

DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS FILHOS CONCEBIDOS POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM

SUCCESSORY RIGHTS OF CHILDREN DESIGNED BY HOMOLOGICAL ARTIFICIAL INSEMINATION POST MORTEM

Larissa Bárbara Santos de Oliveira¹
Lavínia do Nascimento²

RESUMO: Devido à impossibilidade de concepção por meio natural, a ciência evoluiu visando garantir alternativas, surgindo então o instituto da inseminação artificial. A legislação pátria não dispõe de regulamentação expressa acerca do tema, havendo diversas discussões jurisprudenciais principalmente com relação aos direitos sucessórios do filho concebido post mortem. Pensando nisso, será desenvolvida neste artigo científico uma pesquisa bibliográfica e revisão de literatura visando esclarecer tais questões. Os resultados aqui alcançados serão válidos para a comunidade estudantil e aos operadores do direito de modo geral no que tange a reunião de dados e informações advindas da legislação constitucional, infraconstitucional e hermenêutica jurídica.

Palavras-chave: Inseminação artificial. Direito Sucessório. Post mortem.

ABSTRACT: Due to the impossibility of conception through natural means, science evolved in order to guarantee alternatives, and then the institute of artificial insemination appeared. The national legislation does not have express regulation on the subject, and there are several jurisprudential discussions mainly regarding the inheritance rights of the child conceived post mortem. With this in mind, a bibliographic research and literature review will be developed in this scientific article in order to clarify these issues. The results achieved here will be valid for the student community and legal operators in general with regard to the collection of data and information arising from constitutional, infraconstitutional and legal hermeneutics legislation.

Keywords: Artificial insemination. Succession Law. Post mortem.

INTRODUÇÃO

O pensamento de que onde existe o homem, há sociedade; onde existe sociedade, há Direito, advém de um antigo brocardo jurídico em latim "*Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*". Logo, uma das características marcantes do ordenamento jurídico é justamente sua missão em acompanhar a sociedade em suas mais diversas facetas.

A ciência avança buscando satisfazer anseios relacionados a reprodução humana, e em 1776 se realizou a primeira inseminação artificial patenteada pelo saber científico, quando o

¹Discente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia.

²Docente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia.

Italiano Lazaro Spalanzani fez experimentos com mamíferos. Ele colheu o sêmen de um cachorro e o aplicou em uma cadela no cio, a qual teve três filhotes, 62 dias mais tarde. Era o início de uma revolução do campo da reprodução animal a partir do nascimento dessa técnica (Morais, 2011, p.11).

Com essa inovação, os operadores do direito assumem o condão de regulamentar juridicamente tal instituto, garantindo assim entre todos os envolvidos, inclusive ao embrião, o acesso a dignidade humana. Para Gagliano e Pamplona Filho, 2018, p. 56, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, configura uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

A Constituição Federal é a norma suprema do sistema jurídico, sendo, portanto o fundamento de validade emanado para as demais normas (Kelsen, 2000, p. 09). Cabe salientar que esta então impõe obediência formal e material, a toda a normatividade infraconstitucional, cabendo a afirmação de que há a necessidade do estudo do Direito Civil sob a perspectiva constitucional (De Farias, 2016, p.44).

Logo, no que tange aos filhos concebidos por inseminação artificial, é mister salvaguardar todos os direitos inerentes a este como ser humano em todos os âmbitos em especial o que aqui trataremos: a identificação dos direitos sucessórios do fruto da inseminação artificial post mortem e os seus desdobramentos no universo jurídico.

2

Tal projeto de monografia utiliza de pesquisa explicativa, através de análise bibliográfica dos artigos e doutrinas inerentes à temática, em especial o Curso de Direito Civil, volume 07, Sucessões, autoria de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, buscando-se assim analisar a inseminação post mortem sob a égide dos Direitos das Sucessões.

REFERENCIAL TEÓRICO

Reprodução Humana Assistida

A Resolução CFM N^o 1358/92 que prevê as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, em seu item I, dispõe que "As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade".

Conforme ocorreram as atualizações no tema, a resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina que, passou a ser adotada como entendimento unificado pelos médicos para

um ideal ético na aplicabilidade da inseminação artificial post mortem. Referida resolução consolidou o entendimento da classe médica acerca dos limites e requisitos éticos para a aplicação do procedimento, determinando que a utilização do material genético do falecido somente poderá ocorrer quando houver autorização prévia, expressa e específica para esse fim.

Diante disto, para o Conselho, tal procedimento não configura infração ética, desde que exista manifestação de vontade expressa, prévia e inequívoca do falecido autorizando a utilização de seu material genético pela esposa ou companheira para fins de reprodução assistida após sua morte (Neves, 2009, p. 109). Assim, a norma busca assegurar o respeito à autonomia da vontade do indivíduo, bem como conferir maior segurança jurídica e ética à prática da reprodução assistida após o falecimento.

Nesse contexto, a reprodução assistida pode ser compreendida como um conjunto de procedimentos realizados por profissionais especializados, destinados a auxiliar mulheres que enfrentam dificuldades para alcançar a gravidez. Trata-se, portanto, de técnicas médicas voltadas ao auxílio da concepção, oferecendo acompanhamento e suporte à reprodução humana quando os meios naturais ou convencionais não se mostram eficazes para obtenção da gestação desejada. (Pinto, 2008, p. 05). O Autor ainda assevera:

Cabe destacar outra modalidade de reprodução assistida que ainda carece de regulamentação legal específica que o autor denomina de mães por substituição. Esse procedimento consiste na cessão temporária do útero de uma mulher para que o embrião seja implantado e desenvolvido durante a gestação. Tal técnica é geralmente utilizada nos casos em que a mulher, por limitações físicas ou condições de saúde, não possui capacidade de levar adiante uma gravidez em seu próprio corpo (Pinto, 2008, p.06).

3

Em consonância com os avanços tecnológicos, a biotecnologia caminha a passos largos buscando aprimorar as técnicas de reprodução humana assistida para garantir de forma segura a gestação tão sonhada e impossível nos moldes desejados por meios naturais. Dentre as principais estão a fecundação artificial in vitro, a inseminação artificial heteróloga, a inseminação artificial homóloga.

Para Machado (2011, p. 34), a inseminação artificial pode ainda ser dividida em modalidades homóloga e heteróloga. A técnica é denominada homóloga quando a fecundação ocorre com a utilização do sêmen do próprio cônjuge ou companheiro da mulher que será submetida ao procedimento. Dessa forma, considera-se homóloga a reprodução assistida realizada por um casal que deseja gerar um filho utilizando material genético masculino proveniente do próprio parceiro.

Por outro lado, a inseminação artificial heteróloga é caracterizada pela utilização de material genético masculino proveniente de um terceiro doador, não pertencente ao cônjuge ou companheiro da mulher submetida ao procedimento. Essa modalidade costuma ser empregada em situações de infertilidade masculina, especialmente quando há ausência total de espermatozoides ou comprometimento significativo de sua produção. Conforme leciona Cabral (2012, p. 07):

É aquela em que o sêmen utilizado é de terceiro, e não é do cônjuge ou companheiro da mulher inseminada. Trata-se de técnica utilizada por vários motivos de esterilidade masculina, tais como: por ausência completa de espermatozoides (azoospermia), por obstruções nas vias excretoras dos testículos (azoospermia excretora), por hipofertilidade, por motivos de anomalias morfológicas, por motivações genéticas, bem como por portar o vírus HIV.

Segundo Machado (2011, p. 33), o cônjuge ou companheiro que apresentar ausência de produção de espermatozoides, ou produção insuficiente para possibilitar a fecundação, poderá recorrer ao uso de gametas masculinos provenientes de doadores cadastrados em bancos de sêmen como forma de solucionar a infertilidade. Nessa hipótese, utiliza-se a técnica da inseminação artificial heteróloga.

As técnicas de inseminação artificial tem seus desdobramentos e outros tantos ângulos que merecem o estudo aprofundado. Porém, vislumbrando a necessidade do congelamento de genes por motivos diversos, coube o destaque para a possibilidade da inseminação na modalidade homóloga (com material genético os genitores) ser realizada após a morte.

Da possibilidade da Inseminação Artificial *Post Mortem*

Apesar da viabilidade científica dessa técnica de procriação, através da criopreservação que consiste na preservação dos gametas fecundados em baixas temperaturas, a inseminação artificial após a morte se consagra como um dos temas polêmicos e de maior discordância em âmbito jurídico. Isso porque tal temática abrange expressão da vontade do de cujus e culmina nos direitos patrimoniais do embrião caso nasça.

O primeiro caso de que se tem conhecimento, que acabou por despertar a discussão dessa modalidade de procriação, ocorreu na França em 1984 ficando conhecido mundialmente como o Caso Parpalaix. Onde devido a lacuna legislativa e a morosidade judicial frente a delicadeza que exigira a circunstância, mesmo com a procedência do pedido de inseminação post mortem, os espermatozoides não poderiam ser mais fecundados.

Em 1984, na França, a jovem Corine Richard se apaixonou por Alain Parpalaix. O varão descobriu estar com câncer nos testículos e, no intuito de poder ter um filho com a mulher amada, depositou num banco de sêmen seu material genético para que após as

sessões de quimioterapia pudesse usá-lo para gerar a almejada prole. Como previsto, a doença não só o deixou estéril, como, após alguns dias do casamento, veio a fatalizá-lo. Negado pelo banco de sêmen, Corine Richard buscou a autorização judicial para cumprir a vontade de seu falecido esposo. O banco alegava que não havia um acordo de entrega do material genético a outra pessoa, senão ao falecido, e, como na França não havia legislação que autorizava inseminação artificial post mortem, foi necessário buscar a tutela do Estado para preenchimento deste vácuo legislativo. Depois de muita batalha, o tribunal francês de Créteil condenou o banco de sêmen na entrega do material para um médico designado pela viúva. Infelizmente, pela morosidade da ação, a inseminação artificial não foi realizada, pois, os espermatozoides não estavam mais próprios à fecundação” (Marques, 2017, p. 12).

A possibilidade de aproveitamento do material depositado para uso depois da morte do doador é assunto controvertido nos diversos ordenamentos jurídicos” acrescentando que “é procedimento vedado nas legislações alemã, sueca, francesa; as regras espanholas também a proíbem, embora garanta os direitos do nascituro, desde que haja declaração feita em escritura pública ou testamento; as normas inglesas a aceitam, mas sem direitos hereditários, salvo documento expresso; a lei portuguesa também o interdita, seja no casamento ou na união de fato” (Cavalcante Filho, 2010, p.4).

Essa nova realidade traz consigo novos problemas, pois se a ciência deu solução à infertilidade, havendo até mesmo a possibilidade de armazenamento de gametas, as questões jurídicas advindas da evolução científica estão longe de encontrar soluções, visto que tal prática afeta e transforma as relações de família, irradiando efeitos jurídicos tanto para o direito de família, como para o direito sucessório (Marques, 2017, p. 13).

2.1.1.1 Da previsão legal da inseminação artificial post mortem

A prática da inseminação artificial *post mortem* não recebe tratamento uniforme ao redor do mundo. Em alguns países europeus, como Alemanha e Suécia, a técnica é proibida. Na França, além da vedação do procedimento, entende-se que o consentimento manifestado pelo falecido em vida perde sua validade após a morte. A Espanha também não autoriza a realização da inseminação *post mortem*, porém assegura determinados direitos ao nascituro quando existir autorização expressa por escritura pública ou testamento. Por sua vez, a Inglaterra admite a utilização da técnica reprodutiva, embora não reconheça automaticamente direitos sucessórios ao filho concebido, salvo se houver documento expresso prevendo essa possibilidade (Marques, 2017, p. 11).

No Brasil, a inseminação artificial *post mortem* no Brasil é permitida, porém ainda existe uma grande lacuna legislativa sobre a temática. No que tange a Inseminação Artificial e a filiação o legislador no Código Civil de 2002 aduziu que:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

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

O referido artigo trata da presunção de paternidade chamada *Pater is est*, as quais tem por finalidade fixar o momento da concepção, definindo a filiação e certificando a paternidade, imputando-lhe os direitos e deveres decorrentes. Dispõe que a paternidade é presumida quando havida por inseminação artificial homóloga, a qualquer tempo, e inseminação heteróloga, quando houver consentimento do cônjuge (Marques, 2017, p. 16).

Em razão de a legislação brasileira prever apenas a presunção de filiação nos casos de reprodução assistida post mortem, a doutrina passou a se dividir em duas correntes acerca da matéria. Uma delas defende a aplicação do art. 1.597, inciso III, do Código Civil, sustentando a possibilidade da inseminação artificial homóloga após a morte do genitor. Em sentido contrário, há entendimento doutrinário que considera inviável a realização desse procedimento, diante da ausência de regulamentação específica e das discussões envolvendo aspectos éticos, sucessórios e familiares.

2.1.1.2 Corrente positiva a inseminação post mortem

A corrente que defende a prática da inseminação artificial homologa *post mortem*, tem embasamento principalmente constitucional, isso porque fundamenta-se nos Princípios do Livre Planejamento Familiar e na Autonomia da Vontade além de a prática não ser considerada antiética aos médicos que a realizarem, sendo inclusive prevista em seu regulamento.

O Princípio do Livre Planejamento Familiar é regulamentado pela Lei nº 9.263/1996, assegura a todo cidadão, não só ao casal, o planejamento familiar de maneira livre, não podendo nem o Estado, nem a sociedade ou quem quer que seja estabelecer limites ou condições para o seu exercício dentro do âmbito da autonomia privada do indivíduo.

A Carta Magna garante em seu artigo 5º, inciso II que: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", fundamentando assim o Princípio da Autonomia da Vontade. No que se refere a expressão da vontade do genitor falecido, para alguns doutrinadores é necessária a apresentação expressa, um documento assinado prevendo tal circunstância, no entanto outros acreditam que essa vontade poderá ser expressa tacitamente.

Vale ressaltar que o simples fato do genitor ter depositado o seu material genético já manifesta a sua vontade de ter um filho, caso contrário não teria feito o mesmo, tornando assim a sua atitude como forma de autorização tácita para realização da inseminação artificial *post mortem*, suprindo, dessa maneira, a necessidade de uma autorização expressa, concebendo ao seu filho todos os seus direitos estabelecidos em lei.

Aduz Morais, p.43, 2011 que o entendimento vem sendo atualizado, pois conforme decisão do juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba (PR), a jurisprudência prevê a possibilidade de utilização do material genético do falecido para utilização em inseminação artificial por sua esposa, mesmo sem autorização por escrito:

Nasceu anteontem, em Curitiba, Luiza Roberta, o primeiro bebê brasileiro gerado com sêmen do pai morto. A mãe, Katia Lernerier, 39, obteve em maio de 2010 autorização inédita da Justiça para inseminação artificial com o sêmen do marido, morto em fevereiro de 2010. Roberto Jefferson Niels morreu de câncer, aos 33 anos. Ele e Katia, casados havia cinco anos, tentavam engravidar havia três. Com a morte de Niels, ela quis dar continuidade ao plano. A inseminação com o sêmen armazenado, porém, não foi autorizada pelo laboratório nem pelo Conselho Regional de Medicina, pois não havia consentimento prévio de Niels. Como não há lei sobre o tema no país, temiam uma infração ética. Após a decisão da Justiça, que considerou ser possível presumir a vontade do marido, Katia fez três tentativas de inseminação até conseguir engravidar, em outubro -oito meses após a morte.” (Morais, p.43, 2011)

Além disto, foi sancionada a Resolução Federal de Medicina nº 2.121/2015, que permite em seu item VIII a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico crio preservado, de acordo com a legislação vigente.

A atualização mais relevante sobre o tema advém do julgamento do Recurso Especial nº 1.918.421/SP (2021), onde o STJ definiu critérios rigorosos para a validade da reprodução assistida *post mortem*.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO HOMOAFETIVA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA. DUPLA PATERNIDADE OU ADOÇÃO UNILATERAL. DESLIGAMENTO DOS VÍNCULOS COM DOADOR DO MATERIAL FECUNDANTE. CONCEITO LEGAL DE PARENTESCO E FILIAÇÃO. PRECEDENTE DA SUPREMA CORTE ADMITINDO A MULTIPARENTALIDADE. EXTRAJUDICIALIZAÇÃO DA EFETIVIDADE DO DIREITO DECLARADO PELO PRECEDENTE VINCULANTE DO STF ATENDIDO PELO CNJ. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE DE REGISTRO SIMULTÂNEO DO PAI BIOLÓGICO E DO PAI SOCIOAFETIVO NO ASSENTO DE NASCIMENTO. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. Pretensão de inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de criança concebida mediante as técnicas de reprodução assistida sem a destituição de poder familiar reconhecido em favor do pai biológico. 2. "A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consangüíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o

vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante."(Enunciado n. III da Primeira Jornada de Direito Civil). 3. A doadora do material genético, no caso, não estabeleceu qualquer vínculo com a criança, tendo expressamente renunciado ao poder familiar. 4. Inocorrência de hipótese de adoção, pois não se pretende o desligamento do vínculo com o pai biológico, que reconheceu a paternidade no registro civil de nascimento da criança. 5. A reprodução assistida e a paternidade socioafetiva constituem nova base fática para incidência do preceito "ou outra origem" do art. 1.593 do Código Civil. 6. Os conceitos legais de parentesco e filiação exigem uma nova interpretação, atualizada à nova dinâmica social, para atendimento do princípio fundamental de preservação do melhor interesse da criança. 7. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento RE 898.060/SC, enfrentou, em sede de repercussão geral, os efeitos da paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, permitindo implicitamente o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseada na origem biológica. 8. O Conselho Nacional de Justiça, mediante o Provimento n. 63, de novembro de 2017, alinhado ao precedente vinculante da Suprema Corte, estabeleceu previsões normativas que tornariam desnecessário o presente litígio. 9. Reconhecimento expresso pelo acórdão recorrido de que o melhor interesse da criança foi assegurado. 10. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.n(STJ - REsp: 1608005 SC 2016/0160766-4, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 14/05/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/05/2019 RMPRJ vol. 75 p. 421 RSTJ vol. 255 p. 599 RT vol. 1009 p. 399).

2.1.1.3 Corrente contrária à inseminação post mortem

A corrente contrária a prática da inseminação artificial homologa post mortem, tem embasamento também constitucional, e isso acaba por validar os argumentos de ambas as partes. Ilustra a dra. Karla Ferrira de Camargo Fischer 2010, p.12, que os embates travados acerca da possibilidade da inseminação artificial homóloga post mortem, nos dois pólos debatedores, apresentam fortes argumentos tanto para sua autorização como para sua negativa, visto que ambos tecem seus argumentos através de uma hermenêutica constitucional, e ainda destaca o entendimento de Gama, 2008;

O jurista GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, em palestra proferida no II Congresso Paulista de Direito de Família e Sucessões, em São Paulo, defende tal posicionamento alegando a falta de validade constitucional da referida prática, por afrontar aos princípios da paternidade responsável, dignidade humana, melhor interesse da criança e igualdade dos filhos. Coloca que o princípio da paternidade responsável não poderia ser exercido face o falecimento de um dos pais, não sendo possível o exercício do projeto parental apenas por ato unilateral da mãe. Com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana defende a aplicação do referido princípio não só a pessoa existente, mas também às futuras gerações. No que tange ao melhor interesse da criança, deve-se recorrer além das normas jurídicas, também a outros ramos da ciência, como a psicologia, para que se possa analisar os efeitos de uma criança nascer sem ter a possibilidade de jamais conhecer seu pai, por ato volitivo unilateral de sua mãe. Neste mesmo sentido vem o princípio da igualdade dos filhos, visto que o nascido por inseminação artificial post mortem jamais terá a possibilidade de convivência paterna. 40 Em sua obra, A nova filiação: o biodireito e as relações parentais, o referido autor apresenta o mesmo entendimento, colocando que "... ao menos no estágio atual da matéria no direito brasileiro, não há como se admitir, mesmo com vontade expressa deixada em vida pelo falecido, o acesso da ex-esposa ou ex-companheira às técnicas de reprodução assistida homóloga, diante do princípio da igualdade em direitos entre os filhos".

Conforme acima sintetizado, a autorização para inseminação post mortem gerará diversas estranhezas na vida da criança, já que esta não gozará da presença de seu pai, podendo enfrentar diversos problemas de cunho psicológico e familiar, afrontando assim os princípios da paternidade responsável e do melhor interesse da criança.

No entanto, devido a lacuna legislativa e ao fato de não ser vedada a inseminação pelo Conselho Federal de Medicina, há possibilidade do nascimento de filhos concebidos através desta modalidade de inseminação. Devido a isso, deve ser proporcionado a criança o acesso as garantias constitucionais que lhe assistem, como as ligadas a dignidade humana, as ligadas a personalidade, culminando assim no reconhecimento da paternidade ainda que póstuma.

A dignidade humana deve ser compreendida como um motor de impulsão de todo o sistema jurídico, elevando o ser humano ao centro das relações de Direito, e a efetividade desta busca garantir o mínimo existencial para que se goze da vida com dignidade (De Farias, 2016, p. 44). Uma das garantias indispensáveis ao ser humano é o direito à herança, objeto do Direito Sucessório.

2.2. O Direito Das Sucessões E Suas Terminologias Essenciais

O significado atribuído ao termo sucessão para De Farias, 2016, pag. 30 é "extremamente corriqueiro nas relações jurídicas e transcende o campo do Direito das Sucessões. Na inspiração etimológica, a sucessão vem do latim *sucessio*, do verbo *succedere* (sub + *cedere*), significando substituição, com a ideia subjacente de uma coisa ou de uma pessoa que vem depois de outra (De Farias, 2016, pag. 30).

Segundo Fischer apud Guilherme Calmon Nogueira da Gama, embora seja possível reconhecer o vínculo de filiação na inseminação artificial post mortem em razão da origem biológica da criança, tal reconhecimento não implicaria, necessariamente, a concessão de direitos sucessórios. Para o autor, existem diferenças relevantes entre os filhos concebidos e nascidos durante a vida do falecido e aqueles gerados apenas após sua morte por meio de técnicas de reprodução assistida.

Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro, conforme previsto no art. 1.798 do Código Civil, exige que o herdeiro já esteja concebido no momento da abertura da sucessão para possuir legitimidade sucessória. Assim, nos casos de concepção post mortem, não existiria sequer embrião formado à época do falecimento do autor da herança. Além disso, ressalta-se que o art. 1.799, inciso I, do Código Civil admite a sucessão testamentária em favor de filhos ainda não

concebidos, desde que sejam descendentes de pessoas vivas no momento da abertura da sucessão. Dessa forma, para essa corrente doutrinária, o reconhecimento da filiação não garante automaticamente os efeitos patrimoniais decorrentes da sucessão.

2.2.1 Breve histórico do Direito Sucessório

O registro escrito que marca o início do Direito Sucessório encontra-se na obra *A Cidade Antiga de Coulanges*, onde o Autor francês demonstra a preocupação dos povos para com sua continuidade e hereditariedade:

Como o direito de propriedade havia sido estabelecido para cumprimento de um culto hereditário, não era possível que se extinguisse depois da curta existência de um indivíduo. O homem morre, o culto continua; o lar não deve extinguir-se, nem o túmulo deve ser abandonado. Com a continuação da religião doméstica, o direito de propriedade também permanece (COULANGES, Ebook Digital PUC, 2004, p. 61)

A priori a motivação era a manutenção do *pater poder*, que significa em tradução literal "poder de pai", sendo este considerado o ponto de equilíbrio da família e o detentor das propriedades, dentre elas as mulheres também eram consideradas como propriedades masculinas e sequer detiam o direito de herdar, como assevera Coulanges, Ebook Digital PUC, 2004, p. 62:

Deste princípio originaram-se todas as regras do direito de sucessão entre os antigos. A primeira é que sendo a religião doméstica, como vimos, hereditária de varão para varão, o mesmo acontecia com a propriedade. Como o filho é a continuação natural e obrigatória do culto, também é herdeiro dos bens. Assim é que surgiu a regra da hereditariedade; ela não é o resultado de uma simples convenção feita entre os homens; ela deriva de suas crenças, de sua religião, do que há de mais poderoso sobre as almas. O que faz com que o filho herde não é a vontade do pai. O pai não tem necessidade de fazer testamento; o filho herda de pleno direito — *ipso jure heres existit* — diz o jurisconsulto. É um herdeiro necessário: *heres necessarius*(4). Não tem que aceitar ou recusar a herança. A continuação da propriedade, como a do culto, é para ele obrigação e direito. Quer queira quer não, a herança lhe cabe, seja qual for, mesmo com suas obrigações e dívidas. O benefício de inventário e o benefício de desistência não são admitidos para o filho no direito grego, e não foram introduzidos senão muito tarde no direito romano.

O Direito Romano foi o primeiro a prever na Lei das Doze Tábuas (450 a.C) a disponibilidade dos bens por parte daqueles que os detiam antes mesmo da morte, trazendo uma ideia do testamento. Isso porque, como supramencionado, o pai da família não teria sequer o direito de testamentar e muito menos o herdeiro de aceitar ou recusar a sua herança, que na verdade era considerada como uma missão familiar.

Com relação aos moldes de sucessão vislumbrados atualmente no Brasil, trata-se de um processo evolutivo não só dos legisladores mas do reconhecimento de circunstâncias familiares

que sempre existiram por parte de toda a sociedade. Assim, as inovações de forma gradativa foram apresentadas pela Constituição Federal de 1988, pelo Código Civil de 2002, por algumas leis nesse interesse, mas principalmente hoje pela doutrina e jurisprudência pátria, que acabam por agregar a vontade do povo de maneira mais célere.

2.2.2 Abertura da Sucessão

É sabido que o Direito Sucessório refere-se a substituição do sujeito de uma ou mais relações jurídicas por conta do óbito do titular, percebe-se que o herdeiro não é um mero continuador da personalidade do falecido, ou seu representante, até porque o morto não pode ter, possuir algo. Assim, o sucessor assume a responsabilidade nas relações patrimoniais de quem morreu, em uma verdadeira mutação (De Farias, 2016, p. 32-33)

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXX, assegura o direito à herança como garantia fundamental, atribuindo-lhe natureza de cláusula pética. No âmbito do Direito Sucessório, com a morte do autor da herança ocorre imediatamente a abertura da sucessão, momento em que o patrimônio é automaticamente transferido aos herdeiros, conforme estabelece o art. 1.784 do Código Civil. Tal transmissão decorre do princípio da saisine, segundo o qual a posse e a propriedade da herança passam, desde logo, aos sucessores legítimos ou testamentários.

11

Ademais, a herança é um bem jurídico imóvel, universal e indivisível. Formada a herança, com a transmissão do conjunto de relações patrimoniais pertencentes ao falecido, atribui-se a esse bem uma natureza imóvel, universal e indivisível, mesmo que formada somente por bens móveis, singulares e divisíveis. Com isso, a herança estabelece um condomínio e uma compossão dos bens integrantes do patrimônio transmitido, que somente serão dissolvidos com a partilha do patrimônio (De Farias, 2016, p. 34).

Com a transmissão da herança, adquire-se também a responsabilidade para com todas as demais obrigações que advêm desta, mas não se pode obrigar o herdeiro a assumir tais dívidas, como prescreve o art. 1.792 do Código Civil: “O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados”.

2.2.3. Espécies de Sucessão

O artigo 1.786. do Código Civil de 2002, aduz que "a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade". No Direito Sucessório, a sucessão pode ocorrer sob duas modalidades: legítima ou testamentária. A sucessão legítima é aquela determinada diretamente pela lei, observando a ordem de vocação hereditária prevista no ordenamento jurídico. Já a sucessão testamentária decorre da manifestação de última vontade do autor da herança, expressa por meio de testamento ou codicilo (Gonçalves, 2014, p. 29-30).

Os herdeiros legítimos são aqueles previstos nos arts. 1.829 e 1.790 do Código de 2002:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável;

(...)

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

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

O herdeiro legítimo é aquele beneficiado com a herança por conta de previsão de norma legal. No dizer de Silvio Rodrigues, o herdeiro legítimo é o que está beneficiado por conta da "relação preferencial, estabelecida pela lei, das pessoas chamadas a suceder o finado". Estes são beneficiados por força de lei *ex vi legis*, e receberão sua quota-parte, uma fração ideal (também chamado de quinhão hereditário) do total do patrimônio transmitido (De Farias, 2016, p. 55).

12

Conforme alhures destacado, a herança é transmitida no momento da morte e de acordo com uma ordem preferencial, denominada ordem da vocação hereditária. Costuma-se dizer, por isso, que a sucessão legítima representa a vontade presumida do de cujus de transmitir o seu patrimônio para as pessoas indicadas na lei, pois teria deixado testamento se outra fosse a intenção (Gonçalves, 2014, p. 30).

2.3. Da Legitimidade Sucessória Do Filho Fruto De Inseminação Post Mortem

A legitimação sucessória é a aptidão para ser sucessor, herdeiro ou legatário, assim, é a qualidade que reside, em linha de princípio, em todas as pessoas nascidas ou concebidas, permitindo figurar como beneficiário de uma sucessão *causa mortis*. O art. 1.798 do Código Civil de 2002, contém uma disposição genérica, aplicável a sucessão legítima e a sucessão testamentária, apresentando o caminho de compreensão da legitimação (De Farias, 2016, p. 121).

Há discussões instauradas no que tange a expressão "já concebidas" presente no texto legal, pois para alguns autores, em minoria, entende-se que o embrião concebido artificialmente

e ainda não implantado não poderá ser considerado como legítimo para herdar. (De Farias, 2016, p. 126). O ilustre jurista Guilherme Calmon Nogueira Da Gama compartilha dessa ideia e defende que:

O estabelecimento do vínculo parental, em razão da verdade biológica, contudo não admite efeitos sucessórios daí decorrentes. Assim, assevera que haverá diferenças no que pertine aos efeitos de tal paternidade-filiação relativamente aos outros filhos deixados pela pessoa do falecido e que foram concebidos e nascidos durante a vida deste. No direito brasileiro, nos termos dos artigos 1.717 e 1.718, do Código Civil de 1916, somente as pessoas que, ao menos, tinham sido concebidas antes da morte do autor da sucessão, teriam aptidão para suceder – tal regra é inserida no âmbito do artigo 1.798, do Código Civil de 2002, de forma mais técnica porque se refere tanto à sucessão legítima quanto à sucessão testamentária –, sendo que no caso da técnica concepitiva *post mortem* ainda sequer havia embrião no momento do falecimento do ex-cônjuge ou ex-companheiro. (...) 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. (Fischer Apud Gama, 2017).

Em posição diversa, parte da doutrina sustenta que o filho concebido por meio de reprodução assistida após o falecimento do genitor não pode sofrer qualquer restrição jurídica em relação aos demais descendentes. Para Neves (2009), essa compreensão encontra respaldo no princípio da isonomia entre os filhos, assegurado constitucionalmente pelo art. 227, § 6º, da Constituição Federal, bem como reproduzido no art. 1.596 do Código Civil, dispositivos que proíbem qualquer forma de discriminação decorrente da origem da filiação.

13

Sob essa perspectiva, Marques aduz que admite-se o reconhecimento dos direitos sucessórios do filho gerado por inseminação artificial *post mortem*, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece tratamento igualitário entre todos os filhos. Assim, tanto a Constituição Federal quanto o Código Civil afastam distinções relacionadas à forma de concepção ou ao vínculo parental, garantindo proteção jurídica idêntica aos descendentes concebidos por técnicas de reprodução assistida.

Cabe destacar ainda que, caso haja concepção laboratorial, quando do falecimento do genitor, o filho terá direito sucessório, vez que o art. 1.798 do Código Civil/02 é claro ao afirmar que a capacidade para suceder é reconhecida em favor de quem nasceu ou foi concebido. Ora, não havendo diferenciação entre a concepção uterina e laboratorial em decorrência do princípio constitucional da igualdade entre os filhos (De Farias, 2016, p. 127).

Os enunciados aprovados nas Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF) funcionam como diretrizes doutrinárias que buscam preencher as lacunas deixadas pelo Código Civil de 2002. No caso da reprodução assistida *post mortem*, o Enunciado 106 da I Jornada estabeleceu um marco fundamental ao condicionar a presunção de paternidade à existência de

uma autorização formal. O desdobramento prático desse entendimento é que a simples existência de material genético criopreservado não autoriza a viúva a utilizá-lo sem que o falecido tenha manifestado, em vida, o desejo específico de ser pai após a morte.

I Jornada de Direito Civil Enunciado 106 (Art. 1.597, inc. III, do CC): 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, que haja a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Cabe destacar ainda, que com o avanço das configurações familiares e das técnicas de reprodução, a VIII Jornada de Direito Civil trouxe o Enunciado 633, que representa uma atualização significativa. Este enunciado estende a possibilidade de reprodução assistida póstuma para companheiros em união estável e admite a técnica de maternidade de substituição (conhecida como "barriga de aluguel").

VIII Jornada de Direito Civil Enunciado 633 (art. 1.597, do CC): é possível ao viúvo ou ao companheiro sobrevivente, o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma por meio da maternidade de substituição, desde que haja expresso consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira."

O desdobramento jurídico aqui é a consagração do princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, garantindo que o planejamento familiar póstumo seja respeitado independentemente da formalidade do casamento, desde que o consentimento tenha sido expresso.

2.3.1 Da petição de Herança

O Código Civil de 2002 prevê em seu art. 1.824. que o herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.

Analisando as consequências da inseminação post mortem e considerado possível o reconhecimento do direito sucessório do concebido após abertura da sucessão, se faz necessário estipular uma prazo prescricional para concepção possa gerar direitos sucessórios e garantira segurança jurídica daqueles que receberam legitimamente os seus quinhões hereditários (Marques, 2017, p. 35).

Apesar de existirem algumas discordâncias, a doutrina majoritária bem como a jurisprudência de forma pacificada compreendem que o filho concebido através de inseminação artificial pós mortem faz jus ao seu quinhão hereditário, e este poderá requerer o mesmo através de uma petição de herança, com o prazo prescricional de 10 (dez) anos a contar da data do falecimento do autor da herança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa científica demonstrou os desdobramentos frente à lacuna legislativa existente no que tange a inseminação artificial post mortem.

Investigando a possibilidade da concepção através de inseminação homóloga post mortem bem como se há legitimidade sucessória do filho concebido nesta modalidade, assegurando ao fruto os mecanismos legais para assegurar seus direitos sucessórios.

Em breve análise, pode-se observar o histórico do Direito Sucessório e sua importância para com a hereditariedade e continuidade da família, isso porque em sua gênese foi essa a finalidade, de cunho absolutamente financeiro.

No entanto, com o avanço da sociedade e comumente as conquistas dos Direitos Humanos e suas gerações, surgem os Direitos Sociais, celebrado pela Constituição Federal de 1988 com a seguinte redação: Direito à herança.

No que tange a evolução das famílias, nota-se que tal instituto tem se moldado as relações plurifamiliares que vem sendo reconhecidas. Devido ao anseio de maternidade e paternidade que por muitas vezes se torna inviável por meios naturais, alternativas devem e são consideradas, surgindo assim a Inseminação Artificial.

O Código Civil de 2002 trouxe inovações e prestigiou a Inseminação Artificial, mas ainda não em todas as suas facetas restando, portanto lacunas legislativas. Analisa-se a seguinte situação: Um casal congela seu material genético e expressamente apresentam seu desejo de gerar uma criança, no entanto devido a um motivo alheio a vontade das partes um dos cônjuges vem a óbito.

Não há na legislação pátria tal previsão, logo coube a doutrina, jurisprudência e enunciados preencherem a lacuna supramencionada e aos Tribunais Superiores a pacificarem o entendimento.

A partir desse questionamento, questiona-se ainda: E os Direitos Sucessórios dessa prole tardia? E se o cônjuge resolve gerar a prole após a partilha dos bens, como assegurar os Direitos de um ser que ainda não foi gerado?

São questionamentos como esses que buscou-se responder nessa pesquisa, analisando obras literárias, artigos científicos, considerando que deve haver a segurança jurídica mas que do outro lado da balança todos os filhos são considerados iguais perante a lei e essa prole ainda não gerada, poderá nascer e por isso devem haver mecanismos que garantam seus direitos caso isso ocorra.

Sendo assim esse projeto uma grande fonte de informação para os interessados na discussão, e importante forma de engrandecimento pessoal à essa autora, que pretende disponibilizar o estudo através de futura publicação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <Planalto> Acesso em: 02 março 2026.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <Planalto> Acesso em: 05 março 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.608.005/SC.** Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. Julgado em: 14 maio 2019. Diário da Justiça eletrônico: DJe, Brasília, DF, 21 maio 2019. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>> Acesso em: 12 março 2026.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; Camarda, Dayane Ferreira. **Intimidade versus origem genética: a ponderação de interesses aplicada à reprodução assistida heteróloga.** Revista Instituto Brasileiro de Direito de Família, Minas Gerais, p. 29, fev. 2012.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais.** [s.l.]: Juspodivm, [2010].

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução RE no 2.168 de 10 de novembro de 2017. **Normas Éticas Para A Utilização Das Técnicas De Reprodução Assistida.** Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352362>> Acesso em: 20 março 2026.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA (CRM). Resolução CFM nº 1.358/1992. **Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida.** *Diário Oficial da União* 1992; 19 Nov.

COULANGES, Numa-denys Fustel de. **A CIDADE ANTIGA.** São Paulo: Edameris, 2006.

DE FARIAS, Cristiano Chaves. **ROSENVOLD,** Nelson. **Curso De Direito Civil 7: Sucessões.** 2.ed. Salvador. Editora Juspodivm. 2016.

DE MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** [S.l]. 2018

FISCHER, Karla Ferrira de Camargo, **Inseminação Artificial Post Mortem e seus Reflexos no Direito de Família e no Direito Sucessório,** Curitiba/PR, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; **PAMPLONA FILHO,** Rodolfo. **Novo Curso De Direito Civil: Direito Das Sucessões.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1 recurso online.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família.** São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 8. ed. 2014.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 4.ed. São Paulo: Martins fontes, 2000.

LÔBO, PAULO. Programa De Direito Sucessões. Editora Saraiva; 2013. ISBN 8502202596. p. 47.

MACHADO, Maria Helena. Reprodução Humana Assistida: Aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2011.

MARQUES, Anderson Braga. As repercussões sucessórias da inseminação artificial Homóloga Post mortem. 2017. 49 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Curso de Direito, Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 2017.

MORAIS, Milena Miranda. A legitimidade sucessória dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida post mortem. 2011. 70f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Curso de Direito, Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 2011.

NEVES, Rodrigo Santos. Curso de Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. Reprodução Assistida: Inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório. Recanto das Letras. São Paulo, 2008.