

**UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ**

**Pamela Rafaelle Monteiro**

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA “*POST MORTEM*”  
E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO FILHO CONCEBIDO**

**Taubaté -SP  
2022**

**Pamela Rafaelle Monteiro**

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA “*POST MORTEM*”  
E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO FILHO CONCEBIDO**

Trabalho de Graduação necessário para a obtenção do diploma de Bacharel em Direito no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté.  
Orientador: Prof. Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso.

**Taubaté -SP  
2022**

**Grupo Especial de Tratamento da Informação - GETI  
Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBi  
Universidade de Taubaté - UNITAU**

M775i Monteiro, Pamela Rafaelle  
Inseminação artificial homóloga "*post mortem*" e os direitos sucessórios do filho concebido / Pamela Rafaelle Monteiro. -- 2022  
60f.  
Monografia (graduação) - Universidade de Taubaté, Departamento de Ciências Jurídicas, 2022.  
Orientação: Prof. Me. Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso, Departamento de Ciências Jurídicas.  
1. Inseminação homóloga *post mortem*. 2. Paternidade - Presunção. 3. Reprodução assistida - Inseminação artificial humana. 4. Contradição - Contradições legislativas. 5. Princípios constitucionais estabelecidos. I. Universidade de Taubaté. Departamento de Ciências Jurídicas. Curso de Direito. II. Título.

CDU - 347.6:612.613

**Pamela Rafaelle Monteiro**

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA “POST MORTEM” E OS DIREITOS  
SUCESSÓRIOS DO FILHO CONCEBIDO**

Trabalho de Graduação em Direito,  
apresentado ao Departamento de  
Ciências Jurídicas da Universidade de  
Taubaté.

Data: \_\_\_\_\_

Resultado: \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. \_\_\_\_\_ Universidade de Taubaté

Assinatura \_\_\_\_\_

Prof. \_\_\_\_\_ Universidade de Taubaté

Assinatura \_\_\_\_\_

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso, por sempre ser compreensível, pelas dicas durante a produção deste trabalho, e pelo apoio.

A minha mãe e minha irmã, que sempre me apoiaram, independente se estivéssemos em tempos difíceis.

Ao meu namorado, Lucas, por sempre me incentivar nos momentos de insegurança e pela compreensão em todos os momentos da minha vida.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise dos direitos sucessórios decorrente da inseminação artificial homóloga *post mortem*. Com os avanços da biomedicina, foi possível a criação de técnicas de reprodução assistida onde facilita a geração de uma criança. Nesse estudo em específico é mostrado que uma criança pode ser gerada mesmo após anos do falecimento de um dos genitores. Em contraponto, mesmo após décadas da criação dessas técnicas ainda não há legislação específica no Brasil, e por conta disso há uma grande discussão acerca do assunto. Embora o Código Civil reconheça a possibilidade das pessoas se utilizarem dessas técnicas e tenha a presunção da paternidade, ainda falta respaldo legal quanto ao direito sucessório do filho concebido após a morte do genitor. A legislação atual somente prevê o direito de suceder aos filhos já nascidos ou já concebidos ao tempo de abertura da sucessão. O que gera essa grande discussão em torno do assunto é o impedimento pelo Código Civil, porém a Constituição Federal no princípio da igualdade entre os filhos prevê a isonomia entre eles, ou seja, não poderá haver discriminação e todos os filhos devem ser tratados de forma igual. Com base nisso é possível observar que há divergência em nosso ordenamento jurídico e este trabalho vem para trazer vários pontos de vistas, haverá autores que não concordam como direito de sucessão desse filho concebido *post mortem*, porém também será trazido doutrinadores que afirmam que há possibilidade de sucessão para esse filho. Levando em conta essa controvérsia mostra-se que é indispensável a criação regulamentação sobre o tema haja vista sua complexidade.

Palavras-chaves: inseminação homóloga *post mortem*; presunção de paternidade, reprodução assistida; contradições legislativas; princípios constitucionais pertinentes.

## ABSTRACT

The present work aims to analyze the succession rights resulting from the homologous artificial insemination post mortem. With the advances of biomedicine, it was possible to create assisted reproduction techniques that facilitates the generation of a child. In this specific study it is shown that a child can be raised even after years of the death of one of the parents. In counterpoint, even after decades of the creation of these techniques there is still no specific legislation in Brazil, and because of this there is a great discussion about the subject. Although the Civil Code recognizes the possibility of people using these techniques and has the presumption of paternity, there is still lack legal support as to the inheritance right of the child conceived after the death of the parent. The current legislation only provides for the right to succeed children already born or already conceived at the time of opening the succession. What generates this great discussion around the subject is the impediment by the Civil Code, but the Federal Constitution in the principle of equality between children provides for isonomy between them, that is, there can be no discrimination and all children should be treated equally. Based on this it is possible to observe that there is divergence in our legal order and this work comes to bring several points of view, there will be authors who do not agree as the right of succession of this child conceived post mortem, but it will also be brought indoctrinators who claim that there is possibility of succession for that child. Taking into account this controversy, it is shown that it is indispensable to create regulations on the subject, given its complexity.

Keywords: homologous post mortem insemination; presumption of paternity, assisted reproduction; legislative contradictions; relevant constitutional principles.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
RA	Reprodução Assistida

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1</b>	<b>REPRODUÇÃO HUMANA</b> .....	<b>12</b>
1.1	DIREITO DE PROCRIAR.....	12
1.2	FERTILIZAÇÃO IN VITRO .....	18
1.3	INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL.....	19
	<b>1.3.1 Heteróloga</b> .....	<b>20</b>
	<b>1.3.2 Homóloga</b> .....	<b>21</b>
1.4	INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM .....	22
<b>2</b>	<b>FILIAÇÃO E ISEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM</b> .....	<b>26</b>
2.1	TIPOS DE FILIAÇÃO .....	26
2.1.1	FILIAÇÃO LEGAL.....	26
	<b>2.1.2 Filiação biológica</b> .....	<b>28</b>
	<b>2.1.3 Filiação afetiva</b> .....	<b>29</b>
2.1.4	FILIAÇÃO NO ÂMBITO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	30
<b>3</b>	<b>DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS E A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM</b> .....	<b>32</b>
3.1.1	PRESSUPOSTOS DO DIREITO SUCESSÓRIO .....	33
3.1.2	NATUREZA JURÍDICA DA HERANÇA.....	34
3.1.3	DISTINÇÃO ENTRE HERDEIRO E LEGATÁRIO .....	34
3.2	CAPACIDADE SUCESSÓRIA .....	34
	<b>3.2.1 Sucessão legítima</b> .....	<b>35</b>
	<b>3.2.2 Sucessão testamentária</b> .....	<b>37</b>
	3.2.2.1 PROLE EVENTUAL .....	39

3.3	PETIÇÃO DE HERANÇA.....	40
3.4	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES.....	42
3.4.1	PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	42
3.4.2	PRINCÍPIO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR.....	43
3.4.3	PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS.....	44
3.5	DA AUSÊNCIA DE DIREITO SUCESSÓRIO DO NOVO FILHO CONCEBIDO	45
3.5.1	<b>Da possibilidade de sucessão testamentária .....</b>	<b>47</b>
3.5.2	<b>Da possibilidade de sucessão legítima .....</b>	<b>48</b>
3.6	DO DIREITO COMPARADO.....	50
3.6.1	<b>França.....</b>	<b>50</b>
3.6.2	<b>Espanha .....</b>	<b>51</b>
3.6.3	<b>Reino Unido .....</b>	<b>52</b>
	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>53</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>56</b>

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa analisar os aspectos sobre a inseminação artificial homóloga e os direitos sucessórios do filho concebido *post mortem* com base no Ordenamento Jurídico Brasileiro, analisando também a grande discussão sobre o tema que divide opiniões entre os doutrinadores.

Como os avanços da ciência no campo genético vem se desenvolvendo de forma rápida o legislador não acompanhou o ritmo desta evolução, resultando na falta de respaldo legal para alguns procedimentos de inseminação artificial e para os sujeitos advindos desta reprodução. Essas evoluções da biotecnologia não só alterou a ideia de parentesco, como também modificou o comportamento e o pensamento da sociedade, fazendo com que tenham uma percepção diferente do que se trata a maternidade e a paternidade.

A grande problemática aqui a ser demonstrada é a ausência de legislação específica sobre o tema, que gera grande discussão sobre assunto deixando livre para qualquer um interpretar da forma que lhe convier, pois, os únicos dispositivos que tratam sobre o tema são controversos. Hoje em dia considerando a omissão da legislação, uma criança que advêm de tal procedimento teria um tratamento desigual perante seus irmãos biológicos, por se tratar de uma concepção posterior a morte do genitor. E por mais que o Código Civil discipline sobre reprodução assistida homóloga, em momento algum é discutido sobre os direitos sucessórios do filho concebido após a morte do pai, na legislação somente se fala sobre filhos que já foram concebidos, ou seja, antes do falecimento do genitor, afetando assim, princípios constitucionais tais como a dignidade da pessoa humana, o livre planejamento familiar, a isonomia entre os filhos e por último não menos importante o princípio do melhor interesse da criança.

Como existe ausência de norma específica que regule, é de grande importância que seja feita uma norma que esclareça os pontos controversos do Código Civil e da Constituição Federal de modo a harmonizar os dois dispositivos com o Enunciado 106 da 1º Jornada de Direito Civil, que trata sobre o reconhecimento da paternidade.

A pesquisa também é direcionada a tentar trazer sugestões quanto aos direitos do indivíduo concebido, preconizando a criação de lei específica.

Para que seja bem fundamentado, será analisado o direito brasileiro

comparado com o da França, Espanha e Reino Unido, tendo em vista a influência que estas potências têm sobre o direito brasileiro.

Nesta pesquisa em primeiro momento serão abordados conceitos médicos para que haja uma melhor compreensão sobre o assunto. E uma breve diferenciação dos tipos de inseminação artificial, bem como a evolução da biotecnologia em descompasso com os dispositivos vigentes em relação a realidade atual.

Logo após será discutido mais sobre os tipos de filiação, demonstrando os laços biológicos e afetivos de acordo com a legislação. Destacando também aparentalidade e filiação na inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Por fim, será aludido a respeito dos direitos sucessórios e a inseminação artificial homóloga póstuma. Discutindo também sobre a criação da possibilidade de uma sucessão testamentária e legítima.

Portanto, é de suma importância o presente estudo, tendo em vista que a omissão do legislador traz insegurança jurídica quanto aos direitos sucessórios dos envolvidos na inseminação artificial homóloga *post mortem*. A relevância da criação desta norma visa uma solução justa e antes de tudo constitucional.

Ressalta-se ainda que sem um dispositivo concreto a criança que virá a nascer ficará sujeita a decisões de magistrados de primeiro e segundo grau, que poderá decidir sobre coisas importantes que impactarão na vida desse sujeito de forma significativa.

As variáveis que poderão interferir no processo de pesquisa e elaboração deste trabalho são as legislações constitucional e infraconstitucional vigentes, bem como as possíveis regulamentações ou mudança de entendimento pelos Tribunais superiores.

Quanto a metodologia o trabalho será feito de forma dialética. Será desenvolvido principalmente por meio de pesquisa bibliográfica e documental, em que serão utilizados os processos de identificação e compilação, bem como por intermédio de artigos científicos, dados obtidos em órgãos competentes, doutrinas e vídeos.

## **1 REPRODUÇÃO HUMANA**

É indispensável trazer de primeiro momento alguns comentários e conceitos que desrespeito a presente pesquisa.

Então como é de conhecimento, a função de reproduzir dos seres humanos tem a finalidade de procriação, trazer novos seres humanos ao mundo. Entretanto, ocorre que, alguns indivíduos não conseguem se reproduzir de forma natural, por motivos de infertilidade ou de esterilidade, onde a infertilidade está ligada a uma causa temporária e a esterilidade é quando a causa é irreversível, e com isso precisam de ajuda da ciência para efetivar esse desejo.

Pensando nisso, foi preciso, por anseio da própria sociedade que a ciência desse um salto biotecnológico se tratando de reprodução assistida. Para que fosse atendido o desejo da população.

O fator principal que alavancou o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida foi a infertilidade, isso incentivou os cientistas a criarem técnicas que possibilitaria uma criança ser concebida através de procedimentos externos, médicos e científicos (QUEIROZ, 2015, p.21).

Mas também há outro motivo, não muito comum, mas que também fez com que algumas crianças não fossem concebidas de forma natural, foi devido à doenças, e para que não ocorresse possibilidades infecções, era necessário que fossem criados outros métodos para uma criança ser concebida (VIEIRA, 2012. p.35).

Em consequência a essa evolução e ao desejo da sociedade, surgirá então a necessidade de amparo jurídico, para que estes procedimentos fossem realizados de forma legal.

### **1.1 DIREITO DE PROCRÍAR**

Levando em conta os avanços da medicina e da ciência, destaca-se questões acerca do direito de procriar. E se tratando de procriação dos seres humanos o direito à reprodução pode ser entendido como um direito fundamental, mesmo que não seja absoluto, pois segundo o Juiz de Direito Carlos Cavalcanti de Albuquerque (sf) “dentro

da perspectiva do planejamento familiar, no campo da saúde relacionado à sexualidade e à procriação, é livre a decisão do casal.”

Segundo o art. 196 da Constituição Federal, a saúde é um direito de todos. E não se trata somente de condições físicas, mas também questões psicológicas de uma pessoa. Insta salientar que a saúde também está ligada ao direito à vida, tendo em vista que todos devem ter uma existência digna, tutelando a vida como um bem jurídico, reprimindo qualquer tipo de lesão ou ameaça durante a existência de uma pessoa (GAMA, 2003, p.709).

Dito isso, fica claro que o direito à vida e a saúde são direitos fundamentais, sendo atribuído um papel importante ao Estado, à fim de garantir uma existência digna a qualquer ser humano, respeitando suas particularidades.

Fazendo um nexos entre as particularidades de cada indivíduo com o papel do Estado em garantir isso, a Constituição Federal trouxe dispositivos que regula o livre planejamento familiar, reprimindo qualquer ato discriminatório por parte do Estado.

Desde o início da influência da Igreja Católica, ela sempre adotou uma postura de recriminação quanto as técnicas de reprodução que a ciência foi desenvolvendo durante os séculos, a igreja sempre usou o argumento que o único que podia criar vida seria Deus, repudiando os avanços científicos e médicos (GAMA, 2003, p. 655).

Segundo Michel Maia (2016), a igreja católica prega desde 1897 seu repúdio quanto a fertilização artificial, ensinam que é imoral esse ato, e que somente é aceito o fruto advindo de um matrimônio de forma natural.

Nos casos em que o material genético era doado por terceiro, a rejeição era ainda pior, pois consideravam como infidelidade conjugal (LEITE, 1995, p.74).

Em contraponto, a igreja protestante não considera a inseminação artificial algo imoral, pois ela prioriza a relação afetiva entre os conjugues, e depois a procriação. E para eles, sempre que for necessário a reprodução por inseminação artificial homóloga, ela deverá ser admitida por ambos os cônjuges (GAMA, 2003, p.656).

Ainda hoje podemos ver a grande influência que a religião tem sobre a sociedade, sobretudo também no direito. Mas antes que qualquer julgamento seja feito por parte do Estado ou pela sociedade, é necessário que se faça uma análise sistemática sobre os princípios e dispositivos da constituição, levando em conta os reflexos psicológicos que afetarão a vida do casal e da criança.

O autor Eduardo Oliveira Leite (1995), expressa em sua obra que para os casais que não podem ter filhos, por questões de infertilidade, isso atinge não somente

o psicológico da prole, como também desencadeia uma reprovação em cadeia por parte da sociedade e pelos familiares do casal.

Fica evidenciado que a evolução da biotecnologia traz grandes benefícios ao campo da psicologia, pois como já explicitado aqui nesse trabalho, a impossibilidade de gerar um filho causa um grande desgaste psicológico ao casal.

Já houve época em que “a infertilidade feminina era vista como uma grave disformidade biológica, e considerada uma repreensão divina, já que a mulher não era merecedora da benção da procriação” (QUEIROZ, 2015, APUD, PEDROSA NETO; FRANCO JÚNIOR, 1998). E ainda hoje é possível ver que há uma certa rejeição social com as pessoas que não podem ter filhos. Mas é certo dizer que hoje em dia não é mais uma obrigação da mulher e sim uma questão de vontade.

Hoje ainda é muito almejado pelas pessoas a constituição de uma família, trata-se de um projeto de vida, uma necessidade biológica.

Diante do que foi explanado acima, entende-se que o direito à procriação advém do livre planejamento familiar. E nesse sentido a autora Maria Berenice Dias sustenta que “uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito do livre planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade”. Levando em conta tal afirmação, pode-se dizer que é inaceitável limitar esse direito mesmo depois da morte, ainda mais se houver expressa vontade dos genitores em ter esses filhos por meios de técnicas de reprodução assistida.

Se o desejo do casal é ter filhos, e é um direito fundamental, não cabe ao Estado fazer qualquer restrição quanto a isso. Pode ser encontrado fundamento legal para o livre planejamento familiar na Constituição Federal em seu art. 226, caput e §7º, onde fala que a família tem proteção do Estado, e com base no princípio da dignidade humana é direito o planejamento familiar, é atribuído ao Estado somente recursos educacionais e científicos, sem qualquer forma de coerção.

Quando um casal não pode ter filhos pelos métodos naturais, podem eles, se quiserem, optar pela doação, mas se o desejo for de um filho que seja da mesma linha consanguínea, poderão recorrer à meios de reprodução assistida.

Claro, que também é importante, além da vontade dos genitores, garantir que a tutela de interesses da futura criança seja resguardada. Sendo indispensável, analisar as condições em que essa criança irá crescer, a estrutura familiar e social que ela será submetida, sempre buscando respaldo pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Se tratando desse tema, o Conselho Federal de Medicina divulgou uma resolução onde traz informações a respeito de quem poderia estar utilizando dos métodos de reprodução assistida, sendo possível também pessoas de forma individual utilizar o método, a resolução 2.294/2021 traz então no seu texto que:

**II – PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA: 1.** Todas as pessoas capazes que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução podem ser receptoras das técnicas de RA, desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente (CFM, 2021, grifo nosso).

Pode-se entender nesse texto que não há nada que impeça alguém que queira de forma individual ter um filho pelos métodos de reprodução assistida. Com base nisso, e diante do contexto em que vivemos, e os novos modelos de famílias reconhecidos pelo mundo jurídico, que até então eram repugnados pelo direito clássico, depreende-se então que é desnecessário contemplar a exigência de um casal para colocar em prática as técnicas de reprodução assistida.

E para acompanhar a evolução a Constituição Federal também trouxe em seu art. 226, §4º, que: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL, 1988). Esse texto mostra que também foi reconhecido as tais famílias monoparentais, ou seja, aquelas que uma mãe ou pai vive sem cônjuge e com filhos que depende somente desse genitor. Considerando todas essas mudanças, entende-se que houve uma grande evolução social e psicológica, mudando assim hábitos e costumes que antigamente não eram aceitos.

Com base no melhor interesse da criança que irá ser concebida, é necessário analisar os requisitos básicos para constituir uma família, frisando condições no mínimo saudáveis e digna, contando sempre com relações saudáveis cheias de afeto, amor e educação.

É necessário sempre ser aplicado esse entendimento para analisar os requisitos básicos para essa criança, qualquer entendimento diferente leva a uma tentativa de invalidar institutos preexistentes no nosso ordenamento jurídico, como, por exemplo, adoção póstuma. Que está explicitada no art. 42, §6º do ECA e expressa que, “A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença” (BRASIL, 1990). Se interpretado de forma errada, e considerando indigna a existência de uma criança sem um pai, poderá ocorrer vários problemas, pois terá a necessidade de fazer uma nova releitura de vários outros dispositivos, que permitem que uma

criança seja gerada sem a necessidade de um pai ou de uma mãe para o desenvolvimento da criança.

E como podemos ver hoje em dia, há várias pessoas que criam seus filhos sozinhos e fornecem a eles uma vida digna e um desenvolvimento saudável, seria injusto falar que uma pessoa sozinha não consegue dar uma vida digna para uma criança, pois isso já faz parte do nosso contexto atual.

É válido esclarecer que esta pesquisa entende que a procriação é um direito à integridade físico-psíquica dos indivíduos. Portanto, o acesso às técnicas de reprodução assistida não pode ser de forma incontrolada, nenhuma pessoa pode dispor livremente desse direito. É necessário que seja de forma orientada e indicada por um médico especialista, sendo assim utilizada somente para pessoas que precisem dessas técnicas, pois elas viabilizam que pessoas solteiras ou até mesmo casais que não tenham facilidade ou não podem ter filhos de forma natural. Nesse sentido, também é fundamental que os médicos tenham limites éticos e dispositivos que regulem quando é necessário usar esses métodos, como deverão ocorrer, quais serão os efeitos e quais são os meios que cabem as referidas técnicas (GAMA, 2003, p.714).

A falta de lei específica em nosso ordenamento jurídico, e as contradições entre os dispositivos legais, geram insegurança e um dano para aqueles que pretendem ou já se utilizam das técnicas de RA.

Com base no artigo publicado pelo site da Associação brasileira de reprodução assistida, nos últimos 25 anos o Brasil teve um grande crescimento quanto as técnicas de inseminação artificial, e não é por acaso que hoje o Brasil está no topo do ranking latino-americano entre os países que mais fazem esses procedimentos.

De acordo com o site Cartão SUS, hoje em dia aqui no Brasil, caso alguém queira fazer esses procedimentos pelo SUS (Sistema Único de Saúde), poderão encontrar somente dezesseis hospitais na rede pública que tem a capacidade para oferecer esses serviços. Esses hospitais estão situados nos seguintes estados: Minas Gerais (MG), Distrito Federal (DF), Goiás (GO), Rio Grande do Norte (RN), Rio Grande do Sul (RS), Pernambuco (PE), Rio de Janeiro (RJ), Bahia (BA) e São Paulo (SP).

Podemos afirmar que as técnicas de reprodução assistida são difícil acesso, levando em conta os valores que são cobrados pelas clínicas, fora medicamentos que são indicados durante o tratamento, por conta disso, somente pessoas com poder aquisitivo maior consegue fazer procedimentos tão caros, já as pessoas que não têm

condições de arcar com os custos ficam à mercê do Estado, ou seja da rede pública. E como já mencionado, a disponibilidade de clínicas pelo SUS é limitada.

Entretanto, por falta de regulamentação específica pelo sistema normativo de leis, tais técnicas ficam à mercê de regras éticas criadas por médicos, sem tirar qualquer autoridade que eles tenham sobre o assunto, mas falta respaldo legal, que não resolve grande cerne da questão, haja vista sua complexidade.

Conforme já citado, as únicas pessoas que recorrem a essas técnicas sempre são aquelas que realmente precisam como aqueles que tem problemas com infertilidade, esterilidade, por motivos decorrentes a doenças que possam impossibilitar a procriação de novos seres humanos.

As técnicas de reprodução assistida têm por objetivo final facilitar a procriação, mesmo que seja de forma induzida já que naturalmente isso não poderia ocorrer. O mundo médico e científico trouxe a possibilidade de ter um filho, assim como o mundo jurídico já trazia com relação à adoção (LEITE, 2012, p.189). O que diferencia um do outro é que o âmbito médico-científico possibilitou a chance desses filhos serem biológicos.

Pode-se dizer que o casal infértil é aquele que “não consegue engravidar após um ano de vida sexual ativa e contínua, sem estar usando qualquer método contraceptivo” (AMATO, 2021, n.p.). Esse problema está relacionado ao casal e não só a um deles. Quanto a palavra esterilidade, “é a impossibilidade que tem o homem ou a mulher de produzir gametas (óvulos e espermatozoide) ou zigotos (resultado da fusão entre óvulos e espermatozoides) viáveis” (AMATO, 2021, n.p.). Veja que quando se trata de esterilidade pode-se observar que a impossibilidade de se reproduzir está ligada a um dos indivíduos que formam esse casal.

Hoje em dia com a evolução da sociedade as técnicas de reprodução assistida que antes eram usadas somente para infertilidade e para os casos de esterilidade, passaram a serem usadas também para casais homossexuais que desejam constituir uma prole. Essa evolução só aumentou a necessidade de construir uma lei específica, para que todos tenham seus direitos resguardados de forma legal, abrangendo todos os tipos de casais.

A autora Raquel Alvarenga (2005, p.232) acredita que as técnicas de reprodução assistida é a última opção para que se possa concretizar uma gravidez, porque antes todos tentam pelo meio natural. E só se sabe qual técnica será mais viável após o médico definir o quadro clínico do paciente.

Com base no que foi mostrado, depreende-se que o direito a procriação é um direito de todos, mesmo não sendo absoluto, e sendo assim é limitado pelos demais direitos.

As técnicas somente devem ser usadas em casos que não há como se conceber um filho de forma natural.

Foram desenvolvidas algumas técnicas de reprodução assistida, e uma dessas técnicas é o principal objeto deste estudo onde será demonstrado os efeitos sucessórios em casos de inseminação artificial homóloga *post mortem*. Cabe aqui esclarecer que não será discutido neste trabalho a natureza jurídica do embrião, e conseqüentemente também não será tratado sobre seus efeitos jurídicos decorrentes.

Portanto, para que se tenha uma percepção melhor sobre o assunto, é necessário trazer uma análise breve das técnicas de reprodução assistida, sendo elas a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial.

## 1.2 FERTILIZAÇÃO IN VITRO

A fertilização *in vitro* é conhecido como uma das técnicas de reprodução assistida, onde é manuseado fora do corpo da mulher que fará o procedimento e após isso o embrião é colocado no útero da mulher somente após da fecundação. As crianças que são concebidas atrás deste método são chamadas de “bebês de proveta”, elas são implantadas em um laboratório, onde não há necessidade do ato sexual (AUGUSTO, 2020, p. 29).

A autora Daniela Moreira Augusto explica como esse método é desenvolvido:

Procedimento consiste na retirada de óvulos de uma mulher para a fertilização numa placa de Petri, misturando o óvulo feminino extraído com o sêmen do marido ou doador em uma proveta. Após ocorrida a fecundação, esse óvulo, agora fecundado, é transferido novamente ao útero da mulher, para que consiga ser gestado normalmente (FERRAZ, 2005, APUD, AUGUSTO, 2020, p.30).

Portanto, esse procedimento pode ser feito tanto com o sêmen de um doador (fertilização heteróloga) ou do próprio marido onde essa criança terá o vínculo com consanguíneo de ambos.

Normalmente esse tipo de método é indicado para mulheres que sejam inférteis, podendo ser por algum tipo de problema nas tubas uterinas ou por ter endometriose e distúrbios ovulatórios, e para que essa gestão possa ter uma maior

probabilidade de sucesso, recomenda-se que a fecundação seja feita em um laboratório (ALVARENGA, 2005, p. 56).

Nesses procedimentos também são produzidos os embriões excedentários, que trazem uma grande discussão bioética. Sempre são produzidos uma quantidade maior de embriões do que será necessário para o procedimento, para o caso da primeira gravidez resultar infrutífera, e por esse motivo, são congelados os demais embriões que não foram implantados. À vista disso, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz explica:

Quanto mais embriões implantados, maior a chance de a gravidez se desenvolver. Em regra, considera-se ideal a implantação de três a quatro embriões, posto que, acima desse número, a ocorrência de gestação múltipla pode ser perigosa para a gestante. Devido a um número de embriões, também surge o problema dos embriões excedentários e sua destinação. Existem clínicas de fertilização que, para evitar que uma mulher, durante o ciclo se submeta a novas induções hormonais, recomeçando o tratamento, realizam o congelamento dos embriões os quais, restando frustrada uma tentativa, serão, no novo ciclo, descongelados e implantados (FERRAZ, 2010, p.46).

Por mais que seja importante a discussão quanto aos embriões excedentários, esse tema não faz parte do objeto desse trabalho, e seria necessário um trabalho voltado somente para essa questão, que não é o caso desse estudo.

Por fim, examinada a fertilização *in vitro*, é necessário adentrar ao assunto dos tipos de inseminação artificial, que mais a frente será discutida sobre o enfoque *post mortem*.

### 1.3 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

A inseminação artificial, é também conhecida como fertilização *in vivo*, pois ela é executada dentro do corpo da mulher, onde o sêmen do homem é transferido para o organismo feminino (AUGUSTO, 2020, p.31). Esse também é um método para gerar de filhos de forma natural.

A inseminação artificial poderá ser homóloga ou heteróloga, irá depender da origem do material genético, podendo ser do casal ou de um terceiro doador.

Neste mesmo contexto, “a inseminação artificial será homóloga quando se utilizar o sêmen do marido ou do companheiro para a fecundação, e será heteróloga quando se utiliza do sêmen doado por um terceiro” (QUEIROZ, 2005, APUD,

AUGUSTO, 2020, p.32).

Esses métodos poderão ser feitos tanto por sêmen que foi colhido antes da realização do procedimento, quanto utilizando o sêmen crio-preservado.

Portanto, a inseminação artificial poderá ser realizada de dois modos com o sêmen do marido ou de terceiros, podendo ser o sêmen “fresco” ou crio-preservado.

Com base nessas informações se subtrai a técnica que será o objeto do estudo sob enfoque *post mortem*, já que também é possível a inseminação artificial após a morte do genitor.

A seguir será desenvolvido mais afundo as técnicas de reprodução assistida heteróloga e homóloga.

### **1.3.1 Heteróloga**

A participação de um terceiro doador, que pretende ter acesso às técnicas reprodução assistida, é o que determina os efeitos jurídicos que advém da reprodução.

Sendo o material genético como os gametas, espermatozoide ou óvulo, não pertencentes ao casal que pretende ter o filho, a inseminação artificial será heteróloga, essa relação da criança com os genitores não será consanguínea, tendo em vista que o material genético não vem do casal (DINIZ, 2011, p.34).

A inseminação artificial heteróloga, decorre da implantação do material genético masculino no corpo da mulher. Na maioria dos casos é mais comum a utilização do material genético de outro homem, ou seja, de um terceiro, mas cabe aqui explanar também que é possível que ocorra de forma contrária, como no caso de gestação por substituição (GAMA, 2003, p. 736).

Como nesse método de inseminação artificial não há nenhuma ligação consanguínea do genitor com a criança concebida, é indispensável que a autorização para evitar que haja algum problema com relação a impugnação de paternidade. Se tratando de presunção de paternidade o Código Civil no seu artigo 1.597, V, prevê a prévia autorização para a presunção de paternidade, podendo ser essa autorização formal ou verbal.

Sendo a forma de conceber uma criança esse tipo de método, será relativizada

a relação biológica, uma vez que, o casal participou da técnica de inseminação artificial heteróloga de forma voluntária e o laço afetivo que eles criarão com a criança será mais do que suficiente para constituir o vínculo de filiação.

Normalmente essa técnica é utilizada por casais onde o marido ou o companheiro é estéril, e sendo assim necessitam recorrer a bancos de sêmen de doadores anônimos para que a gestação seja efetivada com sucesso (LEITE, 1995, p. 32).

A reprodução heteróloga não será estudada no presente trabalho, uma vez que este tem como objetivo a análise da reprodução homóloga, com ênfase na parte sucessória decorrente da inseminação artificial homóloga *post mortem*.

### 1.3.2 Homóloga

A reprodução assistida homóloga, acontecerá quando por algum motivo o casal não puder se utilizar do método natural, e então utilizaram seus próprios gametas para que seja efetivada a gestação.

O autor Paulo Lôbo expõe que:

A inseminação artificial homóloga é a que manipula gametas da mulher (óvulo) e do marido (sêmen). A manipulação, que permite a fecundação, substitui a concepção natural, havida na cópula. O meio artificial resulta da impossibilidade ou deficiência para gerar de um ou de ambos os cônjuges (LÔBO, 2022, p.237).

No mesmo sentido a autora Adriana Caldas Maluf conceitua que:

A inseminação artificial homóloga é aquela realizada com o material genético dos próprios cônjuges ou conviventes. Não apresenta, portanto, maiores conflitos no que tange ao estabelecimento das relações parentais (MALUF, 2013, p.212).

Conforme explanado, nesse procedimento somente serão utilizados os materiais genéticos do casal, ao contrário da reprodução heteróloga que se utiliza o material genético de terceiro para a gestação.

De acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.626), a reprodução assistida homóloga se aproxima bastante do tipo de filiação que decorre da reprodução natural (carnal), mesmo levando em conta suas diferenças, como a ausência de relação sexual.

O que faz com que ela se aproxime bastante das gestações naturais, é o vínculo consanguíneo que essa criança terá com ambos os pais.

Importante ressaltar que também é possível fazer uso dos embriões excedentários nessa técnica, se acontecer de ser manipulado o material genético do casal em laboratório, e deixando crio-preservedo em clínicas (LÔBO, 2011, p. 228).

O autor José Renato Nalini (2009, p.224) explica que “Uma Constituição que confere o status de entidade familiar à união de homem e mulher não casados sem dúvida a eles também garante o direito à maternidade e à paternidade”.

Sendo assim é possível que a inseminação artificial homóloga ocorra dentro de um casamento firmado em cartório, e em casos que o casal estejam ligados por uma união estável.

Com base nisso, será desenvolvidos o tema do trabalho já que será tratado sobre os direitos sucessórios do nascido por meio da inseminação artificial homóloga *post mortem*.

#### 1.4 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM

Fica evidenciado que a problemática sobre o tema seria pela a realização da inseminação artificial homóloga *post mortem*. Já que a concepção da criança seria após o falecimento do marido ou companheiro.

A criopreservação dos gametas fez com que houvesse a possibilidade de o casal utilizar o material genético, mesmo depois de anos do material armazenado. Sendo assim, ele também poderia ser utilizado em casos que o cônjuge falecesse, caso que estaremos diante do tema de estudo inseminação artificial homóloga *post mortem*.

O tema pode ser conceituado como:

Um método de reprodução assistida no qual há a transferência do sêmen masculino para as genitálias femininas, utilizando elementos genéticos exclusivamente do casal, sendo a fecundação ocorrida no próprio corpo da esposa, agora viúva, uma vez que o procedimento é realizado após a morte do casal (COLOMBO, 2012, APUD, AUGUSTO, 2020, p.41).

A noção da inseminação *post mortem*, vem da inseminação na esposa viúva, após a morte do marido, ela faz jus aos seus direitos de utilizar o gameta e o implanta.

O autor Eduardo de Oliveira Leite no sentido de implantação do embrião após a morte do cônjuge, destaca que:

A possibilidade técnica da nova possibilidade de procriação tornou-se factível

a partir do congelamento do esperma humano e foi empregada em casos bem particulares, como para preservar a fertilidade de um homem submetido a qualquer processo terapêutico com forte risco de esterilização (como nos casos de sujeitos atingidos por doenças graves, tais como câncer dos testículos, doença de Hodgkin, certas nefropatias etc.) (LEITE, 2012, p. 189).

Esse tipo de procedimento ficou conhecido mundialmente após o “Caso Parpelaix”, que aconteceu em 1984 na França. Ocorreu que nesse caso, Alain Parpelaix, após descobrir que estava com câncer, decidiu congelar seu sêmen, para que pudesse usar após o tratamento. Mas logo após ele veio a falecer, e então sua viúva Corine Parpelaix decidiu continuar com o desejo de seu marido, e fazer a inseminação artificial mesmo depois da morte de Alain. Contudo, a clínica onde havia sido depositado o sêmen de seu marido não queria restituir o material que estava crio-preservedo, por esse motivo ela ingressou com uma ação judicial, com o objetivo de receber de volta o material genético e posteriormente fazer a implantação do mesmo (BERALDO, 2012; LEITE, 2012, APUD, AUGUSTO, 2020, p.42).

Após ajuizar a ação, iniciou uma grande disputa judicial, onde pela primeira vez um caso sobre inseminação *post mortem* foi discutido por um tribunal, onde foi reconhecido o direito da esposa Corine, e ficou determinado que o banco de sêmen devolvesse o material para ela. O tribunal se baseou na vontade expressa que Alain deixou em contrato com a clínica, mesmo porque não havia legislação que previa a proibição da devolução do material. Mas infelizmente, após ser liberado o sêmen, Corine tentou efetivar a inseminação, porém não obteve sucesso (BERALDO, 2012; LEITE, 2012, APUD, AUGUSTO, 2020, p.43).

Já aqui no Brasil, atualmente existe a Resolução nº 2.294/2021 em seu inciso VIII, onde o Conselho Federal de Medicina, dispõe que: “é permitida a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico crio-preservedo, de acordo com a legislação vigente”.

Antes dessa disposição ser alterada na Resolução nº 2.013/2013, era válido a Resolução de nº 1.957/2010 onde dizia que “Não constitui ilícito ético a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido(a) para o uso do material biológico crio-preservedo, de acordo com a legislação vigente”. Essa resolução foi alterada porque era alvo de muitas críticas por meio dos doutrinadores, já que segundo os juristas, a única área que podia dizer o que era lícito ou ilícito era a área jurídica, e não cabia ao Conselho Federal de Medicina dizer o que era lícito ou não.

Nesse sentido o autor Eduardo de Oliveira Leite opinou:

Também causa espécie a forma simplista (e a científica, por óbvio) como o Conselho tangencia (é um mero tangenciar, que não resiste à menor crítica séria e científica a respeito da problemática) e afirma “não constituir ilícito ético a reprodução assistida *post mortem*...”. Ou seja, além de adentrar em terreno jurídico (no qual o Conselho Federal de Medicina não tem a menor legitimidade de interferir), a resolução pretende determinar, ou balizar, o que é e o que não é ético, ou melhor, o que é e o que não é “ilícito ético” (LEITE, 2012, p.195).

Com base no que o autor opinou, pode se dizer que ele também critica a disposição do Conselho Federal de Medicina, quando ele trata sobre a questão de licitude.

Quanto a existência de lei específica no Brasil não a nada que regule a prática de inseminação artificial *post mortem*, entretanto, também não há dispositivo que permita o uso da técnica. A possibilidade de utilização após o falecimento do genitor é bem controversa, há alguns países que proíbem essa prática.

Entretanto, não há como se ignorar, que quando não há lei que regule sobre o assunto, tudo que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido. Se deduzir dessa forma, fica claro que a reprodução póstuma é lícita.

Contudo, a divergências na doutrina quando se trata de inseminação artificial *post mortem*. Alguns questionamentos giram em volta da viabilidade da realização deste método, já que não existirá mais o casal, e essa criança nasceria sem órfã de pai, com base nisso vários doutrinadores aconselham a não fazer uso desta prática.

Nesse sentido Eduardo de Oliveira Leite (2012, p. 205) entende que a prática da inseminação póstuma, vem somente para atender o interesse egoístico da mãe viúva, já que a criança não poderá usufruir da presença de ambos os pais. Ele ainda destaca, que essas mães objetivam resgatar a imagem do marido que faleceu, visando somente o luto dela, e assim podendo comprometer o desenvolvimento da criança, criando mais problemas ao invés de resolvê-los.

No mesmo sentido a outros autores que também criticam esse método, entendendo que essas técnicas de reprodução assistida:

devem aplicar-se exclusivamente a casais heterossexuais com garantias de estabilidade (legalmente constituídos ou não) e de condições adequadas para o completo e harmônico desenvolvimento do nascituro, ficando excluídas as situações em que ele viesse a ter só mãe ou só pai, quer por inseminação pós-morte, quer por procriação de uma mulher isolada (sem ligação, nem de direito nem de fato, a um homem) ou de um homem isolado (por recurso a mãe de substituição). (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1996, APUD, AUGUSTO, 2020, p.44).

Ainda sobre a negativa do assunto, a autora afirma, que:

Por isso, necessário será que se proíba legalmente a reprodução humana assistida *post mortem*, e, se porventura houver permissão legal (Res. CFM n. 1957/2010, Seção VIII), dever-se-á prescrever quais serão os direitos do filho, inclusive sucessórios, diante, por ex., do disposto no art. 1.798 do Código

Civil.

A respeito da inseminação artificial *post mortem*, nos capítulos seguintes será amplamente discutido acerca dos direitos sucessórios do filho concebido, a possibilidade de sua realização, a validade do consentimento deixado pelo genitor e os tipos de filiação.

## 2 FILIAÇÃO E INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

O Código Civil de 2002 em seu texto tratou sobre a presunção de paternidade em seu art. 1.597, inciso III, explicitando que: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; (...)”.

Fica evidenciado que o Código Civil acolheu as técnicas de reprodução assistida em seu texto, considerando aquele que foi concebido por meio da técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem* tenha também sua paternidade presumida. Claro que sempre à luz da presunção *juris tantum*, já que cabe prova em contrário.

Nas palavras de Leila Donizetti (2007, p.27) “filiação é resultado do desejo de perpetuar a espécie, direito inerente a todo ser humano”.

Segundo o autor Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2000, p. 538), os princípios garantidores dos direitos constitucionais, demonstram grande preocupação se tratando sobre o estabelecimento da paternidade, maternidade e filiação, já que dependendo do caso pode ferir a garantia dos interesses da criança e do adolescente.

Nesse sentido, abordando a questão da filiação, não podemos deixar de observar o princípio do melhor interesse da criança, já que ele servirá como base para qualquer legislação infraconstitucional tratar sobre o tema.

### 2.1 TIPOS DE FILIAÇÃO

A seguir buscaremos demonstrar a evolução social no âmbito jurídico quanto a filiação, levando em conta as mudanças e as multiplicidades de como são tratadas as palavras maternidade e paternidade.

Ante o exposto, consideram-se como fundamentos para a constituição do vínculo parental três hipóteses: filiação legal, filiação biológica e filiação afetiva.

#### 2.1.1 FILIAÇÃO LEGAL

A Constituição Federal em seu art. 227, §6º estabeleceu em seu texto a isonomia filial, assim proibindo qualquer tipo de discriminação quanto à origem da filiação e concedendo direitos inerentes a toda pessoa humana (DONIZETTI, 2007, p.30). Haja vista que antigamente se tratava com distinção os filhos legítimos, ilegítimos, adotivos, naturais, espúrios, adulterinos, incestuosos etc., e hoje em dia a nova classificação traz com ela a igualdade entre os filhos (AUGUSTO, 2020, p. 63).

O fato de ser uma criança que é fruto de uma relação em que existe um patrimônio e aquela que advêm de uma relação extramatrimonial, não influencia na constituição da filiação, conforme o art. 226, § 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). E para corroborar a filiação e a segurança e bem-estar da criança o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça” (BRASIL, 1990).

Conforme observado no parágrafo acima, fica claro que filiação e a presunção de paternidade não depende de vínculo biológico entre a criança e o genitor. Observando esse contexto, entende-se por que a legislação traz hipóteses, que permitem que, em casos específicos, a filiação seja considerada independente de vínculo biológico ou afetivo.

Com base nisso, o Código Civil em seu art. 1.597 trouxe as hipóteses onde haverá presunção da paternidade. Para nós aqui somente interessa o inciso III, no qual trata sobre a presunção de paternidade nos casos de inseminação artificial homóloga póstuma.

A presunção será referente ao filho que venho a nascer após o falecimento do genitor, casado ou companheiro da genitora. No caso em questão a presunção será com relação a consanguinidade, lembrando que essa presunção é relativa, já que cabe prova de inexistência do vínculo biológico, conforme artigo supracitado.

Com relação a inseminação artificial homóloga *post mortem* é presumida a paternidade, já que antes do procedimento é necessário que os requisitos sejam todos cumpridos para que se efetive a técnica, assim, não cabendo prova contrária vez que é necessário a relação consanguínea (DELFIM, 2011, p. 10-11).

### 2.1.2 Filiação biológica

A filiação biológica é presumida já que há relação de consanguinidade entre os genitores e o filho. O autor Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2003, p. 688) expõe que: “Através do critério científico determina-se a filiação com base na carga genética do indivíduo, ou seja, a paternidade ou maternidade é definida com esteio no vínculo biológico existente, afastadas outras perquirições e debates”. Na mesma linha de raciocínio Maria Berenice Dias (2013, p. 84) traz o conceito com a ideia de que a filiação biológica vem da verdade genética, da relação de consanguinidade, mesmo que este não é mais o fator determinante para o estabelecimento da filiação.

O nome já diz por si só, o critério biológico, genético, já faz com que a criança tenha uma relação de consanguinidade com o pai e a mãe.

O ideal seria que a paternidade viesse acompanhada com a afetividade, pois eles exercerão papéis fundamentais para o crescimento e construção do caráter da criança. Porém, ainda existem pais que não aceitam seus filhos, mas ainda assim, é impossível negar o vínculo de filiação entre eles, sendo dever daquele que contribuiu para o nascimento do filho, contribuir com seu desenvolvimento mesmo que inexistente a afetividade, os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p.689) sustentam ainda que, “A socio-afetividade somente pode ser utilizada para determinar o vínculo parental, jamais para negá-lo”. E por conta disso, os autores afirmam que não pode um pai se recusar a registrar seu filho já que comprovado o critério biológico.

E com base nisso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula 301 que estabelece que “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. Ou seja, já que o exame de DNA determina de forma precisa o critério biológico, a recusa em realizar o exame pelo suposto pai presumirá a paternidade, mesmo que de forma relativa, mas ainda sim a criança terá seu vínculo de filiação biológica reconhecida.

E assim reconhecida a filiação biológica, será gerada as obrigações advindas desse vínculo, como o dever de sustento, tanto monetário, quanto psicológico, conforme art. 22 do ECA.

Qualquer entendimento que afaste o direito da criança em ter a filiação

reconhecida, constituirá infração ao Estatuto da Criança e do Adolescente, já que em seu artigo 27, determina que o reconhecimento do desta filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

### 2.1.3 Filiação Afetiva

Como é de conhecimento o critério biológico não é o único que pode determinar uma filiação, pois também existe a filiação afetiva, que a doutrina reconhece como “posse do estado de filho”, que ocorre quando o pai e o filho mesmo não tendo o vínculo biológico se reconhece como se assim fossem (AUGUSTO, 2020, p.71).

Esse tipo de filiação, não decorre da consanguinidade, mas sim de como é o tratamento afetivo que entre duas pessoas que se consideram pai e filho.

Paulo Lôbo (2022, p. 254) ainda diz que, “A posse de estado de filiação refere à situação fática na qual uma pessoa desfruta do *status* de filho em relação a outra pessoa, independentemente dessa situação corresponder aos requisitos legais da filiação”. O autor então afirma que essa criança passa reconhecer o outro como pai perante a sociedade em decorrência da convivência familiar, onde essa criança será educada e sustentada, e desenvolverá o relacionamento afetivo com o outro. Então se observado melhor esse “pai” passa a assumir todas as responsabilidades legais que um pai biológico teria.

Como na maioria das doutrinas, a autora Maria Berenice Dias (2013 b, p.381) também traz em sua obra três requisitos para o reconhecimento da posse do estado de filho, que são:

(a) *tractatus* – quando o filho é tratado como tal, criado, educado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe; (b) *nominatio* – usa o nome da família e assim se apresenta; e (c) *reputatio* – é conhecido pela opinião pública como pertencente à família de seus pais (DIAS, 2013 b, p.381).

Com base na doutrina pátria é possível dizer que a filiação afetiva é decorrente da posse do estado de filho, e vem acompanhado de todos os efeitos que um filho biológico teria, como o direito a alimentos e o direito à herança.

E ainda os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 691) arrematam em sua obra que:

A filiação socioafetiva não está lastreada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na

publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas. Socioafetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão-dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pais e filhos. Apresenta-se, desse modo, o critério socioafetivo de determinação do estado de filho como um tempero ao império da genética, representando uma verdadeira desbiologização da filiação, fazendo com que o vínculo paterno-filial não esteja aprisionado somente na transmissão de gens. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.691).

Visto os dois tipos de filiação, é necessário trazer algumas considerações a respeito da filiação no âmbito da reprodução humana assistida, dessa forma, também analisando o tema a luz do Código Civil de 2022.

#### 2.1.4 FILIAÇÃO NO ÂMBITO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Em nosso ordenamento existe algumas formas de paternidade decorrentes de reprodução humana assistida, podemos encontrar essas formas no Código Civil de 2002, onde trata sobre esse assunto em três incisos no art. 1.597 do referido diploma:

**Art. 1.597.** 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.

Com base no artigo supracitado, podemos observar que os incisos III e IV se referem a técnica de reprodução assistida homóloga, em que o material genético usado no procedimento é do casal, e o inciso V trata sobre a inseminação artificial heteróloga, onde se usa os gametas de um terceiro, e a paternidade é presumida, caso haja autorização prévia do marido.

Como o inciso V do art. 1.597, trata da inseminação heteróloga e não faz relação com o presente trabalho, iremos somente analisar os outros dois incisos III e IV do mesmo artigo, pois se referem ao método homólogo, ao qual é tema central deste estudo.

Após de uma prévia análise dos incisos III e IV é possível dizer que eles tratam sobre a presunção de paternidade na técnica de inseminação artificial homóloga, mesmo que o genitor já tenha falecido.

Por mais que algumas doutrinas não aceitem a questão da inseminação artificial homóloga *post mortem*, como já trazido no capítulo anterior, é de suma

importância demonstrar que o Código Civil autoriza esse tipo de procedimento, que poderá tanto ser usado o sêmen do genitor que ficou crio preservado, quanto a inseminação do embrião excedentário.

Exposto isso é necessário se fazer a distinção entre o embrião e o gameta congelado: “quando se utiliza o sêmen congelado, só há gameta do marido ou companheiro. [...] Já quando se trata de embrião, normalmente há carga genética de ambos os cônjuges e uma vida em potencial” (BERALDO, 2012, p.68).

Posto isso, podemos concluir que foi admitido pelo Código Civil de forma expressa em seu art. 1.597, a técnica de inseminação artificial homóloga póstuma e presumida a paternidade do marido, já que se utilizou do material genético do falecido.

Já quanto a modalidade de filiação que decorre do art. 1.597, inciso III e IV do Código Civil, pode-se dizer que é filiação biológica, já que essa modalidade da técnica é homóloga, onde se utiliza o material genético do casal. Mas se tratando do inciso V a filiação é afetiva, pois decorre do procedimento heterólogo, e mesmo que o marido tenha dado sua autorização prévia o material genético não será dele e sim de um terceiro alheio ao casal, após essa aceitação, será presumida a paternidade absoluta, pois ambos almejavam constituir família, com base nisso, a III Jornada de Direito Civil em seu enunciado nº 258 trouxe respaldo legal quanto ao assunto.

Com base no que foi escrito, Maria Berenice Dias (2013 b, p.369) expressa em seu livro que:

A presunção de paternidade sempre teve como justificativa a verdade biológica, ou seja, gerava a lei uma certeza ficta com base na probabilidade de um vínculo genético. Tratando-se de inseminação artificial heteróloga, a presunção de paternidade é exclusivamente baseada na verdade afetiva. É reconhecida a filiação mesmo diante da certeza da inexistência de filiação biológica. Como é utilizado material genético de doador anônimo, a verdade real deixou de ser pressuposto para o estabelecimento da presunção de paternidade (DIAS, 2013 b, p. 369).

Ainda se tratando do art. 1.597 do Código Civil, em que pese tenha expresso em seu texto que somente poderia ter a inseminação na viúva, há ainda quem considere que o viúvo também possa se utilizar deste material genético deixado pela esposa. A autora Anna de Moraes Salle Beraldo (2012, p. 104), tem esse entendimento em seu livro, por mais que seja uma hipótese mais difícil de acontecer, mas ela fundamenta esse pensamento com base no princípio constitucional de igualdade entre homens e mulheres no âmbito familiar, e assim expressa em seu livro “o mais coerente ou é permitir a reprodução assistida post mortem tanto para o homem quanto para a mulher, ou, se se entender que haverá prejuízos à criança, que seja

vetado para ambos os sexos”.

Ainda na mesma obra (2012, p.104), a autora entende que apesar do Código Civil fazer referência ao “marido” no inciso III, se analisado e estendendo o entendimento o §3º do art. 226 da Constituição Federal, que trata sobre o reconhecimento da união estável como entidade familiar, pode ser aceita também na união estável a utilização da reprodução assistida *post mortem*. Ela expressa ainda que, “havendo essa declaração, não há razão plausível para se negar o procedimento, pois, embora na união estável não haja presunção da paternidade, outros meios serão utilizados para haver o reconhecimento daquele filho” (BERALDO, 2012, p.104).

### **3 DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS E A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM***

Neste capítulo será abordado acerca dos direitos sucessórios, faz-se necessário tecer algumas considerações gerais sobre assunto, para que depois seja analisada as questões sucessórias decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Se tratando do conceito do direito das sucessões, para Orlando Gomes (2019, p.1) os efeitos da morte da pessoa natural, é um dos modos de aquisição da propriedade.

Já Maria Helena Diniz (2014, p. 17) conceitua o direito das sucessões como “o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou testamento”.

Nesse mesmo sentido os autores Luciano Figueiredo e Roberto Figueiredo (2014, p.524) dispõe sobre o assunto em seu livro:

Este ramo do direito civil, que disciplina, a partir do evento morte, o que se deve fazer com o patrimônio jurídico transmissível (material ou imaterial) do falecido (de cujos), levando em consideração a vontade do mesmo (real ou presumida), os ativos e passivos, bem como a presença, ou não, de eventuais herdeiros, para, deste modo, transmitir todas estas relações do finado a quem de direito (FIGUEIREDO, 2012, p.524).

O direito sucessório é, portanto, o método de como será a transmissão do patrimônio, direitos e obrigações do falecido após sua morte, constituindo assim, um conjunto de regras e princípios reguladores que nortearam a partilha desses bens.

A sucessão poderá ocorrer *inter vivos* que será a sucessão por atos entre vivos, que acontecerá no âmbito do direito contratual, a partir de um acordo entre as partes, e também poderá ocorrer *causa mortis* que é a sucessão por força de morte, onde será estudada pelo direito das sucessões. (AUGUSTO, APUD, TARTUCE; SIMÃO, 2020, p. 81).

### 3.1.1 PRESUPOSTOS DO DIREITO SUCESSÓRIO

Para melhor entendimento sobre as regras pertinentes a sucessão é necessário compreender os pressupostos para aplicar os direitos sucessórios.

Os autores Luciano Figueiredo e Roberto Figueiredo (2014, p.527), trazem dois pressupostos da sucessão *mortis causa*, o primeiro seria a morte do *de cujus*, pois sem ela não existiria o direito sucessório, até mesmo porque o Código Civil no art. 426, não é permitido a contratação da herança de pessoa viva. E o segundo pressuposto seria a existência de pessoas físicas ou jurídicas legitimadas para suceder a herança, porque para se efetive a transmissão dos bens é necessário ter o falecido e quem irá receber a herança.

Para que seja efetivada a transmissão da herança precisa ter ocorrido o elemento morte, então é importante que seja dito mais sobre esse elemento tão importante para o direito da sucessão.

Conforme o Código Civil a morte poderá ser de forma presumida ou natural.

Abaixo será conceituado melhor os dois tipos de morte:

A morte natural verifica-se com a cessão das atividades cerebrais do indivíduo, devendo tal fato ser atestado por profissionais de medicina, segundo as técnicas seguidas usualmente pela ciência. Já a morte presumida decorre da ausência, que vem disciplinada no Capítulo III, Título I, Livro I da Parte Geral do Código Civil, mas que agora se admite também nas hipóteses do art. 7º do CC, o que representa inovação relativa ao direito anterior, uma vez que a prévia decretação da ausência não se faz necessária, podendo-se reconhecer a morte de imediato, sempre que a hipótese fática amoldar-se à previsão legal referida. (AUGUSTO, APUD, HIRONAKA, 2020, p. 82).

Por esse motivo é imperioso saber o exato momento da morte do indivíduo, tendo em vista a comoriência, que está expressa no art. 8º do CC de 2002, “Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos”. Sendo assim, caso ocorra a aplicação da comoriência, será aberta cadeias

sucessórias distintas, não havendo a sucessão entre os dois indivíduos que faleceram no mesmo momento (AUGUSTO, 2020, p. 82).

### 3.1.2 NATUREZA JURÍDICA DA HERANÇA

A natureza jurídica da herança segundo Flávio Tartuce (2012, p.13) é a:

universalidade de direito, um bem imóvel por determinação legal (art. 80, II do CC), submetido ao regime jurídico de condomínio indivisível, motivo pelo qual a transmissão da herança exigirá escritura pública (art. 1.793 do CC), bem como exigirá a outorga conjugal, salvo se o regime de casamento for o da separação absoluta (art. 1.647, I do CC) (TARTUCE, 2012, p.13).

A herança então é o conjunto de bens, direitos e obrigações que serão objetos de transferência, à serem transmitidos a uma ou mais pessoas, após o falecimento de um indivíduo. Sendo denominada em certas ocasiões como espólio do falecido.

### 3.1.3 DISTINÇÃO ENTRE HERDEIRO E LEGATÁRIO

É importante tratarmos dos herdeiros e legatários, já que mais a frente será tratada sobre a sucessão legítima onde precisaremos diferenciar um do outro.

De acordo com Orlando Gomes (2019, p.4) em seu livro ele explica que:

Sucede a *título universal* quem recolhe a totalidade dos bens da herança ou uma fração aritmética da universalidade. Sucede a *título singular* quem recebe bens determinados, certa generalidade de coisas, ou uma quota concreta de bens. [...] Quem sucede a título universal é o herdeiro. Quem sucede a título singular, legatário (GOMES, 2019, p. 4).

Então os herdeiros, são aqueles que sucederão a título universal e o legatário será aquele que sucederá os bens a título singular.

## 3.2 CAPACIDADE SUCESSÓRIA

A capacidade sucessória é fator principal que faz com que alguém tenha direito a receber a herança. Trata-se de um pressuposto para ser titular do direito sucessório

invocado (CAHALI; HIRONAKA, 2000, p. 134).

Em regra, para saber quem é legítimo para receber a herança é necessário recorrer ao art. 1.798 do CC de 2002, que estabelece que as pessoas nascidas ou aquelas que já concebidas no momento da sucessão.

Para efeitos de abertura da sucessão entende-se que é o momento do falecimento, e posteriormente é apurado quem legitimidade para suceder (DINIZ, 2014, p.34).

Olhando brevemente a sucessão da pessoa física, é possível observar que, o nascituro também possui capacidade sucessório, a única condição que é imposta é que o nascimento da criança seja com vida. Sendo assim, caso o genitor faleça durante a gestação estará assegurado a criança todos os direitos sucessórios advindos desta filiação.

De acordo com Maria Helena Diniz (2014, p.62) “A capacidade sucessória do nascituro é excepcional, já que só sucederá se nascer com vida, havendo um estado de pendência da transmissão hereditária”.

Já para Fábio Ulhoa Coelho,

(...) para que não ocorra discriminação da filiação, deve-se considerar que os embriões crioconservados produzidos com material genético fornecido por pessoas casadas ou em união estável têm capacidade para suceder se vierem um dia a ser inseminados e nascerem com vida (...) (COELHO, p. 2006, p.235).

O pensamento deste autor já é o que mais se assemelha com a Constituição Federal, tendo em vista os princípios constitucionais que foram citados aqui neste trabalho como da igualdade entre os filhos e o livre planejamento familiar.

O ato de suceder será de acordo com o que está previsto em lei e conforme disposição testamentária deixada pelo falecido.

### 3.2.1 Sucessão legítima

A sucessão legítima é advinda da lei, onde será exposto quem terá legitimidade para ser herdeiro através da ordem de vocação hereditária. A autora Daniela Moreira Augusto (2020, p.89), expressa em seu livro que a sucessão legítima também poderá ser chamada de *ab intestato*, já que se não houver testamento antes da morte da pessoa, a sucessão deverá seguir o que é disposto em nossa legislação.

Acerca deste instituto vem a legislação em seu art. 1.788 do Código Civil, elencando as hipóteses que será cabível:

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo (BRASIL, 2002).

Sendo assim, se o *de cuius* vier a falecer e não deixar testamento, e houver herdeiros necessários, será necessário separar para eles uma parte desta herança, ou nos casos em que há testamento, mas por motivo de caducidade ou for considerado nulo, a sucessão seguirá da mesma forma quando não há testamento.

Orlando Gomes em sua obra trouxe a definição de sucessão legítima:

Ocorre quando o falecido não houver disposto, no todo ou em parte, dos bens, em testamento válido, ou quando não pode dispor de parte desses bens por ter *herdeiros necessários*. Na segunda hipótese, dá-se inevitavelmente. Denomina-se sucessão legitimária.

Em suma, há sucessão legítima quando:

- a) tem o autor da herança herdeiros que, de pleno direito, fazem jus a recolher uma parte dos bens;
- b) o testador não dispõe de todos os seus bens;
- c) o testamento caduca;
- d) o testamento é declarado inválido.

A existência de testamento não exclui, portanto, a *sucessão legítima*, porquanto, ainda sendo válido e eficaz, se dará havendo *herdeiros obrigatórios* ou havendo bens excedentes das disposições testamentárias (GOMES, 2019, p. 30).

Com base nisso a sucessão legítima é aquela em que somente o herdeiro tem direito de suceder, porque é uma sucessão a título universal, que se baseia na totalidade do patrimônio ou uma quota parte, diferente no que acontece na sucessão testamentária, pois terá o herdeiro e o legatário.

Para que seja esclarecido o ponto sobre as espécies de herdeiros faz-se necessário conceituar um por um, para que se entenda como ocorre a sucessão legítima e depois podermos adentrar na parte de ordem de vocação hereditária.

O autor Orlando Gomes (2019, p.31) expressa em sua obra que o herdeiro legítimo “é a pessoa indicada na lei como sucessor nos casos de *sucessão legal*, a quem se transmite a totalidade ou *quota-parte* da herança”. E o herdeiro testamentário “é o sucessor a título universal nomeado em testamento”.

Seguindo o mesmo pensamento Luciano Figueiredo e Roberto Figueiredo (2014, p.552) expõe: “O legítimo é aquele beneficiado por força de lei (arts. 1.829 e 1.790 do CC/02) e o testamentário o foi por força da vontade do autor da herança”.

A partir disso, o herdeiro legítimo é aquele que tem esse direito por lei, nunca excluindo a vontade do *de cuius*. E ainda a legislação civil inclui como herdeiros os necessários e facultativos. E os herdeiros testamentários seriam aqueles que o

falecido destinou uma parte de seu patrimônio, através de um ato de última vontade.

Conforme supramencionado, os herdeiros necessários, conforme o Código Civil de 2002 em seu art. 1.845 são “os descendentes, os ascendentes e o cônjuge” (BRASIL, 2002). Já os herdeiros facultativos de acordo com o art. 1.839 são aqueles que “Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até quarto grau” (BRASIL, 2002).

Os parentes mais distantes estão incluídos no rol dos herdeiros facultativos, pois podem ser privados da herança. Esse é o critério que serve para dividir a sucessão legítima em necessária e facultativa. Quando o autor da herança é casado, tem descendentes ou ascendentes, necessariamente a metade de seu patrimônio a eles se destina – por isso, sucessão necessária: decorre da existência de herdeiros necessários. É facultativa a sucessão quando o de cujus, ao morrer, vivia em união estável ou tinha somente parentes colaterais de segundo, terceiro ou quarto grau: irmãos, sobrinhos, sobrinhos-netos, tios-avós ou primos. Todos têm legitimidade para herdar, daí sucessão legítima. Mas só herdam se o falecido não tinha herdeiros necessários, ou se ele não destinou todo o patrimônio aos herdeiros testamentários (DIAS, 2013, p. 114).

Conforme disposto, os herdeiros necessários serão sempre prioridade e terão um tratamento diferenciado dos demais herdeiros, e os herdeiros facultativos só irão aparecer na partilha da herança, caso não haja herdeiros necessários e se o falecido não tiver deixado seus bens destinados a terceiros por meio de testamento.

Este tratamento diferenciado que os herdeiros obrigatórios ou necessários têm é previsto por lei, que conforme a autora Daniela Moreira Augusto (2020, p.91) expressa que: “no âmbito do direito das sucessões há a chamada legítima, que corresponde à reserva de 50% do patrimônio do de cujus aos herdeiros necessários, parcela esta que não poderá sofrer disposição por parte do testador”.

Neste sentido, o art. 1.789 do Código Civil de 2002 traz que: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.

Não podendo então o autor da herança dispor de todo seu patrimônio para terceiros, pois a lei expressa que pelo menos 50% deverão ser destinados aos herdeiros necessários.

### 3.2.2 Sucessão testamentária

A sucessão testamentária se dá por disposição de última vontade do falecido, sendo feito por meio de testamento.

Segundo Maria Helena Diniz (2014, p.204) esse tipo de testamento é pouco

utilizado no Brasil, já que a ordem de vocação hereditária por sucessão legítima abrange várias pessoas da família do falecido, como por exemplo filhos, netos, bisnetos, ascendentes, cônjuge. Então para esse tipo de testamento só seria usado para contemplar estranhos ou para algumas pessoas que por meio de legados iam se beneficiar.

A sucessão testamentária está disposta no art. 1.857 do Código Civil de 2002 que expõe que:

Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1<sup>o</sup>-A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

§ 2<sup>o</sup>-São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado (BRASIL, 2002).

Observando o texto do artigo é possível ver que o próprio dispositivo impõe alguns limites quanto ao ato de disposição de última vontade do *de cuius*. E sem esquecer que fora esse limite estabelecido pelo artigo supracitado, há também o limite quanto a disposição dos bens, já que 50% do patrimônio terá que ser destinado a herdeiros necessários ou obrigatórios.

Sendo assim,

A sucessão testamentária dá-se por disposição de última vontade. Havendo herdeiros necessários (ascendentes, descendentes ou cônjuge), divide-se a herança em duas partes iguais e o testador só poderá dispor livremente da metade, denominada porção disponível, para outorgá-la ao cônjuge sobrevivente, a qualquer de seus herdeiros ou mesmo a estranhos, pois a outra constitui legítima, àqueles assegurada no art. 1.846 do Código Civil (GONÇALVES, 2009, p. 25).

Portanto, o testador deverá reservar aos herdeiros necessários a parcela que lhes são de direito, somente não receberão a sua parte se forem deserdados ou excluídos da sucessão por indignidade. Caso não haja nenhum herdeiro legítimo, o testador poderá dispor de 100% do seu patrimônio.

A autora Daniela Moreira Augusto traz em seu livro o conceito de testamento e expõe que:

O testamento é um negócio jurídico com efeito mortis causa, um ato unilateral de última vontade do testador, revogável a qualquer tempo, solene – já que requer a observância das formalidades determinadas na lei, e personalíssimo, pois será o testamento elaborado unicamente pelo testador, não se admitindo interferência de outra vontade (AUGUSTO, APUD, VENOSA, 2020, p.95).

Quanto a capacidade de testar os autores Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2012, p. 290) explicam que o Código Civil em seu art. 1.860 impede o ato de testar dos relativamente incapazes e os absolutamente incapazes, e somente abre exceção para o menor púbere de 16 anos completos, sem a necessidade de

acompanhamento dos pais ou tutores.

Feito essa breve consideram acerca da sucessão testamentária é necessário trazer aqui neste trabalho a problemática da prole eventual, que será desenvolvida no tópico a seguir.

### 3.2.2.1 PROLE AVENTUAL

Anteriormente foi analisado um pouco sobre a sucessão testamentária onde ficou explícito que é necessário a capacidade de testar do autor da herança. Mas, fora isso, também é necessário que os beneficiários tenham legitimidade para que esse testamento seja válido.

A autora Maria Berenice Dias (2013, p. 339) explica em seu livro que “na sucessão testamentária é necessária dupla ordem de legitimação: a capacidade de testar do titular dos bens e a legitimidade dos beneficiários para suceder por testamento”.

Quanto a legitimidade passiva o art. 1.798 do CC esclarece que poderão suceder as pessoas nascidas ou já concebidas até o momento da abertura da sucessão. Porém, o legislador trouxe mais três possibilidades, e elas estão no art. 1.799, do CC:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:  
I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;  
II - as pessoas jurídicas;  
III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação (BRASIL, 2002).

É possível observar que no art. 1.798 do CC é legitimado somente os filhos preexistentes e os que já foram concebidos até a abertura da sucessão, porém no artigo seguinte 1.799 o Código Civil trouxe mais possibilidade, e expressou em seu texto que mesmo os filhos que ainda não concebidos, pela pessoa indicada pelo testador tem direito a suceder.

Nesse sentido a autora Daniela Moreira Augusto (2020, p. 98), traz em seu livro que no caso dos embriões concebidos *in vitro*, ainda, dependeria da vontade de pessoas que estejam interessadas na implantação do embrião.

O inciso primeiro do art. 1.799 do CC, traz a possibilidade de sucessão à

aqueles filhos que ainda não foram concebidos, desde que sejam concebidos posteriormente por pessoas que o testador indicou, é sobre esse inciso que a doutrina denomina como “prole eventual”. Já que o testador eventualmente estaria destinando uma parte do seu patrimônio para um eventual filho, que esteja vivo no momento da sucessão, sendo esse patrimônio destinado a uma pessoa que possa administrar os bens (curador), até que a criança nasça (AUGUSTO, 2020, p. 99).

Seguindo a mesma linha de pensamento, o autor Francisco José Cahali (2007, p. 24), dispõe que:

Na primeira dessas hipóteses, trata-se da legitimidade passiva atribuída pelo legislador à prole eventual de pessoa ou pessoas que o testador gostaria de beneficiar. A lei exige que as pessoas indicadas como genitoras dos futuros sucessores estejam vivas ao tempo da abertura da sucessão. Nesse caso, então, o juiz deverá indicar um curador que zelará pelos bens atribuídos aos herdeiros eventuais, curatela que caberá, salvo disposição em contrário do testador, à pessoa cuja prole eventual foi agraciada (CAHALI, 2007, p. 24).

O Código Civil de 2002 no art. 1.800 dispõe que o juiz nomeará um curador para que sejam confiados a ele os bens da herança, durante a gestação da criança, salvo disposição em contrário, sendo cabível a genitora de quem o falecido esperava ter o herdeiro. E se decorrido o prazo de 2 anos, a partir da abertura da sucessão não tiver sido concebido o herdeiro que o testador esperava, aqueles bens que foram reservados para a criança passarão para os herdeiros legítimos.

Fazendo uma relação da prole eventual com a inseminação homóloga *post mortem*, pode se dizer que é questionado se o filho concebido após o falecimento do pai poderia se utilizar desse instituto para que a criança possa ter acesso a herança do falecido.

### **3.3 PETIÇÃO DE HERANÇA**

Por último, não menos importante é necessário analisar as questões acerca da petição de herança.

Para que seja estabelecido melhor definição sobre petição de herança o professor Cristiano Chaves de Farias (2007, p. 70), expressa que:

A medida judicial cabível para que se obtenha o reconhecimento da qualidade de herdeiro, bem como para pleitear o recebimento dos bens que compõem a herança, inclusive com os seus rendimentos e acessórios (FARIAS, 2007, p. 70).

Seguindo a mesma linha de raciocínio Flávio Tartuce e José Simão (2012, p.98), entendem que o objetivo da petição de herança é a declaração do direito

sucessório do herdeiro, da quota que lhe é devida e a condenação que fará a destituição dos bens.

O Código Civil trouxe em seu texto o artigo 1.824 que trata sobre a petição de herança, *in verbis*:

Art. 1.824. 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 possui (BRASIL, 2002).

Ainda sobre o assunto Orlando Gomes (2019, p. 203) acrescenta: “Propõem-na não somente para obter o reconhecimento judicial de sua *qualidade sucessória*, mas, também, a restituição dos bens da herança, em parte ou na sua totalidade”.

Portanto, a petição de herança é uma forma a assegurar os direitos dos herdeiros, resguardando os direitos sucessórios, caso seja necessário.

Quanto as pessoas que podem se utilizar desse instituto Cristiano Chaves de Farias (2007, p.73), expressa que o polo ativo será aquele que diz ser herdeiro ou co-herdeiro, que pretende ser reconhecido como tal e tomar posse da sua quota de bens. Podendo também o substituto do herdeiro testamentário e o sucessor do herdeiro legítimo ajuizar ação.

Com base nisso, pode se dizer que essa petição de herança seria uma possível forma de reivindicar os direitos sucessórios do filho concebido *post mortem*.

O Supremo Tribunal Federal dispõe a Súmula 149 onde trata sobre o prazo prescricional da ação de petição de herança, nela é expresso que “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

Sobre essa Súmula a autora Anna de Moraes Salles Beraldo (2012, p. 178-179) afirma:

Ainda no que tange à Súmula nº 149 do STF, vale esclarecer que na ação de investigação de paternidade, que se trata de uma ação de estado, o autor pretende obter o reconhecimento de seu estado de filiação. Nesse sentido, a referida ação não se sujeita a prazo extintivo. No entanto, a pretensão patrimonial decorrente desse vínculo de filiação obedece a prazo prescricional. No caso da ação de petição de herança, a lógica é semelhante. O reconhecimento da qualidade de herdeiro não se sujeita a prazo extintivo, mas a produção dos efeitos desse reconhecimento, ou seja, a pretensão de integral satisfação no tocante ao acervo hereditário prescreve em 10 anos a contar da abertura da sucessão.

[...] O artigo 205 do Código Civil é uma cláusula geral sobre prescrição que deve ser adotada quando determinada pretensão não tenha prazo específico previsto. A referida disposição prevê o prazo prescricional de 10 anos quando a lei não tenha fixado prazo menor. Este é exatamente o caso da ação de petição de herança (BERALDO, 2012, p. 178-179).

Levando em conta a prescribibilidade da ação de petição de herança, e considerando que o legislador não colocou prazo para essa modalidade, deverá ser

utilizada a regra geral do artigo 205 do Código Civil de 2002, *in verbis*: “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

Podendo concluir que a sucessão hereditária tem segurança jurídica relativa. E que durante o período de dez anos, poderá ser reconhecido um herdeiro, através desse instituto.

### **3.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES**

Faz-se necessário demonstrar alguns princípios fundamentais para o tema em estudo, diante da omissão que legislação traz. A seguir será tratado sobre princípios que servirão como norteadores, a fim de fazer com que haja um entrosamento do direito com o campo da ciência.

#### **3.4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O princípio da dignidade da pessoa humana se encontra no art. 1º, III da Constituição Federal, a maior incidência pode ser vista no campo do Direito de Família após sua mudança de perspectiva.

Nesse sentido a autora Anna de Moraes Salles Beraldo (2012, p.45) expressa que a família “deixa de ser merecedora de proteção em si mesmo como instituição, passando, diante de seu aspecto solidarista, a ser funcionalizada”. A autora afirma aqui que a família passou a ser lugar de fortalecimento de dignidade dos seus membros.

O autor Paulo Lôbo (2011, p. 60) analisa e conceitua o princípio da dignidade humana como “núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”.

Nesse mesmo sentido, para Maria Berenice Dias (2013, p.65) o princípio da dignidade da pessoa humana “é o mais universal dos princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania,

igualdade e solidariedade”. Para a autora esse princípio teve grande influência no direito de família, possibilitando que todos os entes da família tenham uma dignidade de forma igual.

A Constituição Federal estabeleceu como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, e esse princípio teve grande influência no direito de família, que possibilitou que as entidades familiares deixassem de ser um lugar de submissão, e garantiu que todos pudessem exercer sua dignidade de forma plena (AUGUSTO, 2020, 116).

### **3.4.2 PRINCÍPIO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR**

O princípio do livre planejamento familiar foi assegurado pela Constituição Federal de 1988 onde expressou sobre ele no art. 226, §7º, deixando livre para o casal fazer seu planejamento familiar, e colocando o Estado somente para ampará-los, quanto a recursos educacionais e científicos.

Maria Helena Diniz (2011, p.166) traz em seu livro que a Constituição Federal: veio a consagrar o direito ao planejamento familiar, que não está vinculado à política de controle demográfico, mas à liberdade de decisão de cada casal, que passa a ser responsável pelo número de filhos, assim como por seu desenvolvimento físico e moral, educação, saúde e proteção (DINIZ, 2011, p.166).

Nesse sentido, o planejamento familiar fica livre para que o casal decida se deseja ou não construir projetos parentais, e somente eles poderão decidir o Estado em momento algum poderá interferir nesse projeto. Podemos afirmar que esse princípio é alicerçado na autonomia privada, pois o casal terá o direito de decidir se terão ou não filhos, quantos serão, e qual será o espaçamento de tempo entre os filhos (AUGUSTO, 2020, p. 117).

A lei 9.263/96 trouxe a regulamentação que esclarece melhor como funciona o planejamento familiar como direito de todos, trouxe um conceito sobre esse assunto em seu art. 2º que declara o planejamento familiar como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garante direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Com base nisso, pode-se dizer que o Estado só irá auxiliar o casal com programas como o sistema único de saúde que auxiliará desde o nascimento até

morte, a esta prole também será oferecido educação, entre outras formas que o Estado encontrará para amparar a família.

Convém também lembrar que o instituto do livre planejamento familiar também irá amparar aquelas proles que decidirem efetivar a maternidade e paternidade por meio das técnicas de reprodução assistida.

Desta forma, Maria Berenice Dias (2013, p.366) afirma que

O acesso aos modernos métodos de reprodução assistida é igualmente garantido em sede constitucional, pois planejamento familiar significa realização de projetos de parentalidade (DIAS, 2013, p.366).

À vista disso, somente o casal decidirá se fará uso das técnicas em caso de esterilidade ou infertilidade, e essa decisão será tomada de forma consciente sem interferência, respaldando somente nas informações prestadas pelas clínicas onde é feito esses tipos de procedimentos.

### 3.4.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS

O princípio da igualdade entre os filhos foi inserido na Constituição Federal de 1988, haja à vista que a constituição anterior tratava dos filhos de forma desigual. A Constituição Federal atual de 1988 trouxe em seu texto o art. 227, § 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”.

Com base nesse artigo, fica claro que qualquer pessoa advinda de qualquer forma de relação, sendo dentro de um casamento ou não é filho legítimo sem distinção.

Anna de Moraes Salles Beraldo (2012, p.46) expõe em seu livro:

Outro reflexo dessa mudança de perspectiva foi a disposição expressa pela Carta Magna no artigo 227 do princípio da igualdade entre os filhos e a proibição de qualquer forma de discriminação. Essa foi uma grande conquista, já que por muitos anos os filhos decorrentes de relações extramatrimoniais não gozavam de proteção. Hoje, os descendentes possuem todos os direitos, independentemente da origem de filiação. Esse princípio é bastante relevante no que tange às técnicas de reprodução assistida, pois ainda há um impasse entre doutrinadores quanto a alguns direitos nos procedimentos post mortem (BERALDO, 2012, p.46).

Nesse sentido, a autora afirma não poderá existir qualquer discriminação entre filhos, incluindo assim os filhos decorrentes inseminação artificial *post mortem*, que deverão ter todos os direitos assegurados, inclusive os direitos sucessórios.

Se tratando de Constituição Federal fica claro que ela é suprema, sendo assim ela fica acima de qualquer dispositivo infraconstitucional, portanto qualquer lei que traga a discriminação de um dos filhos será presumida inconstitucional.

O texto do art. 227, §6º da Constituição Federal foi reproduzido tanto no Código Civil de 2002, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) que frisaram a ideia de igualdade entre os filhos.

Nesse sentido Paulo Lôbo (2011, p.217) expressou que:

A norma constitucional não necessitava de concretização infraconstitucional, porque é dotada de força normativa própria, suficiente e autoexecutável. Todavia, a sua reprodução no artigo introdutório do capítulo do Código Civil destinado à filiação contribui para reforçar sua natureza de fundamento, assentado no princípio da igualdade, determinante de todas as normas subsequentes (LÔBO, 2011, p. 217).

Fica claro que não deve se fazer qualquer distinção no que tange a filiação, essa ideia foi reproduzida no Código Civil de 2002 no art. 1.596. Sendo assim, o tratamento da criança concebida por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem*, deverá ser o mesmo perante os seus irmãos, tratando-o de forma isonômica, tanto no campo da filiação do Código Civil em seu art. 1.597, III e IV, quanto no âmbito dos direitos sucessórios (AUGUSTO, 2020, p.121).

Por mais que seja clara essa disposição por parte da Constituição Federal de 1988 ainda há uma grande controvérsia da doutrina a acerca dos direitos sucessórios desse filho concebido, pois alguns doutrinadores se utilizam do art. 1.709 do CC para fundamentar que aberta a sucessão o filho concebido *post mortem* não terá direito a herança.

Sendo assim, esse tipo de sucessão somente seria possível se fosse por meio de sucessão testamentária.

### **3.5 DA AUSÊNCIA DE DIREITO SUCESSÓRIO DO NOVO FILHO CONCEBIDO**

Conforme visto no decorrer do trabalho é possível dizer que há uma grande discussão acerca dos direitos sucessórios, pois os doutrinadores nem sempre apoiam a concepção após a morte do genitor.

Com base nisso, é necessário falar sobre esse assunto tão contraditório.

O art. 1.798 do Código Civil dispõe sobre as pessoas que são legitimadas a

sucedem, ou seja, as pessoas que na abertura da sucessão já eram nascidas ou aquelas que já tinham sido concebidas antes da morte do *de cuius*.

É imprescindível trazer autores que comentam sobre o assunto, nesse sentido, um dos autores que afirma que é impossível a sucessão dos bens do falecido na inseminação artificial *post mortem* é Caio Mário da Silva Pereira (2014, p.459) que entende que a “reforma legislativa deverá prever tal hipótese, até mesmo para atender ao princípio constitucional da não discriminação de filhos”. Segundo o autor, seria necessária uma reforma legislativa para ser viável os direitos sucessórios do filho concebido posteriormente a morte do genitor, e assim não iria ferir nenhum princípio constitucional, como o princípio da igualdade entre os filhos.

Já os autores Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2013, p. 675), trazem a possibilidade ou não de ter direito sucessório na inseminação póstuma e ainda diferenciam se o embrião excedentário ou sêmen criopreservado teria o direito de suceder:

Não é demais reiterar a interessante discussão sobre os efeitos sucessórios decorrentes da fertilização assistida. Promovendo uma interpretação sistêmica dos comandos do art. 1.597, III e 1.798 do Código de 2002, diferentes conclusões surgem. Se já havia concepção laboratorial, quando do falecimento do genitor, o filho terá direito sucessório, uma vez que o art. 1.798 é de clareza solar ao afirmar que a capacidade para suceder é reconhecida em favor de quem nasceu ou já foi concebido. Ora, não havendo diferenciação entre a concepção uterina ou laboratorial, é forçoso concluir que ambas estão abarcadas, em homenagem ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos (que é princípio de inclusão). A outro giro, se não havia concepção, ou seja, em se tratando apenas de sêmen congelado, sem que tenha ocorrido a concepção laboratorial, não há o que se falar em direito sucessório, exatamente pelo princípio da isonomia porque as situações são absolutamente distintas e a igualdade substancial consiste em tratar desigualmente quem está em situação desigual (CHAVES; ROSENDA, 2013, p.675).

Os autores afirmam, que somente seria possível o direito sucessório se fosse no caso de embriões excedentários, pois eles teriam sido concebidos do falecimento do *de cuius* e assim teria respaldo legal pelo art. 1.798 do Código Civil de 2002. Já se tratando do sêmen congelado seria um pouco diferente, pois a criança advinda de uma inseminação desse material genético após o falecimento do genitor, não teria seus direitos sucessórios garantidos, já que para a inseminação seria necessário a junção do material genético do casal, e assim resultaria em uma falta de respaldo legal.

Já outra parte dos doutrinadores, entendem que a divisão dos bens deve ocorrer em espaço curto do tempo, pois aberta a sucessão seria necessário a fixação dos herdeiros e como esse herdeiro não teria sido concebido ainda geraria uma

insegurança jurídica aos demais filhos (NOMURA-SANTIAGO, 2021, p. 125-127).

Essas correntes trazem pontos de vistas diferentes, o primeiro autor afirma que a criança concebida por inseminação artificial não poderia ter direitos sucessório se levar em conta o que está escrito no art. 1.798 do Código Civil de 2002. Em contraponto, o autor seguinte entende que somente não seria possível se utilizasse o sêmen criopreservado, pois teria que fazer as junções dos materiais genéticos após o falecimento do genitor. Mas que no caso dos embriões criopreservados seria possível essa futura criança suceder os bens do genitor, já que a concepção teria ocorrido antes da abertura da sucessão, mesmo que se fosse o caso de ocorrer em um laboratório, e ficando para momento posterior somente a implantação no corpo da mulher.

### **3.5.1 Da possibilidade de sucessão testamentária**

Por mais que haja a negativa por parte dos autores quanto ao direito de suceder do filho implantado por meio inseminação artificial homóloga post mortem, seja por embriões excedentários ou por sêmen congelado do falecido, certo é que o Código Civil de 2002 prevê em seu texto que é possível a sucessão testamentária e/ou a prole eventual, como já discutido anteriormente, eles poderiam suceder, conforme art. 1.799 do CC, “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

Há doutrinadores que defendem que somente será possível o direito de sucessão dos filhos nascidos por meio de técnicas de inseminação artificial homóloga *post mortem* se fosse por meio de disposição de última vontade do falecido, e que nele deveria ser apreciado o instituto da prole eventual. Em contraponto, caso não houvesse testamento, não haveria a possibilidade da criança a herdar os bens do *de cuius*.

A autora Maria Helena Diniz (2011, p. 60) entende que não há possibilidade do filho concebido por meio de inseminação póstuma, ser considerado legítimo a suceder, já que a criança seria concebida após o falecimento do genitor. Ainda seguindo o pensamento da autora supracitada, o único jeito que essa criança teria para ter direito a sucessão seria através de um testamento, disposição de última

vontade, e nele deveria prever a sucessão à prole eventual. Outro autor que também aceita a ideia da possibilidade de sucessão por meio de testamento é Silvio de Salvo Venosa (2003, p.283) que entende no seu livro que:

No sistema do novo Código, o princípio geral sucessório é idêntico: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (art. 1.798). Desse modo, os filhos concebidos, *post mortem*, sob qualquer técnica, não serão herdeiros. O novo código abre uma válvula restrita para essa hipótese, permitindo que unicamente na sucessão testamentária possam ser chamados a suceder o filho esperado de pessoa indicada, mas não concebido, aguardando-se até dois anos sua concepção e nascimento após a abertura da sucessão, com a reserva de bens da herança, art. 1.799, I e 1.800 (VENOSA, 2003, p.283).

Concordando também com a ideia de sucessão através de testamento do *de cuius*, e possibilitando que o filho possa suceder se utilizando do instituto da prole eventual.

Portanto, se seguir a linha de pensamento desses doutrinadores e já que Código Civil prevê esse procedimento no art. 1.597 e o art. 1.799, em que possibilita por meio de testamento beneficiar filho, mesmo que ainda não foi concebido, terá a criança direito a suceder os bens do falecido.

### 3.5.2 Da possibilidade de sucessão legítima

Como visto anteriormente a grande problemática estaria na inseminação *post mortem* do sêmen congelado do genitor falecido, já que em relação aos embriões excedentários a implantação pode ser feita e não gera maiores discussões quanto a isso, isso porque só o ato de formação do embrião já pressupõe a concepção mesma que seja em laboratório e seja feito a partir do material genético do casal, e isso não faria com que perdesse sua legitimidade sucessória, como prevê o art. 1.798 do Código Civil que confere aos nascidos e já concebidos no momento da abertura da sucessão, sem distinção entre ser artificial ou natural (AUGUSTO, 2020, p.132).

Quanto aos embriões excedentários houve a III Jornada de Direito Civil, tratou sobre o assunto em seu Enunciado nº 267, *in verbis*:

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 (CJF, Enunciado 267, 2018).

Desta forma, sendo o embrião criopreservado implantado mesmo antes do

falecimento do genitor fica claro a sua qualidade de herdeiro necessário, conforme está previsto no art. 1.829 do Código Civil de 2002.

Mas quando se fala em inseminação homóloga póstuma decorrente de sêmen congelado, como já visto, há vários doutrinadores que defendem a inexistência do direito sucessório, porém existe ainda poucos doutrinadores que entendem que se tratando da igualdade entre os filhos e o melhor interesse da criança, esse filho teria sim o direito de sucessão legítima, ou seja, ter o direito de ser um herdeiro necessário, tendo o mesmo tratamento, sendo ele considerado da mesma forma que um filho concebido antes do falecimento do genitor.

Tendo isso em vista, o autor Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, Maria Berenice Dias (2013, p.377) entendem que:

Cabe lembrar que a legislação não proíbe a inseminação post mortem e a Constituição consagra a igualdade entre os filhos. Não se pode, portanto, admitir legislação infraconstitucional restritiva de direito do filho assim concebido. Esta é a posição de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, que invoca ainda o princípio da liberdade e o direito ao planejamento familiar, ambos consagrados em sede constitucional. Com isso, reconhece plenos efeitos à inseminação artificial homóloga post mortem e amplos direitos sucessórios, não se restringindo à sucessão testamentária. A possibilidade de não se reconhecerem direitos à criança concebida mediante fecundação artificial post mortem pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno (DIAS, APUD, FILHO, 2013, p.377).

Ainda, nesse contexto a autora Maria Berenice Dias (2013, p.338), afirma que com base no princípio constitucional da isonomia filial é assegurado o direito de filiação mesmo que ainda não concebido, dessa forma não podendo ser excluído da sucessão e devendo ser considerado como como herdeiro necessário e legítimo.

Carlos Roberto Gonçalves (2009, p.57-58) também se posiciona no mesmo sentido:

A doutrina brasileira se inclina no sentido de negar legitimação para suceder aos filhos havidos por métodos de reprodução assistida, quer na hipótese de a morte do ascendente preceder à concepção, quer na de implantação de embriões depois de aberta a sucessão. Solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação post mortem. Não há como esquivar-se, todavia, do disposto nos arts. 1.597 do Código Civil e 227, §6º da Constituição Federal. O primeiro afirma que se presumem “concebidos” na constância do casamento “os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido” (inciso III). O segundo consagra a absoluta igualdade de direitos entre os filhos, proibindo qualquer distinção ou discriminação. Se, assim, na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes da fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “concebidos na constância do casamento”, não se justifica a exclusão 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 Federal (GONÇALVES, 2009, p. 57-58).

Sendo assim, não poderá ocorrer nenhuma discriminação entre os filhos, portanto deverá colocar o filho concebido em inseminação artificial *post mortem* em pé de igualdade com os demais descendentes desse genitor falecido, respeitando o princípio constitucional da isonomia entre os filhos. Podendo ainda esse filho fazer jus a sua quota-parte da sucessão testamentária através da petição de herança.

### 3.6 DO DIREITO COMPARADO

Diante da ausência de legislação específica que regule as técnicas de inseminação artificial homóloga *post mortem* no Brasil, e considerando a grande contradição que existe em nossa legislação, que traz insegurança jurídica aos envolvidos nesse método de reprodução assistida, faz-se necessário a comparação aos demais países onde se tem legislações específicas. Será feito a comparação com os seguintes países: França, Espanha e Reino Unido.

#### 3.6.1 França

Quanto as técnicas de reprodução assistida, a lei francesa entende que são práticas clínicas e biológicas, que não são feitas de forma natural, ou seja, sexual (NOMURA-SANTIAGO, 2021, p.145).

A autora Maria Carolina Nomura-Santiago (2021, p.146) afirma em sua obra que “A França foi o primeiro país do mundo em que se discutiu a questão da inseminação *post mortem*, e, conseqüentemente, o direito à filiação e à herança do embrião criopreservado, em 1984, com o caso Parpalaix”. O caso em comento já foi discutido anteriormente nesse trabalho, onde foi explicado como ocorreu o caso Parpalaix.

Atualmente a França proíbe que haja reprodução assistida *post mortem*, e que se houver ato de disposição do falecido, essa perderá seus efeitos automaticamente com a morte do *de cuius* (GOZZO, 2013, p. 266-267).

Porém, há a uma proposta legislativa no sentido de reconhecer os direitos

sucessórios do filho concebido posteriormente a morte do genitor, que autorizaria direito de suceder desse filho, desde que o *de cuius* tenha deixado de forma expressa sua vontade, e que somente poderia suceder se a inseminação ocorre no máximo 180 dias após a morte do genitor (NOMURA-SANTIAGO, APUD, LEITE, 2021, p. 147).

Com base nisso, somente é autorizado pela lei francesa a inseminação nos casos em que ambos os genitores estiverem vivos, após a morte de um deles não é possível fazer a inseminação se utilizando material genético do falecido.

Há também um projeto de Bioética apresentado no Senado francês que busca revogar o art. 715 do Código Civil Francês, implementando em seu lugar os artigos 724-2 a 724-5, que irá mudar a atual redação onde exclui os filhos concebidos após a morte do genitor, essa nova redação irá tratar sobre a nomeação de curador para gerir o espólio do falecido, o direito de a mãe garantir os direitos do nascituro, e outras questões pertinentes ao inventário da sucessão (NOMURA-SANTIAGO, 2021, p.148-149).

Portanto, é possível observar que a legislador francesa tem o interesse em mudar a legislação para que passe a ser autorizado os direitos sucessórios dos filhos concebidos por meio da inseminação artificial *post mortem*.

### 3.6.2 Espanha

Na Espanha foi reconhecido o direito de procriar através de técnicas de reprodução assistida, sem que precise ter um projeto parental, pela Lei nº 35/1998. O ordenamento jurídico da Espanha permite que uma mulher sozinha sem cônjuge possa recorrer a métodos de reprodução assistida para efetivar seu desejo de ser mãe (AGUIAR, 2005, p.132).

A inseminação homóloga é permitida, e o filho gerado através desse método terá os mesmos direitos de filho natural. Nesse caso, o ordenamento jurídico da Espanha é idêntico ao que é previsto em nosso Código Civil, onde presume a paternidade, e esse reconhecimento será forçado ou voluntário (GAMA, 2003, p.268).

O livre desenvolvimento da personalidade, engloba o direito à procriação e é assegurado pela Constituição Espanhola. Com base nisso, o ordenamento jurídico da Espanha admite o uso da técnica de inseminação artificial *post mortem* (AGUIAR,

2005, p.132).

Insta salientar, que segundo a autora Maria Carolina Nomura-Santiago (2021, p.147),

A Espanha permite a implantação *post mortem* sob duas condições:

I- os pais devem ter dado seu consentimento por meio de testamento ou qualquer outro documento que demonstre autenticidade;

II- e que a implantação ou inseminação do material genético ocorram dentro de um ano após a morte de um dos cônjuges (NOMURA-SANTIAGO, 2021, p.147).

Portanto, é colocado esse prazo de um ano após a morte do cônjuge para que possa ser garantido todos os direitos inerentes à filiação e assim resguardar o melhor interesse da criança.

### 3.6.3 Reino Unido

A primeira lei a ser criada sobre a reprodução assistida no Reino Unido foi a *Human Fertilisation and Embryology Act* (HFEA) em 1990 (NOMURA-SANTIAGO, 2021, p.153).

A autora Maria Carolina Nomura-Santiago ainda fala que,

Em 2003 foi criada uma lei relativa à procriação assistida *post mortem*, que permite a inclusão de determinados dados relativos ao marido ou companheiro da mãe no registro do estado civil, bem como na certidão de nascimento da criança. Este registro está sujeito a certas condições: a) consentimento por escrito para concepção *post mortem* e para ser tratado como o pai da criança; b) ele deve concordar com o levantamento do sigilo médico; c) a mãe deve assinar uma declaração escrita no prazo de 42 dias após o nascimento da criança (21 dias na Escócia), declarando que deseja que o nome do pai seja registrado e fornecer um atestado médico descrevendo o tratamento médico seguido (NOMURA-SANTIAGO, 2021, p.153).

A lei específica trouxe ainda um tratamento digno para a criança advinda desse tipo de reprodução assistida, concedendo a ela o seu registro em nome do genitor falecido.

Porém essa lei não trata de forma explícita sobre os direitos sucessórios, ela somente trata sobre o registro e os cuidados que serão tomados com a criança após o nascimento afim de resguardar o seu bem-estar.

A referida autora Maria Carolina Nomura-Santiago (2021, p.155) ainda comenta que somente na Lei de Herança, que trata sobre esse direito da criança concebida de forma póstuma, e nela fica claro que essa criança não terá direito a suceder os bens do genitor.

## CONCLUSÃO

Através das técnicas de reprodução assistida que foi discutida ao longo deste trabalho foi desenvolvida com o intuito de solucionar a infertilidade e a esterilidade e assim tornou possível o sonho de muitas pessoas em se tornarem pais e construir uma família.

Essas técnicas são divididas em dois métodos quais sejam a fertilização *in vitro* e a fertilização *in vivo*, ou seja, inseminação artificial, sendo possível a implantação deste embrião em laboratórios especializados nessa técnica, onde são implantados no corpo da mulher, e também a o método onde o sêmen do homem é inserido no organismo feminino seja o material genético do marido ou de um terceiro doador.

A criança será concebida de forma artificial ao contrário do que acontece quando é se utilizado o método natural.

Foi desenvolvido também nesse estudo, que a inseminação poderá ocorrer tanto de forma heteróloga quanto de forma homóloga, o que vai diferenciar esses métodos são a origem deles, e para que seja realizado esses procedimentos em laboratório é obrigatório o consentimento expresso do casal ou somente da pessoa que está realizando o procedimento, se tratando de pessoas solteiras.

É de suma importância lembrar que também foi apontado que aqui no Brasil não há lei específica que regule a reprodução humana assistida, somente há resoluções por parte do Conselho Federal de Medicina.

Com relação a inseminação artificial homóloga póstuma, é um método que é utilizado por viúva ou companheira que queira se utilizar do sêmen do marido falecido e assim obter um fruto dessa relação com o genitor. Poderá ser utilizado tanto o sêmen quanto o embrião criopreservado que será concebido através do material genético do casal.

Logo após foi tratado sobre evolução de como se vê o conceito de família hoje em dia, e demonstrado o avanço na constituição que antigamente fazia distinção entre os filhos e após a Constituição Federal de 1988 mudou o modo de tratamento sobre os filhos advindo dentro do casamento ou fora dele e fazendo com que todos sejam considerados iguais perante família e a sociedade. Esse ponto em que levou todos os filhos a terem a mesmo tipo de tratamento é o grande ponto a favor da reprodução assistida *post mortem*, pois com base nisso pode haver a possibilidade desse filho

concebido posteriormente a morte de seu genitor ter direito a uma parte da herança.

Na área do direito de família, o Código Civil de 2002 trouxe no art. 1.597 onde traz três incisos com hipóteses de presunção de paternidade e um dos incisos prevê que até mesmo os filhos concebidos por inseminação artificial homóloga *post mortem* tem direito a presunção de paternidade.

Porém, quando se trata da inseminação artificial homóloga póstuma foi possível observar que o direito ao livre planejamento familiar não é absoluto, pois a viúva ou companheira sempre encontrará empecilhos que irão limitar esse direito a procriação advinda do genitor falecido.

Com relação a necessidade de autorização do falecido para a utilização posteriormente de seu material genético, é imprescindível já que sem essa autorização a esposa não terá direito ao uso de gameta. Nesse sentido o Direito Civil na sua I Jornada criou o Enunciado nº 106 onde prevê essa prévia autorização por parte do genitor.

Quanto ao direito sucessórios, foi discutidos bastante sobre esse assunto no capítulo anterior, onde ficou claro que após a morte do *de cuius* será aberta a sucessão onde terá um marco temporal para que seja averiguado a legitimidade sucessórios dos herdeiros, onde poderá ser distribuída tanto para os herdeiros necessários como para os testamentários, aqueles que por disposição de última vontade foram apontados pelo *de cuius* como merecedor de sua herança, sendo necessário que o falecido observe as regras do testamento, pois não poderá ele passar para terceiros mais de 50% de seus bens, se houver herdeiros necessários, sendo disposto no testamento a doação de mais da metade de bens para terceiros, será esse invalidado, pois não foi observado a obrigatoriedade da reserva de 50% dos bens para os herdeiros obrigatórios.

Se tratando da sucessão dos filhos decorrentes de inseminação artificial homóloga *post mortem*, haverá grande discussão, pois os doutrinadores iram divergir quanto a isso, já que maioria deles afirmam que somente os embriões criopreservados, após implantado poderia suceder a herança do genitor falecido, o motivo seria porque esse embrião foi implantado em laboratório antes do falecimento do *de cuius*, essa tese é respaldada pelo art. 1798 do Código Civil de 2002.

Quanto ao sêmen congelado do *de cuius* grande parte da doutrina alega que a criança concebida após a morte do genitor não teria direito a suceder, porem há alguns doutrinadores que defendem que há a possibilidade dessa criança ter direito à

herança, e afirmam que isso seria possível através da sucessão testamentária, utilizando-se do dispositivo da prole eventual como embasamento, e que o prazo máximo para essa concepção seria de dois anos, conforme se encontra apoio legal no art. 1.800, §4º do Código Civil de 2002.

Ainda há o art. 1.799, I do CC que poderia assegurar o direito sucessório do filho concebido *post mortem*, pois será indicado pelo testador o direito dessa criança. Porém o fato de resguardar o direito dessa criança pelo testamento não exclui a possibilidade de ele ser reconhecido como herdeiro legítimo do testador.

Foi disposto ainda neste trabalho que é possível, com base em alguns doutrinadores o filho concebido *post mortem* ter direito de fazer parte dos herdeiros necessários, já que a Constituição Federal proíbe qualquer discriminação entre os filhos, sendo necessário tratar todos da mesma forma, conforme art. 227, § 6º da CF/88.

Portanto, sendo esse filho descendente do falecido, mesmo advindo de uma inseminação artificial *post mortem*, esta criança deve suceder tanto por meio da sucessão testamentária, quanto de forma legítima, podendo resguardar esse direito através da petição de herança, desde que dentro do prazo. Optando o Estado por fazer uma lei onde proíba esse procedimento, seria um retrocesso, diante dos avanços da sociedade e do campo médico-científico. Sendo assim, necessário a criação de uma lei onde traga respaldo legal para esse filho, com base no que é disposto pela Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Carlos Cavalcanti. **Fecundação artificial post mortem e odireito sucessório**. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/8.pdf](https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf).

Acesso em: 01 mar 2022.

AMATO, Juliana. **Infertilidade e esterilidade: você conhece a diferença**.

Disponível em: <https://fertilidade.org/infertilidade-e-esterilidade-voce-conhece-a-diferenca/>. Acesso em 20 mar 2022.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. **Considerações sobre o**

**congelamento de embriões**. In: CASABONA, Carlos Maíra Romeo; QUEIROZ,

Juliane Fernandes. (Coord.) Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas. 1 ed..

Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

AUGUSTO, Daniela Moreira. **Inseminação artificial homóloga post mortem e**

**questões sucessórias decorrentes**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020

Edição do Kindle.

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. 01 ed. Rio de Janeiro: Editora

Forense, 2005.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua**

**aplicação post mortem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

Acesso em: 19 mar 2022.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 15 abr 2022.

BRASIL. **Estatuto da Criança e Adolescente**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm) . Acesso em: 19 mar 2022.

BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Súmula nº 149.** É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula149/false>. Acesso em: 08 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 301.** Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade. Disponível [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_23\\_capSumula301.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf). Acesso em: 08 maio 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº258**, aprovado na Jornada de Direito Civil III, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/506>. Acesso em 23 abr 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº267**, aprovado na Jornada de Direito Civil III, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Consulta de Enunciados (cjf.jus.br)<https://cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526?msckid=44ddbc08d0b211ecaa8816659fa52b3e>. Acesso em: 08 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 9.263, 12 de janeiro de 1996. Planejamento Familiar. Brasília. Disponível em:[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9263.htm?msckid=0024d024d0e011ec8b2751db0e0de585](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm?msckid=0024d024d0e011ec8b2751db0e0de585). Acesso em: 08 maio 2022.

BARCIBONTE, Christian de Paul; PESSINI, Léo. **Fundamentos da Bioética.**

1. ed. São Paulo: Paulus, 1996.

CFM - Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.013**, Seção VIII. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2013. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf> Acesso em: 25 mar 2022.

CFM - Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.013**, Seção VIII. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2013. Disponível em: [http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/legislacao/resolucao\\_CFM\\_1957-2010.pdf](http://www.mp.ce.gov.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/legislacao/resolucao_CFM_1957-2010.pdf) Acesso em: 25 mar 2022.

CFM - Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.294**, Seção I. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2021. Disponível em: [https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294\\_2021.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf). Acesso em: 25 mar 2022.

CARTÃO SUS. **Como conseguir tratamento de infertilidade: Fertilização in vitro pelo SUS 2022**. Disponível em: <https://cartaodosus.info/fertilizacao-in-vitro-pelo-sus/> Acesso em: 20 mar 2022.

CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coords.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). **Direito das sucessões**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil**: Vol. 6. Direito das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: RT, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Vol. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

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

DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

DELFIM, Marcio Rodrigo. **As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem**. Revista Síntese de Direito de Família nº 65. São Paulo: Editora Síntese, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. V. 05. Direito de Família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Vol. 06: Famílias**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Vol. 06: Famílias**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito Civil – Famílias e Sucessões**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução assistida e suas conseqüências nas relações de família: A filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 1. ed. – 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Vol. VII – Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1 ed.. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Livro. (1 recurso online). ISBN 9788530986049. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530986049>. Acesso em: 24 abr.

2022.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Inseminação post mortem e a resolução n. 1957/2010 do conselho federal de medicina: do equívoco ético ao comportamento jurídico**.

In: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.) *Bioética e direitos fundamentais*. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito civil, v. 5: famílias**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

Livro. (1 recurso online). ISBN 9786555596281. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786555596281>. Acesso em: 24 abr. 2022.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAIA, Michel. **A reprodução assistida ante à lei canônica**. 2016. Disponível em: <https://michelberruezo.jusbrasil.com.br/artigos/305302538/a-reproducao-assistida-ante-a-lei-canonica>. Acesso em: 01 março 2022.

MEIRELLES, Jussara Maria Lealde. **Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o novo código civil brasileiro e o texto constitucional**. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETTO, Vicente de Paulo (Coords.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 7. ed. São Paulo: RT, 2009.

NOMURA-SANTIAGO, Maria Carolina. **Post mortem: a questão sucessória de embriões criopreservados**. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume V. *Direito de família*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Reprodução assistida post mortem: aspectos jurídicos de filiação e sucessórios**. Curitiba: Ed. UFPR, 2015.

SBRA, Associação Brasileira de Reprodução Assistida. **Imprensa nacional aborda crescimento da procura por reprodução assistida nesta pandemia**.

<https://sbra.com.br/noticias/imprensa-nacional-aborda-crescimento-da-procura-por-reproducao-assistida-nesta-pandemia/>. Acesso em: 20 mar 2022.

TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. Direito Civil v. 6 – **Direito das Sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Ensaio de Bioética e Direito**. 2a ed. Brasília: Consulex, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – **Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.