



FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE - FANESE
CURSO DE DIREITO

ANA REBECA OLIVEIRA DE JESUS

DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO IN VITRO *POST MORTEM* GENITOR

ARACAJU
2023

R58d

JESUS, Ana Rebeca Oliveira de

Direito sucessório do embrião in vitro post mortem
genitor / Ana Rebeca Oliveira de Jesus. - Aracaju, 2023.
16 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo)
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.
Coordenação de Direito.

Orientador(a): Prof. Me. Edson de Oliveira da Silva
1. Direito 2. Sucessão 3. Filiação 4. Reprodução
artificial I Título

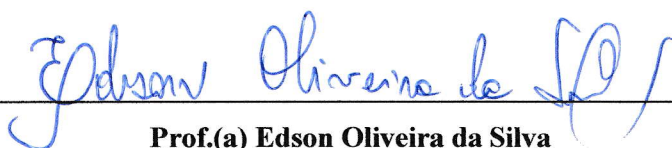
CDU 34 (045)

ANA REBECA OLIVEIRA DE JESUS

DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO *IN VITRO POST MORTEM* GENITOR

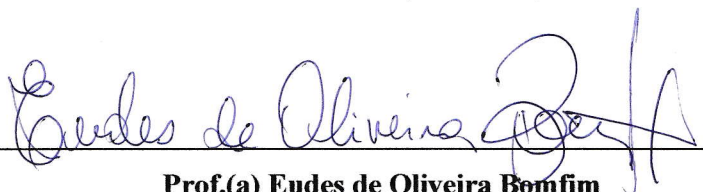
Artigo Científico apresentado à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE, como requisito parcial e elemento obrigatório para a obtenção do grau de bacharel em Direito no período de 2023.1.

Aprovado com média: 10,0



Prof.(a) Edson Oliveira da Silva

1º Examinador (Orientador)



Prof.(a) Eudes de Oliveira Bomfim

2º Examinador(a)



Prof.(a) Rafaella Victória Pinheiro da Silva

3º Examinador(a)

Aracaju (SE), 10 de junho de 2023

Direito sucessório do embrião *in vitro post mortem* genitor^{1*}

Ana Rebeca Oliveira de Jesus

RESUMO

A reprodução assistida, indiscutivelmente, é resultado de avanços sociais, tecnológicos e científicos. Em razão disso houveram inovações no campo biotecnológico, mas que se ligam diretamente ao Direito Sucessório, em virtude do uso da técnica de conservação do material genético do genitor mesmo após sua morte. Todavia, essa técnica, não possui o amparo jurídico devido, evidenciando a omissão existente na lei brasileira, por ser esse assunto algo inovador. Por isso, essas inovações possibilitam que sejam realizados os métodos de inseminação artificial homóloga *post mortem*, que é aquela que ocorre após o falecimento do genitor. Por este motivo o objetivo principal deste trabalho é a análise do direito que possui o embrião fecundado *post mortem* do genitor uma vez que existe o seguinte questionamento: O embrião que foi concebido por meio da técnica de reprodução assistida *post mortem* do genitor deve ter direitos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro? A metodologia utilizada no presente trabalho baseou-se no modo de pesquisa qualitativa através do método dedutivo, utilizando instrumentos técnicos bibliográficos e documentais, assim como, aplicou-se a técnica da análise de conteúdo de Bardin (2016) para análise das informações contidas. Por isso, a primeira seção deste trabalho discorre acerca da reprodução assistida e como ela se dá aqui no Brasil, analisando também os critérios de filiação. A segunda seção trata acerca do direito sucessório e faz uma breve análise da capacidade para que se possa suceder. A terceira seção faz uma análise sucessória do embrião concebido *post mortem* do genitor, observando as garantias no texto constitucional e o Código Civil, apontando a omissão de norma regulamentadora e sugerindo que seja criada norma específica para o assunto para que ocorra uma pacificação doutrinária, jurisprudencial e o pleno exercício desse direito. O presente trabalho traz os posicionamentos doutrinários, legais, evidenciando o direito sucessório do embrião e apresentando motivações para que brevemente exista norma regulamentadora desse assunto, observando a importância social e os impactos jurídicos no Direito Sucessório e de Família.

Palavras-chave: Sucessão. Filiação. Reprodução artificial

^{1*} Artigo apresentado à banca examinadora do curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, em abril de 2023, como critério parcial e obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Edson Oliveira da Silva.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo analisar a tutela jurídica dada ao embrião *post mortem* do genitor, observando as regras aplicadas ao direito sucessório e a omissão legislativa que trate especificamente desse assunto.

A inovação tecnológica representa um grande passo para a humanidade possibilitando coisas até inimagináveis, no campo da biomedicina, sendo vista a possibilidade de armazenamento de material genético em clínicas de reprodução assistida, inclusive com a utilização de material mesmo após a morte dos pais para possibilitar a concepção e filho.

Embora grande progresso tenha sido feito no campo da biomedicina, a tecnologia de reprodução trouxe consequências no âmbito legal, enquanto o artigo 1.597 do Código Civil de 2002 assegura a presunção de paternidade para os filhos concebidos *post mortem*, porém, no art. 1.798 do referido dispositivo legal, há previsão de que sejam apenas quem já foi concebido ou nasceu no momento da abertura, está legitimado a ingressar na sucessão.

Em virtude disso, a presente investigação apresenta como objetivo geral, o uso do material genético mesmo após a morte do genitor para viabilizar a concepção de um filho, e a legitimidade deste para ser sucessor.

Os estudos sobre a temática proposta evidenciam que a doutrina majoritária acompanha o entendimento que há garantias no Direito Sucessório que devem ser dadas ao embrião. Partindo dessa premissa inicial, o estudo reflete acerca do problema sociojurídico que envolve a legitimidade nos direitos sucessórios do embrião concebido *post mortem*, ante a lacuna legislativa.

Dentro desta perspectiva, com o estudo proposto foi gerada a seguinte problemática: O embrião que foi concebido por meio da técnica de reprodução assistida *post mortem* do genitor deve ter direitos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro?

Esse questionamento é presente em nosso judiciário em virtude das inovações sociais, tecnológicas e na medicina, encontrando vários posicionamentos para essa questão, por não haver pacificação sobre essa temática, tendo em vista a ausência legislativa.

O arranjo metodológico que englobou o presente estudo amparou-se na pesquisa qualitativa recorrendo ao método dedutivo, usando instrumentos técnicos bibliográficos e documentais, bem como, recorrendo a análise de conteúdo de Bardin visando produzir inferências acerca da temática estudada. A partir da técnica da análise de conteúdo de Bardin (2016) busca-se analisar as informações contidas nesta pesquisa.

Então, possuindo o ordenamento jurídico um vácuo legislativo diante da ausência de regulamentação legal específica que trate da reprodução assistida, este trabalho procura realizar uma análise dos princípios direitos constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana, bem como a análise reflexão das correntes científicas que tratam do tema, para fins de apresentação soluções capazes de assegurar e garantir a legitimidade nos direitos sucessórios uma criança concebida *post mortem* do genitor.

Os direitos sucessórios dos filhos que são concebidos por meio da reprodução assistida após a morte do de autor da herança é tema de grande relevância, porém pouco disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar da lei prever essa presunção de paternidade e assim esses filhos serem herdeiros legítimos, a questão ganha relevância em relação aos direitos resguardados desse futuro filho, a falta de positivação insurge uma insegurança jurídica.

Por isso, a primeira seção deste trabalho discorre acerca da reprodução assistida e como ela se dá aqui no Brasil, analisando também os critérios de filiação. A Segunda seção trata acerca do direito sucessório e uma breve análise da capacidade para que se possa suceder. A terceira seção faz uma análise sucessória do embrião concebido *post mortem* do genitor, observando as garantias no texto constitucional e o Código Civil, apontando a omissão de norma regulamentadora e sugerindo que esta seja criada para que ocorra uma pacificação doutrinária, jurisprudencial e o pleno exercício desse direito.

Diante dessa lacuna e por conta da falta de legislação específica, têm-se diferentes correntes doutrinárias que tratam acerca dos efeitos sucessórios da inseminação *post mortem*. Com isso, o presente trabalho traz os posicionamentos doutrinários, legais, evidenciando o direito sucessório do embrião e apresentando motivações para que brevemente exista norma regulamentadora desse assunto, observando a importância social e os impactos jurídicos do mesmo.

Por isso, é evidente a necessidade de analisar o problema em questão, a fim de elucidar os direitos sucessórios cabíveis ao embrião, com o objetivo de diminuir quaisquer prejuízos que venham a ser causados por ausência legislativa.

2 A FILIAÇÃO E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

É sabido que muitos casais possuem o desejo de procriar de forma natural, porém vários deles têm este sonho interrompido devido a infertilidade que os fazem recorrer a métodos de reprodução assistida. Com isso, as mulheres aumentam a probabilidade de engravidar ou até mesmo adiar a maternidade, como assim preferir, uma vez que a ciência traz essa segurança para quem quer fazer seu planejamento familiar.

Com isso, a reprodução humana assistida surge como um avanço tecnológico que de maneira bastante simples, visa possibilitar a constituição de prole a quem ordinariamente não reunia condições para tanto. A reprodução humana assistida pode ser conceituada como o procedimento ou técnica de manipulação de material genético que tem por objetivo a procriação.

Para Lira (2017, p.21), a filiação é a forma que a espécie humana usa para perpetuar através de descendentes o seu legado, podendo estes ser naturais ou por unicamente, vínculo afetivo, sendo a filiação biológica um modelo natural por possuir liame sanguíneo com os pais. Todavia, também é possível perceber que a relação de filiação inclui e pressupõe uma multiplicidade de possibilidades, incluindo os mais diversos núcleos familiares e não se limitando ao núcleo biológico.

Rizzardo (2005, p. 404) destaca que desde os tempos antigos, a relação de filiação tem sido o vínculo mais importante para conectar e aproximar as pessoas. Há então, um vínculo inato, oriundo da própria natureza, que nasce instintivamente e estende-se por toda a vida do ser humano. Esse vínculo entre os pais, os laços de parentesco nunca desaparecem, porque se revelam no comportamento da pessoa, tanto quão variado, mais duradouro e mais profundo do que qualquer outra relação.

A reprodução humana assistida surge como um avanço tecnológico que, de maneira bastante simples, visa possibilitar a constituição de prole a quem ordinariamente não reunia condições para tanto.

Acerca da forma de reprodução assistida, Azevedo (2006, p. 69) destaca que a técnica de reprodução humana ocorre por diversos estudos de como se faz a manipulação do material genético para que se formem embriões, sendo assim possível solucionar a pior consequência causada pela infertilidade e atendendo a esse direito de perpetuação. Desse modo, técnicas de reprodução assistida, como por exemplo a fertilização *in vitro*, a transferência intratubária de gametas, doação de óvulos ou espermatozoides, surgem como técnicas para satisfazer o desejo de ter um filho através do método natural.

É imperioso destacar que essa técnica de reprodução inovadora no campo medicinal se divide em dois aspectos, sendo que pode ser de forma homóloga ou heteróloga, o que varia de acordo com o tipo de coleta que será usado na prática do procedimento de reprodução.

Assim sendo, dispõe Rodrigues (2006, p. 314) faz a identificação adequada de cada dessas expressões, onde será como homóloga a inseminação artificial que tem material genético dos cônjuges, e chama de heteróloga a inseminação artificial que usa sêmen de terceiro. Logo, será homóloga a técnica de reprodução em que o material genético a ser utilizado seja do próprio casal. Por sua vez, é heteróloga o tipo de inseminação em que se usa o material genético de terceira pessoa.

2.1 CRITÉRIOS IMPORTANTES NA FILIAÇÃO

Como analisado por Dias (2013, p. 360), no contexto do século XX, a família que se originava através do casamento, seria a única configuração familiar que merecia reconhecimento e que gozava de proteção do Estado, tanto é que, esta sempre foi chamada de família legítima. Logo, há de se observar que a filiação é oriunda de uma evolução histórica que originou garantias legais, abrangendo esse instituto.

O parâmetro mais elementar do estabelecimento das relações de parentesco é a fixação da filiação, entendida esta como a relação de parentesco de primeiro grau que vincula uma descendente a seu ascendente imediato.

Exatamente visando garantir a viabilidade do estabelecimento desse parentesco o legislador pátrio traz algumas presunções da paternidade, contudo o faz de maneira absolutamente superficial e manifestamente anacrônica, pois apenas firma tais presunções em caso de pessoas que estejam unidas pelo vínculo do casamento e pressupondo que elas apenas venham a manter relações sexuais após contraírem o matrimônio, como se constata dos incisos I e II do art. 1597 do Código Civil.

Nessa observância histórica tem a Lei nº 3.071/1996, a qual dizia que a filiação seria legítima, em caso do filho ser fruto de casamento, e seria ilegítimo, se o filho fosse oriundo de relação fora do matrimônio. Assim, ocorreu o chamado *pater is est quem nuptiae demonstrat*, em que a filiação era determinada pelo casamento.

Todavia, a Constituição Federal de 1988 alterou tal conceito, trazendo avanços no âmbito jurídico, afetando o Direito de Família porque destacou a filiação não somente em um laço biológico, como passou a ser observado outros fatores, como por exemplo, afeto e identificação.

Apesar de o texto constitucional e o Código Civil não conceituar expressamente a filiação, o entendimento doutrinário define. Com isso, houve então uma nova conceituação para a filiação onde se verificou que foi possível haver o reconhecimento da filiação dos filhos, independentemente se o filho é adotado ou fruto dos avanços da medicina.

Mesmo não conceituando expressamente, o texto constitucional destacou princípios que são pilares do Direito Familiar, tais como o princípio da igualdade dos filhos, sendo todos iguais perante a lei, como também o princípio da dignidade da pessoa humana, o que impede qualquer diferença jurídica entre os filhos.

O parâmetro mais elementar do estabelecimento das relações de parentesco é a fixação da filiação, entendida esta como a relação de parentesco de primeiro grau que vincula uma descendente a seu ascendente imediato. Exatamente visando garantir a viabilidade do estabelecimento desse parentesco o legislador pátrio traz algumas presunções da paternidade, contudo o faz de maneira absolutamente superficial e manifestamente anacrônica, pois apenas firma tais presunções em caso de pessoas que estejam unidas pelo vínculo do casamento e pressupondo que elas apenas venham a manter relações sexuais após contraírem o matrimônio, como se constata dos incisos I e II do art. 1597 do Código Civil.

Para que se evite qualquer dúvida, o entendimento atualmente posto é de que as expressões trazidas nos incisos III, IV e V do art. 1.597 serão todas compreendidas como técnicas de reprodução assistida, como bem consignou o Enunciado 105 do Conselho da Justiça Federal aprovado na I Jornada de Direito Civil.

Todavia, este entendimento não abrangeu as ideias de utilização de óvulos doados e de gestação de substituição, como fixado pelo Enunciado 257 do Conselho da Justiça Federal aprovado na III Jornada de Direito Civil:

As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial", constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição. (Enunciado 257 da III Jornada de Direito Civil)

As disposições do artigo 227, parágrafo 6º da Constituição, cita que os descendentes são sequência familiar, independente se esse que vai herdar é fruto do casamento ou se veio da adoção. Dessa forma, vão ser equiparados, possuindo as mesmas qualificações, direitos e deveres, e qualquer coisa que atente contra isso, vai ser tratado como conteúdo discriminatório.

Como reforço ao artigo, Dias (2013, p. 364) cita sobre a filiação se edificar sob a força de três bases constitucionais. O primeiro pilar é a oriundo do princípio da igualdade dos filhos,

depois tem o encerramento do estado de filho do se ligando ao estado civil, e por fim, a doutrina de proteção integral.

Logo, se igualam as tipologias relacionadas à filiação, não estando esta ligada a sua origem, e sendo impedido atos que venham a fazer essa distinção discriminatória, uma vez que se ampara no texto constitucional.

Seguindo esse raciocínio, Hironaka (2000) destaca que deve se dar o devido reconhecimento da paternidade de também aos filhos oriundos por meio do método de inseminação artificial assistida, sendo que este embrião irá ser membro de uma instituição familiar e assim sendo, o princípio basilar que em primeiro lugar rege essa questão é o afeto. Por isso, esse embrião deve receber as incumbências inerentes à filiação.

Validando esse pensamento, no texto do artigo 1.597, inciso III do Código Civil ressalta que ocorre a paternidade daquele filho oriundo por meio de inseminação artificial homóloga, ainda que falecido o seu genitor.

Em virtude disso, há um avanço além do prisma normativo, que chega até a mentalidade humana, uma vez que o afeto foi colocado como base principal para a caracterização de filiação no âmbito familiar.

3 A SUCESSÃO E O DIREITO BRASILEIRO

A consequência jurídica imediata da morte é o início do processo de herança. Assim, entre os legítimos que sucedem, o ordenamento jurídico existente assegura uma "preferência" entre eles.

Considerando a atual estrutura sucessória prevista em nosso ordenamento jurídico é de se entender indissociável a filiação e herança, salvo a incidência de alguma das situações indicadas para a indignidade ou deserdação.

A transmissão dos bens que compõem o acervo hereditário pode se dar via testamento – sucessão testamentária – ou através da sucessão legítima, hipótese em que se obedece a uma “escala de preferência” legalmente delineada, a chamada ordem de vocação hereditária, que está disposta no art. 1.829 do diploma civil.

Com isso é coerente afirmar que a autorização para a utilização *post mortem* do material genético tem o condão inafastável de conferir ao nascido de tal técnica a condição de herdeiro, em manifestação tácita. Analisa-se inicialmente o que é suceder, para que então repercutir seus efeitos jurídicos.

Venosa (2008, p. 12) define suceder como “substituir ou pegar o lugar de outrem no âmbito dos fenômenos jurídicos”. Logo, se verifica uma relação jurídica em que se muda o titular, por meio do *inter vivos* ou *mortis causa*, acerca dos bens que o falecido deixa para outro que adquire o gozo e as obrigações que está ligado ao patrimônio.

Com base numa interpretação sistemática, fundada essencialmente no disposto no art. 227, § 6º da Constituição Federal, parece ser inconteste o direito sucessório desse filho, ante a impossibilidade de que se venha a dar tratamento distinto entre os filhos.

Nessa perspectiva, o Direito Sucessório é o núcleo de normas jurídicas que dispõe acerca da transmissão de determinado patrimônio que foi deixado pelo *de cujus* aos seus sucessores seja por meio de lei ou do testamento.

Válido é o esclarecimento sobre essa herança, a qual é definida como sendo o campo de relações jurídicas com caráter patrimonial onde o *de cujus* era o sujeito ativo ou passivo. Assim sendo, essa herança de imediato, a partir do falecimento do *de cujus*, *se transmite* aos herdeiros sejam eles legítimos ou testamentários.

Por essa perspectiva, temos a aplicação do Princípio da *Saisine* ou *Droit de Saisine*, o qual o Código Civil é adepto e por isso destaca no artigo 1.784 que que sendo aberta a sucessão, a herança, há de ser transmitida aos herdeiros legítimos e testamentários.

O entendimento de que a reprodução assistida *post mortem* apenas pode ser considerada como elemento fixador de paternidade caso a pessoa que forneceu o material genético tenha consentido expressamente com a sua utilização de forma póstuma.

Partindo desse pressuposto lógico é de se ponderar que a referida autorização merece um olhar mais atento e apurado, haja vista que esse é o elemento crucial a estabelecer uma consequência sucessória para aquela pessoa que vier a ser concebida de tal forma.

Com isso é de se considerar que existindo autorização expressa para a realização de inseminação artificial *post mortem* estará garantida ao nascido dessa forma a condição de descendente, o que, automaticamente, também dará azo à condição de herdeiro, entendendo que essa consequência é ínsito à anuência para a utilização póstuma do material genético.

O que se tem por evidente é que enquanto o direito andar em passos lentos, sem se atentar às modificações sociais que impactam de maneira direta no ordenamento jurídico, como se constata em inúmeros momentos durante a análise do direito das sucessões, caberá aos estudiosos do tema o árduo trabalho de encontrar soluções para as situações omissas e contraditórias na lei.

4 ANÁLISE SUCESSÓRIA DO EMBRIÃO CONCEBIDO *POST MORTEM*

Dada a possibilidade de congelar o material genético, principalmente masculino, pelas menores dificuldades de ordem técnica para se manter um banco de espermas, abre-se a possibilidade de, antes de ocorrer a fertilização artificial em alguma de suas modalidades com os futuros pais ainda vivos, um deles venha a falecer e o sobrevivente, por motivações diversas, notadamente, por querer dar continuidade à história, pretenda ter um filho do (a) falecido (a). É o que se chama de fertilização homóloga post mortem.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) com a resolução 1.957/2010, cita que não há ilegalidade ética na reprodução assistida post mortem, com a condição do genitor falecido autorizar de forma expressa que o seu material biológico poderá ser criopreservado para essa finalidade.

No texto constitucional estão dispostas garantias e equidade no que tange os direitos dos filhos. Observa-se então, que são abraçados todos os vínculos de filiação, e não há mais categoria distinta para qualificar os filhos, sendo discriminatório qualquer ato de distinção entre eles. É o que se mostra no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal e no artigo 1.596 do Código Civil onde ambos os artigos estabelecem o princípio da igualdade entre os filhos.

Acerca do tema pertinente se faz ainda trazer à colação o posicionamento firmado pela III Jornada de Direito Civil, quando do Enunciado 267, no sentido de se entender como detentor de capacidade hereditária os embriões ainda não implantados:

A regra do art. 1798 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 de herança.

Nesse teor, a Lei nº 8.560/1992 colocou em exercício a igualdade constitucional entre os filhos. Diniz (2007, p. 476), por sua vez, trata acerca dos filhos, indicando que não é relevante a natureza de sua origem, porque sendo filho, há de ser reconhecido como tal e então recebem, de forma igual, quinhão hereditário.

O centro nevrálgico do que se trabalha no presente trabalho aloca-se no fato de que o Livro das Sucessões do Código Civil está estruturado sob a perspectiva de uma sociedade bastante distinta daquela que vivemos nos dias atuais, podendo-se asseverar que trata-se de um dos campos do ordenamento jurídico que precisa mais urgentemente de uma atualização.

Exatamente nesse âmbito repousa a questão que permeia a preocupação de fundo que motiva a elaboração desse artigo, pois o momento da morte tem o poder de fixar, de início, quem serão os herdeiros do falecido, considerando que o art. 1.784 do Código Civil dispõe que aberta a sucessão a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (princípio de saisine) ao que se associa o artigo 1.798 que assevera que estão legitimadas a suceder as pessoas já nascidas ou concebidas quando da abertura dessa sucessão.

Em linhas singelas o que se tem é a regra de que apenas será herdeiro do falecido quem já havia nascido ou estava concebido quando ele veio a falecer, o que, de plano, gera o questionamento quanto à vocação hereditária daquele embrião concebido por inseminação artificial *post mortem*.

A regra é que, segundo a ordem de vocação hereditária estabelecida no artigo 1.829 do Código Civil, os descendentes encontram-se em condição de absoluta prioridade, sendo os primeiros a ali figurarem.

Portanto, a condição de filho que há de ser garantida àquele que nasceu fruto de reprodução humana assistida o inseriu entre os herdeiros do falecido, mas, por outro lado, seria possível se afirmar que estaria afastado da sucessão por não se enquadrar nos limites previstos para a vocação hereditária, o que constitui manifesta hipótese de antinomia.

Pertinente se afirmar ainda que tal situação se dá ante a existência de uma manifesta lacuna legislativa ao não traçar as regras mínimas para a discussão da reprodução humana assistida e suas consequências, impondo que se busque a solução juridicamente adequada para sanar essa situação de fato que se apresenta.

Logo, se percebe igualdade jurídica de qualquer que seja a forma de se ter o filho essa igualdade se estende aos filhos de modo geral, não importando se são adotivos, socioafetivos ou se foram oriundos de inseminação artificial heteróloga.

O ECA, inclusive, no artigo 27, de forma explícita, cita que reconhecer a filiação é um direito de cunho personalíssimo, que é indisponível e imprescritível, que pode ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem quaisquer restrições, observando as situações em que se precise de segredo judicial.

Ocorre que com novos avanços medicinais é possível que seja conservado o material genético, mesmo após que seja falecido o doador, podendo o material ser usado na reprodução assistida. Para isso, logicamente, deverá ocorrer de forma expressa e escrita, indicando o que vai ocorrer com os pré-embriões congelados, como é previsto na Resolução 1.358/1992, item V, do Conselho Federal de Medicina.

Sabendo-se, então, que o Código Civil no artigo 1.597, inciso III, diz que é presumidamente concebido os filhos oriundos de fecundação artificial homóloga, mesmo que o cônjuge seja falecido.

Nesse sentido, Lôbo (2003, p. 51) afirma que o uso dos genes daquele genitor que morreu requer autorização expressa, ou então não haveria paternidade. Por isso, havendo a devida autorização feita pelo pai para o uso do material genético criopreservado, não há de se discutir a presunção da paternidade em relação ao filho concebido.

Ocorre, contudo, uma divergência ao assunto tratado no artigo 1.597. Há uma parte doutrinária que defende isso somente na constância do casamento, não aceitando sequer a união estável.

Acerca do tempo para usar o material genético Ribeiro (2020, p. 30) sustenta um prazo de dois anos, onde haveria de ser utilizado com o critério temporal para a concessão de direitos sucessórios aos filhos decorrentes de reprodução humana assistida, como uma forma de se evitar uma situação de insegurança permanente aos herdeiros.

4.1 AS DIFERENTES CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE A TUTELA JURÍDICA DO EMBRIÃO

Como discorrido, o Código Civil presume a paternidade dos filhos oriundos de fecundação artificial homóloga, mesmo sendo falecido o cônjuge. Por sua vez, ocorre que o mesmo, tem omissão no que tange o direito sucessório destes.

Em virtude da ausência de norma específica para regulamentar, há divergências doutrinárias e jurisprudenciais. A primeira corrente, em que há como defensora a doutrinadora Aguiar (2005), exclui a hipótese do embrião concebido *post mortem*, tanto no Direito de Família como no Direito de Sucessões. Uma secundária corrente defende que o embrião concebido após a morte do seu genitor, não possui capacidade de suceder a herança, porém, será reconhecida a filiação.

. Nessa lógica, Gama (2003, p. 1000) defende que a paternidade pode ser aceita com a base biológica, não sendo reconhecido o direito sucessório, fundamentando isso com base na responsabilidade civil. Observando que há contradição nessas duas correntes, a terceira corrente defende o planejamento familiar e entende que esse ocorre quando vivos os partícipes e, esse planejamento familiar pode ter seus efeitos mesmo após o falecimento. Isso, inclusive, tem

acolhimento pela maior parte da doutrina. Logo, se defende que o embrião fecundado *post mortem* tem direito na sucessão legítima e testamentária.

Com isso, é entendido no artigo 226 § 7º do texto constitucional que sanciona a liberdade de decisão dos cônjuges para planejar a própria família. Caso seja impedimento deste direito, será cerceado o acesso à paternidade responsável, como também, a dignidade da pessoa humana.

Admite-se nessa ótica a inseminação artificial *post mortem* e suas consequências jurídicas no Direito Sucessório, em virtude de ser dado todos os direitos inerentes à sucessão legítima e testamentária.

Solar a conclusão de que muito falta a ser disciplinado acerca do tema, fato este que pode ser constatado ainda com maior facilidade ao se aferir a quantidade de previsões trazidas pelo Conselho Federal de Medicina, bem como nas determinações do Conselho Nacional de Justiça que tangenciam o tema, como se dá com o Provimento nº 63 de 14/11/2017.

Não se pode ignorar tampouco o fato de que o atual Código Civil não trabalha com o mesmo contexto de presunção para os casos de união estável, afrontando manifestamente o artigo 226, §3º da Constituição Federal, associado ao princípio da igualdade. Nem mesmo é possível que se afaste o fato simples de que no estado atual da tecnologia as presunções dos dois primeiros incisos poderiam ser facilmente substituídas pela certeza genética dos exames de DNA.

No âmbito específico da reprodução humana assistida *post mortem* é possível colacionar o esforço realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) visando Revista Conversas Civilísticas, Salvador, v. 2, n. 2, jul./dez. 2022. 10 ISSN 2763-8448 dirimir, ainda que de maneira superficial, a falta de regulamentação expressa na legislação federal sobre o tema.

No Provimento nº 63 de 14/11/2017, na Seção III, destinada a tratar do registro de filhos havidos por reprodução humana assistida, há a previsão de que o registro dessas crianças independe de autorização judicial, podendo ser realizado mediante a presença de ambos os pais ou apenas um deles caso sejam casados ou vivam em união estável (apresentando nesse caso obrigatoriamente certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal), munidos da documentação exigida (art. 16).

No parágrafo 2º do art. 17 do referido provimento há previsão expressa relacionada à questão da inseminação *post mortem*:

Art. 17 [...] § 2º Nas hipóteses de reprodução assistida post mortem, além dos documentos elencados nos incisos do caput deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

Nota-se que o parâmetro elementar para permitir a configuração da paternidade post mortem segue sendo a existência de autorização prévia do falecido concordando com a realização da inseminação artificial, sendo esse o posicionamento adotado doutrinariamente com base no que se extrai do Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal aprovado na I Jornada de Direito Civil .

Importante que se consigne que quanto a autorização o referido enunciado assevera que é imprescindível que a manifestação de vontade do falecido há se ser expressa quanto a sua utilização póstuma, não bastando a anuência genérica.

Com isso evidencia-se que há sim a possibilidade de que uma criança venha a nascer após a morte de seu genitor, ante a utilização de reprodução humana assistida e que, tendo havido a autorização expressa para tanto, será estabelecida a filiação entre essa criança e o falecido.

Maria Berenice Dias, (2011, p. 123-124) aduz que a reprodução assistida trata-se de direito fundamental, levando em consideração a liberdade de fazer um planejamento familiar. Ocorrendo vedação a esse direito, além de discriminar em inúmeros aspectos, estará ferindo, o direito de ter família com aquele que se ama, perdendo assim, a liberdade de realizar um sonho.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da presente pesquisa tem como objeto o estudo da família, da filiação e as formas de concepção, apontando a necessidade de regulamentação do assunto no direito sucessório.

Partindo da análise de aspectos psicológicos que inspiram a vontade de ter filhos e procriar suas origens na terra, faz-se um breve panorama da apresentação sobre os tipos de mecanismos de reprodução assistida, bem como sobre a possibilidade de ocorrer uma concepção artificial após a morte de um dos detentores do material genético.

Por existir tal possibilidade, chega-se à problemática da legitimação para suceder daquele filho nascido de concepção artificial homóloga *post mortem*, exatamente porque tal situação não foi analisada, de forma concreta, pelo ordenamento jurídico.

Não existindo regulamentação, um apanhado sobre as visões doutrinárias sobre o tema apontou no sentido de não detenção da condição de herdeiro em relação ao filho nascido com o manejo de mecanismos de criopreservação embrionária, após o falecimento de um dos pais. Divergindo da posição doutrinária, a pesquisa concluiu, através de reflexão sobre a função dos princípios em um ordenamento jurídico, bem como sobre a coexistência entre eles - notadamente dos princípios que se relacionam mais proximamente como tema, quais sejam, Princípio de Saisine, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Isonomia.

A pesquisa demonstrou, a urgência que o Direito deve regulamentar tal situação, por ser um assunto que está presente no contexto social e que possui grande relevância, à medida que se fala em manipulação genética capaz de gerar vida, e que reflete, consequentemente, na aquisição de direitos inerentes à condição, primeiramente de pessoa humana, como também do próprio vínculo de filiação, notadamente o direito à sucessão.

Analisando o ordenamento jurídico de maneira una e coerente, concluiu-se que a regulamentação reclamada deve conferir os direitos sucessórios ao embrião fecundado após a morte de um dos pais, com o auxílio de mecanismo de reprodução artificial, por ser a solução que mais se coaduna com o melhor interesse da criança, com a igualdade no tratamento entre os filhos, consagrada pela Constituição Federal de 1988, bem como com o próprio Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Conselho Nacional de Medicina**. Resolução CFM 1.957

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Diário Oficial da União, Brasília, 20 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Vade mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.123-124

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 5. 30. ed. 2015, p. 503-504.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290>. Acesso em: 15 abr. 2023.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 134.

JÚNIOR, Almeida. **Técnicas de reprodução assistida e biodireito**. 2003.

LIRA, Raquel Batista. **Sucessão do embrião fruto de reprodução assistida homóloga post mortem**. Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Tabosa de Almeida, Caruaru, 2017.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: Direito de família e sucessões**. Vol. 5. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 460.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**. Vol. 16. São Paulo: Atlas, 2003, p. 51.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

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

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 188-189.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **Revista de Direito de Família e Sucessões**, v. 6 n. 2, p. 20-40, Jul/Dez. 2020, p. 30.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. P.323, Editora Saraiva. 2014, p. 320.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 5. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2009, Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). **Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório** [...]. Anais dos Congressos: [s. n.], 2009. 21 p. Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf. Acesso em: 5 abr. 2023.