



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG
FACULDADE DE DIREITO - FADIR
CURSO DE DIREITO

VICTORIA DA SILVA RAMOS

**OS ENTRAVES JURÍDICOS DO DIREITO À SUCESSÃO DOS FILHOS
CONCEBIDOS *POST MORTEM* NO CAMPO DA REPRODUÇÃO ARTIFICIAL**

Rio Grande/RS,
2022

VICTORIA DA SILVA RAMOS

**OS ENTRAVES JURÍDICOS DO DIREITO À SUCESSÃO DOS FILHOS
CONCEBIDOS *POST MORTEM* NO CAMPO DA REPRODUÇÃO ARTIFICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande como requisito básico para obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

Orientador: Professor Hector Cury Soares

Rio Grande/RS,
2022

VICTORIA DA SILVA RAMOS

**OS ENTRAVES JURÍDICOS DO DIREITO À SUCESSÃO DOS FILHOS
CONCEBIDOS *POST MORTEM* NO CAMPO DA REPRODUÇÃO ARTIFICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande como requisito básico para obtenção do
grau de Bacharelado em Direito.

Data da aprovação: 04/01/2023

Banca Examinadora:

Professor Dr. Hector Cury Soares
Orientador – FURG

Professor Me. Wesley Pereira
Primeiro Examinador

Professora Kelly Borges
Segundo Examinador – Mestranda FURG

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à Deus, por estar sempre comigo e por me manter forte e inabalável, sendo âncora e não me deixando perder a crença, acima de tudo, de mim.

Agradeço aos meus pais pelo dom da vida e aos meus familiares amados.

Agradeço em especial à minha mãe Marinei Teresa Mendes da Silva, por ter sido mãe, pai, amiga e porto seguro que, com a fé mais bonita que eu já conheci, sempre me manteve protegida com as suas orações. Obrigada mãe, cada passo que dei até aqui foi percorrido com a garra que aprendi desde criança a ter contigo, és exemplo de luta!

Agradeço também ao meu padrasto Eduardo Leite Camargo, que dedicou uma vida toda a me tratar como se filha fosse e me ensinar a beleza nas pequenas coisas da vida. A primeira vitória ao teu lado foi o dia que me ensinastes a andar de bicicleta, hoje compartilho contigo mais uma vitória!

Agradeço aos meus irmãos Israel, Marcos, Leonel e Rodrigo, pelo companheirismo, amizade, cumplicidade e por sempre terem acreditado em mim e no meu potencial.

Agradeço, com todo meu amor, ao meu sobrinho e afilhado Lorenzo, por ter me ensinado a amar da forma mais magnífica e pura que eu já conheci na vida e por ser aconchego, afago e carinho. Lorenzo, tudo o que eu faço é pensando em ti, és minha maior motivação e meu maior amor!

Agradeço aos meus padrinhos Sidnei Mendes e Regina Figueira que, mesmo distantes, com muito carinho e amor me prestaram todo apoio, incentivo e encorajamento necessários para o meu crescimento pessoal e profissional.

Agradeço às minhas amigas, especialmente à minha querida amiga Karoline Schoroeder Soares, por ter sido uma grande companheira de graduação e, para além disso, de vida.

À Universidade Federal do Rio Grande pela oportunidade de ter em minha trajetória um ensino público, gratuito, de qualidade e de excelência.

E, por fim, agradeço com verdadeiro carinho, ao meu orientador Hector Cury Soares, pela leveza de orientação, pela disponibilidade e, principalmente, pela compreensão.

Obrigada.

RESUMO:

O presente trabalho pretende discorrer acerca do direito à sucessão dos filhos concebidos posteriormente à morte do genitor através de técnicas de reprodução artificial. Para isso, inicialmente o estudo buscará discorrer sobre premissas básicas e conceituais do direito das sucessões, analisando importantes princípios e dispositivos legais. Posteriormente, serão analisadas as existentes técnicas de produção assistida como forma de consagração do livre planejamento familiar, de modo que se buscará analisar como o ordenamento jurídico brasileiro vem se portando quanto ao emprego de tais técnicas, considerando o avanço da ciência, da medicina e da própria concepção das diferentes modalidades de família no mundo. Desse marco, a presente pesquisa buscará analisar questões advindas da concepção proveniente da implementação do instrumento da reprodução assistida, em especial, será investigado de maneira aprofundada as problemáticas decorrentes do acesso ao direito à sucessão dos filhos concebidos por técnicas de reprodução artificial *post mortem* daquele que deixou o material genético para utilização. Por essa razão, o presente trabalho buscará abordar de maneira crítica as lacunas legislativas na presente hipótese, bem como se debruçará em análise documental e doutrinária a fim de expender quais os impasses sofridos por esses filhos quanto à pretensão de direito à sucessão, diante do conflito de grandiosos princípios. Para tanto, a metodologia utilizada será a análise e revisão documental, legislativa e literária a partir de um banco de dados com materiais, livros e artigos elaborados, além de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: direito sucessório; reprodução artificial; reprodução *post mortem*; princípios; acesso à herança.

ABSTRACT:

The current has the objective to discuss about the succession foi children born alter the death of the parents when using artificial reproduction techniques. Initially, the present study will discuss basic and conceptual premises of the right of successions, analyzing important principles and the Law. Next, assisted reproduction techniques will be analyzed as a way to consecrate the free family planning, analyzing how the brazilian legal system behaves about the use of said techniques, considering the advance of science, medicine and the concept of the many families types around the world. The present research will analyze questions about the conception coming from the assisted reproduction, specially studying, in depth, the problems regarding the right of succession of children born from *post mortem* artificial reproductive ways, whose parents left the genetic material for future utilization. The present work will analyze, in a critical manner, the lack of legislation, and will discuss on a documental and doctrinal analysis, with the objective to learn what are the problems experimented by those children when it comes to the right of succession and the principles regarding the subject. In order to achieve said objective, the methodolody used is the documental, legislative and literary analysis, coming from books, articles and bibliography resarch.

Keywords: right of succession; artificial reproduction; *post mortem* reproduction; principles; access to heritage.

SUMÁRIO

1 Introdução	5
2 Compreendendo o direito à sucessão e seus desdobramentos jurídicos	6
2.1 A vida e a morte para o Direito Civil brasileiro	6
2.2 Breves noções do Direito das Sucessões	8
2.3 Princípio da coexistência para suceder	11
2.4 O princípio da <i>Saisine</i> e o momento da abertura da sucessão	12
3 Breves comentários acerca da reprodução assistida e possibilidades admitidas em Direito	13
3.1 Contextualização histórica da evolução das técnicas de reprodução assistida	13
3.2 A formação da família para o direito brasileiro e o planejamento familiar.....	14
3.3 Reprodução assistida como forma de exercício do livre planejamento familiar	16
3.4 O tratamento legislativo brasileiro às técnicas de reprodução assistida	17
3.5 Reprodução assistida <i>post mortem</i>	19
4 Entraves do direito à sucessão dos filhos concebidos <i>post mortem</i> e suas teorias	21
4.1 Igualdade de direito assegurada entre todos os filhos	22
4.2 Direito adquirido à sucessão e a segurança jurídica	25
5 Considerações Finais	28
6 Referências Bibliográficas	31

1 INTRODUÇÃO

É cediço que são inúmeras e cada vez mais constantes as evoluções sociais, científicas e culturais vivenciadas no decorrer do mundo. Diante desse fato, nasce então a bioética como forma de consagração dessas evoluções, inicialmente, científicas, mas fruto do desenvolvimento social e cultural dos indivíduos.

Nesse ínterim, o presente estudo pretende discorrer e abordar a bioética, especialmente, no que tange ao nicho científico e tecnológico da implementação de técnicas de reprodução assistida, as quais estão cada vez mais sendo utilizadas.

De igual modo, o termo “família” está se resignificando de maneira frequente, tornando-se mais abrangente diante das diversas modalidades de constituição familiar atualmente existentes.

Portanto, compreendendo a implementação de técnicas de reprodução artificial como forma de consagração da família, diante até mesmo de anseios pessoais de formação de uma família quando, por exemplo, estes indivíduos são acometidos pela infertilidade, é que surgiu o presente estudo.

Assim, cumpre mencionar que, apesar das evoluções e mudanças provenientes no mundo e no particular de cada indivíduo dele habitante, não é possível afirmar com a mesma precisão que os sistemas jurídico, legislativo e normativo caminham com a mesma rapidez.

Em verdade, o sistema jurídico, ao longo de todo o mundo, caminha a passos lentos, em uma, às vezes duvidosa, tentativa de acompanhar as mudanças vivenciadas mundo afora.

Dessa forma, com a implementação de técnicas de reprodução assistida, surgiram inúmeras questões jurídicas controvertidas, agravadas pela existência de uma imensa lacuna legislativa ao se tratar das consequências jurídicas provenientes da implementação de técnicas de reprodução assistida no Brasil, bem como dos direitos daí decorrentes.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende discorrer especificamente acerca dos pontos controvertidos advindos da utilização de técnicas de reprodução assistida de maneira póstuma à morte do genitor, titular do material genético utilizado. Em especial, buscar-se-á tratar, principalmente, no que diz respeito aos direitos sucessórios advindos desse fato jurídico.

Assim, considerando a existência de um silêncio legislativo no que versa ao assunto, o presente estudo buscará analisar em particular no que concerne à obtenção e à consagração dos direitos sucessórios desses filhos concebidos quando a implementação das técnicas de reprodução assistida tenha ocorrido somente após a morte do genitor.

Para tanto, inicialmente, o que se pretende é explicitar conceitos introdutórios tanto do direito das sucessões, quanto das técnicas de reprodução assistida hoje existentes no mundo.

Com isso, posteriormente, será feita uma integração entre os dois temas, analisando as questões controversas advindas dos entraves sofridos pelos filhos na tentativa de obtenção dos direitos sucessórios quando concebidos a partir da utilização de técnicas de reprodução assistida *post mortem* daquele que deixou o material genético para utilização.

Portanto, debruçado em análise documental, se pretende dispor de maneira aprofundada no que se refere a lacuna legislativa presente no ordenamento jurídico brasileiro quanto aos possíveis direitos sucessórios dos filhos concebidos *post mortem*, bem como quais as posições doutrinárias a respeito desta abordagem, de tal modo que o presente trabalho buscará abordar, ainda, os conflitos doutrinários e principiológicos existentes em face da omissão legislativa vigente.

2 COMPREENDENDO O DIREITO À SUCESSÃO E SEUS DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS

2.1 A vida e a morte para o Direito Civil brasileiro

Conforme amplamente sabido, o início da personalidade civil começa com o nascimento com vida, no entanto, nos termos do artigo 2º do Código Civil, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Para a medicina o nascimento com vida é identificado a partir do critério da respiração, que ocorre quando a criança é capaz de respirar autônoma e individualmente, ainda que por um milésimo de segundo, após ser retirada do ventre materno, tendo virado mãe e filho dois corpos separados, cada um com uma vida biológica distinta. Este critério é trazido pelo artigo 53 da Lei 6.015/1973 (Lei dos

Registros Públicos) que determina a lavratura do assento somente de óbito quando a criança não tiver respirado, assento de registro de nascimento, quando a criança tiver respirado e permanecer com vida e o registro nos livros de nascimento e óbito, quando a criança respirar, mas ainda que logo em seguida, vier a falecer.

Atualmente, o principal método de constatação da presença ou não de respiração no recém nascido que veio a óbito ocorre através de um exame médico denominado Docimasia Hidrostática de Galeno, no qual leva-se em consideração que se o feto respirou, inflou seus pulmões de ar. Por essa razão, o referido exame é realizado nos pulmões do recém nascido que faleceu, oportunidade em que o órgão é retirado do corpo e colocado em um recipiente com água, momento em que se observa se os pulmões afundam ou boiam, baseando-se no princípio de que se o feto respirou, inflou seus pulmões de ar e, portanto, os pulmões irão boiar, mas caso não tenha havido uma única respiração, o pulmão não terá recebido ar, estando com as paredes alveolares unidas e, portanto, irá afundar.

Frisa-se que a constatação correta de nascimento com vida ou sem vida é de extrema relevância para o direito, em especial ao das sucessões, pois a partir deste fenômeno, também jurídico, nascem e se encerram inúmeras possibilidades para a cadeia sucessória.

Outrossim, o Código Civil de 2002 no artigo 6º determina que a existência da pessoa natural se encerra com a sua morte. Nessa feita, cumpre dispor acerca dos tipos de morte existentes no ordenamento jurídico pátrio, sendo que há dois possíveis tipos de morte da pessoa natural para o Direito Civil.

De um lado, há a morte real, aquela confirmada mediante a presença de cadáver e atestado de óbito, no qual o falecimento da pessoa natural é confirmado a partir da cessação da atividade encefálica ou, em outros termos, com a morte cerebral. Nesse viés, corrobora o artigo 3º da Lei de Remoção de Órgãos (Lei nº 9.934/1997) que a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinadas a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, sendo esta, portanto, requisito para a configuração da morte para o ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, há a morte presumida, aquela em que não há a presença cadavérica, podendo ocorrer de duas formas, com decretação de ausência ou sem decretação de ausência nos termos do que dispõe o artigo 7º do Código Civil. Apenas em linhas gerais, a morte presumida poderá ser declarada sem decretação de

ausência quando for extremamente provável a morte de alguém que corria perigo de vida ou quando alguém, desaparecido em campanha ou feito de prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da referida guerra, conforme hipóteses trazidas nos incisos do artigo 7º supracitado. Assim, a morte presumida deverá ser precedida de declaração de ausência, quando não se encontrar em uma das duas hipóteses previstas no dispositivo legal mencionado.

Feitas essas breves considerações, cabe adentrar no estudo do direito das sucessões propriamente dito, pois ele advém com a morte da pessoa natural.

2.2 Breves noções do Direito das Sucessões

Exordialmente, insta dispor acerca da definição e conceituação do direito das sucessões. Etimologicamente, nos termos do Dicionário Aurélio, a origem da palavra “suceder” decorre do latim *succedere*, que significa “ocorrer depois de”. Ainda, para Silvio de Salvo Venosa (2012, p.1), a palavra “sucessão” significa, em outros termos, o mesmo que “substituir”, ou seja, substituir outrem no campo das relações jurídicas. Assim, sucessão nada mais é que a substituição da titularidade de um direito de uma pessoa, para outra, cujo marco inicial é, justamente, a morte a pessoa natural. Nasce daí, portanto, o direito das sucessões.

Este ramo do Direito, está localizado e é desdobrado no Código Civil, não coincidentemente, em seu último livro pois ele só advém com a morte da pessoa civil, em outros termos, o direito das sucessões e todos os desdobramentos jurídicos dele decorrentes só têm seu início com a morte da pessoa humana. Cumpre mencionar ainda que o livro do direito das sucessões na Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) tem seu início no artigo 1.784 do referido diploma legal. Nas palavras de Giselda Maria Hironaka (2014, p.20), “assim como a vida termina com a morte, o Código Civil também termina com ela, e este é, sem dúvida, um lembrete para o quanto o Código Civil é um belíssimo retrato da vida dos particulares”.

Note-se que aqui se fala da sucessão *causa mortis*, isto é, decorrente do falecimento. Nesse sentido, no campo do Direito, o direito das sucessões regula as substituições *causa mortis* que ocorrem, nos moldes explicados pelo estudioso Silvio Venosa (2012, p.1), “quando os direitos e obrigações da pessoa que morre transferem-se para seus herdeiros e legatários”.

Dito isso, cumpre destacar que apenas a sucessão denominada *stricto sensu*, é aquela cujo o ramo do Direito das Sucessões possui como objeto.

Aduz Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2019, p.62) que o direito das sucessões possui como “objetivo primordial estudar e regulamentar a destinação do patrimônio da pessoa física ou natural em decorrência de sua morte, momento em que se indaga qual o patrimônio transferível e quem serão as pessoas que o recolherão”, assim, de acordo com Lacerda de Almeida (1915, p. 32) o patrimônio deixado pelo morto chama-se de herança em sentido estrito.

Por fim, Silvio Venosa (2012, p.4) explica que “o direito das sucessões disciplina, portanto, a projeção das situações jurídicas existentes, no momento da morte, da desaparecimento física da pessoa, a seus sucessores”.

Dito isso, o direito das sucessões, como bem se sabe, possui como seu maior objetivo disciplinar as relações jurídicas decorrentes do patrimônio deixado por aquele que veio a falecer. Advém de tal premissa, a ideia de herança como “o conjunto de direitos e obrigações que se transmitem, em razão da morte, a uma pessoa, ou a um conjunto de pessoas, que sobreviveram ao falecido” (Venosa, 2012, p.6).

Complementarmente, cumpre destacar alguns termos relevantes para que se possa compreender o estudo do direito das sucessões. Destarte, advinda da expressão em latim “*de cujus successione agitur*”, nasce o termo *de cujus* para se referir àquele que veio à óbito. Outro termo igualmente relevante dentro das Sucessões é o espólio, segundo o qual Venosa (2012, p.7) define como “o conjunto de direitos e deveres pertencentes à pessoa falecida”.

Assim, estudiosos como Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2019, p.67) defendem que a sucessão hereditária pode ser analisada por duas direções ou sentidos. Sob o sentido objetivo, a sucessão se apresenta como o patrimônio transferido em sua universalidade em favor dos sucessores da pessoa falecida, sendo tal patrimônio o “conjunto de bens, direitos, pretensões e obrigações de que o morto era titular (compreendendo o seu ativo e passivo), exceto os intransmissíveis, por força de sua morte, aos seus sucessores”. Por outro lado, sob o sentido subjetivo, ensina que a sucessão se apresenta como o direito dos sucessores de receber a herança, isto é, quem são as pessoas legitimadas a terem o patrimônio do falecido convertido a seu favor.

Nesse íterim, conforme os ensinamentos de Flávio Tartuce (2021, p.1444) há duas modalidades de sucessão causa mortis, a sucessão legítima, também

denominada *sucessão ab intestato*, que é “aquela que decorre da lei, que enuncia a ordem de vocação hereditária, presumindo a vontade do autor da herança” e a sucessão testamentária, a qual “tem origem em ato de última vontade do morto”.

De igual forma, disciplina o artigo 1.786 do Código Civil quando aduz que a sucessão dar-se-á por lei, oportunidade em que se refere a ordem de vocação hereditária dos herdeiros legítimos ou necessários, ou por disposição de última vontade, ocasião em que se refere principalmente ao instrumento de testamento, de onde nascem os herdeiros legatários.

No mesmo viés, o artigo 1.829 do Código Civil determina qual é a ordem da sucessão legítima, sendo a seguinte:

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

Em complemento, o artigo 1.833 do mesmo diploma legal determina que entre os descendentes, os de grau mais próximo, excluem os de grau mais remoto, sendo que somente na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, como disciplina o artigo 1.836 do Código Civil.

Conforme visto, os descendentes são os herdeiros com maior prioridade e preferência na ordem da vocação hereditária, sendo que somente serão chamados a suceder os ascendentes, diante da inexistência de descendentes do *de cujus*.

Acerca da designação sucessória, cumpre transcrever as palavras de Luiz de Carvalho (2019, p.109), onde explica:

A designação sucessória ocorre antes da abertura da sucessão, isto é, antes da morte da pessoa física ou natural, podendo ser definida como a indicação de sucessível (eis), por força da vontade do legislador, de acordo com a vontade presumida do falecido – em regra, em um quadro hierarquicamente ordenado em classes preferenciais de herdeiros, moldado em determinados princípios inerentes à denominada ordem de vocação hereditária, pedra angular da sucessão legítima (art. 1.829 do CC) –, ou então através da manifestação de vontade do futuro hereditando, materializada em testamento ou codicilo (arts. 1.857 e 1.881, ambos do CC).

Assim, conforme defendido pelo doutrinador supracitado, os sucessores daquele que vier a falecer, já existem antes mesmo de sua morte, gozando de expectativa de direito de sucessão.

Já no momento da morte do *de cujus* ocorre a chamada “vocação hereditária” que em outras palavras é o chamamento à sucessão, perfectibilizado através do princípio da *saisine*, o qual será abordado posteriormente.

2.3 Princípio da coexistência para suceder

Disposto no 1.798 do Código Civil o qual aduz que estão legitimadas a suceder “as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, o princípio da coexistência determina que sucessor e sucedido tenham coexistido simultaneamente, ainda que o sucessor seja apenas nascituro no momento do óbito do sucedido.

De acordo com Luiz Paulo de Carvalho, (2019, p. 420) a legislação civil brasileira adota o princípio da coexistência necessária, uma vez que no momento da abertura da sucessão, devem coexistir, nem que seja por breves segundos, o hereditando e seus sucessores.

Nessa feita, pela leitura do artigo 1.798 do Código Civil, estariam excluídos da sucessão aqueles que ainda não tiverem sido, ao menos, concebidos no momento da abertura da sucessão, regramento que pode prejudicar o direito de herança dos filhos concebidos pela reprodução póstuma.

Por outro lado, trazendo uma exceção ao princípio da coexistência, o inciso I, do artigo 1.799, também do Código Civil autoriza através da sucessão testamentária o recebimento de herança pelos filhos ainda não concebidos.

Sobre o assunto, complementa Silvio Venosa (2012, p.52) que:

No caso de herdeiros ainda não concebidos, os bens da herança serão confiados, após a partilha, a curador nomeado pelo juiz (art. 1.800). Se, após dois anos contados da abertura da sucessão, não nascer o herdeiro esperado, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos, salvo disposição em sentido diverso feita pelo testador (art. 1.800, § 4º). Nesse caso, resolve-se a disposição testamentária. Essa questão prende-se diretamente às inseminações artificiais e fertilização assistida em geral, quando seres humanos podem ser gerados após a morte dos pais.

Melhor dizendo, esses filhos nascidos por reprodução póstuma e concebidos posteriormente à morte de um dos genitores, pelo princípio atual não serão herdeiros

legítimos e somente poderão herdar do *de cuius* se houver expressa previsão testamentária, fato que pode ensejar o levantamento da hipótese de não observância do princípio da isonomia entre os filhos, também melhor abordado em momento adequado a seguir.

2.4 O princípio da *Saisine* e o momento da abertura da sucessão

A *Saisine*, trata-se de grandioso e importante princípio norteador do direito das sucessões. Também denominado como *droit de saisine* está presente já no primeiro artigo do livro do direito das sucessões no Código Civil (artigo 1.784) ao dispor que “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Vejamos que a questão chave aqui versa sobre a transmissão imediata do patrimônio do *de cuius* no exato instante de sua morte, razão pela qual é de extrema relevância estabelecer corretamente o tempo da morte da pessoa natural, já que deste fato, nasce o direito à sucessão dos herdeiros.

Para Pontes de Miranda (1968, p.8) a morte é um fato jurídico, pois a partir deste exato momento, ocorre a abertura da sucessão e, por conseguinte, a transferência dos direitos e obrigações do *de cuius* aos seus sucessores. Segundo o estudioso, (1968, p. 16) a *saisine* somente foi implementada no Brasil em 1754, sendo que ganhou força em 2002 com sua implementação do Código Civil brasileiro. Portanto, no exato momento que alguém falece, abre-se a sucessão.

Assim sendo, o princípio da *saisine* determina que com a morte, a herança transmite-se imediatamente aos seus herdeiros, independentemente da realização de qualquer ato, tornando-se a partir de então, direito adquirido, problemática esta que será abordada em momento oportuno.

Para Maria Helena Diniz (2012, p.34) a morte é um fato jurídico que “transforma em direito aquilo que era, para o herdeiro, mera expectativa”, visto que só há direito adquirido a herança tão somente após o falecimento do *de cuius*. Por essa razão, afirma que o Código Civil brasileiro adota o *droit de saisine* (direito de saisina) ao determinar que a transmissão do domínio e da posse da herança ao herdeiro se dê no momento da morte do *de cuius* independentemente de qualquer outra formalidade.

Corroborando Silvio Venosa (2012, p. 14) que para a herança, o direito da *saisine* é “o direito que têm os herdeiros de entrar na posse dos bens que constituem a herança”, sendo que o termo “*saisine*” deriva do verbo “*saisir*”, que em tradução literal

significa “agarrar”, “prender” ou “apoderar-se”. Acrescenta, outrossim que “na transmissão da posse e propriedade, tudo se transmite como estava no patrimônio do *de cujus*. Transmitem-se também as dívidas, pretensões e ações contra ele, já que o patrimônio compreende ativo e passivo” (2012, p.16).

Logo, partindo dessa premissa, com o óbito, em razão da *saísine*, o que era mera expectativa de direito, torna-se direito adquirido à sucessão. Sendo assim, havendo direito adquirido à herança, de acordo com Washington de Barros Monteiro (2003, p.18) tem-se que a situação destes herdeiros não poderia ser “afetada ou comprometida por fato novo ou por lei nova”.

Nasce então, importante debate, já que de um lado, tem-se a primazia do princípio da segurança jurídica das relações, perfectibilizado, em regra, pelo instituto do direito adquirido e do fato jurídico perfeito e, por outro lado, tem-se o viés do direito das sucessões quando observado pela ótica da reprodução assistida *post mortem*, o que será melhor aprofundado em momento oportuno.

3. BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA E POSSIBILIDADES ADMITIDAS EM DIREITO;

3.1 Contextualização histórica da evolução das técnicas de reprodução assistida

Inicialmente cumpre dispor acerca da bioética, área interdisciplinar que envolve de maneira conjunta um estudo tanto da ética, quanto da biologia, ocasião em que ao realizar a integração dessas e de outras áreas como a medicina e do direito, busca explorar as questões relacionadas ao tratamento ético da vida, sob diferentes aspectos (BARBOSA, 2006; CORREIA, 2006; GALLER, 2006; PALATINIK, 2006; SCHATZMAYR. 2006).

A bioética é, portanto, uma área em constante evolução, sendo um dos nichos científicos e tecnológicos que mais evoluiu ao longo da história (BARBOSA, 2006; CORREIA, 2006; GALLER, 2006; PALATINIK, 2006; SCHATZMAYR. 2006).

Em razão de sua célere evolução, tornou-se uma área, para muitos, polêmica, assim sendo, dentre os exemplos de casos polêmicos na maior parte do mundo que envolvem a bioética é possível mencionar os casos de concepções e nascimentos obtidos por intermédio das técnicas de reprodução artificial.

Inicialmente pensada como uma forma de solucionar os impasses daqueles com problemas de infertilidade, mas que desejavam gerar filhos biológicos, nasceu a reprodução assistida em 1968, quando o fisiologista Robert Edwards, estudioso na Universidade de Cambridge, obteve o primeiro sucesso na fertilização in vitro (MOURA, 2009; SOUZA, 2009; SCHEFFER, 2009).

Pouco tempo depois, o primeiro nascimento por meio de técnicas de reprodução assistida ocorreu no ano de 1978 no interior da Inglaterra, quando veio ao mundo Louise Brown. A partir de então a bioética permaneceu evoluindo rapidamente e espalhando suas vitoriosas técnicas ao redor do mundo todo (MOURA, 2009; SOUZA, 2009; SCHEFFER, 2009).

Nesse ínterim, Anna Paua Caldeira, a primeira criança a ser concebida através de reprodução artificial no Brasil nasceu no ano de 1984, poucos anos após o primeiro bebê com o emprego de tais técnicas vir ao mundo (MOURA, 2009; SOUZA, 2009; SCHEFFER, 2009).

Desse modo, é possível afirmar que a reprodução assistida se espalhou muito rapidamente por todo o mundo.

Apesar disso, mesmo após meados de quatro décadas passadas do primeiro nascimento no Brasil através de técnicas de reprodução assistida, o silêncio legislativo permanece, não havendo meio adequado e juridicamente seguro para resolução das questões provenientes dos nascimentos por reprodução artificial.

3.2 A formação da família para o direito brasileiro e o planejamento familiar

Outrossim, cumpre mencionar que no direito brasileiro, em especial pela análise do texto constitucional, em seu artigo 226, é possível afirmar que a família é a base da sociedade, razão pela qual recebe proteção especial do Estado.

Com o passar dos anos e com a evolução da sociedade, novos tipos de família foram sendo constituídos e, mesmo que a passos lentos, o Direito de Família foi buscando acompanhar essas evoluções e mudanças, acolhendo novas modalidades de constituição de família, ampliando o conceito do termo e caminhando ao encontro da proteção do pluralismo familiar.

Em consonância à ideia de pluralismo familiar, o parágrafo 7º, do artigo 226 da Constituição Federal determina ser de livre decisão do casal o planejamento familiar,

desde que fundando nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Foi ainda, promulgada a Lei nº 9.263/1996 para regular o parágrafo 7º do referido artigo do texto constitucional, ocasião em que foi ressaltada a ideia de planejamento familiar como um direito de todo e qualquer cidadão, além de ter sido estabelecido o planejamento familiar como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

De mesmo modo, o artigo 1.565 do Código Civil, dispôs em seu parágrafo 2º que o planejamento familiar “é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”.

Nesse mesmo diapasão, a Conferência Internacional de Cairo (CAIRO, 1994) reconheceu como direito básico de toda pessoa decidir livremente e responsabilmente sobre o número de filhos, o momento de concebê-los ou não, o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução, bem como o direito de decidir sobre a reprodução ou não, de forma livre de discriminação, coerção ou violência.

Além disso, para além da proteção especial à família no seu mais livre planejamento familiar, alguns estudiosos da área defendem que essa liberdade esbarra também no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, recepcionado pela Convenção Internacional de Haia e consagrado não somente pelo Decreto nº 3.087/1999 (1999), no decorrer do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), mas também no Código Civil brasileiro (2022) e na Constituição Federal de 1988, no artigo 227, o qual aduz o seguinte:

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.

Sendo assim, para além da necessidade da paternidade, maternidade e parentalidade responsável para o exercício do livre planejamento familiar, fundada no ideal de atitudes de cuidado e observância dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, há também a necessidade de observância do Princípio do melhor

interesse da criança e do adolescente, visto se tratar de dever da família, da sociedade e do Estado.

3.3 Reprodução assistida como forma de exercício do livre planejamento familiar

Feitas as presentes considerações, surge a reprodução assistida como forma de consagrar o planejamento familiar de determinadas famílias, sendo que os motivos para a reprodução assistida podem ser os mais variados, seja pela infertilidade de um dos parceiros do casal, seja porque se trata de casal homoafetivo, seja porque o casal deseja reservar o material genético para utilização futura, ou simplesmente porque uma mulher solteira deseja ter um filho, dentre outras hipóteses.

Dentre as causas citadas, a infertilidade é de longe a mais decorrente. Para a Organização Mundial da Saúde (OMS) um casal é considerado infértil quando, sem a utilização de qualquer método contraceptivo, não concebe filhos após um ano de relacionamento sexual, sendo que tal condição é considerada uma doença pela Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde.

Consequentemente, defende Ana Cláudia Brandão Ferraz (2008, p.83) que “se se garante o direito de formar uma família, através da concepção natural, há de se reconhecer o direito daqueles que, por razões médicas, não podem procriar naturalmente, a também formarem uma família”, visto tratar-se não apenas de um direito de reprodução decorrente da liberdade sexual, mas um direito de procriar propriamente dito, ainda que de maneira artificial.

Ensina Silvio Venosa (2012, p. 239) que a inseminação homóloga pressupõe que homem e mulher sejam casados ou conviventes em união estável e que o sêmen provém deste homem da relação. Tal técnica seria, nas linhas explicadas por Venosa utilizada quando “apesar de ambos os cônjuges serem férteis, a fecundação não é possível por meio do ato sexual por várias etiologias (problemas endócrinos, impotência, vaginismo, etc.)”. Já a inseminação heteróloga, aplicada “principalmente nos casos de esterilidade do marido, incompatibilidade do fator Rh, moléstias graves transmissíveis”, entre outros, seria aquela “cujo sêmen é de um doador que não o marido”, de modo que se concretiza através de bancos de espermatozoides onde o doador são desconhecidos.

Insta ressaltar, ainda que brevemente que, o entendimento adotado no Brasil acerca da questão da reprodução assistida ser admitida somente por casais

heterossexuais casados ou conviventes em união estável não vigora mais, sendo que a reprodução assistida por casais homoafetivos está autorizada desde 2013 pelo Conselho Federal de Medicina.

Ainda, Cardin e Rosa (2013, p.186) elucidam que entre as técnicas de reprodução assistida mais comumente utilizadas, estão a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*. Na primeira técnica mencionada, o sêmen é introduzido no útero feminino, sem que tenha havido relação sexual. Já na hipótese de fertilização *in vitro* a concepção ocorre fora do útero feminino, no laboratório, sendo que somente após o êxito na concepção, o embrião será transferido para o útero materno.

Conforme explica Venosa (2012, p. 241), há também a existência da técnica de reprodução artificial *in vitro*, na qual a fecundação será possível por diferentes métodos, podendo o material genético (óvulos e espermatozoides) ser conservado por tempo considerável para utilização posterior, sendo que o embrião pode, por exemplo, ser transferido para o útero de outra mulher para possibilitar a gestação que a mãe biológica não pudesse suportar sem risco à si ou ao concepturo.

No entanto, apesar da existência de inúmeras técnicas de reprodução assistida como forma de concretizar os projetos familiares no mundo contemporâneo, com o avanço da medicina e do que atualmente é abrangido pelo termo “família” no seu mais amplo sentido, é preciso compreender que a omissão legislativa brasileira acerca da temática ainda é um problema decorrente que precisa ser analisado e discutido mais profundamente.

3.4 O tratamento legislativo brasileiro às técnicas de reprodução assistida

Conforme mencionado, o ordenamento jurídico brasileiro pouco ou nada regula a questão da reprodução assistida, menos ainda sobre a reprodução póstuma. Apesar disso, necessário se faz mencionar como o Conselho Federal de Medicina vem se posicionando a respeito.

Por intermédio da Resolução nº 2.320/2022, publicada em 20 de setembro de 2022, o CFM regulou no que concerne à adoção de normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida. Na oportunidade foi determinado, por ocasião do capítulo I, nos itens 3 e 3.1, sucessivamente, que as técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas sempre que existir possibilidade de sucesso e baixa probabilidade de risco grave à saúde do paciente ou do possível descendente, em

pacientes de, em regra, até 50 anos de idade para as hipóteses de gestação por técnicas de reprodução assistida.

Ainda, determina que o consentimento livre é fator obrigatório a todo e qualquer paciente submetido às técnicas de reprodução assistida, bem como que todas as pessoas capazes que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites da resolução podem ser receptoras das técnicas de reprodução assistida, desde que os participantes estejam de inteiro acordo.

Outrossim, aduz ser plenamente possível a criopreservação de espermatozoides, oócito, embriões e tecidos gonadais, sendo que o número total de embriões gerados no laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, além de que, conforme determinação do capítulo V, item 3, “antes da geração dos embriões, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino dos embriões criopreservados em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los”.

Por fim, no capítulo VIII da resolução do Conselho Federal de Medicina ficou expressamente permitida a reprodução assistida *post mortem*, desde que devida e especificamente autorizado em vida, o uso do material biológico criopreservado.

Cumprе mencionar que apesar a existência de inúmeros projetos de lei de visam regular alguns aspectos tocantes à reprodução assistida, é possível mencionar que na legislação civil brasileira apenas o Código Civil, no decorrer do artigo 1.597 abordou ainda que superficialmente a temática.

Nesse íterim, nos incisos III, IV e V do artigo 1.597 do Código Civil é assentido o entendimento de que presumem-se concebidos na constância do casamento os filho (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 e, (V) havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Sobre o assunto, Giselda Hironaka (2009, p. 57) entende que tamanha lacuna legislativa e generalidade presente no Código Civil para tratar a respeito da filiação advinda de técnicas de reprodução assistida está fundada na ideia de que o legislador preferiu deixar a cargo de lei específica a abordagem mais pontual dos aspectos da reprodução assistida.

Ocorre que conforme mencionado, o arcabouço legislativo segue inexistente pois tudo aquilo que buscou versar sobre a situação não passa de projetos de lei, sem promulgação, a exemplo do Projeto de Lei nº 90/1999 que aguarda manifestação da Câmara dos Deputados desde o ano de 2003.

Portanto, é preciso reconhecer que o ordenamento jurídico brasileiro está, em muito, defasado quando o assunto é a regulação das técnicas de reprodução assistida, conclusão que pode ser realizada diante do simples fato de que a primeira criança no Brasil concebida através das técnicas de reprodução assistida nasceu no ano de 1984, ou seja, há quase três décadas e, ainda, não há qualquer legislação específica a respeito do tema, situação que afeta diretamente o direito sucessório dos filhos concebidos por reprodução assistida *post mortem*, conforme será aprofundado a seguir.

3.5 Reprodução assistida *post mortem*

Conforme mencionado, o campo VIII da Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina deixa expressamente autorizada a realização de reprodução assistida *post mortem*, desde que haja expressa autorização em vida, para o uso do material biológico criopreservado após a morte do seu titular.

Apesar da dita resolução, no ordenamento jurídico brasileiro, não há absolutamente nada que verse sobre o tema, ao passo que também não há nada que proíba tal modalidade de reprodução assistida. Tão pouco, há autorização legal específica para a realização da técnica de maneira póstuma à morte do titular do material genético.

Cumprido dispor que o único resultado jurisprudencial disponível sobre o tema se trata de uma decisão proferida no Recurso Especial nº 1.918.421/SP, julgado em 08/06/2021, o qual determinou ser indispensável a autorização de forma expressa para a utilização de embriões *post mortem*, conforme trecho extraído:

[...] 12. A decisão de autorizar a utilização de embriões consiste em disposição *post mortem*, que, para além dos efeitos patrimoniais, sucessórios, relaciona-se intrinsecamente à personalidade e dignidade dos seres humanos envolvidos, genitor e os que seriam concebidos, ataindo, portanto, a imperativa obediência à forma expressa e incontestável, alcançada por meio do testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia.

13. A declaração posta em contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana é instrumento absolutamente inadequado para legitimar a implantação *post mortem* de embriões excedentários, cuja autorização,

expressa e específica, haverá de ser efetivada por testamento ou por documento análogo. [...]

Na legislação vigente, apenas o Código Civil de 2002, uma única vez, no inciso III, do artigo 1.597, aborda vagamente a temática ao tratar da presunção da paternidade, ocasião em que dispõe que os presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.

Baseado nesta única menção que o Código Civil se refere à técnica de reprodução assistida *post mortem*, a doutrina majoritária passou a entender que há uma autorização tácita ao emprego desta técnica de maneira póstuma.

Cumprе mencionar que outra parte da doutrina, contrária às técnicas de reprodução assistida *post mortem* do genitor, defendem sua tese com base no cerceamento do direito de “biparentalidade” da criança, pontuando que uma criança com apenas um dos genitores vivos não poderia ser inteiramente feliz.

Com respeito aos que defendem essa perspectiva, considerar que uma criança jamais poderia ser inteiramente feliz somente tendo um pai ou uma mãe vivos, seria negar a existência de todas as novas composições familiares no mundo, condicionando à felicidade de uma criança à conviver em uma família dita “tradicional” com um pai e uma mãe, o que não pode mais se admitir nos dias atuais.

Ainda, a respeito do que aduz o Código Civil no referido artigo supracitado, foi aprovado o Enunciado nº 106, da I Jornada de Direito Civil que fixou entendimento de que para que seja presumida a paternidade do marido falecido, é necessário 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”.

Válido dispor que um Enunciado serve apenas como referencial para a elaboração de decisões e posicionamentos, inclusive doutrinários sobre a matéria, de acordo com o Ministro Ruy Rosado, em entendimento exarado pelo Conselho da Justiça Federal (2018). Da mesma forma, um mero julgado de caso concreto, que não possui efeito vinculante, somente serve como norteador para a tomada de decisões semelhantes, não entanto não obriga o juízo a decidir de forma diversa, visto não haver norma jurídica que o vincule à determinada decisão.

Dito isso, a partir da técnica de reprodução assistida *post mortem*, nascem importantes aspectos jurídicos que necessitam de imediata regulação, o direito à filiação, como exposto é um deles.

Do direito à filiação, advém também o direito a registro, previsto no Provimento nº 63/2017 da Corregedoria Nacional de Justiça, na oportunidade em que determinou o direito de registro da criança concebida por intermédio de técnicas de reprodução assistida *post mortem*, desde que além dos documentos necessários habitualmente pra registro de nascimento, seja “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”.

Outrossim, sobre os filhos nascidos por fecundação artificial homóloga, mesmo após o óbito do genitor, o Código Civil, sem estabelecer qualquer prazo, determina em seu artigo 1.597, inciso III que, aqueles presumem-se concebidos na constância do casamento.

No entanto, se faz necessário também a regulação do direito à sucessão de tais filhos, matéria ainda pouco abordada no direito brasileiro.

4. ENTRAVES DO DIREITO À SUCESSÃO DOS FILHOS CONCEBIDOS *POST MORTEM* E SUAS TEORIAS

De acordo com o exposto, a utilização das técnicas de reprodução artificial são a nova realidade no mundo, de modo que sua utilização vem aumentando com o passar dos anos e com o avanço da ciência e da medicina.

Tais técnicas estão cada vez mais sendo utilizadas como forma de concretização do direito ao livre planejamento familiar e do direito à livre reprodução, apesar das controvérsias existentes à sua utilização por famílias vistas por determinada parte da doutrina como “não tradicionais” ou famílias monoparentais.

No que tange à tal ponto, o estudioso Paulo Luiz Netto Lobo (2008, p. 140), defende que “não há qualquer fundamento jurídico-constitucional para distinção de direitos e deveres essenciais entre as entidades familiares, ou para sua hierarquização, são todas diferentes, não se podendo impor um modelo preferencial sobre as demais”.

Assim, o presente trabalho filia-se a ideia de que é dever do Estado vedar a propagação de discriminação de direitos às diferentes constituições familiares sendo, por conseguinte, incumbência do Estado assegurar e possibilitar o acesso às técnicas de reprodução assistida, inclusive de maneira *post mortem*.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico não pode se limitar a tratar sobre o assunto em tão somente um artigo do Código Civil, ao dispor da presunção da paternidade no artigo 1.597, inciso III, assentindo que “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.

Conforme se analisará de forma aprofundada a seguir, a referida omissão legislativa esbarra diretamente no direito à sucessão dos filhos concebidos por reprodução artificial póstuma.

4.1 Igualdade de direito assegurada entre todos os filhos

Vale mencionar que apesar de muito ter se discutido nas décadas passadas acerca da igualdade entre os filhos concebidos dentro do casamento e aqueles providos fora do casamento, ou quanto à igualdade de direito entre filhos biológicos e adotivos, por exemplo, atualmente, tanto a jurisprudência, quanto a legislação são uníssonas ao pontuar o princípio da igualdade entre todos os filhos.

Nessa linha, a Constituição Federal em seu artigo 227, §6º, fincou a absoluta igualdade entre todos os filhos, não mais sendo admitida qualquer distinção entre estes.

Assim, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, também consagram o princípio da igualdade entre os filhos quando dispõem, respectivamente, nos artigos 1.596 e 20 que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Não se deve olvidar que o direito à paternidade é atributo da dignidade humana, referindo-se aos direitos personalíssimos e indisponíveis, que decorrem de norma constitucional prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Nessa linha, é importante observar que o próprio ordenamento jurídico brasileiro reconhece, em algumas hipóteses, a existência de vínculo jurídico de filiação mesmo quando ausentes quaisquer laços biológicos ou sanguíneos. Nesse sentido

também entendeu o professor e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Edson Fachin (1992, p. 169), quando lecionou que:

[...] a verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação psico-afetiva, aquele, enfim, que além de poder lhe emprestar seu nome de família, o trata verdadeiramente como seu filho perante o ambiente social.

Ora, se até mesmo as relações familiares advindas de vínculos exclusivamente afetivos são capazes de fazer nascer direitos como o direito à paternidade, o direito de registro de paternidade e inclusive direitos sucessórios, não diferente poderia ser nos casos em que o genitor deixa expressamente autorizada a utilização de seu material genético para que um filho seu seja biologicamente concebido.

Apesar disso, uma vertente doutrinária entende que os filhos concebidos através de técnicas de reprodução assistida póstuma, só poderão ter consagrado o seu direito sucessório à herança, se expressamente incluídos em testamento do *de cujus*, em razão principalmente da leitura extraída do artigo 1.798 que determina que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, e artigo 1.799, inciso I, ambos do Código Civil, que dispõe que “na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

Ora, se a interpretação é de que esses filhos nascidos por reprodução póstuma e concebidos posteriormente à morte de um dos genitores, só poderão herdar pela sucessão testamentária, pela leitura extraída do artigo 1.799 do Código Civil, isso significa dizer que esses filhos, diferentemente de todos os outros não serão herdeiros legítimos, em entendimento absolutamente contrário ao princípio constitucional da isonomia entre os filhos.

Do modo mencionado, se posiciona Eduardo de Oliveira Leite (2003, p.110) ao defender que, “quanto à criança concebida por inseminação *post mortem*, [...] não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão”.

Vejamos que a corrente doutrinária a qual filia-se Eduardo Leite dentre outros estudiosos, defende a primazia do princípio da *Saisine*, em comparação a outros

princípios, quiçá mais importantes, como a igualdade de direitos entre a prole e ao livre planejamento familiar.

De mesmo modo leciona Ana Maria Maciel Bittencourt Passos (2009, p.78) ao defender que o direito à filiação será reconhecido sem que, contudo, seja reconhecido o direito de ser herdeiro legítimo. Igualmente assegura Maria Helena Diniz (2007, p.503) ao sustentar que o filho póstumo “não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu ‘pai’ genético e por isso é afastado da sucessão legítima”.

Cumprido dispor, conforme explanado no início desta pesquisa que o princípio da *saisine* trata-se de princípio infraconstitucional, disposto no Código Civil. Por outro lado, o direito à herança, se trata de direito constitucionalmente previsto no inciso XXX, do artigo 5º da Constituição, além de que princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e da igualdade dos filhos também são outros dois importantes princípios constitucionais, resultantes da leitura do artigo 227, caput e §6º da Constituição Federal.

Outrossim, ressalta-se que o princípio da *saisine* determina que com a morte, a herança transmite-se imediatamente aos seus herdeiros, independentemente da realização de qualquer ato, tornando-se a partir de então, direito adquirido.

Sendo assim, a corrente doutrinária que defende a inexistência de direitos sucessórios dos filhos concebidos por reprodução assistida *post mortem* aduz que se diferente fosse, seria uma ofensa à segurança jurídica e ao direito adquirido à herança daqueles que viraram seus titulares imediatos com a morte do genitor.

Entretanto, este trabalho filia-se a ideia de que não podem haver distinções no exercício do direito sucessório dos filhos concebidos através de técnicas de reprodução artificial *post mortem*, seja porque o próprio Código Civil estabelece que esses filhos são presumidos concebidos na constância do casamento, seja em razão do fato de que um herdeiro necessário – os descendentes são os preferidos na ordem de vocação hereditária – só poderá ser privado da legítima em caso de exclusão por indignidade ou de deserdação, ou mesmo seja porque se entende pela supremacia da Constituição Federal e de seus princípios.

No mesmo viés, entende o jurista Carlos Roberto Gonçalves (2017, p.78) ao expor seu ponto de que não se justifica a exclusão de direitos sucessórios dos filhos concebidos por reprodução artificial *post mortem*, já que incompatível com a norma constitucional, *in verbis*:

Não há como esquivar-se, todavia, do disposto nos arts. 1.597 do Código Civil e 227, § 6º, da Constituição Federal. O primeiro afirma que se presumem “concebidos” na constância do casamento “os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido” (inciso III). O segundo consagra a absoluta igualdade de direitos entre os filhos, proibindo qualquer distinção ou discriminação.

Se, assim, na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “concebidos na constância do casamento”, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, § 6º, da Constituição Federal (2017, p.78)

Portanto, o presente estudo defende que não havendo qualquer previsão constitucional de exceção à isonomia consagrada aos filhos, conceber a exclusão dos direitos sucessórios pela vocação hereditária legítima aos filhos concebidos por técnicas de reprodução assistida *post mortem* seria o mesmo que retroceder e contrariar a Constituição Federal que não previu qualquer exceção ao referido princípio.

4.2 Direito adquirido à sucessão e a segurança jurídica

Retomando a questão do direito adquirido, consagrado pelo inciso XXXVI, do artigo 5º da Constituição que estabelece que a lei não prejudicará o direito adquirido, nasce outra problemática.

Conforme recorrido, com o óbito em razão da *saisine* o que era mera expectativa de direito, torna-se direito adquirido à sucessão legítima para aqueles já nascidos ao tempo do óbito de cujus, em razão do princípio da coexistência.

Ocorre que, diante do nascimento de um herdeiro procriado através de técnicas de reprodução assistida *post mortem* essa cadeia sucessória pode se alterar substancialmente, se considerado que o filho concebido de forma póstuma, assim como os outros irmãos, é herdeiro legítimo.

De acordo com o defendido até aqui, não merece prosperar a ideia de distinção no tratamento entre a prole do genitor. Desse modo, se todos os outros filhos do genitor são considerados herdeiros legítimos e os preferidos da ordem de vocação hereditária, não diferente poderia ser com os filhos concebidos por técnicas científicas após a morte do genitor, pois essa prática é evidente violação do importante e, tardio,

princípio da igualdade entre os filhos, que se aplica independentemente de laço sanguíneo, ou forma de concepção.

Veja que aqui se trata sobre a reprodução assistida com expressa autorização do titular do material genético, em observância fiel ao Enunciado nº 106, da I Jornada de Direito Civil.

Assim sendo, se os filhos concebidos por reprodução artificial durante a vida do genitor são herdeiros legítimos, não há razão para aplicação de entendimento diverso aos filhos concebidos após a morte do genitor senão o próprio abismo legislativo a respeito do tema.

Acerca da segurança jurídica, cumpre reiterar que os descendentes são os primeiros herdeiros chamados à sucessão, só sendo chamados os ascendentes na falta daqueles.

Hipoteticamente pensando, se o *de cujus* não tinha filhos no momento da abertura da sucessão, ao teor do artigo 1.836 do Código Civil, os ascendentes seriam chamados à sucessão, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Isto é, os ascendentes somente podem ser chamados para suceder, na completa ausência de qualquer decendente.

Nessa análise hipotética, se posteriormente à morte do *de cujus*, for concebido filho através de técnicas de reprodução assistida, esse filho, pela ordem da vocação hereditária e pelas regras do direito das sucessões, excluiria qualquer herdeiro de outro grau a suceder.

Ocorre que, os ascendentes já haviam sido chamados para a sucessão e, portanto, obtiveram direito adquirido de herança.

A omissão legislativa a respeito não permite solucionar a questão posta de forma concreta pois, se para parte da doutrina a *saisine* e o direito adquirido devem ser privilegiados, em nome da segurança jurídica das relações, para outra vertente, um filho não pode ser excluído da sucessão legítima pois não há qualquer exceção ao princípio da isonomia entre os filhos, tão pouco ao direito de herança.

A problemática igualmente estaria presente mesmo diante da existência de outros descendentes, pois com o nascimento de mais um herdeiro, a herança será dividida em mais uma fração, também esbarrando na questão do direito adquirido à herança de certos herdeiros, que teriam sua quota parte reduzida.

Maria Berenice Dias (2013, p.126) corrobora com o tema ao sustentar que “a tentativa de emprestar segurança jurídica aos demais sucessores não deve prevalecer

sobre o direito hereditário do filho que veio a nascer, ainda que depois de alguns anos”.

Cabe, portanto, mencionar a existência do instrumento de petição de herança, o qual não põe dúvidas acerca da relatividade da segurança jurídica e da relatividade do direito adquirido à herança.

O próprio Código Civil, no artigo 1.824 relativiza a segurança jurídica das relações sucessórias no que concerne ao direito adquirido de herança quando estabelece que “o herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua”.

Cabe conceituar que a petição de herança é um instrumento jurídico utilizado para que uma pessoa que se entenda na condição de herdeira e que, tenha sido excluída da sucessão, possa pleitear seu quinhão hereditário, fato que pode colocar em dúvida e, inclusive, ameaçar o direito sucessório de outro indivíduo anteriormente contemplado pela *saisine*.

Nesse sentido, preceitua o jurista Carlos Roberto Gonçalves (2017):

A ação de petição de herança constitui a proteção específica da qualidade de sucessor. Pelo princípio da *saisine*, desde a abertura da sucessão pertence a herança ao herdeiro (CC, art. 1.784). Pode ocorrer, todavia, de nela estar investida pessoa aparentemente detentora de título hereditário. Compete a aludida ação, conhecida no direito romano como *petitio hereditatis*, ao sucessor preterido, para o fim de ser reconhecido o seu direito sucessório e obter, em consequência, a restituição da herança, no todo ou em parte, de quem a possua, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título. (2017, p. 152)

Outrossim, apesar da doutrina predominante defender que a petição de herança é imprescritível, o Supremo Tribunal Federal, na Súmula nº 149, firmou entendimento no sentido de que apesar de ser imprescritível a ação de investigação de paternidade, o mesmo não se aplica a petição de herança. Portanto, por força da regra geral presente no artigo 205 do Código Civil, o prazo para propor a petição de herança é de 10 anos.

Assim, diante da existência da petição de herança é possível concluir que a segurança jurídica, tão protegida por parte da doutrina é, na verdade, relativizada, razão pela qual este trabalho filia-se ao entendimento de que não pode servir como argumento para o cerceamento o direito constitucional à herança que deve ser consagrado de maneira isonômica entre os filhos.

Por fim, com vistas a sanar qualquer dúvida proveniente do levantamento da hipótese da utilização da petição de herança como instrumento de acesso aos direitos sucessórios, se faz importante salientar que a utilização desse instrumento jurídico é plenamente possível para os herdeiros concebidos de maneira póstuma à morte do genitor, como no caso objeto do presente estudo.

No entanto, por outro lado, é preciso compreender e considerar que nem na mais remota hipótese este pode ser, como regra, o meio cabível e adequado para a consagração de direitos sucessórios de herdeiros legítimos do *de cujus*.

Primeiro porque, conforme mencionado e, protegido por muitos estudiosos, afeta consubstancialmente o direito adquirido de outros herdeiros, segundo e, principalmente, porque põe em risco tanto o direito constitucional à herança desses herdeiros, como também desrespeita o princípio constitucional de isonomia entre todos os filhos.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico brasileiro, por não conseguir acompanhar de maneira satisfatória as evoluções decorrentes do avanço da ciência, da medicina, além dos avanços culturais, políticos e sociais, apresenta atualmente um imenso abismo legislativo quando o assunto abordado são os direitos decorrentes da utilização de técnicas de reprodução assistida, em especial, *post mortem*.

Conforme exposto no decorrer desta pesquisa, muitas são as controversas doutrinárias sobre a possibilidade ou não de acesso aos direitos sucessórios por esses filhos, tendo em vista o silêncio legislativo nesse ponto.

Conforme mencionado, todo o arcabouço legislativo “existente” não passa de projetos de lei, sem promulgação, como a exemplo do Projeto de Lei nº 90/1999 que aguarda manifestação da Câmara dos Deputados até o presente momento, desde o ano de 2003, isto é, 20 anos depois de sua edição e quase 40 anos após do nascimento de Anna Paula Caldeira no Brasil.

Diante de tal lacuna, cumpre referir que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, determina em seu artigo 4º que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Nasce nesse ponto, um embate de princípios existentes no direito brasileiro, em especial o conflito entre a máxima da segurança jurídica e do direito adquirido em face da isonomia entre os filhos e do direito à herança.

Por outro lado, quando o caso concreto permitir a aplicação de diferentes princípios que transitam para caminhos opostos, o legislador, o intérprete e o aplicador da norma necessitarão se valer da ponderação dos princípios para que seja possível determinar, conforme as circunstâncias analisadas, qual princípio deve prevalecer.

O jurista e filósofo alemão Robert Alexy, criador da Teoria dos Princípios, em suas obras defende que a solução de casos complexos apoiados na ponderação de princípios deverá sempre observar qual deles que, quando aplicado, irá ferir com menos agressividade e intensidade o outro.

Logo, este trabalho filia-se à ideia de que no caso em análise, os princípios e direitos menos danosos e que devem prevalecer na presente hipótese são os princípios decorrentes do direito constitucional à herança e do direito constitucional à igualdade entre todos os filhos.

Conforme sustentado, a omissão legislativa não implica na presunção de proibição de reconhecimento de direitos sucessórios dos filhos concebidos de forma póstuma à morte do *de cuius* e genitor, de modo que pela aplicação do direito constitucional à herança e do direito constitucional à isonomia entre a prole e pela consagração da pluralidade familiar e da liberdade de constituição familiar para além da biparentalidade, os filhos gerados nessas hipóteses são herdeiros legítimos.

A presente pesquisa compartilha dos mesmos argumentos abordados no sentido de que os princípios existentes que norteiam o direito brasileiro e o direito das sucessões, injustificam qualquer interpretação distinta daquela que assegure plenos direitos sucessórios aos filhos concebidos por reprodução assistida *post mortem*.

Conforme explicitado, a segurança jurídica não pode servir como fundamento para a privação de direitos assegurados constitucionalmente, inclusive porque sequer é absoluta, podendo ser relativizada até mesmo pela ação de petição de herança.

Portanto, se o titular do material genético, em observância à jurisprudência atual e ao que dispõe o Conselho Federal de Medicina ventila seu expresso consentimento para a reprodução de prole mesmo após o seu falecimento, não pode o intérprete e aplicador da lei entender, opostamente, que a referida prole não pode ser chamada à sucessão legítima, em preocupante exceção à igualdade entre os filhos.

Nesse viés, o entendimento extraído do presente estudo caminha no sentido de que a segurança jurídica deve ser consagrada a partir da atuação estatal na criação de legislação específica que verse sobre a temática, para que seja possível enterrar o limbo presente nessas relações não só jurídicas, mas de vida.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil, 2002. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 16 jul. 2022.

BRASIL. **Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973.** Lei dos Registros Públicos, 1973. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm Acesso em: 16 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.** Lei da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, 1997. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.434%2C%20DE%204%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201997.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20remo%C3%A7%C3%A3o%20de,tratamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 21 jul. 2022

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 1988. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 21 jul. 2022

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.** Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, 1996. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.320/2022**, 2022. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320> Acesso em: 25 jul. 2022

BRASIL. **Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999.** Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm Acesso em: 29 jul. 2022

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 29 jul. 2022

BRASIL. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento.** Plataforma de Cairo, 1994. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf> Acesso em: 29 jul. 2022

BRASIL. **I Jornada de Direito Civil, Enunciado 106**, 2022. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Acesso em: 30 jul. 2022

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 90, de 1999**. Dispõe sobre a Reprodução Assistida, 2003. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1304> Acesso em: 02 ago. 2022

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.918.421**, 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.918.421&aplicacao=processo.s.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO> Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL, Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento nº 63 de 14 de novembro de 2017**. Instituiu modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525> Acesso em: 25 ago 2022

BRASIL, Conselho da Justiça Federal. **Enunciados são base para julgados e doutrina**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2018/marco/enunciados-sao-base-para-julgados-e-doutrina-avaliam-coordenadores-de-jornada> Acesso em: 30 ago 2022

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VIEIRA DE CARVALHO, Luiz Paulo. **Direito das sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. **Successões**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1915.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 11ª ed. São Paulo: Método, 2021

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: parte especial, Tomo LV**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARBOSA, Vilmar; CORREIA, Francisco de A.; GALLER, Ricardo; PALATINIK, Marcos; SCHATZMAYR, Hermann G. **Bioética: um ponto de encontro**. Scielo Brasil,

2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-59701994000100009> Acesso em: 02 set 2022

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. **Reprodução assistida. Um pouco de história.** Revista SBPH, v.12 n.2, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004 Acesso em: 02 set. 2022

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **A reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da UFPE. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2008

CARDIN, Valeria Silva Galdino; ROSA, Letícia Carla Baptista. **Da vulnerabilidade do embrião oriundo da reprodução humana assistida e da ética da vida.** Revista Brasileira de Direito Animal, v.8 n.12, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.9771/rbda.v8i12.8392> Acesso em: 25 ago 2022

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios do direito de família brasileiro.** Revista brasileira de direito comparado, n.35, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil. Do direito das sucessões.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003

PASSOS, Ana Maria Maciel Bittencourt. **Direito à filiação e inseminação post mortem: uma solução à luz do direito positivo brasileiro.** 2009. Dissertação (Mestrado) Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2009.

GONGALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito das sucessões.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões.** 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.