

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM* E DIREITOS SUCESSÓRIOS

Post-mortem assisted human reproduction and inheritance rights

Leandro Reinaldo da Cunha¹

Andréia Assis Macedo²

Resumo: Os direitos sucessórios dos filhos concebidos por reprodução assistida após a morte do de autor da herança é tema de grande relevância, porém pouco disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro, vez que apenas o artigo 1.597 do Código Civil faz menção aos filhos que se presumem concebidos na constância do casamento, e portanto, tem uma presunção de paternidade em relação aos filhos havidos por reprodução assistida post mortem. Apesar da lei prever essa presunção de paternidade e assim esses filhos serem herdeiros legítimos, a questão ganha relevância em relação aos direitos resguardados desse futuro filho, a falta de positividade insurge uma insegurança jurídica para o mesmo que somente poderá participar da herança em muitos casos anos após a abertura da sucessão e com o inventário e a partilha dos bens já finalizados, na incerteza de qual a situação esse herdeiro concebido após a morte do de cujus encontrará a herança.

Palavras-chave: Direitos das sucessões; Reprodução humana assistida; Post mortem.

Abstract: The inheritance rights of children conceived by assisted reproduction after the death of the author of the inheritance is a topic of great relevance, however little disciplined in the Brazilian legal system, since only article 1,597 of the Civil Code mentions children who are presumed to be conceived in constancy of marriage, and therefore, has a presumption of paternity in relation to children born through post mortem assisted reproduction. Although the law provides for this presumption of

¹ Professor Titular-Livre de Direito Civil da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Pós-doutorado e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos – UNIMES. Líder dos grupos de pesquisa “Direito e Sexualidade” e “Conversas Civilísticas”. leandro.reinaldo@ufba.br

² Advogada. Graduada pela Universidade Metodista de São Paulo e especialista em direito de família e sucessões. andreiaassis_@hotmail.com.

paternity and thus these children are legitimate heirs, the issue gains relevance in relation to the safeguarded rights of this future child, the lack of positivity raises a legal uncertainty for him, who can only participate in the inheritance in many cases years after the opening of the succession and with the inventory and the sharing of the assets already completed, in the uncertainty of what the situation this heir conceived after the death of the de cuius will find the inheritance.

Keywords: Sucession law; Assisted human reproduction; Post mortem

Sumário: 1. Introdução; 2. Breves ponderações sobre a reprodução humana assistida; 2.1 Formas de Reprodução Humana Assistida; 2.2 Proteção jurídica do material genético para fins de reprodução humana assistida; 3. Filiação e a presunção de paternidade; 4. Os direitos sucessórios em favor de quem ainda não nasceu; 5. Consentimento para a reprodução assistida post mortem e suas consequências sucessórias; 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A reprodução humana assistida já é uma realidade presente na sociedade de forma consolidada, com os primeiros resultados da fertilização *in vitro* datando a segunda metade do século passado, o que nos coloca em situação de discussões já mais elaboradas sobre o tema que tem seus contornos tangenciando tanto a bioética quando o direito, entre outras áreas do conhecimento.

No presente momento nos dedicaremos à análise dos direitos sucessórios dos filhos concebidos por reprodução assistida após a morte do autor da herança, o que ficou conhecido como inseminação artificial *post mortem*.

Parte da relevância do que será aqui discorrido se estabelece na medida dos avanços da ciência que viabilizam aos seres humanos a possibilidade de constituir sua prole por vias distintas daquelas originalmente conhecidas. Imperioso se consignar que o atual estado da arte no que tange ao tema garante que aqueles que apresentam dificuldades reprodutivas possam vir a ter acesso à possibilidade de terem filhos.

Todavia não se olvida que, infelizmente, não houve por parte do ordenamento jurídico o devido acompanhamento do tema, constituindo uma preocupante omissão do legislador no que concerne às consequências e impactos jurídicos na vida dos filhos concebidos por reprodução humana assistida.

Especificamente no que tange ao que propõe a tratar o presente texto vê-se que a figura da concepção *post mortem* traz severas consequências jurídicas, sendo a omissão no ordenamento pátrio quanto a tais situações a fonte enorme insegurança jurídica para esses filhos, mormente quanto aos direitos sucessórios.

A presente afirmação se consolida no fato de que a legislação vigente trata de forma absolutamente incipiente de tais questões, apenas disciplinando sobre a presunção de paternidade dos filhos havidos por reprodução assistida (mesmo após a morte do *de cuius*) de pessoas casadas, no artigo 1.597 do Código Civil.

Pode-se, portanto, afirmar de forma bastante tranquila e ausente de maiores celeumas que, atendidos os parâmetros fixados no referido artigo, aquelas crianças que nascem oriundas de reprodução humana assistida, tem regramento para a definição acerca de sua paternidade. De outra sorte, porém, o ordenamento jurídico pátrio não teceu quaisquer considerações acerca da condição hereditária de tais indivíduos, ensejando o surgimento de uma situação indesejada de omissão e antinomia.

É nesse panorama que se estabelece o presente texto, que de forma singela e sem qualquer pretensão de exaurir tema de tamanha complexidade, se aterá a uma análise bibliográfica sobre os direitos associados à reprodução humana assistida e o direito das sucessões, mediante a apreciação da doutrina (nacional e estrangeira) e legislação, valendo-se do método científico-dedutivo.

2. BREVES PONDERAÇÕES SOBRE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

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

Apesar de existir desde o final da década de 1970 é tema carente de respaldo normativo suficiente, ensejando grandes discussões e questionamentos, sendo um dos pontos de preocupação a questão atinente aos direitos sucessórios desses filhos,

especialmente em sede de concepção ocorrida após o falecimento do autor da herança.

De se consignar mais uma vez que “O legislador pátrio, conforme já aventado, praticamente ignora a existência da reprodução humana assistida no corpo do ordenamento jurídico vigente, apenas tratando o tema de forma absolutamente superficial ao tratar da presunção de filiação na constância do casamento”³.

Se mostra patente e incontestado que o ordenamento jurídico brasileiro não tem acompanhado com a mesma magnitude e velocidade os avanços da medicina e do Biodireito, relegando as questões vinculadas à reprodução humana assistida a conviver com a difícil realidade de ser um tema praticamente ignorado.

Não bastasse a leniência legislativa do Estado que coloca em risco o tecido social⁴, ainda se verifica a preocupante presença de elementos alheios ao espectro jurídico se instalando no vácuo deixado, como se dá com as absurdas incursões das regras deontológicas editadas pelo Conselho Federal de Medicina que extrapolam seu escopo e acabam por imiscuir-se em aspectos alheios às atribuições médicas. E, para total assombro, passam a ser tomadas por alguns, até mesmo por quem há de decidir, como parâmetro legislativo aplicável ao caso concreto.

Especificamente quanto a questão da reprodução humana assistida constata-se que a questão é objeto de atenção, sob o viés deontológico, de uma série de resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), culminando com a mais recente, de 2022 (Resolução CFM nº 2.320/2022), onde se estabelece que os médicos podem utilizar a reprodução assistida como uma alternativa para pessoas que buscam ter filhos, atendendo ao direito constitucional ao planejamento familiar.

2.1 Formas de Reprodução Humana Assistida

A reprodução humana atualmente não mais depende da existência de um contato sexual entre um homem e uma mulher, viabilizando que até mesmo quem não reúne as condições naturais para a concepção possa ter acesso ao sonho de ter filhos,

³ CUNHA, Leandro Reinaldo da. DOMINGOS, Terezinha de Oliveira. Reprodução humana assistida: a resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM), Revista de Direito Brasileiro, ano 3, vol. 6. Set./Dez. 2013, p. 3.

⁴ CUNHA, Leandro Reinaldo da. Identidade de gênero e a responsabilidade civil do Estado pela leniência legislativa, RT 962 p. 37 – 52, 2015, p. 48.

sem a necessidade de um par, manutenção de relações sexuais ou fertilidade⁵, fato que reveste-se de extrema relevância para as minorias sexuais, por exemplo⁶.

Tem-se por inseminação artificial a técnica “de procriação assistida mediante a qual se deposita o material genético masculino diretamente na cavidade uterina da mulher, não através de um ato sexual normal, mas de maneira artificial”⁷. Nessa modalidade, expressamente prevista Código Civil brasileiro, encontram-se as figuras homóloga, que pressupõe a utilização de material genético de ambos os cônjuges, e a heteróloga, na qual há a utilização de material genético de um terceiro indivíduo. De se consignar que o texto do Código Civil, como será apresentado a seguir, ainda labora com uma concepção superada de que a filiação haveria de decorrer necessariamente do casamento, o que por si já revela o quão defasado está o texto.

Sobre a inseminação artificial heteróloga Reinaldo Pereira e Silva conceitua:

A inseminação artificial heteróloga é a combinação da chamada terapia da infertilidade com o moderno método de eugenia positiva (a criação de seres humanos de pretensa qualidade superior através do recurso a material genético masculino selecionado). Também nesse contexto surgem os chamados “bancos de sêmen”, para a conservação no tempo do material genético masculino. O primeiro “banco de sêmen” brasileiro encontra-se instalado no Hospital Albert Einstein, em São Paulo, desde o ano de 1993⁸ (SILVA, 2002).

Outra das modalidades associadas à reprodução humana assistida é a fertilização *in vitro*, que tem uma fase inicial extracorpórea com a inserção do material genético do homem no óvulo da mulher, com a conseqüente criação do embrião ainda fora de seu corpo. Após essa fase o embrião é inserido no corpo da mulher visando a gestação.

Há a ainda que se considerar a figura da gestação em substituição, também chamada de “barriga de aluguel”, que há de ser entendida como a “situação em que

⁵ DIAS, Maria Berenice. Filiação homoparental e a reprodução assistida. Revista da Faculdade de Direito da FMP – 2010, n. 5, p. 241.

⁶ CUNHA, Leandro Reinaldo da. Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. 2 ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 246.

⁷ PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Os direitos humanos do concebido. Análise biojurídicas das técnicas de reprodução assistida. Porto Alegre: Síntese Publicações, 2002.

⁸ PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Os direitos humanos do concebido. Análise biojurídicas das técnicas de reprodução assistida. Porto Alegre: Síntese Publicações, 2002.

não há a possibilidade de que o interessado ou o casal possa gestar o embrião, havendo a necessidade de valer-se de um terceiro para que a gravidez venha a se desenvolver” (CUNHA; DOMINGOS, 2013, p. 283-284).

Essa hipótese em específico apresenta características bastante peculiares, pois é possível que se tenha “que utilizar da inseminação artificial heteróloga, com doação simultânea de óvulo e espermatozoide. Nesta hipótese se teria a existência de um doador de espermatozoide, uma doadora de óvulo, uma terceira pessoa que seria a doadora temporária de útero favorecendo uma pessoa ou casal que não tenha condições de procriar” (CUNHA; DOMINGOS, 2013, p. 284-285).

Seja qual for a situação de reprodução humana assistida é evidente que a inseminação artificial ou o implante do óvulo pode ocorrer após o falecimento do doador do material genético, sendo essa a questão de fundo do presente texto. Assim, para o objetivo do presente texto imperioso se faz apenas que se tenha uma noção superficial da questão da reprodução humana assistida como um todo.

2.2 Proteção jurídica do material genético para fins de reprodução humana assistida

Sêmen, óvulos e embriões, elementos primordiais para a discussão que aqui se entabula não são objeto da devida atenção em nosso ordenamento jurídico, tendo a Lei de Biossegurança (lei 11.105/05) mitigado um pouco esse descaso ao tratar da questão dos embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, contudo não atingindo a tudo o que se faz pertinente quanto ao tema.

Entretanto não se pode ignorar que o próprio Código Civil, ainda que indiretamente, trata de questões atreladas aos embriões ao tecer, logo nos artigos iniciais, parcas considerações acerca da figura do nascituro, conferindo personalidade jurídica apenas a quem nasceu com vida mas colocando a salvo, desde a concepção, os direitos dessa pessoas que ainda não nasceu.

A proteção jurídica garantida no Código Civil, segundo o posicionamento mais consolidado atualmente, a teoria da nidação, compreende como nascituro aquele embrião que já se encontra unido ao corpo da mulher, não reconhecendo, assim, direitos aos embriões em condição extracorpórea, como também não o faz em favor de sêmen, espermatozoide ou óvulos.

Sobre o assunto disciplina Maria Helena Diniz:

Poder-se-ia até mesmo afirmar que, na vida intrauterina, tem o nascituro, e, na vida extrauterina, tem o embrião a personalidade jurídica formal, no que atina aos direito de personalidade, visto ter a pessoa carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela “in vivo” ou “in vitro” (Recomendação n. 1.046/89, n.7, do Conselho da Europa; Pacto de São José da Costa Rica, art. 4º, I; Portaria n. 2.526/2005 do Ministério da Saúde), passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais(RT, 593:258) e obrigacionais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (CC, art. 1.800, §3º)⁹

Segundo Oliveira (2005) o embrião não é uma coisa, porém não seria possível atribuir a ele a natureza de pessoa ou personalidade, o que se constituiria como um excesso considerando que inexiste a certeza de que ele efetivamente virá a ser tornar um.

A fixação de quais direitos serão garantidos aos que ainda não podem ser considerados pessoas dotadas de personalidade jurídica é relevante para a coerente compreensão do que se busca analisar no presente texto.

3. FILIAÇÃO E A PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

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

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

⁹ DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15.

Nesse mesmo artigo o legislador pátrio traz a sua pobre contribuição para as questões relacionadas à filiação decorrente de reprodução humana assistida, disciplinando presunção de paternidade no caso paterno quando casados o doador do material genético masculino e feminino, conforme consta dos 3 últimos incisos do art. 1.597 do Código Civil.

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

[...]

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Basicamente a previsão legal é a de que sendo o material genético de ambos os cônjuges há a presunção de paternidade do marido, até mesmo se a reprodução humana assistida houver ocorrido após o seu falecimento. Caso se trate de uma inseminação artificial heteróloga também haveria a presunção da paternidade do marido desde que haja a sua autorização expressa para a inseminação.

Para que se evite qualquer sorte de dúvida o entendimento atualmente posto é de que as expressões trazidas nos incisos III, IV e V do art. 1.597 ("fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial") serão todas compreendidas como técnicas de reprodução assistida, como bem consignou o Enunciado 105 do Conselho da Justiça Federal aprovado na I Jornada de Direito Civil¹⁰, contudo não abrangendo as ideias de utilização de óvulos doados e de gestação de substituição, como fixado pelo Enunciado 257 do Conselho da Justiça Federal aprovado na III Jornada de Direito Civil¹¹.

Acerca da utilização *post mortem* de material genético criopreservado o Tribunal do Distrito Federal decidiu:

¹⁰ Enunciado 105

As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial" constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como "técnica de reprodução assistida".

¹¹ Enunciado 257

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

DIREITO CIVIL. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR. 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. RESOLUÇÃO 1.358/92, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

1. 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.

2. "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, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-lo" (a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina)

3. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF-EIC:20080111493002, Relator: CARLOS RODIRGUES, Dta de Julgamento: 25/05/2015, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 18/06/2015. Pág.:82).

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

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

No âmbito específico da reprodução humana assistida *post mortem* é possível colacionar o esforço realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) visando

dirimir, ainda que de maneira superficial, a falta de regulamentação expressa na legislação federal sobre o tema.

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

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

Art. 17

[...]

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

Nota-se que o parâmetro elementar para permitir a configuração da paternidade *post mortem* segue sendo a existência de autorização prévia do falecido concordando com a realização da inseminação artificial., sendo esse o posicionamento adotado doutrinariamente com base no que se extrai do Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal aprovado na I Jornada de Direito Civil¹².

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

Com isso evidencia-se que há sim a possibilidade de que uma criança venha a nascer após a morte de seu genitor, ante a utilização de reprodução humana assistida

¹² Enunciado 106

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

e que, tendo havido a autorização expressa para tanto, será estabelecida a filiação entre essa criança e o falecido.

4. OS DIREITOS SUCESSÓRIOS EM FAVOR DE QUEM AINDA NÃO NASCEU

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

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

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

A regra é que, segundo a ordem de vocação hereditária estabelecida no art. 1.829 do Código Civil os descendentes encontram-se em condição de absoluta prioridade, sendo os primeiros a ali figurarem. Portanto a condição de filho que há de ser garantida àquele que nasceu fruto de reprodução humana assistida o inseriria entre os herdeiros do falecido, mas, por outro lado, seria possível se afirmar que estaria afastado da sucessão por não se enquadrar nos limites previstos para a vocação hereditária, o que constitui manifesta hipótese de antinomia.

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

O nosso sentir é de que, indubitavelmente, a previsão de que apenas gozam de vocação hereditária os que já vivos ou concebidos no momento do falecimento do autor da herança se funda em perspectiva que não se fazia presente no momento de redação do texto base do atual Código Civil (ocorrido no início dos anos 70 do século passado), situação que grassa no corpo do texto legal¹³.

Parece bastante plausível se ponderar que caso houvesse a compreensão acerca da possibilidade de filhos nascendo após a morte do autor da herança a questão teria sido objeto de atenção do legislador, ainda mais se ponderarmos que tal situação foi destinatária de atenção em outras circunstâncias, como na figura do fideicomisso (art. 1.951 a 1.960 do Código Civil).

A possibilidade do surgimento de um filho posterior ao falecimento do autor da herança também é relevante no Código Civil quando da ação de petição de herança (art. 1.824) ou do rompimento do testamento (art. 1.973), solidificando o entendimento do legislador de que a figura do conhecimento de um filho posterior à morte do autor da herança é aspecto que goza de considerável relevância.

Diante da omissão legislativa sobre o tema da reserva dos direitos sucessórios dos filhos havidos por reprodução humana assistida *post mortem* cumpre-nos laborar no sentido de compreender o ordenamento jurídico pátrio e firmar o entendimento adequado para tal circunstância.

Considerando o preceito elementar da igualdade e da busca da justiça a solução preliminarmente já poderia ser direcionada no sentido de não privar um dos filhos do falecido de direitos sucessórios, sob pena de impor a esse filho um manifesto prejuízo em relação aos demais.

De se ponderar ainda que em outras situações em que se tem o reconhecimento da filiação em momento posterior à morte não há a privação de direitos sucessórios a tais filhos, exatamente sob o crivo do princípio da igualdade. Ressalta-se, apenas para evitar celeumas desnecessárias que no momento não se está a ponderar quanto ao fato de já ter ou não nascido quando da morte do autor da herança mas sim quanto a condição de filho em si.

O fato de não estar vivo quando da morte também não constitui fator insuperável para a garantia da condição de herdeiro como já suscitado no caso da substituição fideicomissária em que o fideicomissário há de ser pessoas que ainda

¹³ CUNHA, Leandro Reinaldo da. Sucessão: Colação e sonegados. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 53.

não foi concebida quando da morte do testador (art. 1.952), sendo certo que haverá de ser concebido em no máximo 2 anos a contar da abertura da sucessão (art. 1.800, § 4º).

Há mesmo quem sustente que esse prazo de 2 anos haveria de ser utilizado como critério temporal para a concessão de direitos sucessórios aos filhos decorrentes de reprodução humana assistida, como uma forma de se evitar uma situação de insegurança permanente aos herdeiros¹⁴. Há ainda posicionamento doutrinário que sustenta que o prazo haveria de ser o de 10 anos em analogia ao preconizado para o caso de petição de herança¹⁵ ou de 5 anos em analogia ao previsto no artigo 5º, II da Lei de Biossegurança¹⁶.

Contudo nos filiamos a outra forma de pensar, com a qual também comunga Raphael Rego Borges Ribeiro, de que não haveria a possibilidade de utilização por analogia do previsto no § 4º do art. 1.800 do Código Civil, vez que ele versa especificamente sobre uma questão testamentária e carente de identidade essencial entre os temas aqui tratados, não sendo plausível se condicionar o direito desse filho a qualquer lapso temporal¹⁷, por se mostrar inadmissível que, à guisa de conferir segurança jurídica aos herdeiros, que se venha a gerar um prejuízo de tal sorte ao filho que nem mesmo nasceu¹⁸.

No presente caso não se pode de forma alguma afastar-se do disposto no art. 227, § 6º da Constituição Federal que preconiza a proibição de qualquer discriminação entre os filhos, fato que impõe a necessidade de que se compreenda a questão sucessória do filho oriundo de reprodução assistida *post mortem* de forma a garantir a ele os mesmos direitos aos quais os demais filhos fazem jus, sob pena de manifesta inconstitucionalidade.

Acerca do tema pertinente se faz ainda trazer à colação o posicionamento firmado pela III Jornada de Direito Civil, quando do Enunciado 267, no sentido de se

¹⁴ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Revista de Direito de Família e Sucessão, v. 6 n. 2, p. 20-40, Jul/Dez. 2020, p. 30.

¹⁵ CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. Dos aspectos controvertidos da reprodução assistida post mortem. Revista de Ciências Jurídicas da UEM, v.7, n.1, jan/jun 2009. Maringá: Universidade Estadual de Maringá, 2009, p. 134.

¹⁶ SCALQUETTE, Ana Claudia. Estatuto da reprodução assistida. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

¹⁷ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Revista de Direito de Família e Sucessão, v. 6 n. 2, p. 20-40, Jul/Dez. 2020, p. 31.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 134.

entender como detentor de capacidade hereditária os embriões ainda não implantados¹⁹.

Seja qual for a fundamentação a ser utilizada é manifesto que o filho não pode ser provado de direitos sucessórios em razão de sua condição de concepção póstuma, havendo de prevalecer a premissa básica que garante aos descendentes a condição de herdeiros.

5. CONSENTIMENTO PARA A REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* E SUAS CONSEQUÊNCIAS SUCESSÓRIAS.

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

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

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

A construção lógica elementar estabelece que sendo filho há de ser herdeiro, e, portanto, a concordância de que ocorra a técnica de reprodução assistida póstuma pressupõe a condição de herdeiro ao filho concebido nessas circunstâncias. A autorização aqui descrita é também uma concordância tácita de que esse filho seja herdeiro. Pressupor o contrário seria afrontar toda a estrutura estabelecida em nosso ordenamento.

¹⁹ Enunciado 267

A regra do art. 1798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição de herança.

Para que alguém que seja juridicamente reconhecido como filho do falecido venha a ser privado da sua condição de herdeiro a legislação brasileira exige, ao menos, a ocorrência de um fato grave expressamente descrito, o que não se verifica *in casu*, mormente ao se considerar que esse filho sequer havia nascido quando do falecimento do autor da herança.

Poderia ser aventada a alternativa de que o aquele que autoriza a utilização do material genético de forma póstuma venha a expressamente vedar que isso gere efeitos sucessórios, como expressão de sua autonomia. Contudo tal hipótese de exclusão da sucessão não parece ser admissível considerando que no atual Código Civil seria necessária a caracterização de uma das situações de indignidade ou de deserdação para se afastar do filho da herança.

Faz-se mister consignar que em outros momentos vislumbra-se no direito das sucessões que a simples manifestação de vontade ou ausência dela é insuficiente para se privar o filho dos direitos sucessórios como pode se constatar, a título de exemplo, no caso do rompimento do testamento, em que o surgimento de um descendente pode inviabilizar a manifestação de última vontade do testador pelo simples fato de entender que caso tivesse ele ciência da existência desse filho as suas diretrizes sucessórias seriam diferentes.

Considerando a atual estrutura sucessória prevista em nosso ordenamento jurídico é de se entender indissociável a condição de filho com a de herdeiro, salvo a incidência de alguma das situações indicadas para a indignidade ou deserdação. Com isso é coerente afirmar que a autorização para a utilização *post mortem* do material genético tem o condão inafastável de conferir ao nascido de tal técnica a condição de herdeiro, em manifestação tácita.

Superada essa questão inicial não se pode ignorar que a existência de uma manifestação do falecido asseverando a possibilidade de utilização póstuma de seu material genérico para gerar um filho passa a gozar de importância para a sucessão aberta, influenciando diretamente no inventário. De maneira que nos parece ser primordial que se trate a existência de tal autorização de forma similar com a que ocorre com relação aos testamentos, sendo imperioso que se procure saber se tal documento existe para o deslinde do processo sucessório.

Não sendo localizado nenhum tipo de informação de que o autor da herança tenha realizado qualquer doação de material genético para fins reprodutivos ou mesmo autorização para utilização *post mortem* desse material seria coerente

trabalhar com a presunção de sua inexistência, sendo tal fato consignado nos autos do inventário, com o objetivo de conferir alguma segurança jurídica aos herdeiros.

No entanto, caso exista a autorização para a realização póstuma da reprodução humana assistida é de se entender que o patrimônio partilhado estará sujeito a uma sobrepartilha posterior em caso de nascimento de um filho, fato que se mostra com contornos um tanto diferentes dos revelados na hipótese de um filho já nascido que era desconhecido, vez que aqui haverá a incidência de uma vontade de um terceiro para que o filho venha a nascer, que é o desejo da pessoa que poderá (ou não) ser querer ter um filho da pessoa que já faleceu.

No presente caso nos parece ficar ainda mais evidente que os herdeiros recebem apenas a propriedade resolúvel dos bens do falecido, vez que enquanto houver a possibilidade de que o material genético seja utilizado e que um novo filho venha a nascer os herdeiros “originais” tem um direito de propriedade do qual poderão ser privados a qualquer momento, independentemente de sua vontade.

Nesse contexto é possível ainda se asseverar que caso o falecido fosse casado ou vivesse em união estável caberia a manifestação de seu cônjuge/companheiro, no inventário, de que desconhece a doação ou de que não tem o intuito de realizar qualquer modalidade de reprodução humana assistida utilizando-se do material genético deixado pelo falecido.

6. CONCLUSÃO

A situação dos filhos concebidos após a morte de um dos pais apresenta, no espectro sucessório, uma situação de problemática bastante severa no âmbito jurídico considerando-se que quanto a ela se verifica, concomitantemente, uma hipótese de antinomia (pois a lei prevê que os filhos são herdeiros mas também estabelece que apenas tem direitos hereditários quem estava vivo ou fora concebido quando da morte do autor da herança) e omissão legislativa (ante a falta de previsão expressa quanto a existência de seu direito).

Patente está que é possível se conferir ao filho concebido *post mortem* a condição de descendente do falecido com base no que firma o Código Civil quanto a presunção de paternidade nos termos do art. 1.597, III, IV e V, sem jamais se olvidar

a necessidade de que tenha havido autorização expressa para a realização da reprodução humana assistida póstuma.

De tal constatação decorre, necessariamente, a obrigação de se ponderar acerca das consequências originadas do reconhecimento dessa condição de filiação sendo certo que uma delas incide exatamente quanto aos direitos sucessórios.

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

Constituído esse entendimento de que cabe ao filho oriundo de reprodução humana assistida *post mortem* a condição de herdeiro é imperioso que se afirme que esse direito não há de encontrar qualquer obstáculo temporal para o seu deferimento, sendo inaplicável aqui a imposição de qualquer sorte de analogia, seja com a questão do fideicomisso, da petição de herança ou da lei de biossegurança.

É de uma lógica elementar a conclusão de que tendo havido a autorização para a utilização póstuma do material genético para fins reprodutivos há também a consciência de que essa criança será considerada filha desse doador, com todos os direitos sucessórios garantidos, sendo certo que pensar de forma distinta seria conceber de maneira totalmente distinta do ordinariamente previsto, o que necessitaria de manifestação de vontade expressa nos meios específicos previstos na lei.

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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. Dos aspectos controvertidos da reprodução assistida post mortem. Revista de Ciências Jurídicas da UEM, v.7, n.1, jan/jun 2009. Maringá: Universidade Estadual de Maringá, 2009.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Sucessão: Colação e sonogados. Indaiatuba: Editora Foco, 2022

_____. Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. 2 ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

_____. Identidade de gênero e a responsabilidade civil do Estado pela leniência legislativa. Revista dos Tribunais 962 p. 37-52, 2015.

CUNHA, Leandro Reinaldo da; DOMINGOS, Terezinha de Oliveira. Reprodução Humana Assistida: A resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM). Revista de Direito Brasileira. Ano 3, Vol. 6. Set-Dez.2013.

DIAS, Maria Berenice. Filiação homoparental e a reprodução assistida. Revista da Faculdade de Direito da FMP – 2010, n. 5, p. 238-244.

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

_____. Os filhos do amor entre iguais Disponível em <<http://www.mariaberenicedias.com.br>> Acesso em: 18 maio.2019.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 1º Volume - Teoria Geral do Direito Civil. 20. Ed. Saraiva, 2003.

_____. Código Civil Anotado. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERNANDES, Silvia da Cunha. As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de Sua Regulamentação Jurídica, Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2005.

JÚNIOR CHIARINI, Enéas Castilho. Noções Introdutórias sobre Biodireito. 2004. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-18/nocoos-introdutorias-sobre-biodireito/>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

MIRANDA, Adriana Augusta Telles de. Adoção de embriões excedentários à luz do direito brasileiro. 1. ed. São Paulo: Método, 2016.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. A Constitucionalidade Material do Artigo 5º. Da Lei de Biossegurança. Revista Prática Jurídica, Ano IV, Nº. 42, 30 de setembro de 2005.

OLIVEIRA, Euclides de. Inventário e Partilha: teoria e prática. 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Os direitos humanos do concebido. Análise biojurídicas das técnicas de reprodução assistida. Porto Alegre: Síntese Publicações, 2002.

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

SCALQUETTE, Ana Claudia. Estatuto da reprodução assistida. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.