro, ou seja, trata-se da implantação de embrião fecundado com o sêmen do falecido.

Outrossim, a técnica da reprodução assistida corresponde a um procedimento extremamente moderno no campo da biotecnologia, todavia, referida matéria encontra-se carente de uma legislação

específica, pois o Código Civil Brasileiro é omissivo no que se refere ao Direito Sucessório nestes casos, o que tem fomentado inúmeras divergências doutrinárias e discussões na esfera jurídica¹.

A Constituição Federal de 1988 traz à baila diversos princípios de extrema importância, como o princípio da autonomia privada, do melhor interesse da criança, da paternidade responsável e o da dignidade da pessoa humana. Mesmo com a pluralidade de princípios e interpretações, a doutrina é dividida em relação à reprodução assistida *post mortem* e, embora haja divergências, o cerne da questão parte do mesmo pressuposto, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Logo, o Código Civil dispõe de dois artigos sobre o tema, quais sejam, os artigos 1.597 e 1.798, que asseguraram o direito à filiação, porém, nada estabelece em relação à sucessão legítima nos casos de inseminação artificial. A partir da análise da redação de tais dispositivos, resta claro que os filhos concebidos por inseminação artificial póstuma não seriam herdeiros para o ordenamento jurídico brasileiro, em nítida violação ao artigo 227, §6º da Carta Magna de 1988, a qual determina que, “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Nesses termos, ante ausência de legislação específica sobre o tema, recai o encargo ao Conselho Federal de Medicina estabelecer diretrizes acerca dos procedimentos, porém, não seria de sua competência estabelecer normas referentes à capacidade sucessória destes embriões congelados.

Por este motivo, o presente artigo busca estudar a capacidade sucessória dos embriões congelados, haja vista a omissão do texto normativo no tocante à regulamentação do procedimento alternativo de concepção após a morte do cônjuge ou companheiro. Contudo, em virtude da omissão normativa dos artigos 1.597 e 1.798, do Código Civil, busca-se a utilização do posicionamento da doutrina e dos princípios constitucionais e sucessórios para que sejam encontradas soluções a fim de assegurar os direitos sucessórios dos filhos nascidos através das técnicas de reprodução assistida póstuma.

2 DOS DIREITOS DO NASCITURO

2.1 DO EMBRIÃO CRIOPRESERVADO E O INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL

Em primeiro plano, relembre-se que, ordenamento jurídico brasileiro define que a personalidade civil do indivíduo tem início a partir do nascimento com vida, sendo esta determinada a partir da primeira troca oxicarbônica - respiração - com o meio ambiente externo ao corpo da mãe, mesmo que, após, venha a ocorrer o falecimento da prole. *In verbis*:

¹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 25 abr. 2022.

CC/2002. Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

A partir da leitura do dispositivo supracitado, certo é que a personalidade civil do indivíduo se dá a partir do nascimento com vida, no entanto, o legislador bem entendeu por resguardar os direitos do nascituro desde a concepção. Neste norte, para o Professor Washington de Barros Monteiro:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida ²

No entanto, o legislador não fornece maiores informações no que diz respeito às expressões “nascimento com vida” e “concepção”, deixando, assim, uma margem de dúvida acerca de sua real pretensão acerca da inserção ou não do embrião no conceito de nascituro, porquanto, com os avanços da biotecnologia através da criogenia, a preservação do embrião em ambiente extrauterino é perfeitamente viável.

Diante disso, mister esclarecer as três correntes doutrinárias que tratam do assunto, quais sejam, a teoria natalista, a teoria condicionalista e a teoria concepcionista. A teoria natalista defende que o nascituro não pode ser considerado pessoa, tornando-se titular de direitos a partir do nascimento com vida, gozando de mera expectativa de direito até então.

Os adeptos da teoria condicionalista estipulam que o nascituro é titular de direitos condicionais, subordinada a evento futuro e incerto (art. 130 do CC³), qual seja, o nascimento com vida, ou seja, muito semelhante a corrente anterior, vez que entendem que o nascituro não seria efetivamente titular de direitos.

Por sua vez, a teoria concepcionista sustenta que o nascituro já é pessoa humana, sendo titular de todos os direitos que decorrem dessa realidade, servindo o nascimento com vida apenas para consolidar os direitos preexistentes, inclusive, os direitos sucessórios.

Sem prejuízo, a melhor doutrina salienta, “o Supremo Tribunal Federal não tem uma posição definida a respeito das referidas teorias, ora seguindo a teoria natalista, ora a concepcionista. [...] o

² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 38º ed. V 1. São Paulo: Saraiva. 2003. Pág. 64.

³ **Art. 130.** Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.

Superior Tribunal de Justiça, no entanto, tem acolhido a teoria concepcionista, reconhecendo ao nascituro o direito à reparação do dano moral”⁴

Isto posto, para o prosseguimento de nosso estudo, importante trazer à baila a brilhante distinção feita por Silmara Chinellato acerca do conceito embrião pré implantatário e nascituro. Vejamos:

O primeiro referia-se ao ovo ou zigoto ainda não implantado no útero materno, enquanto o segundo referia-se ao ser já implantado, iniciada efetivamente a gestação. Em uma visão mais atualizada, a autora equiparou os dois conceitos, aduzindo que o embrião pré-implantatário doravante poderá ser denominado nascituro pré-implantatário⁵.

Com efeito, no que se refere ao embrião ou concepturo, pode-se concluir que ainda não há um consenso estabelecido na legislação civil acerca do início da vida, acarretando em inúmeros questionamentos acerca da manipulação, congelamento e descarte deste. Outrossim, insta salientar que o embrião pré implantatário não faz jus a qualquer proteção frente à lei civil, porquanto o entendimento da dicção legal não comporta a hipótese de vida extrauterina.

Nesta linha de raciocínio, podemos extrair os apontamentos de Anderson Schreiber:

Questão que tem suscitado amplo debate na sociedade brasileira diz respeito à chamada proteção jurídica dos embriões, especialmente em face dos procedimentos de fertilização *in vitro*. Os embriões somente se tornam nascituros no momento em que são implantados no útero materno. Por isso, não gozam de personalidade, nem sequer têm interesses futuros e eventuais tutelados pela legislação. Ainda assim, há autores que sustentam que os embriões *in vitro* têm direito à vida e ao tratamento digno, por serem potencialmente pessoas humanas⁶

Ora, considerando este atraso legislativo frente aos novos avanços da ciência biotecnológica no que se refere à possibilidade de vida fora do seio materno, cabe a elucidação por parte da doutrina. Alguns doutrinadores equiparam o embrião criopreservado ou concepturo à mesma condição de prole eventual. Por sua vez, a corrente majoritária entende por atribuir ao embrião a mesma condição do nascituro, embora a fecundação ocorra fora do ventre materno.

Consoante se extrai dos ensinamentos de Maria Helena Barrachina. Note:

No que se refere se deve assimilar-se a condição de nascituro ao embrião que está no laboratório, faço minhas as palavras de Zannoni: se biologicamente a fecundação extrauterina implica na fusão genética do espermatozóide e do óvulo e se essa fusão de células germinais masculinas e femininas constituem a primeira célula do novo

⁴ GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro - Volume 1**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596212. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596212/>. Acesso em: 25 set. 2022.

⁵ CHINELLATO, Silmara Juny de A. **Tutela civil do nascituro**, Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2000.

⁶ SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José F.; AL, et. **Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559640720. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640720/>. Acesso em: 24 out. 2022.

ser, é certo que a proteção jurídica deve alcançar do mesmo modo que se essa fusão houvesse ocorrido no seio materno.⁷

Ainda neste contexto, a jurista Adriana Maluf pondera, “e assim, à luz dos direitos da personalidade, creditamos ao embrião o direito à vida, desde a concepção, em face da sua carga genética diferenciada, que lhe outorga dignidade, mesmo enquanto pré-implantatório”.⁸

Feita essas considerações, destaca-se que observar a legitimidade da prole concebida pelo método alternativo de concepção *post mortem* é de suma importância à vista dos reflexos e aplicabilidade no âmbito sucessório, vez que, ao atribuir a condição de nascituro ao embrião criopreservado, estes devem ser considerados sucessores legítimos e ao equiparar o concepturo à prole eventual, afasta-se a sucessão legítima, aplicando somente a sucessão testamentária.

Diante desse cenário, pode-se notar a abordagem de diversas soluções para tal problemática, nada obstante, o que deve prevalecer, acima de tudo, é a preservação do melhor interesse da criança à luz dos princípios constitucionais.

3 DA REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

Como se sabe, com os avanços da engenharia genética, um casal pode realizar o sonho do projeto parental através das técnicas da reprodução medicamente assistida, que correspondem à um conjunto de operações para unir, os gametas femininos e masculinos, a fim de gerar uma prole sem que haja relação sexual.

De acordo com o Christian de Paul de Barchifontaine e Leocir Pessini (2008, pág. 297)⁹, as técnicas existentes correspondem a (i) inseminação artificial; (ii) fertilização *in vitro*; (iii) fertilização *in vivo*; e, (iv) injeção intracitoplasmática do espermatozóide.

A respeito do tema, a jurista Maria Helena Diniz¹⁰ elenca algumas hipóteses nas quais os indivíduos podem recorrer às técnicas da reprodução assistida. Note:

Ter-se-á a inseminação artificial quando o casal não puder procriar, por haver obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como esterilidade,

⁷ BARRACHINA (1995) apud MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida – Aspectos Éticos e Jurídicos**. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. Pág. 78.

⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**, 2013, p.103.

⁹ PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 9a ed. São Paulo; Centro Universitário São Camilo / Edições Loyola; 2008. Pág. 297

¹⁰ DINIZ, Maria H. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Pág. 188. E-book. ISBN 9786555598551. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598551/>. Acesso em: 12 out. 2022.

deficiência na ejaculação, malformação congênita, pseudo-hermafroditismo, escassez de espermatozoides, obstrução do colo uterino, doença hereditária etc.

De tal forma, imperioso se faz elucidar a questão do material genético a ser utilizado, abrindo-se duas vertentes, quais sejam, a inseminação homóloga e a inseminação heteróloga. Neste sentido, importante colacionar o entendimento de Venosa sobre a temática:

A inseminação homóloga pressupõe que a mulher seja casada ou mantenha união estável e que o sêmen provenha do marido ou companheiro. É utilizada em situações nas quais, apesar de ambos os cônjuges serem férteis, a fecundação não é possível por meio do ato sexual por várias etiologias (problemas endócrinos, impotência, vaginismo etc.). (...) A inseminação heteróloga é aquela cujo sêmen é de um doador que não o marido. Aplica-se principalmente nos casos de esterilidade do marido, incompatibilidade do fator Rh, moléstias graves transmissíveis pelo marido etc. Com frequência, recorre-se aos chamados bancos de esperma, nos quais, em tese, os doadores não são e não devem ser conhecidos ¹¹

Isto é, a inseminação homóloga é aquela que utiliza os óvulos e o semén do próprio casal, sejam cônjuges ou casais em união estável reconhecida, ou seja, nesta modalidade, não há material biológico de um terceiro. Já a inseminação heteróloga, é realizada através de material genético de um terceiro, recebendo inúmeras críticas devido ao uso de material genético doado por um terceiro, que se “envolve” na relação dos cônjuges ou do casal em união estável.

Com efeito, a reprodução assistida *post mortem* é aquela realizada após a morte de um dos provedores do material genético, isto significa que, a concepção após a morte do doador que teve seu material genético criopreservado é totalmente viável, possibilitando-se, assim, que a esposa, gere um filho com o sêmem criopreservado do marido ou companheiro falecido.

Desta feita, a concepção *post mortem* torna-se possível devido aos avanços científicos, uma vez que os gametas masculinos podem ser criopreservados em azoto líquido a uma temperatura de 196 graus abaixo de zero, podendo atualmente ser com viabilidade conservados pelo prazo de até 20 anos.

3.2 DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

Em detrimento aos avanços da ciência em relação ao progresso das técnicas de reprodução, tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro não faz jus a tais progressos, vez que as novas formas de concepção afetam diretamente as relações e o direito de família, bem como impactam vertiginosamente o direito das sucessões.

¹¹ VENOSA, Sílvio de S. **Código Civil Interpretado, 4ª edição**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. Pág. 1395. E-book. ISBN 9788597018905. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597018905/>. Acesso em: 12 out. 2022.

Para Maria Helena Diniz¹², dentre as várias espécies de parentesco, “o denominado natural, ou consanguíneo, é aquele que retrata o vínculo entre as pessoas que partilham um mesmo tronco ancestral, ligadas, portanto, pelo sangue”.

Pois bem. Analisando o Código Civil de 1916, este classificava a filiação de acordo com a origem da prole, ou seja, se era ou não advindo de vínculo matrimonial, considerando como filho legítimo aquele havido na constância do casamento e, ilegítimo aquele havido de relações extramatrimoniais, popularmente conhecido como o adultério.

Esse cenário dotado de concepção individualista e grande força do pátrio poder conservador perdurou até meados do século XX, quando em 1988 houve o advento da promulgação de nova constituinte, conhecida como Constituição Cidadã.

Sendo assim, a Constituição Federal de 1988, pautada e voltada aos direitos sociais, tendo como princípio basilar, a dignidade da pessoa humana, extinguiu qualquer forma discriminatória de concepção da filiação. O Estado consagrou a igualdade de filho oriundo e filho não oriundo do casamento no artigo 227, §6º da Carta Magna. *Ipsis litteris*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Ato contínuo, o Código Civil de 2002 aprofunda as mudanças abarcadas pela CF/1988, recepcionando, em seu artigo 1.596, o princípio da igualdade da filiação, ao prescrever terem todos os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias.

Sob a ótica do doutrinador Rolf Madaleno, ressalte-se o importante ensinamento acerca deste novo viés a respeito da filiação:

O texto constitucional em vigor habilita-se a consagrar o princípio da isonomia entre os filhos, ao pretender estabelecer um novo perfil na filiação, de completa igualdade entre todas as antigas classes sociais de perfilhação, trazendo a prole para um único e idêntico degrau de tratamento, e ao tentar derrogar quaisquer disposições legais que ainda ousassem ordenar em sentido contrário para diferenciar a descendência dos pais.¹³

¹² DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família. v.5**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

¹³ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. Brasil, São Paulo: Grupo GEN- Editora Forense, 2018.

Acrescente-se que, no que tange a presunção de filiação, o CC/2002 em seu artigo 1.597, dispõe:

“Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

Entretanto, pode-se extrair a paternidade presumida no que se refere aos filhos nascidos através da técnica da inseminação artificial homóloga, haja vista a utilização de material genético do próprio casal envolvido no procedimento. Sob essa ótica, o enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil esclarece:

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

No que concerne a inseminação artificial heteróloga, prevista no inciso V, do artigo supracitado, insta salientar que também incide a presunção de paternidade, com a ressalva de prévia autorização do marido ou companheiro, na medida que o material genético utilizado é de um terceiro doador e, caso haja tal autorização, este será considerado o pai da criança, não havendo o que se falar em vínculo biológico.

Logo, em se tratando de reprodução medicamente assistida *post mortem* ante a ausência de aprofundamento ou previsão legal pormenorizada sobre a presunção de paternidade na referida técnica, dever-se-á observar o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como, a percepção de igualdade de filiação esculpida na Constituição Federal

Destarte, sob a ótica desse horizonte novo e vasto da ciência, pode-se concluir que desde que devidamente autorizada, ocorre a incidência da presunção de paternidade nos casos de inseminação artificial *post mortem*. E, frise-se, a presunção ora sustentada pode ser facilmente objeto de exame de DNA, a fim de garantir absoluta certeza a respeito da filiação, seja para negar ou afirmar a relação materna ou paterna, tornando-se ultrapassadas as presunções incorporadas em nosso ordenamento.

3.3 DO EMBRIÃO CRIOPRESERVADO SOB À ÉGIDE DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM)

Consoante apontado anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro é carente de legislação específica no que diz respeito à reprodução medicamente assistida, limitando-se a dispor de mera presunção de paternidade do filho concebido *post mortem*, haja vista cristalina disposição do art. 1.597 do Código Civil. Todavia, diante desse cenário eivado de insegurança jurídica, cabe ao

Conselho Federal de Medicina (CFM) editar normas deontológicas a fim de esclarecer e regulamentar as práticas de inseminação artificial.

As resoluções do CFM sofreram sucessivas alterações ao decorrer dos anos, culminando na mais recente e atualizada versão, qual seja, a Resolução nº 2.320/2022, referente à normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.

Desse modo, extrai-se do Capítulo V, item 3 e VIII, os pressupostos a serem observados quando um casal optar pelo método alternativo de concepção após a morte do cônjuge ou companheiro. *In verbis*:

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

VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*. É permitida a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida, de acordo com a legislação vigente.¹⁴

Inclusive, a corrente majoritária compreende que a autorização específica para uso do material biológico corresponde a elemento essencial para a realização da inseminação artificial. Nessa linha de raciocínio, nas palavras de Paulo Lobo:

“O princípio da autonomia dos sujeitos, como um dos fundamentos do biodireito, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que tenha deixado para esse fim. Assim, não poderá a viúva exigir que a clínica de reprodução assistida lhe entregue o sêmen armazenado para que seja nela inseminado, por não ser objeto de herança. A paternidade deve ser consentida, porque não perde a dimensão da liberdade. A utilização não consentida do sêmen deve ser equiparada à do doador anônimo, o que não implica atribuição de paternidade.”¹⁵

De igual maneira, Maria Berenice Dias, explícita:

“(...) para que a viúva possa requerer o material genético armazenado, teria de haver uma manifestação em vida do falecido, expressando ser este o seu desejo. Esta manifestação seria necessária, pois ainda que o marido tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para a inseminação *post mortem*.”¹⁶

Por seu turno, a jurista Gisele Leite¹⁷ exalta:

¹⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução n. 2.320/2022**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 03 set. 2022.

¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Código Civil Comentado: direito de família. Relações de parentesco**. Direito Patrimonial. Álvaro Vilaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. V.XVI. p. 51.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 330.

¹⁷ LEITE, Gisele. **Consequências da inseminação artificial após a morte do pai**. 2002. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-mai-14/pais_lei_inseminacao_morte_pai>. Acesso em 20 out. 2022

“[...] a inseminação *post mortem* feita à revelia de seu titular ou nas hipóteses de recolhimento fraudulento ou eivado de vícios de vontade, não podem galgar efeitos jurídicos, até por se tratar de ato anulável.”

A Ministra do STF, Cármen Lúcia, ao tratar da inseminação artificial *post mortem*, invoca o princípio da legalidade. Vejamos:

O princípio da legalidade está previsto no art. 5º, Inciso II, da nossa Carta Magna e determina o seguinte: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Tal princípio aplicado a praticamente a todos os ramos de direito e no que tange à reprodução humana assistida, não poderia ser diferente, pois, no Estado Democrático de Direito, na relação entre particulares, tudo o que não é proibido é permitido¹⁸

Conforme dicção legal expressa da referida resolução, fato é que não há óbice para o uso do material biológico criopreservado em vida no procedimento da reprodução assistida *post mortem*, desde que observada a necessidade de prévia autorização do *de cuius*.

3.4 DO DIREITO SUCESSÓRIO DOS INDIVÍDUOS CONCEBIDOS ATRAVÉS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

O direito das sucessões corresponde a um ramo do direito civil, que disciplina a transmissão do patrimônio, ou seja, do ativo e do passivo do *de cuius* ou autor da herança a seus sucessores. Clóvis Beviláqua, conceitua o direito sucessório como “o complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir”¹⁹.

Tal matéria tem como corolário o princípio da *saisine*, uma ficção jurídica, criada na França, a fim de impedir que o patrimônio do falecido ficasse sem titular, sendo seus bens, transferidos de imediato a seus herdeiros. Pois bem. Cabe aqui fazer uma importante distinção entre sucessão legítima, quando se dá em virtude da lei com fulcro na ordem de vocação hereditária e, sucessão testamentária, que decorre de manifestação de última vontade, expressa em testamento ou codicilo.

O artigo 1.798 do Código Civil estabelece quem são os legitimados a suceder, quais sejam, as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, tanto na sucessão legítima, como na testamentária. Por sua vez, o artigo 1.799 do mesmo diploma legal, preceitua a possibilidade de transmissão da herança somente em caso de sucessão testamentária, consagrando, assim, uma exceção legislativa junto ao princípio da coexistência, em que possui capacidade para ser herdeiro os nascidos ou concebidos à época da abertura da sucessão.

¹⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio da pessoa humana e a exclusão social**. Palestra na XVII Conferência da OAB. Rio de Janeiro, 29 ago./2 set. 1999. In: FACHIN, op. cit. p. 88.

¹⁹ GONÇALVES, Carlos R. **Direito civil brasileiro v 7 - direito das sucessões**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555590654. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590654/>. Acesso em: 14 set. 2022.

Nada obstante, o artigo 1.800, §4º do *codex* retro dispõe acerca do procedimento a ser adotado, bem como o prazo para que o herdeiro seja concebido, que será de 2 (dois) anos decadenciais. De modo que, esgotado tal prazo sem que tenha havido a concepção, a disposição testamentária caducará e, o quinhão do herdeiro esperado será rateado entre os herdeiros legítimos, salvo disposição testamentária em sentido contrário.

Chama-se atenção para o prazo a ser estabelecido para o uso do material genético e por conseguinte a concepção deste filho, dada a ausência de regulamentação neste ponto, alguns doutrinadores defendem a aplicação do §4º, do art. 1.800 do CC por analogia. Depreende-se, assim, que não seria justo condicionar o direito dos demais herdeiros a um fato eventual, porém, limitar o direito da criança concebida após o lapso temporal de 2 (dois) anos afrontaria os corolários constitucionais.

Ademais, pode-se extrair a omissão da lei civil no que se refere aos filhos concebidos por meio da inseminação artificial *post mortem*, não havendo nenhum dispositivo que o discipline especificamente, surgindo um imbróglio frente a esta lacuna legislativa, porquanto os filhos nascidos através das técnicas da reprodução assistida póstuma possuem a filiação presumida, no entanto, estes não possuem seus direitos sucessórios assegurados, em nítida violação ao art. 5º, inciso XXX e 227, §6º da Constituição Federal.

É o que se colhe dos ensinamentos de Ana Cláudia Scalquette:

“o direito dos herdeiros já nascidos ao tempo do falecimento do autor da herança, que, pelo princípio da *saisine*, transmite os bens do falecido no momento de sua morte aos herdeiros; e de outro lado, o direito daqueles que poderão vir a nascer, que já são reconhecidos presumidamente como filhos e correm o risco de ter seus direitos limitados.”²⁰

Isto posto, importante colacionar as considerações apontadas pelo doutrinador Sílvio de Salvo Venosa:

“Advirta-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 microsistema”²¹

Na concepção de Caio Mário Pereira acerca das dúvidas albergadas, este aduz:

²⁰ SCALQUETTE, Ana Claudia Silva. **Estatuto da reprodução assistida**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-08032010-095921. Acesso em: 2022-10-29, p. 211.

²¹ VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil - Família e Sucessões - Vol. 5**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. Pág. 237. E-book. ISBN 9788597027150. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027150/>. Acesso em: 29 out. 2022.

[...] Questão controversa há de ser solucionada pela doutrina e jurisprudência no que concerne aos direitos sucessórios dos filhos oriundos de reprodução assistida e nascidos após a morte do marido. [...] Não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*; reforma legislativa deverá prever tal hipótese, até mesmo para atender o princípio constitucional da não discriminação de filhos.²²

Neste norte, sintetizam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

“O exuberante quadro apresentado pelas novas técnicas reprodutivas nos apresenta uma singular situação jurídica, na qual uma pessoa será filha de um homem já morto, mas não será seu herdeiro legítimo, caso não esteja concebida (no útero ou no laboratório) no momento da abertura da sucessão”²³

Ainda, frente à ausência de previsão legal sobre a temática, Gama²⁴ explica que “o direito brasileiro se ressentia, a exemplo de outros países, de um tratamento legislativo adequado e em conformidade com as polêmicas e exigências que os avanços científicos em matéria de reprodução assistida têm suscitado”.

Por derradeiro, ante a carência de previsão legal pormenorizada a respeito das técnicas de reprodução medicamente assistida, as lacunas ficam a cargo da doutrina, porém, saliente-se que, os doutrinadores não possuem uma concepção uníssona acerca dos direitos sucessórios do filho concebido através das técnicas de inseminação artificial *post mortem*.

A primeira corrente, conhecida como relativamente excludente, admite efeitos mitigados ao argumentar que o filho nascido através da reprodução assistida póstuma só poderia ser considerado herdeiro a título da sucessão testamentária, assemelhando-se ao disposto no art. 1.799, I, do CC/2002, que autoriza a possibilidade de sucessão da prole eventual, situação que poderia também reconhecer tal direito à prole do testador, ou seja, o filho nascido através da inseminação póstuma, com a necessidade de autorização expressa.

Nesse sentido, bem exemplifica Maria Helena Diniz:

Filho póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu pai genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou *ab intestato*. Poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca for a vontade do doador de sêmen de transmitir herança ao filho ainda não concebido, manifestada em testamento. Abrir-se-ia a sucessão à prole eventual do próprio testador, advinda de inseminação artificial homóloga *post mortem*.²⁵

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. V. 5. 20ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. Pág. 326.

²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, volume 6: direito das famílias**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.pág. 83.

²⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. Pág. 40.

²⁵ DINIZ, Maria H. **O estado atual do biodireito**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.pág. 550. E-book. ISBN 9786555598551. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598551/>. Acesso em: 25 set. 2022.

Essa posição é defendida por Guilherme Calmon Nogueira Gama, que constata a seguinte observação:

“Alguns autores têm sustentado que a parte final do artigo 1.718, do Código de 1916, admite a disposição testamentária em favor de prole eventual própria quando o testador, prevendo a possibilidade de vir a falecer antes da concepção da criança, confecciona seu testamento referindo à prole dele próprio – no Código Civil de 2002, o artigo 1.799, inciso I, admite o chamamento, na sucessão testamentária, dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que tais pessoas estejam vivas à época da abertura da sucessão”²⁶

Silvio Venosa também reconhece a paternidade do filho concebido através da inseminação artificial após a morte de seu genitor e, nega-lhe a condição de herdeiro legítimo, “os filhos ainda não concebidos somente podem ser aquinhoados por testamento. O ordenamento não prevê qualquer modalidade de sucessão para os nascidos ou concebidos após a morte do autor da herança se não houve previsão no ato de última vontade”.

De igual maneira, para Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto também não se cogita o direito sucessório legítimo mediante a utilização da técnica de reprodução humana assistida após a morte de um dos cônjuges:

Quem não estiver concebido até a data da morte do autor da herança não tem legitimação para suceder por sucessão legítima. Nas hipóteses descritas nos incisos III a V do art. 1.597 pode faltar esse requisito, devido às plúrimas variações possíveis derivadas da inseminação artificial. [...] Da mesma forma que fecundação e inseminação artificial são utilizadas como expressões sinônimas, concepção constitui situação que também se lhes deve equiparar, a fim de atender à previsão contida no art. 1.798. Contudo, eventualmente pode não haver coincidência desses fatos com o falecimento do -autor da herança, ainda que a filiação seja legalmente presumida nessas condições.²⁷

Entretanto, a segunda corrente doutrinária, com um viés inclusivo, defende a tese de que o filho concebido através da inseminação artificial póstuma deve ter seu direito à herança legítima e testamentária asseguradas, assim como dispõe o art. 227, §6º da Carta Magna, ao vedar qualquer tipo de discriminação no que concerne à filiação, bem como o art. 1.597, incisos III e IV, da lei civil, que garante a presunção da concepção na constância do casamento.

Sobre a matéria, Carlos Roberto Gonçalves ²⁸ compartilha do mesmo entendimento:

[...] são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “concebido na constância do casamento”, não se justifica a exclusão

²⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. Pág. 732.

²⁷ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro –, volume 7: Direito das Sucessões**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 76.

de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, § 6º, da Constituição.

Tal como leciona Silmara Chinellatto, “o direito à sucessão foi reconhecido ao *conceptus* já na Antiguidade. O direito romano admitia-lhe a sucessão legítima e testamentária, sendo que a prole eventual também podia adquirir por testamento”²⁹.

A jurista Maria Berenice Dias³⁰ também segue o mesmo posicionamento:

O uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade. Impensável cercear este direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter às técnicas de reprodução assistida. [...] O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*. A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários.

Nas palavras de Flávia Ayres de Moraes e Silva³¹:

“tem-se, então, no nosso ordenamento jurídico que a capacidade sucessória é a aptidão ou idoneidade para receber a herança ou o legado, sendo delimitada pelo não impedimento legal para herdar. Destaca-se que não há impedimento legal expresso no que tange à inseminação *post mortem* e que o direito à sucessão, antes de ser tratado como um instituto civil, constitui direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal”.

Importante colacionar o entendimento positivado no Enunciado nº 267, do Conselho da Justiça Federal. Note-se:

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.

Para Paula Mallmann Leal, os direitos sucessórios da criança concebida *post mortem* devem ser pautados nos preceitos constitucionais:

O sistema jurídico brasileiro reconhece como entidades familiares à união estável, o casamento e a entidade monoparental, sendo o planejamento familiar uma livre escolha do casal. Em decorrência disso, parece inadmissível a existência de norma proibitiva à inseminação artificial *post mortem*, pois esta concepção faria parte de um projeto de vida em comum anterior. Este ato legitima e legaliza a inseminação *post mortem*, reconhecendo os efeitos jurídicos ao concebido. Sendo assim, a criança

²⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; CORREIA, Atalá, CAPUCHO, Fábio Jun. **Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellatto**. - 1. ed. - Barueri [SP]: Manole, 2019.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 330

³¹ SILVA, Flávia Ayres de Moraes e. **Direitos sucessórios dos inseminados "post mortem" versus direito à igualdade e à segurança jurídica**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1982, 4 dez. 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12042>. Acesso em: 13 out. 2022.

concebida de forma póstuma será descendente biológico do falecido, sendo reconhecido através do disposto no artigo 1.597, inc. III, CC, e seus direitos serão assegurados pela aplicação do princípio da igualdade, pois, como foi dito, esta criança será tão filha quanto os outros descendentes, não se admitindo qualquer exceção à regra.³²

Nesse sentido, registra Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho:

No âmbito do direito das sucessões a interpretação da vocação hereditária, regulamentada no artigo 1.798, do Código Civil, deve observar que o legislador não previu a possibilidade de uma pessoa falecida poder gerar um filho, através da utilização do seu material genético crioconservado, de sorte que não havendo expressa vedação legal, deve o intérprete compatibilizar essa nova perspectiva com os princípios constitucionais da igualdade da filiação e da liberdade do planejamento familiar, previstos nos artigos 227, § 6º, e 226, § 7º, da Constituição Federal. O planejamento familiar, de livre deliberação do casal, ocorre com a manifestação de vontade em vida, inclusive quanto à realização de um projeto parental, mas pode por circunstâncias alheias à vontade dos partícipes ser efetivado *post mortem*, viabilizando o nascimento de uma criança por inseminação póstuma.³³

Outrossim, conforme leciona José Fernandes Simão, “A essa segunda corrente nos filiamos e ela está representada pelo Enunciado n. 267, da III Jornada 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”. O embrião não pode ser “menos pessoa” ou “menos filho” por ter uma vida extrauterina. Essa é sua única diferença para o nascituro que tem uma vida intrauterina”³⁴.

A terceira corrente, com uma perspectiva excludente, não reconhece nenhum direito à prole concebida através da reprodução medicamente assistida *post mortem*, seja no âmbito do direito de família, bem como, no direito sucessório. Ressalte-se que, os defensores desse posicionamento entendem até mesmo pela proibição da realização de tal prática, assim como ocorre em países como a Alemanha e Suécia.

A doutrinadora Mônica Aguiar é adepta a este raciocínio e, pondera:

³² LEAL, Paula Mallmann. **Os Reflexos Sucessórios na Inseminação Post Mortem**. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/paula_leal.pdf. Acesso em: 23 de out. 2022.

³³ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**. In: PEREIRA, Rodrigues da Cunha. Família e dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 173-174. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/8.pdf>. Acesso em: 25 out. 2022.

³⁴ SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José F.; AL, et. **Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência**. Pág. 1559. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559640720. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640720/>. Acesso em: 29 out. 2022.

[...] mesmo que tenha ocorrido uma inseminação que tal, a morte opera como revogação do consentimento prestado e, portanto, o concebido será filho apenas do cônjuge sobrevivente.³⁵

Sob o mesmo prisma, Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior afirma que “o embrião fecundado *post mortem* não teria direito sucessório algum, pois não é pessoa concebida e muito menos pessoa nascida”³⁶.

Portanto, endossa-se que, todas as teses ora apresentadas possuem respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, sendo esse filho, legal e biologicamente, descendente do genitor já falecido no momento da concepção, não há o que se falar em distinção de filiação no que tange aos direitos sucessórios. Desse modo, a criança concebida *post mortem* deve gozar de todos os direitos, assim como os demais herdeiros, sendo vetado o tratamento diferenciado discriminatório dos filhos em razão de sua origem, conforme preceituado nos mais comezinhos princípios constitucionais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fato inegável são os grandes avanços tecnológicos enfrentados pela sociedade contemporânea nos últimos tempos, especialmente no âmbito da biomedicina, podendo-se destacar as técnicas de reprodução medicamente assistidas.

Os procedimentos de reprodução assistida são de suma importância na sociedade atual, apresentando-se como solução para combater a infertilidade aos casais que possuem o sonho de um projeto parental, mas que não conseguem proporcionar a concepção de um filho através dos métodos naturais de reprodução.

Entre tais avanços, constata-se a possibilidade da criopreservação e, com isso, a hipótese da inseminação artificial *post mortem*. Todavia, em paralelo aos progressos das técnicas de reprodução assistida surgem os imbrólios legislativos almejando uma resposta capaz de aplacar os ânimos diante desse cenário eivado de incertezas e insegurança jurídica.

Diante dessa realidade, o cerne da questão instaura-se no que diz respeito aos direitos sucessórios inerentes ao filho nascido por meio da inseminação artificial póstuma, porquanto a legislação pátria não tratou de regulamentar especificamente tal matéria, ficando a mercê dos entendimentos doutrinários e das normas deontológicas do Conselho Federal de Medicina.

³⁵ AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2005. Pág. 117.

³⁶ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e o biodireito. 2005. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/6522/tecnicas-de-reproducao-assistida-e-o-biodireito/>. Acesso em 25 out 2022

A Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina é responsável por estabelecer as diretrizes a serem observadas nas técnicas alternativas de concepção, mormente na reprodução assistida *post mortem*, que têm como pressuposto a autorização prévia e específica do falecido para a utilização do material biológico criopreservado.

No que refere-se a filiação, a situação se torna mais clara com o advento do art. 1.597 do Código Civil, haja vista a presunção de paternidade elencada nos incisos III, IV e V do dispositivo supra, condicionada, novamente, à prévia autorização do marido ou companheiro.

Por sua vez, o óbice encontra-se no art. 1.798 do Código Civil, que prevê, “são legitimados a suceder aqueles já nascidos ou concebidos ao tempo da abertura da sucessão”. Em uma análise *ipsis literis*, o filho concebido após a abertura da sucessão não teria seu direito hereditário resguardado, em razão de ter sido concebido de forma póstuma, não sendo portador da legitimidade para suceder.

No entanto, como se sabe, o ordenamento jurídico possui um vácuo legislativo acerca do tema, sendo omissivo ao advogar uma solução clara e adequada aos operadores do direito, requerendo, assim, uma análise engenhosa à luz dos princípios constitucionais.

Nessa senda, uma parcela dos doutrinadores defendem a sucessão legítima do filho concebido *post mortem* sob a égide do princípio da igualdade entre os filhos e o melhor interesse da criança, com fulcro no art. 227, §6º, da Constituição Federal. Conquanto, alguns doutrinadores entendem que no caso de inseminação *post mortem*, só caberá a prole a hipótese da sucessão testamentária. Ainda, há uma corrente que compreende não ser válida a concepção póstuma, não havendo o que se falar em direitos sucessórios.

Entretanto, certo é que vetar as técnicas de inseminação artificial *post mortem* não seria o caminho prudente a ser adotado, tampouco mitigar o direito sucessório, atribuindo ao filho concebido *post mortem*, somente a possibilidade de herdar através da sucessão testamentária. Isso porque, imperioso observar que os princípios éticos e os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente devem ser aplicados e assegurados na concepção de todo e qualquer núcleo familiar, preservando integralmente o desejo da concepção de filho mesmo mediante a morte do cônjuge.

In casu, o embrião criopreservado, sendo equiparado ao nascituro e vindo a nascer com vida, adquire personalidade jurídica e, na condição de filho do *de cuius*, não há o que se falar em discriminação em razão de sua origem. Nesse contexto, ressalte-se que o filho concebido por meio da inseminação artificial póstuma faz jus a concorrer na sucessão legítima de seu genitor, visto que os embriões excedentários são aqueles que remanesceram de uma técnica anterior, estando já concebidos, mesmo laboratorialmente, no momento da abertura da sucessão.

Ante ao exposto, pode-se concluir que vivemos em um cenário coberto pelo manto da insegurança jurídica no que se refere aos direitos sucessórios do herdeiro concebido de forma póstuma em nosso ordenamento jurídico. Desse modo, em prol da segurança jurídica, vislumbra-se imprescindível a necessidade de encararmos os importantes avanços tecnológicos, invocando a produção de uma legislação que atenda as preocupações rechaçadas na esfera da reprodução medicamente assistida *post mortem* e seus efeitos no âmbito do direito sucessório.

REFERÊNCIAS

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

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório**. In: PEREIRA, Rodrigues da Cunha. Família e dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 173-174. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/8.pdf>. Acesso em: 25 out. 2022.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito**. 2005. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/6522/tecnicas-de-reproducao-assistida-e-o-biodireito/>. Acesso em 25 out 2022.

BARRACHINA (1995) apud MACHADO, Maria Helena. Reprodução Humana Assistida – Aspectos Éticos e Jurídicos. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 25 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406**. Código Civil Brasileiro. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em 25 abr. 2022.

CHINELLATO, Silmara Juny de A. **Tutela civil do nascituro**, Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2000.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução n. 2.320/2022**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 03 set. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 330.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família. v.5.** 27ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012

DINIZ, Maria H. **O estado atual do biodireito.** 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9786555598551. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598551/>. Acesso em: 25 set. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, volume 6: direito das famílias.** 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito civil brasileiro v 7 - direito das sucessões.** São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555590654. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590654/>. Acesso em: 14 set. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro –, volume 7: Direito das Sucessões.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEAL, Paula Mallmann. **Os Reflexos Sucessórios na Inseminação Post Mortem.** 2011. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/paula_leal.pdf. Acesso em: 23 de out. 2022.

LEITE, Gisele. **Consequências da inseminação artificial após a morte do pai.** 2002. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2002-mai-14/pais_lei_inseminacao_morte_pai>. Acesso em 20 out. 2022

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Código Civil Comentado: direito de família. Relações de parentesco. Direito Patrimonial.** Álvaro Vilaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. V.XVI. p. 51.

MADALENO, Rolf. **Direito de família.** Brasil, São Paulo: Grupo GEN- Editora Forense, 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; CORREIA, Atalá, CAPUCHO, Fábio Jun. **Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato.** - 1. ed. - Barueri [SP]: Manole, 2019.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. Brasil, Éd. Atlas, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 38º ed. V 1. São Paulo: Saraiva. 2003. Pág. 64.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. V. 5. 20ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 9a ed. São Paulo; Centro Universitário São Camilo / Edições Loyola; 2008.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio da pessoa humana e a exclusão social**. Palestra na XVII Conferência da OAB. Rio de Janeiro, 29 ago./2 set. 1999. In: FACHIN, op. cit. p. 88.

SCALQUETTE, Ana Claudia Silva. **Estatuto da reprodução assistida**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-08032010-095921. Acesso em: 2022-10-29.

SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José F.; AL, et. **Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559640720. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640720/>. Acesso em: 30 out. 2022.

SILVA, Flávia Ayres de Moraes e. **Direitos sucessórios dos inseminados "post mortem" versus direito à igualdade e à segurança jurídica**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1982, 4 dez. 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12042>. Acesso em: 13 out. 2022.

VENOSA, Sílvio de S. **Código Civil Interpretado, 4ª edição**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. Pág. 1395. E-book. ISBN 9788597018905. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597018905/>. Acesso em: 12 out. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, v. 5 - família e sucessões**. 21. ed. São Paulo - SP - Brasil: Grupo GEN, 2021. Ebook. ISBN 9788597027150. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027150/>. Acesso em: 30 out. 2022.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Julia de Carla Bueno Santana
discente regularmente matriculada na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito,
matrícula nº 4170056-2, período matutino, turma “D”, tendo realizado o TCC com o título:
A inseminação artificial *post mortem* e seus reflexos no direito sucessório brasileiro, sob a
orientação do Professor Diogo L. Machado de Melo, declaro para os devidos fins que tenho
pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de
Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de
qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 10 de novembro de 2022.

Julia de Carla Bueno Santana

Assinatura do discente