

O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO FECUNDADO POST MORTEM

CARMO, Jairo Alves do¹; MACEDO, Suelem Viana²

¹Bacharel em Direito pelo UNIFAGOC

²Doutora em Administração Pública – Procuradora Jurídica e Professora do Curso de Direito – UNIFAGOC



jairogalo13@hotmail.com
suelem.macedo@unifagoc.edu.br

RESUMO

O presente tem como questão de pesquisa a indagação se o embrião criopreservado implantado após a morte do genitor poderá sucedê-lo de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo é analisar de que forma se dá a sucessão dos filhos havidos post mortem por técnica de reprodução assistida. O Código Civil brasileiro presume que a criança nascida por reprodução assistida homóloga post mortem será filho do casal; entretanto, há uma lacuna: a falta de legislação específica que proteja o direito desse filho à sucessão. A metodologia utilizada foi de cunho qualitativo, através de revisão de literatura e documentos normativos. São apresentados conceitos de filiação biológica e não biológica, os métodos de reprodução artificial homóloga e heteróloga, bem como a sucessão descendentes e a sua proteção jurídica. Além dos conceitos oriundos da doutrina, são apresentadas jurisprudências relacionadas ao tema. Verifica-se que os posicionamentos doutrinários são diversos, alguns partem da premissa que o embrião fecundado post mortem não terá legitimidade para suceder outros entendem que terá seus direitos sucessórios resguardados se for contemplado com testamento. A omissão legislativa sobre o tema acarreta inseguranças jurídicas.

Palavras-chave: Direito da Sucessão. Direito dos embriões. Embrião congelado. Post mortem. Reprodução humana.

INTRODUÇÃO

Reprodução Humana Assistida (RHA) é o termo utilizado para descrever o conjunto de técnicas utilizadas para o tratamento da infertilidade através de métodos médico-tecnológicos, em que ocorre a manipulação de pelo menos um dos gametas. Assim, pode-se afirmar que a RHA surgiu a partir do progresso e do avanço dos estudos da genética (Ramirez-Galvez, 2008). Apesar dos obstáculos, principalmente morais e religiosos, houve um salto tecnológico no desenvolvimento e na aplicação das técnicas de RHA nas três últimas décadas (Avelar, 2008).

De acordo com a Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, a Organização Mundial de Saúde (OMS) estima que cinquenta milhões de pessoas no mundo relatam problemas para ter filhos, sendo que no Brasil o número pode chegar a oito milhões de pacientes (SBRA, 2019). Há 20 anos considerada como impossível em termos de fertilidade, a reprodução assistida vem caracterizando-se como uma importante ferramenta justamente pelos avanços tecnológicos. Em 1978, o primeiro bebê-proveta gerado nasceu na Inglaterra, e essa tecnologia aplicada no Brasil em 1984, quando em Curitiba foi gerado o primeiro bebê-proveta brasileiro. Desde então, avanços significativos vêm sendo registrados e diversas descobertas acerca de técnicas de reprodução assistida vêm mudando realidades e atualizando dados estatísticos (Machado, 2008).

Esses avanços na medicina e nos métodos de reprodução assistida têm propiciado, inclusive, a sua realização após a morte de um dos cônjuges ou companheiros, por meio da

técnica denominada de inseminação artificial homóloga, que utiliza material genético fecundante de pessoa já falecida (Marques, 2017).

No Brasil, segundo os dados mais recentes do Relatório de Produção de Embriões (SisEmbrio), divulgado Relatório Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), a reprodução assistida tem crescido significativamente nos últimos anos. Entre 2020 e 2021, por exemplo, os procedimentos cresceram 32,72%, saltando de 34.623 para 45.952, segundo o 14º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (Anvisa, 2020).

Considerando o crescimento contínuo da fertilização, têm emergido aspectos controversos relacionados à ordem religiosa, moral, ética e do direito que precisam ser discutidas pela sociedade e entidades de classes. A Igreja, por exemplo, tem uma visão clara e definitiva sobre o embrião humano: ele é uma vida humana, uma pessoa que já tem uma alma imortal e que, portanto, deve ser respeitado como um ser humano (Aquino, 2022).

Seguindo a evolução da sociedade, o direito também tem se alterado ao longo do tempo, adequando-se às novas situações vivenciadas, como forma de garantir a segurança jurídica. Pelo ordenamento jurídico brasileiro, segundo previsão do artigo 2 do Código Civil, a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Dentro desse contexto, o direito sucessório do embrião passa a ter grande relevância perante a sociedade e precisa ser pacificado para oferecer garantias e segurança jurídica aos interessados (Tartuce, 2016).

Casos específicos decididos nos tribunais sinalizam para a pacificação do tema em situações específicas. Entretanto, dada a variedade de situações possíveis, requer-se entendimento, muitas das vezes, caso a caso.

Diante da complexidade e dos aspectos controversos do tema analisado, o trabalho pretende responder à seguinte indagação: o embrião criopreservado implantado após a morte do genitor poderá sucedê-lo de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro?

Dessa forma, o objetivo geral do presente estudo foi analisar as normas jurídicas disciplinadoras da reprodução assistida e as implicações jurídicas da implantação de embriões criopreservados após o falecimento do genitor. Quanto aos objetivos específicos, pretendeu-se: (i) discutir os aspectos acerca do início da vida e o direito dos embriões; (ii) apresentar os principais argumentos jurídicos favoráveis e contrários ao direito sucessório dos embriões; (iii) inferir sobre o tema oferecendo contribuição à sociedade e para os estudos futuros.

Um estudo dessa natureza justifica-se em razão de sua complexidade e amplitude e por envolver aspectos de natureza não só jurídica, mas também questões de valores morais, éticos e religiosos, devendo ainda ser pacificado pela jurisprudência e doutrina. Quanto aos procedimentos metodológicos, o presente estudo classifica-se, quanto à natureza, como uma pesquisa qualitativa e bibliográfica, baseada na revisão de literatura e na análise de leis, doutrina e jurisprudência (Gil, 2002).

O trabalho está dividido em seis seções, a começar por esta introdução. A segunda seção aborda a reprodução assistida no Brasil. A terceira discorre sobre a capacidade jurídica no direito brasileiro. A quarta trata sobre os conceitos gerais e os legitimados a suceder no direito sucessório. Na quinta são investigadas as repercussões da reprodução *post mortem* no direito sucessório, com base nos casos, jurisprudências e correntes teóricas. Por último, são apresentadas as considerações finais.

A REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL

A Associação Brasileira de Reprodução Assistida (SBRA) estima que mais de 9 milhões de bebês nasceram graças à técnica. O que inicialmente estava indicado para infertilidade, hoje

acolhe desde pessoas que desejam postergar o momento de serem pais até preservar a chance de ter filhos em momento oportuno. Essa foi uma das primeiras conquistas da Reprodução Assistida no Brasil: a desvinculação do conceito de infertilidade.

A Reprodução Assistida teve um desenvolvimento crescente na área da saúde, graças ao desenvolvimento tecnológico. “Novas tecnologias, incorporadas aos tratamentos de reprodução medicamente assistida, quer no que tange a procedimentos médicos, laboratoriais ou relacionados a insumos e equipamentos, propiciam uma segurança cada vez maior além de reduzir riscos”, explica a doutora Hitomi Nakagawa (SBRA, 2021, s.p.).

Não há em vigor no Brasil uma lei específica que trate sobre o assunto relativo à reprodução assistida. Dessa forma, o Conselho Federal de Medicina (CFM) tomou a iniciativa de criação de resoluções, no sentido de regulamentar o uso dos procedimentos de reprodução humana assistida. A primeira resolução do CFM foi publicada no Diário Oficial da União em 19 de novembro de 1992. Na Resolução nº. 1.358/1992, o Conselho expôs normas éticas para utilização desses métodos (CFM, 1992).

Nesse documento, o CFM prevê que os usuários das técnicas de Reprodução Humana (RA) poderiam ser apenas as mulheres. Regula, também, que a doação de gametas só poderia ocorrer desde que os doadores fossem anônimos. Além disso, o útero de substituição só seria permitido se tivesse parentesco de, até o 4º (quarto grau) com um dos parceiros, e que fosse respeitada a idade máxima de 50 (cinquenta) anos.

Já a segunda Resolução do CFM, de nº 1.957/ 15/12/2010, publicada no Diário Oficial da União em 6 de janeiro, de 2011, Seção I, p. 79, dispõe que todas as pessoas capazes podem se submeter ao tratamento de inseminação artificial, determinando que o número máximo de ovócitos (óvulo) e embriões a serem transferidos para a receptora não poderia ser superior a quatro (CFM, 2010). Nesse caso, a transferência dos embriões só poderia ser feita com (i) mulheres com até 35 anos: respeitando um limite de até dois embriões; (ii) mulheres entre 36 e 39 anos: até um limite de três embriões; e (iii) mulheres com 40 anos ou mais: no máximo de quatro embriões.

Em relação à criopreservação de gametas ou embriões, de acordo com o item V (sobre a criopreservação de gametas ou embriões), a Resolução nº 1.957/2010 regula que:

1. As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões.
2. Do número total de embriões produzidos em laboratórios, os excedentes, viáveis, serão criopreservados.
3. No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doença grave ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. (BRASIL, 2010, s. p.).

Quanto à reprodução assistida póstuma, o item VIII, da Resolução de nº 1.957, determina que “não constitui ilícito ético a reprodução assistida post mortem, desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservados, de acordo com a legislação vigente” (Brasil, 2010, s. p.). A referida norma manteve parte das regras anteriores acrescentando uma gradação para a transferência de embriões, começando com dois para mulheres com até 35 anos e até quatro para aquelas com mais de 40 anos.

A Resolução de nº 2.013, do CFM, publicada em 2019 (CFM, 2019), entre outras alterações, acrescentou o limite de 50 anos de idade, ampliou a possibilidade do útero substituição para parentes até quarto grau do pai ou da mãe, sendo que tal situação deveria

ser avaliado pelo Conselho Federal Regional de Medicina, bem como permitiu o uso da técnica para relacionamentos homoafetivos.

Em setembro de 2015, o Conselho Federal de Medicina atualizou a referida Resolução que trata dos assuntos relacionados à reprodução assistida, por meio da Resolução nº 2.121/2015 (CFM, 2015). Entre suas mudanças, está a previsão de que a idade máxima para o recebimento de óvulos é de até 50 anos, sendo que após essa idade está condicionada à fundamentação técnica e científica e desde que médico e pacientes assumam os riscos em termo de consentimento livre e esclarecido. Sobre a reprodução assistida feita por homossexuais e solteiros, foi esclarecida a situação das homossexuais femininas, permitindo a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade. No que se refere à fertilização *post mortem*, as regras foram mantidas. Na Resolução nº 2.121/2015, contudo, foi revogada pela Resolução nº 2.168, publicada em 10 de novembro de 2017 (CFM, 2017). Com isso, foram inseridas as mudanças constantes no Quadro 1.

Quadro 1 - Alterações promovidas pela Resolução nº 2.168/2017

	<ul style="list-style-type: none"> • Permite que os pacientes sem problemas reprodutivos diagnosticados possam optar às técnicas de reprodução assistida, tendo a possibilidade de planejar sua família de acordo com seu calendário pessoal.
	<ul style="list-style-type: none"> • Foi estendida a possibilidade de cessão temporária do útero para familiares até 4º grau de parentesco, como por exemplo, filha e sobrinha que agora também pode ceder temporariamente seus úteros.
	<ul style="list-style-type: none"> • Foi reduzido de cinco para três anos o período mínimo descarte de embriões. O novo critério vale tanto em casos de expressa vontade dos pacientes quanto em situações de abandono.
	<ul style="list-style-type: none"> • Sobre a doação voluntária de gametas, abriu-se a possibilidade também para mulheres, sendo que os homens já eram contemplados.
	<ul style="list-style-type: none"> • A idade máxima para ser doador em processo de reprodução assistida será de 35 anos para mulheres e de 50 anos para homens. No caso de transferência do embrião para útero de paciente, não podem se submeter a este tratamento mulheres com mais de 50 anos.
	<ul style="list-style-type: none"> • O número máximo de embriões a serem transferidos será quatro, podendo ser menor de acordo com a idade do paciente.

Fonte: Elaborado com base na Resolução nº 2.168/2017.

As demais regras, principalmente éticas, permaneceram inalteradas pela Resolução nº 2.168/2017, que possui o objetivo de proteger os indivíduos envolvidos no processo de reprodução assistida.

Em 2021, o CFM atualizou critérios para técnicas de reprodução assistida no Brasil através da Resolução nº 2.294/21 (CFM, 2021), revogando a norma de 2017. A delimitação do número de embriões gerados em laboratório, a alteração etária para doação de gametas e a transferência de embriões são algumas das principais mudanças realizadas. O número total de embriões gerados em laboratório não poderá exceder a oito. A destinação dos embriões deve ser manifestada por escrito pelos pacientes no momento da criopreservação, considerada a doação como uma possibilidade. A idade limite para a doação de gametas é de 37 anos para a mulher e de 45 anos para o homem.

Filho (2006) destaca, contudo, que a legislação brasileira se omitiu a respeito da prática das técnicas de reprodução assistida, não garantido a sua prática ou proibindo a realização da inseminação artificial após o falecimento do doador.

A PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

As pessoas adquirem a personalidade jurídica desde o início da sua existência, ou seja, todo o ser humano que nasce com vida se torna, automaticamente, uma pessoa e adquire, por consequência, uma personalidade. Contudo, não se pode confundir personalidade com a pessoa. Esta é o ser humano, ao qual se atribuem direitos e obrigações; já a personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações (Gonçalves, 2008).

Segundo a acepção clássica, a personalidade é a capacidade de direito ou de gozo da pessoa titular de direitos e obrigações, independentemente de seu grau de discernimento (Lisboa, 2004). A respeito de quando a pessoa adquire personalidade, a doutrina oscila entre duas teorias, a natalista e a concepcionista.

Teoria natalista, consiste em afirmar que o sujeito que ainda não nasceu, não possui direitos estabelecidos pela Lei, apenas aqueles que nascem já estão garantidos, a teoria ganha força pela literalidade do Art. 2º do Código Civil, onde afirma que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (Pereira, 2007, p. 153).

A Teoria Conceptionista, por sua vez, influenciada pelo Direito Francês, contou com diversos adeptos. Segundo essa vertente de pensamento, o nascituro adquiriria personalidade jurídica desde a concepção, sendo assim, considerado pessoa. É a posição de Teixeira de Freitas, seguido por Beviláqua, Limongi França e Francisco Amaral Santos. Essa linha doutrinária tem ensejo inclusive a se admitirem efeitos patrimoniais, como o direito aos alimentos, decorrentes da personificação do nascituro. (Gagliano; Filho, 2011, p. 127).

A capacidade, em seu sentido lato, significa idoneidade para adquirir direitos; a possibilidade jurídica de o homem apropriar-se de direitos e contrair obrigações. Nesse sentido, algumas pessoas têm a capacidade plena ao atingir 18 (dezoito) anos, ou a atingem nas condições estabelecidas no artigo 5º, do Código Civil de 2002 (Flores, 2013).

Com isso, no ordenamento jurídico brasileiro, a pessoa existe desde a sua concepção, seja ela de forma natural ou artificial, sendo esses fenômenos que antecedem ao próprio direito. Assim, o direito positivo vem, depois dos fatos, regulamentar e reconhecer esse fenômeno, conferindo a personalidade civil apenas àquele produto da concepção que venha a nascer com vida. É importante observar que o direito não cria um fenômeno natural, mas a sua função é, apenas, regulamentá-lo, seja ele a priori ou posteriori, com o objetivo de gerar segurança à comunidade, por meio da pacificação social (Corrêa, 2007)

Já no âmbito dos direitos do embrião, a partir da emancipação de regras jurídicas próprias sobre a matéria, o que se pretende é criar mecanismos eficientes de proteção desse ser, minimizando, tanto quanto possível, os conflitos que vêm envolvendo os cientistas, a igreja e a comunidade, no tocante ao momento inicial da vida humana.

Contudo, a doutrina aponta a necessidade da criação de um Estatuto do Embrião, para que fiquem claros os limites de atuação dos cientistas com a manipulação da vida humana,

uma vez que o nosso ordenamento jurídico atual protege apenas parcialmente os direitos do embrião (Corrêa, 2007). O conceito da vida humana não se delimita na definição científica, mas abrange, também, uma análise ética e religiosa, dentre outras. É através dessa conjunção que se consegue obter os limites do que se entende por existência da vida humana, e a sua base seria alicerçada na dignidade da pessoa humana.

Todos os direitos elencados no ordenamento jurídico de proteção ao nascituro, enquanto não for criado um Estatuto do Embrião, devem ser estendidos, igualmente, aos embriões in vitro, uma vez que eles devem ser compreendidos como pessoa e não simplesmente como coisa passível de transferência, alienação e destruição (Corrêa, 2007).

DIREITO SUCESSÓRIO: conceitos gerais e legitimados a suceder

Com a morte de uma pessoa que em vida tinha bens, é aberta a sucessão. Deixando os bens sem donos, é imprescindível que os sucessores assumam essa titularidade, respondendo pelos bens, direitos, obrigações que pertenciam ao falecido. A herança é transmitida como uma universalidade e permanece até a partilha (Dias, 2021).

De acordo com Rosa e Rodrigues (2020, p. 49), “a herança corresponde ao conjunto de relações jurídicas (ativas e passivas) pertencentes ao falecido e transferidas aos herdeiros pelo princípio da *saisine*, em caráter indivisível, até a conclusão do inventário”. Silva e Cruz (2019) também entendem que, ocorrendo o falecimento, dá-se a abertura da sucessão e, conseqüentemente, a herança é transmitida aos herdeiros legítimos e testamentários, incidindo o princípio de *saisine*. O fato de a herança ser unitária e indivisível, mesmo quando envolver vários herdeiros, faz com que todos permaneçam em condomínio enquanto não houver a partilha dos bens. Dias apresenta a seguinte classificação no que se refere às modalidades sucessórias:

1. Sucessão Universal é aquela que o patrimônio do *de cujus* é transmitido aos herdeiros legítimos ou testamentários a título universal. Em outros termos, transmitem-se os bens como um todo indivisível a todos os herdeiros. Só com a partilha é que cada um terá sua cota hereditária individualizada.
2. Sucessão Singular ocorre quando o testador deixa bens determinados e individualizados para alguém. É o caso do legatário, que recebe seu legado disposto em testamento, sub-rogando-se apenas em relação aos bens que lhe foram destinados. Isto é, recebe unicamente o bem individualizado que o testador escolheu; não recebe ativos, passivos, encargos ou dívidas relacionados à herança. Já o herdeiro legítimo pode ser contemplado pelo autor da herança, também como legatário, acumulando as duas condições. Nesse caso, o legado e a herança têm naturezas jurídicas diferentes, uma vez que são títulos sucessórios distintos, daí poder o beneficiário aceitar um e renunciar a outra. Não se trata de aceitação parcial, pois são dois títulos sucessórios individualizados, em que o sucessor pode aceitar um e renunciar ao outro.
3. Sucessão Legítima é aquela que decorre da lei, prevista no artigo 1.829 do Código Civil. É destinada aos herdeiros necessários e é intangível; não pode ser reduzida pelo autor da herança e não está sujeita a ônus, encargos, gravames ou condições. A legislação blinda metade do patrimônio do falecido e o reserva a seus herdeiros necessários. Segundo o Supremo Tribunal Federal, não há distinção entre cônjuge e companheiros. Logo, este faz parte do rol dos herdeiros necessários, sendo inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre eles. (Dias, 2021, p. 155;163).

As sucessões, portanto, podem ocorrer de duas formas, por lei ou por disposição de última vontade, subdividindo-se em sucessão legítima e testamentária. Na sucessão legítima, os bens são devolvidos aos herdeiros necessários ou legítimos. Legítimos são aqueles que a lei estabelece para sucessão, como os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, conforme previsto no artigo 1845 do Código Civil (Brasil, 2002). A legítima, nesse contexto, visa assegurar a metade dos bens aos herdeiros necessários, visto que o restante o titular pode antecipar em vida através de doações ou pela modalidade de testamento (Azevedo, 2019).

A outra modalidade de sucessão é a testamentária. Trata-se de uma manifestação de vontade do testador, na qual ele determina o que será sucedido para o período *post mortem*. É um ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável (Tartuce, 2018), restando atestar que o indivíduo possui, no momento do ato, pleno discernimento, nos termos do art. 1860 do Código Civil.

Conforme previsto no art. 1.798 do CC/02, legitimam-se a suceder as pessoas nascidas (existentes) ou já concebidas (nascituro, incluídos os implantados no útero materno ou em laboratório) no momento da abertura da sucessão (ao tempo da morte). No caso da sucessão testamentária por nascituro, regula ainda o artigo 1.800 do CC/02 o prazo de dois anos para a ocorrência de tal concepção. Segundo o Enunciado 267 do Conselho da Justiça Federal, a regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

Na sucessão testamentária, consoante previsto no art. 1.799, podem ainda ser chamados a suceder os filhos, ainda não concebidos (prole eventual), de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; as pessoas jurídicas; as pessoas jurídicas cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação (esta pode ser instituída por testamento) (Brasil, 2002). O artigo 1.829 do Código Civil (Brasil, 2002) traz a ordem de vocação hereditária:

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

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais. (Brasil, 2002)

Conforme leciona Monteiro (2003, p. 9), “se não há testamento, se o falecido não deixa qualquer ato de última vontade, a sucessão é legítima, deferido todo o patrimônio do de cujus às pessoas expressamente indicadas pela lei, de acordo com a ordem de vocação hereditária”. Desse modo, a sucessão legítima se dará quando o autor da herança falecer sem deixar sua manifestação de vontade expressa por meio de testamento. Assim, inexistindo testamento, a lei determina que os bens deixados pelo *de cujus* devem ser destinados aos familiares mais próximos, por vínculo sanguíneo ou conjugal.

Vale destacar, ainda, que os herdeiros legítimos são divididos em necessários e facultativos. Entre os necessários estão os descendentes, ascendentes e cônjuge; entre os facultativos, os colaterais (Tartuce, 2016).

Conforme se verifica dos artigos mencionados anteriormente, a legislação encontra-se omissa em relação ao direito sucessório do filho concebido pós-morte, no que diz respeito à sucessão legítima. Assim, não havendo testamento deixado pelo falecido indicando a sua

pretensão, há uma grande divergência de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, levando à insegurança jurídica dos direitos inerentes ao filho concebido após a morte do seu genitor.

O DIREITO DOS DESCENTES FRUTOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* NO BRASIL

Com a ausência de regulamentação legal específica, bem como dos questionamentos até então trazidos, o Poder Judiciário adquire papel essencial no preenchimento das lacunas deixadas, exercendo seu papel complementar de dizer o direito quando do silêncio da lei. Todavia, trata-se de um tema ainda pouco trabalhado pelo Judiciário, razão pela qual as decisões encontradas tratam predominantemente da falta de autorização do genitor falecido para a realização da fecundação após a sua morte.

A título de exemplo, em uma situação julgada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), os filhos do primeiro casamento pediram judicialmente que fosse impedida a utilização do material genético do pai, que morreu em 2017, pela madrasta viúva, sustentando não existir documento que comprovasse autorização dada em vida. O falecido e a viúva foram casados desde 2013 sob o regime legal de separação absoluta de bens, já que ele tinha 72 anos na época da celebração do matrimônio. Em testamento particular, o falecido teria deixado a parte disponível da herança para os filhos do primeiro casamento e para a esposa. A Quarta Turma do STJ, por maioria, restabeleceu sentença que proibiu a implantação de embriões criopreservados na viúva, por entender que tal procedimento, para ser realizado após a morte do cônjuge, dependeria de consentimento expresso e inequívoco (STJ, 2021).

Em julgamento proferido pela 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, também foi decidido, por maioria, que o desejo da autora em impor que o banco de esperma lhe entregasse o sêmen do companheiro morto para reprodução assistida não seria possível, visto que seria necessária uma autorização do *de cujus* para proceder à inseminação artificial. No caso, presumiu-se que o fato de o marido falecido ter guardado seu material genético não seria indicativo de concordância da realização de inseminação *post mortem*.

ACÇÃO DE CONHECIMENTO. UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM (...) 3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 4. Recurso conhecido e provido. (TJDF, 2014, Acórdão n. 820873, 20080111493002APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, Presidente e Vogal: FLÁVIO ROSTIROLA, Revisor: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 03/09/2014, publicado no DJE: 23/09/2014. p. 136).

No âmbito legal e doutrinário, contudo, não há clareza sobre o assunto. Nos termos do art. 1.597 do CC, incisos III, IV e V do Código Civil (BRASIL, 2002), presume-se a concepção como ocorrida na vigência do casamento para os filhos frutos da fecundação artificial homóloga a qualquer tempo e, mesmo após a morte do marido, com a prévia permissão do marido. Complementando essa previsão, o Enunciado 106 das Jornadas de Direito Civil (CJF,

2002), dispõe sobre a necessidade de autorização, por escrito, do falecido para a utilização de seu material genético após o falecimento.

O Enunciado 107 das Jornadas de Direito Civil (CJF, 2002, também estabelece que é necessária a autorização do antecedente por escrito, para o uso de material genético dos consortes, como de embriões excedentários, para as hipóteses de dissolução do relacionamento conjugal nos termos do artigo 1.571 do Código Civil. Ainda nos termos do art. 513, § 2º, do Provimento nº 149 de 30/08/2023, do CNJ, que institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial, que regulamenta os serviços notariais e de registro:

Nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além dos documentos elencados nos incisos do caput deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida. (CNJ, 2023).

Conforme o entendimento de Filho (2006), considerando as previsões do artigo 227, 6º, da CF/88, que estabelece a igualdade absoluta dentre os filhos, não haveria que se falar na restrição do direito do filho gerado por meio da fecundação artificial *post mortem*, pois não há amparo constitucional. Para o autor, a retirada de direitos ao concebido violaria os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança. Maria Berenice Dias, no mesmo sentido, dispõe:

O uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade. Impensável cercear este direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter às técnicas de reprodução assistida [...] A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários. [...] Vedar reconhecimento e direito sucessório a quem foi concebido mediante fecundação artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada. Pune-se o desejo de realizar um sonho. (Dias, 2011, p. 123-124).

Moreira (2005) também adverte que devem ser preservados os direitos sucessórios do filho fecundado após a morte do doador do material genético, pois trata-se de direito fundamental assegurado no artigo 5º, caput e inciso XXX, da Constituição Federal, devendo prevalecer o princípio da igualdade entre os filhos e a garantia à dignidade da pessoa humana, o que impossibilita a exclusão de qualquer direito. Sobre o tema, leciona Maria Berenice Dias:

[...] é difícil dar mais valor a uma ficção jurídica do que ao princípio constitucional da igualdade assegurada à filiação (CF § 6º). Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798) e até as pessoas ainda não concebidas (CC 1.799, I), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem*. Sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, descabido afastar da sucessão quem é filho e foi concebido pelo desejo do genitor. (Dias, 2011, p. 123).

Nesse contexto, para parte da doutrina, o direito sucessório do filho póstumo estaria assegurado diante dos princípios constitucionais. Entende-se que o direito à herança é um

direito fundamental previsto na Constituição Federal, e, tendo em conta o princípio da dignidade da pessoa humana, o filho advindo da inseminação artificial possui direito à herança. Dessa forma, compreende-se que a regra do artigo 1.798 do Código Civil deve ser interpretada junto com o artigo 1.597, do mesmo Diploma Legal, visto que, se há o reconhecimento da presunção de paternidade para os filhos advindos da inseminação artificial *post mortem*, não haveria que os excluir no momento da sucessão.

De outro modo, para Diniz (2014), o morto não tem mais obrigações ou direitos a cumprir, por isso não se poderia adotar a presunção de paternidade. Dessa forma, segundo a autora, o filho póstumo não seria legitimado a suceder, pois foi engendrado após a morte do pai, sendo por isso retirado da sucessão. Por outro lado, é possível que o filho herde por testamento se inequívoca for a manifestação do doador do sêmen de transmitir a esse filho a sua herança (Diniz, 2014).

Nesse caso, a teor do que dispõe o artigo 1798 do CCB (Brasil, 2002), resta a esse filho concebido após esse evento para garantir seu direito de herdar, o recurso da ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança (Huver; Hackbardt, 2018).

Com posicionamento semelhante, Gama entende que, quando a criança nasce após o término do inventário e da realização da partilha, a solução é a petição de herança, com a pretensão deduzida dentro do prazo prescricional de dez anos a contar do falecimento do autor da sucessão, garantindo o direito do concebido póstumo e os dos demais herdeiros (Gama, 2007).

Assim, em razão de todos os questionamentos em torno da inseminação artificial *post mortem* e da falta de regulamentação, é necessária a criação de leis que disponham sobre as regras necessárias para sanar lacunas que causam problemáticas nesse âmbito judiciário. Dessa forma, é de extrema necessidade a criação de lei específica que normatize todas as problemáticas que norteiam a reprodução humana assistida, inclusive a sucessão póstuma.

Vale destacar que, nesse contexto, está em trâmite no Senado Federal o Projeto de Lei (PL) 1.851/2022 (Senado Federal, 2022), que propõe a inserção de dois parágrafos no artigo 1.597 do Código Civil, tornando possível a implantação dos embriões independentemente da autorização prévia expressa do cônjuge ou companheiro falecido. Contudo, se a pessoa falecida tiver deixado explícita e escrita a sua recusa em consentir a utilização *post mortem* de embriões, essa vontade será necessariamente respeitada (Agência Senado, 2022).

Enquanto isso não ocorre, apesar da aceitação por parte dos indivíduos da concepção após a morte do pai, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não consegue assegurar direitos inerentes à sucessão aos filhos advindos de tal técnica, o que tem causado insegurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hoje vive-se com a evolução científica, em que um casal pode gerar filhos de maneira artificial, pelo fato de a concepção natural não lhes ser possível, não devendo a legislação fazer qualquer diferenciação entre os filhos concebidos de maneira diversa do natural. O mesmo se aplica aos casos em que, falecido o marido, a mulher se presta a inseminação *post mortem*.

Conforme discorreu-se ao longo deste artigo, o tema se divide em duas correntes. A primeira corrente defende o direito sucessório do embrião fecundado *post mortem* sob a perspectiva do reconhecimento de sua condição de nascituro, e assim protegido por legislação e princípios, inclusive o da dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, a segunda corrente se posiciona pela inexistência de direitos sucessórios do embrião que for fecundado *post mortem*, em decorrência de sua simples inexistência

quando do falecimento de seu sucessor, afirmando neste ponto o desencontro com o princípio de saisine, que é norteador das sucessões, e por tal razão deixaria de caracterizar-se como herdeiro legítimo.

Esses posicionamentos doutrinários, mesmo não tendo força normativa para vincular decisões judiciais, buscam a pacificação do entendimento a ser observado para interpretar e aplicar as normas legais. Isso porque, mesmo a lei garantindo ao filho tido através da fecundação artificial homóloga *post mortem* o reconhecimento da filiação, não há previsão legal que lhes garanta os mesmos efeitos para seu direito à sucessão hereditária quando se trata da sucessão legítima. Registra-se, desse modo, que os posicionamentos doutrinários são diversos, visto que estamos diante de uma drástica omissão legislativa que acarreta inseguranças jurídicas.

O que se pode constatar são as lacunas legais existentes quanto à matéria, que por sua vez acarretam as dúvidas e incertezas jurídicas da atualidade, sendo indispensável a necessidade de a problemática ser enfrentada e assim passar a existir legislação competente ao assunto, evitando que qualquer parte venha a ser prejudicada por inexistência de disposição legal, bem como que sejam continuamente preservados os princípios constitucionais consagrados que tratam e protegem a relação de filiação de forma igualitária.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Projeto legaliza implantação de embriões após a morte de um dos membros do casal. 04/07/2022. Disponível em: <https://encurtador.com.br/fDEM6>. Acesso em: 01 set. 2023.

ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. 14º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio). (GTOR/GGST/ANVISA. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/acessoainformacao/dadosabertos/informacoes-analiticas/sisembrio>. Acesso em: 21 abr. 2023.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. Infertilidade: como enfrentar o diagnóstico e buscar o tratamento adequado. Disponível em: <https://sbra.com.br/noticias/infertilidade-como-enfrentar-o-diagnostico-e-buscar-o-tratamento-adequado/>. Acesso em: 4 ago. 2023.

AVELAR, Ednara Pontes. **Responsabilidade civil médica em face das técnicas de reprodução humana assistida**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 21 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 09 jul. 2023.

CFM. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.358/1992. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Publicada no D.O.U., 19 de novembro de 1992, Seção I, p.16053. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1992/1358_1992.pdf. Acesso em: 21 abr. 2023.

CFM. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.957/2010. A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*. Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I,

p.79. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957>. Acesso em: 21 abr. 2023.

CFM. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.013/13. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Publicada no D.O.U. de 16 de abril de 2013. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2023.

CFM. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.121/2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2015/2121_2015.pdf. Acesso em: 21 abr. 2023.

CFM. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.168/2017. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Publicada no D.O.U. de 10 nov. 2017, Seção I, p. 73. . Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 21 abr. 2023.

CFM. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM Nº 2.294, DE 27 DE MAIO DE 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Publicada no D.O.U. em: 15/06/2021 | Edição: 110 | Seção: 1 | Página: 60. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>. Acesso em 21 abr. 2023.

CJF/STJ. ENUNCIADO 106 CJF DA I JORNADA DE DIREITO CIVIL. Dispõe sobre a obrigatoriedade de autorização prévia e por escrito do ex-cônjuge, ou do morto para a utilização de seu material genético. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Acesso em: 09 jul. 2023.

CJF/STJ. ENUNCIADO 107 CJF DA I JORNADA DE DIREITO CIVIL. Dispõe sobre a obrigatoriedade de autorização prévia e por escrito do ex-cônjuge, ou do morto para a utilização de seu material genético. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/738>. Acesso em: 09 jul. 2023.

CNJ. Provimento nº 149 de 30/08/2023. Institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial (CNN/ CN/CNJ-Extra), que regulamenta os serviços notariais e de registro. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243>. Acesso em: 01 set. 2023.

CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade. **Biodireito e dignidade da pessoa humana: diálogo entre a ciência e o direito**. Curitiba: Juruá, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. rev. aum. E atual. de acordo com o Código de Ética Médica. São Paulo: Saraiva, 2014.

FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque. **Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acesso em: 10 jun. 2023.

FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. **Direito civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento**. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). **Direito das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte Del Rey, 2007.

GIL, A. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1

HUVER, Edilson Jorge; HACKBARDT, Carlos Alberto. A fecundação post mortem e a sucessão legítima. **Jures**, v. 11, n. 20, 2018.

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

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida**: aspectos éticos e jurídicos. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

MARQUES, Anderson Braga. **As repercussões sucessórias da inseminação artificial homóloga post mortem**, 2017.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **O enfrentamento do biodireito pela constituição**. Disponível em: <http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/authentication/signon?sp=SES-2>. Acesso em: 1 set. 2023.

RAMIREZ-GALVEZ, Martha. Reprodução assistida, consumo de tecnologia, deslocamentos e exclusões. **Cienc. Cult.**, v. 60, n. 1, p. 1-39, 2008. A MasterPrine, Clínica de Reprodução Humana Assistida 2016.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. **Inventário e partilha**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 1851, de 2022. Altera o art. 1.597 do Código Civil para dispor sobre o consentimento presumido de implantação, pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente, de embriões do casal que se submeteu conjuntamente a técnica de reprodução assistida. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-1851-2022>. Acesso em: 01 set. 2023.

SILVA, Jaíra Monteiro; CRUZ, Virgínia Muniz de Souza. **A mediação como método de tratamento adequado ao processo de inventário e partilha**. Instituto Brasileiro de Direito de Família- IBDFAM. 2019. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1351/A+mediação+como+método+de+tratamento+adequado+ao+processo+de+inventário+e+partilha>. Acesso em: 09 jul. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Implantação de embriões congelados em viúva exige autorização expressa do falecido, decide Quarta Turma. Disponível em: <https://encurtador.com.br/nsvQV>. Acesso em: 4 ago. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das sucessões. v. 6. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual do direito civil**. 8. ed. ver. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. Apelação Cível n. 20080111493002APC. Relatores: Nídia Corrêa Lima e Getúlio de Moraes Oliveira. Brasília, 03 set. 2014. Disponível em: <http://pesquisa.juris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcor daoGet&numeroDoDocumento=820873>. Acesso em: 01 set. 2023.