



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG

Faculdade de Direito

Curso de Direito

**Inseminação Artificial: A Filiação e os Direitos Sucessórios dos Embriões
Fecundados Post Mortem**

Beatriz Prisco Corrêa

Prof.^a. Orientadora: Maria Claudia Crespo Brauner

Rio Grande, 2023.

Beatriz Prisco Corrêa

**Inseminação Artificial: A Filiação e os Direitos Sucessórios dos Embriões
Fecundados Post Mortem**

Trabalho de conclusão de curso apresentado perante Banca examinadora do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da prof.^a Dr.^a Maria Claudia Crespo Brauner.

Rio Grande, 2023.

Beatriz Prisco Corrêa

**Inseminação Artificial: A Filiação e os Direitos Sucessórios dos Embriões
Fecundados Post Mortem**

Trabalho de conclusão de curso requisito à obtenção do
título de bacharel em Direito, apresentado à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio Grande.

Banca examinadora:

Componente da banca examinadora – FURG

Componente da banca examinadora – FURG

Rio Grande, 2023

RESUMO

Com base nos avanços da biotecnologia, diversas técnicas de reprodução assistida foram desenvolvidas ao longo das últimas décadas. Dentre elas, a reprodução por meio da inseminação artificial passou a ser amplamente difundida na sociedade contemporânea e trouxe possibilidades antes inimagináveis, como a fecundação após a morte dos progenitores biológicos. No entanto, embora o artigo 1.597 do Código Civil de 2002 estabeleça a presunção de filiação para aqueles concebidos após a morte do genitor, ao elaborar o artigo 1.798 do CC/2002, o legislador não foi capaz de prever tais avanços no campo da reprodução humana assistida, se referindo apenas aqueles já concebidos. Nesse ponto, o presente trabalho se propõe a demonstrar o entendimento doutrinário acerca da temática da inseminação artificial homóloga *post mortem* no que tange os direitos à filiação e sucessórios daqueles concebidos após a morte do genitor, as possíveis soluções com base na relativização do princípio da coexistência, a possibilidade de conceder direitos sucessórios ao nascido por meio da reprodução póstuma através da ação de petição de herança, bem como a necessidade de regulamentação jurídica em função das lacunas deixadas pela omissão do legislador.

Palavras-chave: Reprodução Assistida; Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem; Direito à Filiação; Direitos Sucessórios.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	7
1.1 Inseminação artificial heteróloga	8
1.2 Inseminação artificial homóloga e <i>post mortem</i>	9
2. O DIREITO À FILIAÇÃO NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	11
2.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	11
2.2 O princípio da igualdade entre os filhos	12
2.3 O princípio do melhor interesse da criança	14
2.4 O direito à filiação	15
2.5 A presunção de paternidade na inseminação artificial homóloga <i>post mortem</i>	17
3. O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO APÓS A ABERTURA DA SUCESSÃO	22
3.1 As correntes doutrinárias (excludente, relativamente excludente e inclusiva) acerca dos efeitos da inseminação artificial <i>post mortem</i> no direito sucessório	22
3.2 Do princípio da coexistência frente ao artigo 1.597, inciso III, do Código Civil de 2002	26
3.3 O prazo prescricional para concepção por inseminação artificial homóloga <i>post mortem</i>	29
3.4 A petição de herança	30
4. A OMISSÃO LEGISLATIVA FRENTE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA POST MORTEM.....	34
4.1 Os projetos de lei que versam sobre reprodução humana assistida <i>post mortem</i>	34
4.2 Posicionamentos doutrinários acerca da necessidade de regulamentação jurídica ...	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso que recebe o título de “Inseminação Artificial: A Filiação e os Direitos Sucessórios dos Embriões Fecundados *Post Mortem*”, pretende tratar acerca da abordagem dada pelo ordenamento jurídico brasileiro atual sobre a inseminação artificial homóloga posterior a morte do genitor e as implicações decorrentes desse tipo de concepção, principalmente no que tange aos direitos sucessórios e de filiação.

A discussão da temática se justifica devido à ampla disseminação das técnicas reprodutivas que se tornaram cada vez mais acessíveis aos indivíduos que gostariam de ter filhos e, por diversas razões, não podiam. Outrossim, há poucas décadas, tais procedimentos eram considerados inviáveis e não estavam inseridos no senso comum social, razão pela qual o direito não foi capaz de prever a necessidade de regulamentação acerca desse tópico.

Primeiramente, será realizada a abordagem das técnicas de reprodução humana assistida, assim como o seu conceito e os tipos de inseminações artificiais por meio das quais poderá ocorrer a concepção.

Em seguida, serão expostos os pontos controvertidos acerca do direito à filiação e da inseminação homóloga *post mortem*, especialmente a questão da presunção de paternidade para aqueles concebidos após a morte do genitor.

Após, será realizada uma abordagem acerca dos direitos sucessórios do filho concebido por meio da técnica de inseminação artificial póstuma, expondo os diversos entendimentos doutrinários acerca dessa questão, bem como a necessidade da relativização do princípio da coexistência e as possíveis soluções para a proteção dos direitos sucessórios dessa prole.

Isto posto, o presente trabalho de conclusão de curso demonstrará a possibilidade de conceder direitos sucessórios aos filhos concebidos por inseminação artificial *post mortem*, através do ingresso da ação de petição de herança. Por fim, será destacada a necessidade de que ocorra a regulamentação específica sobre a temática, a fim de mitigar a insegurança jurídica que permeia o assunto.

1. AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Em que pese no passado a concepção natural, resultante da relação sexual entre uma mulher e um homem, fosse a única maneira de reprodução humana viável, hoje, a realidade é diversa.

Por meio dos crescentes avanços tecnológicos, em especial nas áreas da medicina e da biotecnologia, desenvolveu-se a possibilidade da reprodução assistida, viabilizando assim a gestação para pessoas que, por diversas razões, não podiam conceber filhos, porém possuíam esse desejo.¹ Dessa forma, a união da ciência e da tecnologia possibilitou um novo caminho para aqueles que, até pouco tempo, só podiam contar com a adoção como forma de exercer a maternidade e a paternidade.

No que tange o ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 1.597 do Código Civil contemplou as técnicas de reprodução assistida nos seus incisos III, IV e V, com o escopo de declarar a presunção de concepção na constância do casamento, ainda que, em determinada situação, falecido o marido.

Não obstante, cumpre citar o enunciado 105 da I Jornada de Direito Civil, o qual dispõe que “as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como técnica de reprodução assistida”.²

Além disso, diante da regulamentação legal de tais técnicas, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução CFM de nº 2168/2017, a qual buscou estabelecer normas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, tendo como escopo o aperfeiçoamento das práticas e a observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia aos referidos tratamentos e procedimentos. No mesmo sentido, em seu artigo 1º, inciso I, a Resolução CFM definiu que “as técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na

¹ SANTOS, Natália Baristuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Os reflexos da reprodução humana assistida heteróloga e post mortem. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 41, n. 48, 2007.

² BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 105, I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/736>>. Acesso em: 22 set. 2022.

resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”.³

No ponto, cumpre destacar que as técnicas utilizadas para a reprodução humana assistida se dividem em inseminação artificial homóloga e inseminação artificial heteróloga. Em uma breve definição, Maria Berenice Dias preceitua:

Chama-se de concepção homóloga a manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação in vitro, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo. Na inseminação heteróloga, a concepção é levada a efeito com material genético de doador anônimo e o vínculo de filiação é estabelecido com a parturiente. Sendo ela casada, se o marido consentiu com a prática, será ele o pai, por presunção legal.⁴

Sendo assim, para melhor compreensão acerca do tema da inseminação artificial homóloga *post mortem*, se faz necessária a abordagem acerca dos tipos de procedimentos que podem ser adotados na reprodução humana assistida, os quais serão expostos a seguir.

1.1 Inseminação artificial heteróloga

A inseminação artificial heteróloga é o método que utiliza o material genético doado por terceiro, geralmente anônimo e alheio à vontade do casal, para que seja realizada a fecundação.

A esse respeito, para Tycho Brahe Fernandes ocorre a fecundação heteróloga “*a matre*”, quando o gameta doador for o feminino, e “*a patre*”, quando se trata de doação de gameta masculino.⁵

³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.168/2017**. Adota as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo dentológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 22 set. 2022.

⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 400.

⁵ FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 195.

Acerca da utilização de material genético proveniente de terceiro no procedimento de reprodução assistida, a I Jornada de Direito Civil estabeleceu em seu Enunciado 104:

104-Art. 1597: no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.⁶

Nesse contexto, para determinar o vínculo de parentesco, surge a necessidade de averiguar o consentimento do cônjuge que não forneceu o seu material genético quanto a utilização de gameta oriundo de um doador anônimo.

Dessa forma, o parentesco estabelecido a partir da inseminação artificial heteróloga não será o natural, mas sim o conferido por lei nos termos do artigo 1.597, inciso V, do Código Civil de 2002.

1.2 Inseminação artificial homóloga e *post mortem*

A técnica de reprodução homóloga utiliza no procedimento os gametas do casal, ou seja, o material genético implantado no óvulo da mulher para a fecundação é aquele proveniente do seu próprio parceiro.

Conforme o entendimento de Paulo Lôbo, a inseminação artificial homóloga se dá por meio da manipulação dos gametas femininos (óvulo) e masculinos (espermatozoide). Por meio dessa manipulação a concepção natural é substituída, permitindo assim a fecundação mesmo que não ocorra a cópula.⁷

Nesse método, portanto, não ocorre a intervenção de um terceiro na figura de doador, tendo em vista que o feto carrega o material biológico dos seus genitores.

⁶ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 104, I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/735>>. Acesso em: 23 set. 2022.

⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 217.

Sendo assim, diante da viabilidade da criopreservação dos gametas femininos e masculinos, bem como a sua implantação futura por meio das técnicas de reprodução assistida, nasce a possibilidade de a mulher viúva utilizar o material genético do marido para conceber um filho de pai pré-morto.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro no artigo 1.597, III do Código Civil estabeleceu a relação de filiação entre o filho gerado pela técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem* e o pai pré-morto, uma vez que definiu que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos pela técnica da inseminação artificial mesmo que falecido o marido.

2. O DIREITO À FILIAÇÃO NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Diante da ausência de legislação específica que regule a questão da inseminação artificial homóloga *post mortem*, a doutrina passou a discorrer acerca de tal temática sob a égide dos princípios constitucionais.

Na vigência do Código Civil de 1916, a possibilidade da concepção por meio das técnicas de reprodução assistida não foi prevista no texto da norma, haja vista a imprevisibilidade do avanço tecnológico a tal ponto. Com a publicação do Código Civil de 2002, a possibilidade da fecundação por meio da inseminação artificial passou a ser abordada no artigo 1597, incisos III e seguintes, no entanto, ainda persistem lacunas no que tange a reprodução assistida homóloga *post mortem* e a presunção de paternidade daqueles gerados por meio dessa técnica.⁸

2.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Elencado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal o princípio da dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e possui caráter basilar na consagração do Estado Democrático de Direito.

No âmbito do Direito de Família, a dignidade da pessoa humana norteia a ideia do respeito à liberdade e à autonomia individual dos sujeitos, ou seja, pontua que todas as entidades familiares devem ser tratadas com igual dignidade, não havendo o que se falar em tratamento diverso aos diferentes tipos de famílias.⁹

De acordo com Carmen Lúcia a dignidade é um macroprincípio inerente à vida de todos os indivíduos e um direito pré-estatal que implementa uma nova forma de pensar no ordenamento jurídico, de forma a constituir o início e o fim do próprio

⁸ PURIFICAÇÃO, Bianca Cardoso da. **Direito Sucessório do filho concebido por inseminação artificial homóloga post mortem.** 2018, p.1-22. Disponível em:<<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/884>>. Acesso em: 15 nov 2022.

⁹ MANERICK, Rosa Maria dos Santos. **O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua efetividade no direito de família.** 2006. Disponível em:<<http://siaibib01.univali.br/pdf/Artigo%20Rosa%20Maria%20dos%20Santos%20Manerick.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

Direito.¹⁰ No mesmo sentido, no entendimento de Manerick, a dignidade da pessoa humana abrange diversos outros princípios fundamentais, tais como igualdade, pluralidade de família, autonomia de vontade e melhor interesse da criança, que guiam o Direito de Família.¹¹

Dessa forma, é direito de todos a preservação da dignidade no que tange a formação e o pleno desenvolvimento da entidade familiar, conforme prescreve Maria Helena Diniz:

É preciso acatar as causas da transformação do direito de família, visto que são irreversíveis, procurando atenuar seus excessos, apontando soluções viáveis para que a prole possa ter pleno desenvolvimento educacional e para que os consortes ou conviventes tenham uma relação firme, que integre respeito, tolerância, diálogo, troca enriquecedora de experiência de vida, etc.¹²

Portanto, o princípio em comento, no âmbito do Direito de Família, veda qualquer forma de preconceito e tratamento indigno, a fim de tutelar os direitos fundamentais do ser humano e garantir a liberdade no que concerne ao planejamento da unidade familiar.

2.2 O princípio da igualdade entre os filhos

Na vigência do Código Civil de 1916, em razão do seu contexto histórico, foram estabelecidas classificações que distinguiram os filhos de acordo com a maneira como haviam sido concebidos, o que colocava a prole em desigualdade frente aos seus direitos e deveres.

Nessa seara, os filhos eram classificados como legítimos quando gerados na constância do casamento e como ilegítimos quando resultavam de uma relação

¹⁰ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. In: **Anais do XXVI Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia**. Brasília: OAB, Conselho Federal, v.1, 2000, p. 72.

¹¹ MANERICK, Rosa Maria dos Santos. **O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua efetividade no direito de família**, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Artigo%20Rosa%20Maria%20dos%20Santos%20Manerick.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 27.

extraconjugal ou eventual. No ponto, os filhos considerados ilegítimos eram colocados em uma situação de marginalização, afinal, somente os legítimos possuíam a presunção de filiação, pois eram frutos de uma relação matrimonial entre os genitores.

Promulgada a Constituição Federal de 1988, ainda no contexto do Código Civil de 1916, em seu artigo 227, § 6º, derruiu-se a ideia da distinção entre a prole e instaurou-se o princípio da igualdade entre os filhos, aos quais foram concedidos os mesmos direitos e qualificações independentemente da forma como se tenha dado a sua concepção.

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques leciona o seguinte:

A isonomia, traduzida constitucionalmente na aplicação do conceito de igualdade, buscou solucionar, portanto, vazios legislativos para situações do mundo dos fatos que reclamavam por uma interpretação mais contemporânea. Interpretação que, por sinal aos poucos era integrada na jurisprudência dos tribunais a partir da utilização de princípios gerais de direito e de análise comparativa e outros ordenamentos jurídicos. O mérito da Constituição Federal de 1988, por consequência, não foi o de inaugurar soluções a problemas do âmbito do direito de família, mas, sim, o de obrigar a interpretação das leis infraconstitucionais a uma nova realidade material: a de igualdade entre familiares nas suas relações de convívio.¹³

Outrossim, ao tratar acerca da igualdade entre os filhos, imperioso citar o disposto no artigo 5º da Constituição Federal que versa acerca da isonomia e consagra o princípio da igualdade a todos os cidadãos no ordenamento jurídico brasileiro. *In verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] ¹⁴

Sendo assim, tendo em vista o tratamento isonômico que deve ser dado a todos os filhos e a vedação da distinção entre a prole, com a promulgação do Código Civil de 2002 foi inserido o artigo 1.596 do Código Civil, o qual determina que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos

¹³ MARQUES, Claudia Lima. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual – direito pós-moderno? In: **Anais do X Congresso Internacional de Direito de Família**, Mendonza, Argentina. Primeira Seção. Publicação na RT/Fasc. Civ. Ano 88. V. 764. jn. 1999. p. 19.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2022.

direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.¹⁵

Dessa forma, conclui-se que a condição de igualdade deve ser garantida aos filhos concebidos ou não na constância do matrimônio, aos adotados e, por analogia, àqueles concebidos por meio de qualquer uma das técnicas de reprodução assistida. Portanto, cediço que todos os filhos, inclusive aquele gerado através da inseminação artificial, devem ter assegurados os seus direitos sucessórios, bem como o seu direito à filiação.

2.3 O princípio do melhor interesse da criança

Normatizado na Constituição Federal de 1988, o princípio do melhor interesse da criança está insculpido no artigo 227 da Carta Magna, nos seguintes termos:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹⁶

Além disso, o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) abrange tal princípio constitucional por meio da garantia dos direitos fundamentais e da proteção integral à criança e ao adolescente. Veja-se:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.¹⁷

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 23 set. 2022.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2022.

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

Nesse sentido, nos termos do referido dispositivo e sob a égide do princípio do melhor interesse da criança, devem ser asseguradas à criança e ao adolescente as melhores condições para a sua formação e desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. Ademais, o princípio em questão confere o caráter de absoluta prioridade à garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente e atribui a família, a sociedade e ao Estado o dever de assegurá-los.

Fulcral pontuar que, conforme preceitua o artigo 227 da CF, este princípio atua em consonância com o direito à vida. Assim, evidente que o direito de nascer é elemento fundamental para o princípio do melhor interesse da criança, logo, deverá ser observado no que tange aos concebidos por inseminação artificial *post mortem*.¹⁸

Portanto, conforme o entendimento de Silva, com base no princípio do melhor interesse da criança, não deve ser admitido no ordenamento jurídico brasileiro qualquer medida restritiva de direitos, como o que acontece quando se fala no direito sucessório dos inseminados *post mortem*, onde ainda não é pacífica a concessão de tal direito em igualdade aos demais filhos.¹⁹

2.4 O direito à filiação

O termo “filiação” origina-se da palavra *filiatio*, no latim, que expressa a relação mantida entre os pais e filhos.²⁰ Nesse sentido, ao longo do tempo, evidente que a definição de filiação, assim como o conceito de família, sofreu alterações em função da contemporaneidade, razão pela qual não se estabelece uma acepção doutrinária única.

¹⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 457.

¹⁹ SILVA, Diego Rodrigues. **O direito sucessório dos inseminados post mortem em face dos princípios constitucionais**, 2013. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-sucess%C3%B3rio-dos-inseminados-post-mortem-em-face-dos-princ%C3%ADpios-constitucionais>>. Acesso em 20 nov.2022.

²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Família**. 4a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2011, p. 216.

Conforme define Carlos Roberto Gonçalves, a filiação é a “relação de parentesco em primeiro grau e em linha reta que liga uma pessoa àquelas que a geraram ou a receberam como se a tivesse gerado”.²¹

Já no entendimento de Paulo Lôbo, se atribui o seguinte significado à filiação:

[...] é uma relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga. Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade.²²

No entanto, embora a doutrina apresente tais definições, não há na Constituição Federal ou na legislação brasileira infraconstitucional um conceito literal de filiação.

Em que pese não se debruce a conceituar tal instituto, o artigo 227, § 6º, da Constituição Federal dispõe o seguinte:

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

[...]

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.²³

Logo, tal dispositivo acabou por positivar o direito à filiação, vedando qualquer designação discriminatória entre filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, estabelecendo assim a igualdade de direitos para a prole.

Ademais, o Código Civil de 2002 trouxe importantes inovações no campo da filiação, em especial o disposto no parágrafo único do artigo 1.609, o qual dispõe que o reconhecimento da filiação “pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Volume VI: direito de família**. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 281.

²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Família**. 4a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2011, p. 216.

²³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2022.

ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”.²⁴ Outrossim, inovou ao banir as classificações antes previstas no Código Civil de 1916, que diferenciavam os filhos como sendo legítimos aqueles nascidos na constância do casamento e ilegítimos aqueles advindos de relações extraconjugais.

Nesse contexto, cumpre observar as sábias palavras de Gagliano e Pamplona Filho:

Não há mais espaço, portanto, para a vetusta distinção entre filiação legítima e ilegítima, característica do sistema anterior, que privilegiava a todo custo a “estabilidade no casamento” em detrimento da dimensão existencial de cada ser humano integrante do núcleo familiar.²⁵

Diante disso, evidente que aquelas pessoas geradas a partir das técnicas de reprodução humana assistida, seja por meio de inseminação artificial homóloga ou de inseminação artificial heteróloga com o consentimento do genitor, não podem ser alvo de atos discriminatórios no que tange o direito à filiação, vez que, independentemente da forma como sejam concebidos, a condição de filho é igual para todos.

2.5 A presunção de paternidade na inseminação artificial homóloga *post mortem*

Conforme já pontuado, além da procriação humana natural, existem técnicas de reprodução assistida que permitem o exercício da maternidade e da paternidade por aqueles que possuem esse ímpeto.

Dessa forma, o avanço tecnológico no campo da reprodução humana passou a viabilizar a conservação do material genético do doador mesmo após a sua morte.

Nesse contexto, a inseminação artificial homóloga *post mortem* consiste na técnica de criopreservação do material genético do cônjuge, possibilitando a esposa ou companheira desse indivíduo a geração de um filho biológico do casal mesmo

²⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 23 set. 2022.

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 102.

após o falecimento do marido. Para tanto, o item V da Resolução CFM de nº 2168/2017 estabelece que:

No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.²⁶

Nessa seara, surgiu a necessidade da regulamentação de tal prática pelo direito, pois, diante da possibilidade de realização desse procedimento após a morte do genitor, decorrem diversos questionamentos jurídicos que carecem de soluções.

Imperioso salientar que o reconhecimento do vínculo de filiação *post mortem* passou a apresentar previsão legal no artigo 1.597, inciso III, do Código Civil de 2002.

In verbis:

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

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

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.²⁷

Assim, cediço que o artigo 1.597 do Código Civil de 2002 estabeleceu a filiação da criança concebida por meio da reprodução humana assistida, uma vez que dispõe acerca da presunção da filiação daqueles concebidos na constância do casamento pela técnica da inseminação artificial, mesmo que falecido o marido.

²⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.168/2017**. Adota as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 22 set. 2022.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 23 set. 2022.

No que tange ao dispositivo supracitado, de acordo com Paulo Lôbo, o uso do material genético do falecido possui como requisito o consentimento expresso de que será utilizado para esse fim. Conforme o entendimento do autor, a paternidade deverá ser consentida em vida, caso contrário, o uso não autorizado do sêmen não acarretará a atribuição da filiação à criança gerada por meio da inseminação artificial homóloga *post mortem*.²⁸

De modo a corroborar com o posicionamento doutrinário sobre a temática, acerca da interpretação do artigo 1.597, inciso III, do Código Civil de 2002, o Enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil dispõe que:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.²⁹

Na mesma direção é o entendimento de Sílvio de Salvo Venosa:

O inciso III do art. 1.597, ao presumir concebidos na constância do casamento os filhos “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”, traz à baila a necessidade de autorização do marido para essa fecundação, bem como o fato de a genitora estar na condição de viúva. Se casada com terceiro, é evidente que não se atende à intenção da lei e cria-se uma situação inusitada. O mesmo se diga no tocante aos embriões excedentários do inciso IV.³⁰

Não obstante, a leitura do artigo 1.597 do CC/2002 também provoca divergência interpretativa no ponto em que parte da doutrina defende que a sua aplicação se daria apenas aos casais na constância do casamento, conforme a literalidade do dispositivo, excluindo-se assim os casais que convivem em união estável. No entanto, Paulo Lôbo apresenta entendimento contrário a essa linha interpretativa, haja vista que, embora o *caput* do artigo faça referência expressa aos “concebidos na constância do casamento”, os efeitos provenientes da presunção de filiação também se aplicam à união estável.³¹

²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**, v. XVI. 1a ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 51.

²⁹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 106, I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737#:~:text=Para%20que%20seja%20presumida%20a,utilize%20seu%20material%20gen%C3%A9tico%20ap%C3%B3s>>. Acesso em: 23 set. 2022.

³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 235.

³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**, v. XVI. 1a ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 59.

Nesse viés, embora o ordenamento jurídico brasileiro trate sobre as técnicas de reprodução humana assistida e reconheça o caráter legal dos procedimentos de inseminação artificial, diante da ausência de lei especial que regule o tema, as lacunas deixadas pela insuficiência normativa proporcionam um ambiente de insegurança jurídica frente ao assunto.

Além disso, ainda que parte majoritária da doutrina entenda pela legitimidade das técnicas de reprodução assistida, há uma parcela de autores que defendem que por meio da inseminação artificial homóloga *post mortem* a criança nascida estaria sendo privada do convívio com ambos os genitores e de uma estrutura familiar completa para atender às suas necessidades.

Consequentemente, segundo tal corrente doutrinária, a prática da inseminação *post mortem* pode atentar contra o princípio do melhor interesse da criança, bem como contra o princípio da paternidade responsável, uma vez que, diante da ausência do genitor, o infante gerado por meio dessa técnica pode sofrer danos em seu desenvolvimento psicoafetivo.³²

Nesse ponto, fulcral recordar o reconhecimento do instituto da família monoparental, nos termos do artigo 226, §4º, da Constituição Federal de 1988:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.³³

Perante o reconhecimento constitucional da entidade familiar formada por um dos pais e seus descendentes, possível concluir que não há razão para que seja negado o direito da viúva gestar um filho do seu marido ou companheiro já falecido, valendo-se para isso das técnicas de inseminação artificial, desde que tenha ocorrido o consentimento expresso do cônjuge ainda em vida.

³² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 27.

³³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2022.

Portanto, o filho nascido por meio da inseminação artificial homóloga *post mortem* terá a sua paternidade reconhecida, bem como o direito à filiação, uma vez que o artigo 1.597, inciso III, do Código Civil de 2002 concede tal presunção ao indivíduo fruto desse procedimento, ainda que falecido o genitor.

No entanto, permanece a necessidade de tratar acerca dos direitos sucessórios do filho gerado após a morte do genitor, tendo em vista a falta de legislação específica que regule a matéria.

Ante a omissão normativa, há um ambiente de insegurança no ordenamento jurídico brasileiro frente aos direitos sucessórios do filho gerado por essa técnica, bem como dos herdeiros do *de cujos* preexistentes, haja vista a possibilidade de concepção de um novo filho do falecido após a abertura da sucessão.

3. O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO APÓS A ABERTURA DA SUCESSÃO

3.1 As correntes doutrinárias (excludente, relativamente excludente e inclusiva) acerca dos efeitos da inseminação artificial *post mortem* no direito sucessório

Apesar das inovações legislativas abarcadas pelo advento do Código Civil de 2002 e dispostas no seu artigo 1.597, no que tange a reprodução humana assistida, persiste a lacuna normativa acerca da inseminação artificial *post mortem* e da legitimidade para suceder daquele que foi concebido após o falecimento do seu genitor. Nesse contexto, cumpre pontuar a literalidade do artigo 1.798 do CC/2002, o qual dispõe que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.³⁴

No entanto, diante do princípio da dignidade da pessoa humana, amplamente difundido em nossa ordem constitucional, e do princípio do melhor interesse da criança, seria contraditória a negativa do direito à herança ao filho fruto da reprodução assistida póstuma.

Frente a esse impasse, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho divide o entendimento doutrinário acerca do tema em três correntes divergentes, quais sejam, a excludente, a relativamente excludente e a inclusiva.³⁵

Conforme pontua Albuquerque Filho, a corrente excludente, não reconhece qualquer direito ao filho concebido após a morte do genitor, mediante qualquer técnica de reprodução assistida, quer no âmbito do direito de família, quer para fins sucessórios. Além disso, os defensores da corrente excludente entendem que há proibição para realização de tal prática, pois se fundamentam na ideia de que

³⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 23 set. 2022.

³⁵ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**, 2006. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

a morte é causa da revogação do consentimento daquele que o manifestou antes do seu falecimento.³⁶

Seguindo essa linha de pensamento, Mônica Aguiar defende que, mesmo ocorrida a inseminação artificial *post mortem*, a morte do doador acarretará na revogação do consentimento previamente concedido, sendo o filho concebido apenas do cônjuge sobrevivente.³⁷

Na mesma perspectiva, segundo Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior, o embrião fecundado *post mortem* não teria direito sucessório algum, pois não é pessoa concebida e muito menos pessoa nascida, ou seja, de acordo com esse entendimento, o embrião não se enquadra na previsão do artigo 1.798 do Código Civil de 2002.³⁸

A corrente relativamente excludente é aquela que aponta no sentido de que o direito à filiação daquele gerado por meio da reprodução assistida *post mortem* deve ser reconhecido, porém não reconhece a condição de herdeiro do seu genitor pré-morto.

Nesses termos, Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma:

[...] se eventualmente tal técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e o pressuposto do risco, mas não para fins de direitos sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear a reparação dos danos materiais que sofrer de sua mãe e dos profissionais que a auxiliaram a procriar utilizando-se do sêmen de cônjuge ou companheiro já falecido, com fundamento na responsabilidade civil.³⁹

Acerca do entendimento de Gama, Albuquerque Filho se posiciona de forma diversa alegando que não há o que se falar acerca da possibilidade de responsabilização civil da mãe por gerar o filho por meio da técnica de inseminação

³⁶ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**, 2006, p. 12. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

³⁷ AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 117.

³⁸ JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6522/tecnicas-de-reproducao-assistida-e-o-biodireito>>. Acesso em: 25 set. 2022.

³⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1000.

artificial *post mortem*, pois “se assim fosse os filhos de relações eventuais, não planejadas, não programadas e muitas vezes indesejadas, teriam os mesmos ou mais direitos para responsabilizar os genitores”.⁴⁰ A vista disso, para corroborar com o entendimento citado, importante pontuar o artigo 226, §4º e §7º, da Constituição Federal, os quais reconhecem a entidade familiar formada por um dos pais e seus descendentes e declaram que é livre a decisão dos cônjuges em planejar a sua família.

Também seguindo o posicionamento da corrente relativamente excludente, Paulo Lôbo leciona que não há legitimidade para suceder do concebido após a morte do *de cujus*, porém propõe a aplicação da regra imposta aos filhos não concebidos por prole eventual, aplicando o prazo de dois anos para ser concebido, após a abertura da sucessão.⁴¹ Diante desse entendimento, restaria superada a possível ofensa ao princípio da igualdade entre os filhos, haja vista que o patrimônio seria reservado pelo período de dois anos, até que fosse comprovada a concepção.

A terceira corrente, nomeada como inclusiva, reconhece plenos efeitos à inseminação artificial *post mortem*, admitindo iguais direitos no âmbito do direito à filiação e do direito sucessório aquele que foi concebido por meio dessa técnica de reprodução assistida.

Os argumentos apresentados pelos autores que defendem a linha inclusiva se fundam na lógica de que não há qualquer dúvida acerca da legitimidade sucessória do filho gerado após a morte do genitor, afinal, houve a expressa manifestação da vontade do falecido, ainda em vida, no sentido de consentir com a realização da inseminação artificial homóloga *post mortem*.⁴²

De acordo com Albuquerque Filho, o simples fato de a criança existir e uma vez comprovada a relação de parentesco, já seria suficiente para fazer inserir, na

⁴⁰ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**, 2006, p. 13. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 67.

⁴² COLOMBO, Cristiano. **Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 224.

ordem de vocação hereditária, um herdeiro legítimo, da classe dos descendentes, de primeiro grau, na condição de filho, com direito à sucessão.⁴³

Ademais, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o advento do Código Civil de 2002, conforme pontuado anteriormente, houve a vedação de qualquer prática discriminatória entre filhos, bem como foram deixados de lado os termos legítimo e ilegítimo para caracterizar os filhos concebidos na constância do matrimônio ou não. Outrossim, considerando que o artigo 226, §7º, da Constituição Federal, dispõe sobre o livre planejamento familiar, não reconhecer a legitimidade para suceder do filho gerado após a morte do genitor pode ensejar em uma contrariedade aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

Nesse sentido, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho se posiciona como adepto a corrente inclusiva e leciona no sentido da necessidade de garantir a isonomia entre os legitimados para a suceder, incluindo assim aquele que foi concebido por meio da inseminação artificial póstuma. Dessa forma, o autor atenta para a possível violação aos princípios constitucionais diante do não reconhecimento dos direitos sucessórios do filho concebido mediante tal técnica:

A possibilidade de não se reconhecer 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. Pune-se o desejo de ter um filho, de realizar um sonho. Pune-se o amor que transpõe barreiras temporais, o amor perene, o amor verdadeiro, a fim de se privilegiar supostos direitos – patrimoniais – dos demais herdeiros. Tal perspectiva vai de encontro aos modernos princípios do direito de família, especialmente aos princípios da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.⁴⁴

Isso posto, evidente que a doutrina diverge acerca da temática, e, diante da falta de regulamentação específica e das lacunas deixadas na lei, cediço que a interpretação da problemática deve se dar à luz do que dispõe a Constituição Federal,

⁴³ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**, 2006, p. 7. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

⁴⁴ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**, 2006, p. 23. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

especial no que tange os princípios do melhor interesse da criança, da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre os filhos.

3.2 Do princípio da coexistência frente ao artigo 1.597, inciso III, do Código Civil de 2002

O princípio da coexistência, adotado pelo Código Civil brasileiro, declara que apenas as pessoas vivas ou ao menos concebidas no momento da abertura da sucessão serão legitimadas a suceder.⁴⁵ Dessa forma, assume-se a ideia de que a herança não poderá ser transmitida ao vazio, pois tal instituto pressupõe que o herdeiro exista e seja conhecido no momento da abertura da sucessão.

Contudo, este princípio apresenta exceções no que tange a via testamentária, por meio da qual o testador poderá contemplar a prole eventual de determinado indivíduo, desde que nasça com vida.

Assim, a prole eventual terá os seus direitos sucessórios garantidos se, além de nascer com vida, for concebida no prazo de dois anos após a abertura da sucessão, nos termos do artigo 1.800, § 4º do Código Civil de 2002. Caso não seja concebido o herdeiro esperado, os seus bens reservados caberão aos herdeiros legítimos.

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira esclarece que:

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

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 7: Direitos das sucessões**. 8 a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

testador, caberão aos herdeiros legítimos (art. 1.800, § 4º), caducando a disposição testamentária.⁴⁶

Ainda, fulcral pontuar que o artigo 2º do CC/2002 resguarda os direitos do nascituro, atribuindo a ele personalidade civil desde o seu nascimento com vida, todavia, pondo a salvo os direitos do nascituro a partir da sua concepção. De mais a mais, o artigo 1.798 do Código Civil também protege os direitos sucessórios do nascituro, deixando claro que a condição do nascimento com vida é exigência para que se torne legitimado a suceder.

Diante disso, vale ressaltar que a Constituição Federal consagrou o princípio da igualdade entre filhos, não determinando qualquer exceção à isonomia de tratamento entre a prole. Nesse ponto, Maria Berenice Dias destaca que o ordenamento jurídico brasileiro não veda a inseminação artificial *post mortem*, ao contrário, estabelece a presunção de paternidade dos filhos havidos por tal técnica, nos termos do artigo 1.597, inciso III, do Código Civil, portanto, não há o que se falar em limitação dos direitos do filho concebido por técnica de reprodução assistida póstuma.⁴⁷

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz corrobora com a ideia de que não se pode dar tratamento distinto às concepções geradas naturalmente e as originadas por meio da inseminação artificial. A respeito disso, a autora entende que o artigo 2º do Código Civil deveria inserir o embrião criopreservado, ainda que não implantado no útero da mãe.⁴⁸

Em contraponto, o princípio da coexistência é defendido por diversos doutrinadores, os quais entendem que o embrião criopreservado não pode ser equiparado ao nascituro. Nessa direção, de acordo com o pensamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, havendo apenas o material genético

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito das sucessões**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 26.

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 401.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

congelado do genitor, antes da concepção, não será reconhecido os seus direitos sucessórios, pois não atende ao requisito da coexistência.⁴⁹

Ademais, Venosa leciona que o nascituro surgirá com a implantação do embrião no útero da mulher, não existindo o que se falar a respeito dos direitos sucessórios do embrião.⁵⁰

Conclui-se assim que o embrião criopreservado não pode ser equiparado ao nascituro, tendo em vista que não foi implantado no útero da genitora e, portanto, não atende ao princípio da coexistência.

No entanto, conforme argumenta Albuquerque Filho:

No caso da inseminação post mortem o filho é desejado, querido, muitas vezes fez parte de um projeto parental que não se concretizou por circunstâncias alheias à vontade dos interessados. A perspectiva excludente vai de encontro aos modernos princípios do direito de família, especialmente aos princípios da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.⁵¹

Nesse viés, evidente que o posicionamento daqueles que defendem o afastamento dos direitos sucessórios do filho concebido por meio da inseminação *post mortem*, acabaria por atentar contra os princípios da dignidade da pessoa humana, do livre planejamento familiar e do melhor interesse da criança.

Além disso, o Enunciado 267 da III Jornada de Direito Civil dispõe que:

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 de herança.⁵²

Portanto, diante dos avanços da medicina e da possibilidade de concepção por meio da inseminação artificial homóloga *post mortem*, se faz necessária a relativização do princípio da coexistência, previsto no artigo 1.798 do Código Civil de

⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil, volume 6: direito das famílias. 6a ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 596.

⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 8a ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 1, p.110.

⁵¹ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**, 2006, p. 13. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

⁵² BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 267, III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>>. Acesso em: 26 set. 2022.

2002, haja vista que a presunção de paternidade dos havidos por meio dessa técnica está prevista no artigo 1.597, inciso III, também do Código Civil, sob a égide de atender aos princípios dignidade da pessoa humana, do livre planejamento familiar e da isonomia entre filhos.

3.3 O prazo prescricional para concepção por inseminação artificial homóloga *post mortem*

Conforme já apontado, em que pese a discussão doutrinária acerca dos direitos sucessórios do filho concebido por meio da inseminação artificial *post mortem*, diversos autores entendem haver a possibilidade de garantir os direitos sucessórios desse filho através da via testamentária.

De acordo com Douglas Phillips Freitas, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §7º, defende a livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar, vedando qualquer minoração deste direito, por quem quer que seja, e, se houver, estará atacando os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Assim, no entendimento do autor, diante da clara vontade do casal em gerar um filho por meio das técnicas de reprodução assistida, não pode haver restrição sucessória alguma, quando no viés parental a lei tutela esta prática biotecnológica.⁵³

Nesse ponto, Albuquerque Filho entende que, objetivando não permitir que se prolongue indefinidamente a perspectiva da fecundação *post mortem*, ocorrendo a expressa manifestação de vontade do autor da herança quanto ao benefício da prole eventual, deverá o falecido estabelecer, por documento escrito ou através de testamento, prazo não superior a dois anos para realização do procedimento e concepção de sua prole eventual ou, não sendo estabelecido prazo, deverá ser

⁵³ FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. IBDFAM. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/423/Reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+ap%C3%B3s+a+morte+e+o+direito+de+heran%C3%A7a>>. Acesso em: 25 set. 2022.

aplicado por analogia aquele previsto no artigo 1.800, §4, do Código Civil de 2002, qual seja, dois anos a contar da morte do autor da herança.⁵⁴

De forma semelhante, Karla Ferreira de Camargo Fischer entende que a estipulação de um prazo para que a reprodução homóloga póstuma possa ter efeitos sucessórios é fulcral para que se resguarde a segurança jurídica das relações. No entanto, no que tange tal prazo, a autora dispõe o seguinte:

Acredita-se que a imposição de um prazo para que se possa exigir os efeitos sucessórios deve prevalecer. Todavia, tal prazo deveria ser melhor estudado, não, necessariamente, adotando-se o exíguo prazo de dois anos disposto no § 4º, do art. 1.800, CC/2002, mas um prazo que se revele adequado a possibilidade de se submeter a técnica de fertilização póstuma.⁵⁵

De modo divergente, Maria Berenice Dias afirma que não há motivo que justifique o estabelecimento de prazo de dois anos para concepção, uma vez que a discriminação entre filhos é vedada e, por isso, não se deve discriminar os concebidos por inseminação artificial *post mortem* em favor dos demais sucessores.⁵⁶

3.4 A petição de herança

A petição de herança é a ação por meio da qual o herdeiro poderá demandar o reconhecimento do seu direito sucessório, objetivando a restituição de toda a herança, ou de parte dela, contra quem indevidamente a possua.

Nesse sentido, nos termos do artigo 1.824 do Código Civil de 2002:

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 possua.⁵⁷

⁵⁴ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**, 2006, p. 13. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

⁵⁵ FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. **Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no Direito Sucessório**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/224.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2022.

⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 124.

⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 27 set. 2022.

Dessa forma, conforme disposto no artigo 1.824 do CC/2002 supracitado, a petição de herança concede ao herdeiro a possibilidade de reivindicar a sua quota parte na herança, mesmo após a conclusão do inventário e da partilha.

Sendo assim, aplicando-se o disposto no artigo 205 do Código Civil, o prazo extintivo para o ajuizamento dessa ação se inicia com a abertura da sucessão, sendo de dez anos. No entanto, conforme apontam Gagliano e Pamplona Filho, a estipulação de prazo prescricional é discutível, tendo em vista que pode ser sustentada a imprescritibilidade quanto ao mero reconhecimento como herdeiro:

Qual é o prazo para o exercício do direito à petição de herança? Esta é uma pergunta extremamente delicada. Com efeito, a resposta vai depender de qual das finalidades da petição de herança se está falando. De fato, quando se diz que a petição de herança tem prazo prescricional para o seu exercício, está-se referindo, em verdade, ao seu mais relevante aspecto, condenatório, de “restituição de bens”, na medida em que, por óbvio, o mero reconhecimento do status de herdeiro, pode ocorrer a qualquer tempo, independentemente de prazo.⁵⁸

Ainda, nos termos do artigo 198, inciso I, do Código Civil, não há o que se falar em prazo decadencial contra o absolutamente incapaz, portanto, o prazo de dez anos para ingressar com a petição de herança, só começará a contar a partir dos dezesesseis anos do filho concebido por inseminação artificial *post mortem*.

Nesse sentido também é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “A prescrição não corre contra os absolutamente incapazes e, portanto, o termo inicial do prazo prescricional somente dar-se-á com o implemento da capacidade relativa do menor.” (Apelação Cível no 70019102219, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30 de ago. 2007).

Além disso, cumpre salientar que não há prazo prescricional para a ação de investigação de paternidade, porém o prazo para ingressar com a petição de herança, deve ser de dez anos, conforme aponta a súmula 149 do STF.⁵⁹

⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 200-201.

⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 149: É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não a de petição de herança.** Disponível em: <https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/460/Sumulas_e_enunciados>. Acesso em: 26 set. 2022.

A esse respeito, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.475.759/DF, se posicionou no sentido de que o termo inicial para o ajuizamento da petição de herança é o trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, tendo em vista que é no momento do reconhecimento da filiação que resta comprovado o status de herdeiro. *In verbis*:

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

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

2. A teor do art. 189 do Código Civil, o termo inicial para o ajuizamento da ação de petição de herança é a data do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, quando, em síntese, confirma-se a condição de herdeiro.

3. Aplicam-se as Súmulas n. 211/STJ e 282/STF quando a questão suscitada no recurso especial não tenha sido apreciada pela Corte de origem.

4. Incide o óbice previsto na Súmula n. 284/STF na hipótese em que a deficiência da fundamentação do recurso não permite a exata compreensão da controvérsia.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.

(REsp 1.475.759/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 20/05/2016). (grifou-se).⁶⁰

Nesse contexto, em atenção ao princípio da economia processual, uma solução satisfatória ao impasse do reconhecimento dos direitos sucessórios do concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem* seria o ajuizamento de uma ação de investigação de paternidade juntamente com uma ação de petição de herança, visando assim o reconhecimento da filiação da prole póstuma, bem como da sua qualidade de herdeira.

Nessa seara, acerca da reprodução humana assistida *post mortem* e do reconhecimento dos direitos sucessórios do filho concebido por meio de tal técnica, Douglas Phillips Freitas pontua o seguinte:

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Terceira Turma). Recurso Especial. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. DIREITO SUCESSÓRIO. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. ANTERIOR AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. (...). **REsp. 1.475-759-DF**. Recorrente: V. J. C. Recorrido: R. O. da S. C. Relator(a): Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 17 de maio de 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862054957/recurso-especial-resp-1475759-df-2013-0346277-7/inteiro-teor-862054967?ref=serp>>. Acesso em: 26 set. 2022.

Independente de ter havido ou não testamento, sendo detectada no inventário a possibilidade de ser utilizado material genético do autor da herança (já que sua vontade ficara registrada no banco de sêmen por força da resolução já informada), no intuito de evitar futuro litígio ou prejuízo ao direito constitucional de herança, há de ser reservados os bens desta prole eventual sob pena de ao ser realizado o procedimento, vier o herdeiro nascido depois, pleitear, por petição de herança, seu quinhão hereditário, como se fosse um filho reconhecido por posterior ação de investigação de paternidade.⁶¹

Destarte, perante a omissão legislativa existente no âmbito dos direitos sucessórios do concebido por meio da inseminação artificial *post mortem*, o ingresso da ação de petição de herança, no prazo de dez anos a contar do reconhecimento da paternidade, respeitado o previsto no artigo 198, inciso I, do Código Civil, é a medida apropriada para fazer valer os direitos sucessórios desse filho, com a devida observância aos princípios da igualdade entre filhos e da dignidade da pessoa humana.

⁶¹ FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. IBDFAM. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/423/Reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+ap%C3%B3s+a+morte+e+o+direito+de+heran%C3%A7a>>. Acesso em: 25 set. 2022.

4. A OMISSÃO LEGISLATIVA FRENTE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM*

4.1 Os projetos de lei que versam sobre reprodução humana assistida *post mortem*

Em que pese o Conselho Federal de Medicina tenha editado resoluções que dispõem acerca do uso das técnicas de reprodução humana assistida, o ordenamento jurídico brasileiro ainda apresenta lacunas no tratamento de questões que envolvam a utilização da inseminação artificial, em especial no que diz respeito à possibilidade de reprodução após o falecimento do progenitor biológico.

Com o escopo de alterar esse cenário de insegurança jurídica, foram apresentados diversos projetos de lei ao longo dos anos com o intuito de regulamentar os procedimentos de reprodução assistida para além das normas infralegais já existentes.

Dentre as propostas existentes, o projeto de maior destaque é o PL nº 1.184/2003, de autoria do ex-Senador Federal Lucio Alcantara, que dispõe e define normas para realização de inseminação artificial e de fertilização *in vitro*, proibindo a gestação de substituição e os experimentos de clonagem radical.

Apensados ao PL nº 1.184/2003 estão outros vinte e três projetos de lei, dos quais merecem destaque os PLs nº 4.892/2012, 7.591/2017 e 1.218/2020.

O Projeto de Lei nº 4.892/2012 de autoria do ex-Deputado Federal Eleuses Paiva (PSD/SP) visa instituir o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. O projeto em questão apresenta disposições acerca da reprodução assistida *post mortem*, das quais ressaltam-se as seguintes⁶²:

⁶² BRASIL. **Projeto de lei do Senado nº 4892, de 2012.** Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9C2FFB933C7E4E0FAB22906D1AB9763A.proposicoesWebExterno2?codteor=1051906&filename=Tramitacao-PL+4892/2012>. Acesso em: 20 nov. 2022.

Art. 35. É permitido o uso de material genético de qualquer pessoa, seja óvulo, espermatozoide ou embrião já formado, após a sua morte, desde que haja manifestação específica, em documento escrito, dado por ela em vida, para o uso do seu material biológico criopreservado, descrevendo:

I – a pessoa que deverá gestar o ser já concebido, em caso de embrião;

II – a quem deverá ser destinado o gameta, seja óvulo ou espermatozoide, e quem o gestará após a concepção.

Parágrafo único. A pessoa escolhida como destinatária deverá dar sua anuência ao documento.

Art. 49. Em caso de filiação post mortem, o vínculo entre o filho concebido e o genitor falecido se estabelecerá para todos os efeitos jurídicos oriundos de uma relação paterno-filial, observados os limites e exigências impostos por esta Lei.

Art. 59. Tratando-se de fecundação post mortem, garantir-se-á o direito sucessório do descendente, caso a gravidez ocorra em até 3 anos da abertura da sucessão do genitor que autorizou expressamente a utilização de seu gameta ou embrião criopreservado.

[...]

§ 2º Caso haja material genético congelado de pessoa que tenha deixado autorização expressa para sua utilização, nos termos desta lei, será aberta sucessão provisória ou condicional até que transcorra o prazo de 3 anos ou que, dentro desse período, se constate a gravidez do descendente biológico da pessoa falecida.

§ 3º Transcorrido o prazo previsto ou nascido o filho a sucessão passará a ser definitiva.

§ 4º O previsto neste artigo não exclui o direito de petição de herança, nos termos do Código Civil.

Nesse sentido, conclui-se da leitura do artigo 59 do PL nº 4.892/2012 a intenção de estabelecer o prazo de 3 (três) anos para a concepção por meio da inseminação homóloga *post mortem*, visando garantir por esse período o direito sucessório daquele que foi gerado por meio de tal técnica.

Já o Projeto de Lei nº 7.591/2017, de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra (PMDB-MT) possui como escopo conferir capacidade para suceder aos concebidos com o auxílio de técnica de reprodução assistida após a abertura da sucessão, acrescentando parágrafo único ao art. 1.798 do Código Civil. Nos termos

do referido projeto, o art. 1.798 passaria a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único⁶³:

Art. 1.798. [...].

Parágrafo único. Legitimam-se a suceder, ainda, as pessoas concebidas após a abertura da sucessão com o auxílio de técnicas de reprodução assistida.

Ademais, ressalta-se o PL 1.218/2020 de autoria do Deputado Federal Alexandre Frota (PSDB/SP) que objetiva a alteração da redação do art. 1.798 do Código Civil, para estabelecer direito à sucessão do filho gerado por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança. Conforme a proposta apresentada no projeto em questão, o art. 1.798 do Código Civil receberia o seguinte texto⁶⁴:

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão bem como os filhos gerados por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança, desde que:

I – os cônjuges ou companheiros expressem sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dados aos embriões, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los, através:

a) testamento particular ou público; ou

b) Documento assinado em clínica, centros ou serviços de reprodução humana, serviços médicos-hospitalares, todos devidamente cadastrados e reconhecidos pelo Conselho Federal de Medicina ou Conselhos Regionais de Medicina.

II – nos casos de necessidade de gestação em útero diversos a um dos cônjuges, será obedecido o disposto na legislação vigente ou na Resolução do Conselho Federal de Medicina ou determinação judicial.

O PL nº 1.184/2003, de Lucio Alcantara, ao qual estão apensados os projetos de lei supracitados está, desde 28/09/2021, aguardando parecer do Relator na

⁶³ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 7591, de 2017**. Acrescenta parágrafo único ao artigo 1798 da Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para conferir capacidade para suceder aos concebidos com o auxílio da técnica de reprodução assistida após a abertura da sucessão. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1556651&filename=TramitacaoPL+7591/2017>. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁶⁴ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado de nº 1218, de 2020**. Altera a redação do art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para estabelecer direito à sucessão de filho gerado por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1871456&filename=TramitacaoPL+1218/2020>. Acesso em: 20 nov. 2022.

Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) referente as normas para a realização de procedimentos de reprodução assistida no Brasil.

No entanto, cumpre pontuar que o referido projeto já se encontra obsoleto, tendo em vista que o seu artigo 13 determina que poderão ser produzidos e transferidos até 2 (dois) embriões a cada ciclo reprodutivo, o que diverge do previsto na Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, que permite até quatro embriões. Além disso, seu artigo 3º proíbe a utilização da gestação de substituição, conhecida popularmente como barriga solidária, o que acabaria por prejudicar em muito casais homoafetivos e mulheres que por diversas razões não podem gestar.

Sendo assim, cabe destacar que a aprovação do PL nº 1.184/2003 sem a sua necessária atualização acabaria por atentar contra o direito fundamental ao planejamento familiar, disposto no artigo 226, §7º, da Constituição Federal.

4.2 Posicionamentos doutrinários acerca da necessidade de regulamentação jurídica

Os crescentes avanços tecnológicos, em especial nas áreas da medicina e da biotecnologia, desenvolveram a possibilidade da reprodução assistida, viabilizando assim a realização da inseminação artificial *post mortem*.

No que tange a regulamentação dessas técnicas no ordenamento jurídico brasileiro, Albuquerque Filho afirma que a legislação brasileira se omitiu acerca da prática dessa técnica. Em suas palavras, “não se identifica expressa proibição do uso dessa técnica no Brasil, tampouco existe legislação permissiva. O que de fato há é omissão legislativa sobre a matéria em comento”.⁶⁵

De mais a mais, Caio Mário Da Silva Pereira pontua a relação do ordenamento jurídico com as biotecnologias:

⁶⁵ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**, 2006, p. 15. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

Quando a ciência biológica anuncia processo de inseminação artificial, para proporcionar a gestação sem o pressuposto fisiológico das relações sexuais, eclode uma série de implicações jurídicas, tais como: a indagação do status da filiação, a necessidade de autorização da mulher, a anuência do marido, o registro do filho, afora o problema da inseminação contra a vontade de qualquer dos cônjuges, ou a sua realização sem o conhecimento do fato por algum deles, ou a necessidade de reconhecimento ou declaração da paternidade. Todos estes assuntos têm sido debatidos pelos civilistas em congressos, conferências, monografias, estudos publicados em revistas especializadas.⁶⁶

Pelas palavras do autor, vislumbra-se a importância da regulamentação da questão sucessória daqueles concebidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*, em virtude da insegurança jurídica ocasionada pela omissão legislativa acerca do tema.

Destarte, Eduardo de Oliveira Leite refere-se à ineficácia das regulamentações alternativas, como a Resolução do Conselho Federal de Medicina, classificando-as como desprovidas de juridicidade, uma vez que não foram criadas por meio de um debate público, deixando assim de representarem o interesse coletivo.⁶⁷

As técnicas de reprodução assistida, portanto, carecem de regulamentação jurídica, a fim de compreender e mensurar a sua implicação social, com o escopo de mitigar a insegurança jurídica deixada em função da possibilidade da inseminação artificial *post mortem*.

⁶⁶ PEREIRA, Caio Mário Da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 12.

⁶⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais: bioética e biodireito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Repensando o direito de família: anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 154-155.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devido aos grandes avanços nas áreas da biomedicina e da biotecnologia, casais que não podiam ter filhos por meio da reprodução natural, agora possuem a chance da concepção por meio das técnicas de reprodução humana assistida.

Contudo, em função de tais evoluções, surgiram questionamentos e implicações jurídicas no que tange a utilização dessa técnica, em especial, em razão da possibilidade da inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Em primeira análise, o presente trabalho de conclusão de curso apresentou a questão da filiação resultante da reprodução assistida *post mortem*, na qual o Código Civil, em seu artigo 1.597, inciso III, dispõe acerca da presunção de paternidade dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.

Diante da lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro, surgiram uma série de discussões no âmbito da doutrina e da jurisprudência a fim de tratar da legitimidade para suceder daqueles que foram concebidos após a abertura da sucessão. Acerca disso, foram apresentadas as correntes doutrinárias: excludente (que não reconhece qualquer direito sucessório ou civil para o concebido pela inseminação artificial *post mortem*), relativamente excludente (que reconhece a possibilidade de concessão de efeitos mitigados) e a inclusiva (que reconhece plenos direitos no âmbito do direito familiar e sucessório ao concebido pela inseminação póstuma).

Além disso, restou exposto que para o reconhecimento da capacidade sucessória dos filhos concebidos por inseminação artificial *post mortem*, se faz necessária a relativização do princípio da coexistência diante da presunção de paternidade prevista no artigo 1.597, inciso III, do Código Civil, em virtude dos princípios da dignidade da pessoa humana, do livre planejamento familiar e da isonomia entre os filhos.

Outrossim, foi pontuado que a ação de petição de herança, respeitado o prazo máximo de dez anos, contados do momento do reconhecimento da paternidade, em

atenção ao princípio da igualdade entre filhos, constitui o meio adequado para a garantia dos direitos sucessórios do filho concebido por inseminação artificial *post mortem*.

Por fim, pontuou-se a necessidade de regulamentação jurídica diante da omissão legislativa acerca da temática, a fim de oferecer proteção aos direitos sucessórios do filho concebido por meio da inseminação artificial póstuma, bem como para mitigar a insegurança jurídica existente em relação aos demais herdeiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**, 2006. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 105, I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/736>>. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 104, I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/735>>. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 106, I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737#:~:text=Para%20que%20seja%20presumida%20a,utilize%20seu%20material%20gen%C3%A9tico%20ap%C3%B3s>>. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 267, III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 23 set. 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. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado de nº 1218, de 2020**. Altera a redação do art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para estabelecer direito à sucessão de filho gerado por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1871456&filename=TramitacaoPL+1218/2020>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. **Projeto de lei do Senado nº 4892, de 2012**. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.

Disponível

em:<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9C2FFB933C7E4E0FAB22906D1AB9763A.proposicoesWebExterno2?codteor=1051906&filename=Tramitacao-PL+4892/2012>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 7591, de 2017**. Acrescenta parágrafo único ao artigo 1798 da Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para conferir capacidade para suceder aos concebidos com o auxílio da técnica de reprodução assistida após a abertura da sucessão. Disponível em:<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1556651&filename=TramitacaoPL+7591/2017>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Terceira Turma). Recurso Especial. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. DIREITO SUCESSÓRIO. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. ANTERIOR AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. (...). **REsp. 1.475-759-DF**. Recorrente: V. J. C. Recorrido: R. O. da S. C. Relator(a): Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 17 de maio de 2016. Disponível em:<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862054957/recurso-especial-resp-1475759-df-2013-0346277-7/inteiro-teor-862054967?ref=serp>>. Acesso em: 26 set. 2022.

COLOMBO, Cristiano. **Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.168/2017**. Adota as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo dentológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121. Disponível em:<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 22 set. 2022.

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

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. **Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no Direito Sucessório**. IBDFAM. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/224.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2022

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. IBDFAM. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/423/Reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+ap%C3%B3s+a+morte+e+o+direito+de+heran%C3%A7a>>. Acesso em: 25 set. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Volume VI: direito de família**. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 7: Direitos das sucessões**. 8 a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**, v. XVI. 1a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Família**. 4a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MANERICK, Rosa Maria dos Santos. **O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua efetividade no direito de família**, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Artigo%20Rosa%20Maria%20dos%20Santos%20Manerick.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

MARQUES, Claudia Lima. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual – direito pós-moderno? In: **Anais do X Congresso Internacional de Direito de Família**, Mendoza, Argentina. Primeira Seção. Publicação na RT/Fasc. Civ. Ano 88. V. 764. jn. 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito das sucessões**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

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

SANTOS, Natália Baristuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Os reflexos da reprodução humana assistida heteróloga e post mortem. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 41, n. 48, 2007.

SILVA, Diego Rodrigues. **O direito sucessório dos inseminados post mortem em face dos princípios constitucionais**, 2013. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-sucess%C3%B3rio-dos-inseminados-post-mortem-em-face-dos-princ%C3%ADpios-constitucionais>>. Acesso em 20 nov.2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 149: É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição herança**. Disponível em:<https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/460/Sumulas_e_enunciados>. Acesso em: 26 set. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.