



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
FACULDADE DE DIREITO**

JARDESON DOS SANTOS BATISTA

**DIREITO A SUCESSÃO HEREDITÁRIA DO EMBRIÃO FECUNDADO POST
MORTEM**

**Salvador
2020**

JARDESON DOS SANTOS BATISTA

**DIREITO A SUCESSÃO HEREDITÁRIA DO EMBRIÃO FECUNDADO POST
MORTEM**

Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador.

Orientador: Prof. Me. Humberto Gustavo Drummond da Silva Teixeira

Salvador

2020



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
CURSO DE DIREITO**

DIREITO A SUCESSÃO HEREDITÁRIA DO EMBRIÃO FECUNDADO POST MORTEM.

RIGHT TO HEREDITARY SUCCESSION OF THE POST MORTEM EMBRYO.

Jardeson dos Santos Batista¹
Humberto Gustavo Drummond da Silva Teixeira²

RESUMO: O presente artigo tem por temática principal tratar do direito sucessório do embrião fecundado “*post mortem*”, tendo em vista que tal situação não possui disposição legal vigente, causando uma problemática presente na atualidade, visto que é cada vez mais frequente os métodos de reprodução assistida com a finalidade de atingir as necessidades da sociedade. Contudo, inúmeros são os questionamentos acerca da legitimidade sucessória do embrião concebido post mortem, fazendo-se necessário debater a respeito do tema e as suas lacunas constantes no ordenamento jurídico brasileiro. Deste modo, afim de trazer segurança jurídica, buscar solucionar as inúmeras divergências, faz-se necessário definir parâmetros as questões relacionadas aos meios de reprodução humana assistida, criando em nosso ordenamento jurídico Leis específicas que regulamentem o assunto, acompanhando os avanços da sociedade moderna e protegendo o possuidor de direitos sucessórios ao filho oriundo da fertilização póstuma.

Palavras-chave: Sucessão. Reprodução assistida. *Post mortem*. Legitimidade. Civil.

ABSTRACT: This article’s main theme is dealing with the rights of succession of fertilized “post mortem” embryos, considering that there is a lack of legal provision in order, causing a problem in the present since the methods of assisted reproduction are growing in frequency with the aim of meeting the needs of society. However, there are countless questions about the legitimacy of succession legitimacy of the embryo conceived

1 Graduando do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSAL). E-mail: jardeson1santos@gmail.com.

2 Advogado/OAB-BA. Professor do Curso de Direito UCSAL. pós-graduado e especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), Mestre em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Urbano pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Orientador. E-mail: humbertogustavoteixeira@gmail.com

post mortem, making it necessary to debate how to deal with the theme and its gaps in the Brazilian legal system. In this way, in order to bring legal certainty and resolve the numerous divergences, it is necessary to define and create in our legal system parameters of assisted human reproduction, with specific laws that regulate the subject, accompanying the advances of modern society and protecting the holder of inheritance rights to the child from posthumous fertilization.

Keywords: Succession. Assisted reproduction. Post mortem. Legitimacy. Civil.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 RELEVANTES ASPECTOS DO DIREITO DE SUCESSÕES. 2.1 AS ESPÉCIES DE SUCESSÃO. 2.2 EFEITOS DA SUCESSÃO. 3 CONCEITO DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E AS SUASTÉCNICAS. 4 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. 5 DIREITO A SUCESSÃO HEREDITÁRIA DO EMBRIÃO FECUNDADO POST MORTEM E AS SUAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. 5.1 O PRÍNCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 5.2 O PRÍNCÍPIO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR. 5.3 O PRÍNCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 5.4 O PRÍNCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS E O DIREITO DE FILIAÇÃO. 5.5 O PRÍNCÍPIO DA AFETIVIDADE. 5.6 O PRÍNCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL. 6 LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA E A LACUNA NORMATIVA ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O CÓDIGO CIVIL. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A legitimidade sucessória, no âmbito do direito de sucessões, consiste numa temática bastante problemática e divergente, tornando-se necessária à sua análise para melhor compreensão, de forma a observar os requisitos postulados para a caracterização da titulação de herdeiro, para que assim este tenha legitimidade para exercer os seus direitos.

Ao analisarmos a legislação, esta dispõe como pertencentes do direito sucessório os herdeiros vivos e ou os já concedidos quando da abertura da sucessão, deixando assim a incerteza do direito daqueles que não se enquadram nestas definições.

Em tempos passados, os meios de reprodução eram dados somente pela relação sexual carnal entre o sexo masculino e feminino, entretanto, com o desenvolvimento da sociedade e as suas mais variadas formas e planejamentos familiares, o avanço da ciência proporcionou outras formas de concepção de filhos para a estruturação familiar daqueles que optarem tornarem-se pais por vias

diversas daquelas ditas como “tradicionais”, em razão de problemas como esterilidade ou infertilidade, utilizando assim os métodos de reprodução assistida.

A exemplo, a utilização do material genético deixado pelo cônjuge após o falecimento deste, por meio do procedimento da inseminação artificial homóloga. Assim, com o avanço medicinal e a necessidade social, nos deparamos com inúmeros casos de fertilização *in vitro* ou inseminação artificial, sendo, portanto, imprescritível analisar os pontos fundamentais no que tange a legitimidade sucessória do embrião fecundado *post mortem*.

No entanto, a ausência de regulamentação jurídica concreta referente a fertilização póstuma gera conflitos legais e constitucionais. Em seu artigo 1.597, nos incisos III, IV e V, o Código Civil de 2002 aborda as possibilidades de filiação resultantes de técnicas de reprodução assistida, que garante a presunção de concepção na constância do casamento aos filhos provenientes de fecundação, inseminação e fecundação artificial. Em contrapartida, o Código Civil em seu artigo 1.798 não reconhece o filho concebido *post mortem* como herdeiro legítimo, uma vez que o dispositivo legal trata como pertencentes do direito sucessório aqueles que eram nascidos ou já concebidos na abertura da sucessão.

Neste sentido, o presente artigo abordará a gestação *post mortem*, onde o direito de sucessões do embrião fecundado após a morte do seu genitor paterno não é tratado de maneira unânime, gerando incertezas no âmbito jurídico e acarretando divergências doutrinárias, sendo tratadas mediante aplicação de princípios fundamentais constitucionais, visando estabelecer e vincular direitos sucessórios aos que de fato pertencem, sem deixar de resguardá-lo aos que ainda poderão vir a nascer.

2 RELEVANTES ASPECTOS DO DIREITO DE SUCESSÕES

O Direito de Sucessões é composto por normas que regulamentam a transferência de um determinado patrimônio após a morte de uma pessoa, onde abarca os valores e dívidas deixadas pelo *de cuius*. Entre os artigos 1.784 a 2.027, o Código Civil em seu livro V, aborda o Direito de Sucessões que, da mesma forma, também é resguardado o direito à herança pelo artigo 5^a XXI, XXII e XXX da Carta Magna. (VALCARENGHI; GALIO, 2019)

De acordo Venosa, “Sucedem é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão existe uma substituição do titular de um direito. Esse é o conceito amplo de sucessão no direito”. De mesmo modo, compreendem os autores Stolze e Pamblona como Direito de Sucessões “o conjunto de normas que disciplina a transferência patrimonial de uma pessoa, em função de sua morte”. (GAGLIANO; FILHO, 2016, p.34), (VENOSA, 2017, p.1).

A partir de tais definições, compreendemos que a herança será transmitida para herdeiros legítimos e testamentários, ocorrendo assim a transmissão de direitos e obrigações. Compreendendo o texto legal e aplicando-se o princípio de Saisine, o ato da sucessão não ocorre entre pessoas vivas, e é em virtude da morte do autor que ocorre a transmissão da herança, como explicam os autores Pablo Stolze e Rodolfo Pamblona, “a morte opera a imediata transferência da herança aos seus sucessores legítimos e testamentários”. (GAGLIANO; FILHO, 2016, p.61).

Eis o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“O Princípio da Saisine, corolário da premissa de que inexistente direito sem o respectivo titular, a herança, compreendida como sendo o acervo de bens, obrigações e direitos, transmite - se, como um todo, imediata e indistintamente aos herdeiros. Ressalte-se, contudo, que os herdeiros, neste primeiro momento, imiscuir-se-ão apenas na posse indireta dos bens transmitidos. A posse direta ficará a cargo de quem detém a posse de fato dos bens deixados pelo de cujus ou do inventariante, a depender da existência ou não de inventário aberto.” (REsp 1434500 SP 2013/0417827-5)

A sucessão pode ocorrer por forma testamentária, prevalecendo a última vontade do falecido, ou através da sucessão legítima, que é decorrente da lei. Neste sentido, conforme disciplina o inciso XXX do artigo 5º da Constituição Federal, a herança é uma garantia constitucional fundamental, portanto, trata-se de cláusula pétrea que não pode ser afrontada tampouco pelo poder constituinte. (FARIAS; ROSENDALD, 2016).

Contudo, no cenário sucessório brasileiro, percebe-se inúmeras problemáticas no que tange a sua legitimidade sucessória dos filhos póstumos oriundos das técnicas de reprodução humana, visto que, conforme aborda o Código Civil em artigo 1.798, a legitimidade sucessória fica sujeita a dependência da existência da pessoa no momento da abertura da sucessão, estando ela viva ou concebida.

2.1 ESPÉCIES DE SUCESSÃO

Decorrente de lei cogente, a sucessão legítima e testamentária é contemplada pelo Código Civil, o qual estabelece quais pessoas possuem o direito de suceder em conformidade com a ordem de vocação hereditária disposta pelo legislador, transmitindo assim, de forma imediata, o patrimônio hereditário aos herdeiros legítimos e testamentários após a abertura da sucessão.

Deste modo, dispõe o Código Civil em seu artigo 1.829 que a ordem hereditária para sucessão dar-se-á pelos descendentes, ascendentes, cônjuges e o colateral até quarto grau, concorrendo com os ascendentes, o cônjuge, salvos nas hipóteses de separação obrigatória dos bens, comunhão universal, ou se na comunhão parcial o autor da herança não deixar bens particulares.

Salienta Silvio Venosa (2017) que, conforme fixado em lei, a ordem de vocação hereditária visa beneficiar os membros da família, visto que se presume pelo legislador que aí residam vínculos afetivos maiores com o autor da herança, e, acrescenta ainda o autor que, na contemporaneidade, a definição de família deve ser revista.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald afirmam que, “a sucessão legítima, também chamada de *sucessão instada ou ab intestato*, tem como base a liberdade do autor da herança, exercida por omissão, e uma responsabilidade familiar mínima”. Assim, a “Sucessão Legítima” abarca o conjunto de regras que regulamentam a transferência patrimonial post mortem, sem a ocorrência de um testamento válido. (FARIAS; ROSENVALD 2016, p.252).

Seguindo as formalidades do Código Civil, este traz em seu artigo 1.786 a proteção da sucessão testamentária como ato que deriva da vontade do *de cujus*, após a sua morte, relatando em seu texto legal que “*a sucessão dá-se por Lei ou por disposição de última vontade*”. Posteriormente, aborda que, via de regra, não havendo o *de cujus* testado, a sucessão será legítima, obedecendo às regras dispostas no Código Civil quanto a vocação hereditária. O artigo 1.788 do Código civil dispõe:

Art. 1788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Decorrente de ato revogável de última vontade, a sucessão testamentária pode contemplar a totalidade dos bens ou parcela deles, bem como as dívidas deixadas a partir da morte do autor da herança. Assim, obedecendo a regra geral dos negócios jurídicos, qualquer pessoa desde que capaz, pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens ou por parte deles. Entretanto, na hipótese de haver herdeiros necessários, o testador somente poderá dispor da metade do seu patrimônio líquido, visto que a sucessão legítima é impositiva a este.

O testamento deve seguir todas as regras impostas na legislação, de forma a garantir de maneira segura e correta perante ao ato de última vontade do autor da herança após a sua morte, visto que é declaração volitiva digna de proteção do sistema legal, em razão da impossibilidade de alteração do mesmo.

2.2 QUANTOS AOS EFEITOS DA SUCESSÃO

A classificação quanto aos efeitos da sucessão, divide-se em título universal e singular, de forma a ser classificada como legítima a título universal, sendo o sucessor denominado herdeiro, ao contrário da forma testamentária, a qual pode ser classificada como universal, bem como singular também, onde o sucessor é o herdeiro ou respectivamente legatário.

É notório analisar que no nosso ordenamento jurídico, em razão da proteção familiar, a sucessão legítima ou também chamada de sucessão *ad intestato* é a regra, e por consequência, a sucessão testamentária é a exceção. Na sucessão a título universal, o herdeiro pode ser chamado para suceder de forma total a herança, fração ou parte da alíquota (correspondente a porcentagem) dela, podendo ocorrer tanto na sucessão legítima ou testamentária.

Limitada ao que lhe foi determinado, a sucessão testamentária advém unicamente por intermédio do testamento, neste entendimento, Sílvio Venosa explica que “o testador estatui herdeiros testamentários, ao lhes atribuir uma porção fracionária ou percentual da herança, ou legatários, ao lhes atribuir bens certos e determinados do patrimônio”. (VENOSA, 2017, p.168)

Deste modo, proveniente de ordem legal ou por vontade do testador, o herdeiro é sucessor universal, enquanto o legatário é sucessor singular, existindo por vontade expressa em testamento válido, recebendo uma porção de bens determinados, que é chamado de legado.

3. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUAS TÉCNICAS

O Código Civil menciona algumas técnicas de reprodução humana assistida em seu artigo 1.597, em especial nos seus incisos III (fecundação artificial homóloga, trazendo inclusive a *post mortem*), inciso IV (concepção artificial homóloga e a fertilização *in vitro*), e o inciso V (inseminação artificial heteróloga).

Assim, o novo texto do Código Civil foi objeto de muitas críticas em virtude de não disciplinar de forma mais detalhada um tema tão relevante para o direito civil, como o direito sucessório do filho póstumo, o qual é uma realidade cada dia mais presente na sociedade e no cotidiano das pessoas que possuem dificuldade de gerar um filho naturalmente. (FISCHER, 2011)

O Enunciado 105, da I Jornada de Direito Civil dispõe que as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”, constantes, respectivamente dos Inc. III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil, deverão ser interpretadas como “técnicas de reprodução assistida”. A reprodução assistida caracteriza-se pela intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas que tenham problemas de infertilidade e esterilidade consigam alcançar a maternidade ou paternidade. (SILVA, 2006).

Ainda conforme a mencionada autora, existem dois tipos de reprodução assistida, a homóloga (quando se utiliza o material genético do próprio casal), e a heteróloga (quando é empregado o material genético de terceiros). Acrescenta que, na inseminação artificial o material genético masculino é recolhido e implantado no colo ou na cavidade do útero feminino. De outro modo, a fecundação na fertilização *in vitro* ocorre de forma externa, onde é simulado as condições naturais do corpo da mulher para que haja a concepção embrionária, possibilitando inclusive, a doação tanto de óvulos quanto de esperma, vez que a manipulação do óvulo ocorre de maneira extracorpórea. (SILVA, 2006).

O Código Civil, conforme demonstrado, não expressa de forma clara a reprodução assistida, somente aborda a problemática presente no dispositivo do artigo 1.597, a qual não é capaz de suprir e regulamentar as temáticas atuais, de forma a acompanhar os avanços da ciência e das alterações sociais, o que deixa evidente a lacuna e a carência normativa.

Assim, conforme demonstrado e vide artigo mencionado, a inseminação artificial pode ser homóloga ou heteróloga, possuindo presunções jurídicas

diferentes. Todavia, existem concepções artificiais que também carecem de regulamentação judicial.

Deste modo, frente ao vazio legislativo, torna-se necessário que o nosso ordenamento jurídico pátrio regulamente os procedimentos realizados pela medicina, especialmente no que tange as técnicas de reprodução humana assistida, sanando os conflitos presentes e não esclarecidos pelo Código Civil diante dos avanços familiares.

4. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM

A inseminação artificial homóloga post mortem pode ser entendida como a inseminação de uma mulher viúva que decide implementar o material genético, ora congelado, do marido falecido, utilizando o sêmen crio preservado, ou ainda, a implantação do embrião fecundado com sêmen deste, gerando assim um filho de um pai pré-morto. (RODRIGUES; PELLIZONI, 2020).

A possibilidade de utilização deste tipo de técnica de reprodução assistida é limitada nas hipóteses em que aja casos de doenças graves ou estado terminal do marido, fecundando então a sua esposa somente após o falecimento deste, possibilitando assim a preservação da fertilidade do homem que possuía riscos de esterilidade.

Entretanto, de acordo com enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários, realizada em 2002 no Superior Tribunal de Justiça, assim como o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 1.957/10, presumem a necessidade de autorização prévia específica do falecido para que haja a efetuação desta técnica, sob pena do não reconhecimento da paternidade do filho concebido por meio da fertilização.

Eis o capítulo VIII da Resolução 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina:

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 criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

Silmara Juny Chinelato (2004) traz o entendimento de que não é possível presumir que determinado indivíduo possuía o desejo de ser pai, devendo o sêmen ser destruído em caso de não haver uma manifestação expressa de vontade quanto ao que tange à inseminação *post mortem*.

De outro modo, menciona Douglas Phillipis Freitas (2008) que é notável a vontade do doador sem que haja necessariamente um testamento, visto que esta vontade estaria registrada no banco de sêmen por força da resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.

Tal entendimento não é pacífico, Mônica Aguiar (2005) justifica que, embora tenha havido a inseminação artificial homóloga *post mortem*, haverá a revogação do consentimento fornecido pelo falecido em razão da sua morte, não podendo, portando, lhes atribuir a presunção de filiação, sendo considerado somente filho do conjugue supérstite.

Diante de tais divergências doutrinárias, ao analisarmos nosso ordenamento jurídico, a única norma que abrange tal assunto é o artigo 1.597, Inciso III do código civil, este dispõe a presunção de filiação na constância do casamento, os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, ainda que falecido o marido. (RODRIGUES; PELLIZONI, 2020).

Assim, é notório que a inseminação artificial homóloga post é tema que necessita de uma análise legislatória, assim como uma análise dos princípios constitucionais que dela amparam-se, para que não ajam lacunas referentes aos direitos do nascituro proveniente de pai já falecido.

5. DIREITO A SUCESSÃO HEREDITÁRIA POST MORTEM E AS SUAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Um dos pilares mais importantes desde a antiguidade para o direito, é a família, a qual vem transformando o seu desenvolvimento ao longo da contemporaneidade, possuindo em sua formação um constante desejo de gerar uma nova vida.

No século XX, em razão do desenvolvimento de inúmeras técnicas científicas de reprodução humana, visando harmonizar o direito médico com os direitos da pessoa humana, houve o surgimento da denominada Bioética, com uma característica interdisciplinar.

Em meados do século XX, com o contínuo crescimento da ciência e tecnologias, o resultante crescimento da bioética preocupou profissionais de diversas aéreas, como Medicina, Filosofia e Direito, contudo, o ramo jurídico não se desenvolveu o necessário a ponto de acompanhar os avanços das demais aéreas

para a solução de conflitos decorrentes das novas técnicas. (VALCARENGHI; GALIO, 2019).

Embora traga essa realidade social, o direito não consegue acompanhar os avanços da medicina, não regulamentando ainda de forma segura e pacífica quanto aos direitos sucessórios do embrião fecundado *post mortem*, provenientes das técnicas de reprodução assistida. Em seu artigo 1.798, o próprio Código Civil, somente legitima a suceder, pessoas já nascidas ou, ao menos, já concebidas no momento da abertura da sucessão, excluindo assim a hipótese do direito sucessório ao embrião concedido após a morte do seu genitor.

Todavia, pertencentes a todos os seres humanos, independentes de qualquer condição, o alicerce familiar e o direito à procriação são um dos pilares principais, dentre tantos direitos oriundos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1978.

Com o advento da lei 9.263/96, regulamentando o artigo 226 da Constituição Federal, dos quais envolve o capítulo referente ao respeito da família e do casamento, transcorreu a representação, através de medidas legais a respeito do planejamento familiar, o qual proveio na propagação da igualdade nos acessos à informação, técnicas, métodos e regulamentação quanto a fecundidade.

Ao analisar os demais aspectos da Constituição Federal, esta que é a maior lei do nosso ordenamento jurídico pátrio, seus princípios devem ser interpretados e respeitados, a exemplo do direito à vida, a liberdade, a dignidade da pessoa humana, dentre outros princípios constitucionais.

Assim, ao surgir dúvidas quanto a esses princípios e aos direitos e deveres inerentes a pessoa, com ênfase na temática do direito a sucessão hereditária do embrião concebido *post mortem*, a constituição federal deve ser interpretada e tida como base aos conflitos que envolvam tais assuntos, os quais precisam ser ponderados sob a ótica de não se contrapor aos direitos fundamentais adquiridos.

5.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Trazido em diversos dispositivos legais e na atividade jurídica, tendo por objetivar a garantia da vida digna, o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos princípios constitucionais elencados como fundamento do Estado Democrático

de Direito, destacado no artigo inicial da Constituição Federal de 1988. (BASTOS, 2019)

A dignidade da pessoa humana é composta por um conjunto de direitos existenciais compartilhado por todos os homens, na mesma medida e proporção. Desta maneira, demonstra-se que qualquer ideia advinda da dignidade humana tenha escopo na autonomia da vontade. A titularidade dos direitos existenciais decorre da própria condição humana, dispensando a autoconsciência ou a compreensão da própria existência. (ANDRADE, 2003)

Os direitos fundamentais dos cidadãos necessitam de proteção contra todo e qualquer tipo de violação. A vida moderna proporciona uma maior facilidade para a violação desses direitos fundamentais, tais como à vida, à privacidade e etc. Assim, não tão somente afim de garantir as liberdades civis, a responsabilidade estatal atinge esferas de uma maior amplitude com a satisfação das necessidades básicas, através das garantias e amparo dos direitos fundamentais sociais. (CUSTÓDIO, 2018)

No que tange a diretrizes que norteiam a proteção do patrimônio genético humano, reconhecendo a eficácia na ordem constitucional do supracitado princípio é que se impõe que seja adotado um critério que pondere esse princípio com os demais, como o da liberdade e livre iniciativa. (CRUZ, 2011).

De acordo com Roberto Andorno (2012), o princípio da dignidade da pessoa humana ilumina a biomedicina, com o intuito de proporcionar bem-estar físico e emocional de todos, sendo a medicina o elemento para servir o homem.

5.2 O PRINCÍPIO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

Conforme dispõe o artigo 226, §7º da Constituição Federal, bem como a lei 9.263/1996, o Princípio do Livre Planejamento Familiar traz ao cidadão a garantia da liberdade do planejamento estrutural familiar, vedada qualquer intervenção estatal ou de outrem, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício de tal direito.

De acordo com Paulo Lobo, o Princípio do Livre Planejamento Familiar refere-se a liberdade de compor a filiação biológica ou não biológica, possibilitando a pessoa ou o casal decidir o número de filhos, ou optar em não ter filhos, sem interferência da sociedade ou do Estado.

Ainda de acordo o autor, o princípio da liberdade familiar é concernente ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, construindo ou não entidade familiar, dentro da autonomia privada do indivíduo; à livre aquisição e administração do patrimônio particular; à definição livre dos modelos educacionais; ao livre planejamento familiar; à livre formação dos filhos, desde que sejam respeitadas suas dignidades como pessoa humana.

Deste modo, a pessoa, em hipóteses de famílias monoparentais, ou o casal, possuem o livre arbítrio para planejamento e concepção da sua prole, bem como a forma que esta será desenvolvida, seja por caráter natural ou pelos meios de inseminação artificial.

5.3 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve resguardar os interesses destes, tratando-os como prioridade, pela sociedade, pelo Estado e pela família, tanto no que tange a elaboração, quanto na aplicação dos seus direitos. (LÔBO, 2017)

Tal princípio possui a finalidade de assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, através de normas protetivas diversas das aplicadas para maior idade, as quais possuem respaldo na Constituição Federal e consignados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, lhes dando proteção integral e propriedade absoluta, conforme dispõe o artigo 227 da Carta Magna, sendo ratificado no art. 4º da Lei 8.069/90 do ECA. (LIMA, 2015)

Assim, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (conforme parâmetro utilizado pelo Supremo Tribunal de Justiça no RE 404.276), dispõe em seu art. 3.1 que em toda ação relativa ao menor deve-se considerar o interesse mais benéfico da criança. (LÔBO, 2017)

Deste modo, a criança, bem como o adolescente, deverá ter cuidados de caráter primordial, velando pela sua saúde mental, emocional e social, tendo suas vulnerabilidades cuidadas afim de lhes promover um desenvolvimento salutar.

5.4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS E O DIREITO DE FILIAÇÃO

O direito de filiação, conforme define Silvio Rodrigues, “é a relação de parentesco em primeiro grau em primeiro grau e linha reta, que liga uma pessoa àqueles que a geraram ou a receberam como se estivesse gerado” (2002, p.323). Embora não constando no artigo 5º da Constituição Federal, deve ser reconhecido como direito fundamental, visto que é idêntico o método de positivação e eficácia. (PELLIZONE; RODRIGUES, 2020)

Em seu artigo 227, §6º, a Constituição Federal positiva o direito de filiação e prevê o princípio da igualdade entre os filhos, onde veda o tratamento discriminatório entre estes, prevendo deste modo a isonomia das necessidades da prole. Corroborando, a Constituição Cidadã trouxe o mesmo entendimento no que tange a igualdade entre os filhos, impedindo o tratamento desigual entre estes.

De mesmo modo, o artigo 1.596 do Código Civil, também reproduz a regra da igualdade entre os filhos, provenientes ou não da relação de casamento, ou por adoção, possuindo os mesmos direitos e qualificações. (LÔBO, 2011)

Em seu artigo 1.609, no parágrafo único, o Código Civil de 2002 trouxe um importante entendimento, o qual traz a permissão do reconhecimento da filiação antes do nascimento do filho, ou posteriormente a sua morte, na hipótese de este deixar descendentes.

De igual forma, Maria Helena Diniz relata que, no que tange ao direito de suceder, todos os filhos independentes de qualquer natureza serão igualados, ou seja, os filhos provenientes da constância do casamento e os demais filhos reconhecidos, receberam o mesmo quinhão hereditário.

Assim, sendo vedado qualquer tipo de discriminação e tratamento desigual, todos os filhos, independente da sua concepção, seja ela natural carnal, adotiva ou por reprodução assistida, exercerão os mesmos direitos e deveres relativos ao nome, poder familiar e sucessão, de forma equiparada.

No mesmo entendimento, Coelho (2007), aborda que os filhos são dignos de louvor e determinação constitucional, de modo que, havidos ou não durante a relação matrimonial, ou por adoção, são possuidores de mesmos direitos e qualificações, não sendo permitido qualquer tratamento desigual relativos a filiação.

5.5 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Para Flávio Tartuce (2012), na doutrina contemporânea, tornou-se cada vez mais comum alegar que o afeto possui valor jurídico, e, além disso, é possível afirmar que foi aprumado à condição de verdadeiro princípio geral, apesar da falta de previsão expressa na legislação.

Para o autor, conforme menciona o exposto por José de Oliveira Ascensão, os princípios são como “grandes orientação que se depreendem, não apenas do complexo legal, mas de toda a ordem jurídica”. Deste modo, estruturando a base legal do ordenamento jurídico, gera resultados concretos, em razão da sua importante função social.

De mesmo modo, Ricardo Lucas Calderón (2017), relata que a afetividade constitui um dos princípios do direito de família brasileiro, de maneira implícita na constituição, e explícito e implícito no Código Civil, e nas demais regras do ordenamento jurídico. Proveniente da força construtiva dos fatos sociais, o princípio possui uma relevante importância e densidade legislativa, doutrinária e jurisprudencial.

5.6 O PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

O código Civil em seu art. 1.565, estabelece que o compromisso para garantir os encargos familiares é de responsabilidade dos cônjuges ou companheiros. De modo que o artigo 1.566, inciso IV, determina que é dever de ambos os cônjuges dar sustendo, guarda e educação dos filhos.

Na mesma maneira, o artigo 1.634 traz o entendimento de que é de competência mútua dos pais, independentemente da situação conjugal, o completo exercício do poder de família.

A Constituição Federal de 1988 regulamenta o princípio da paternidade responsável em seu artigo 226, §7º:

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da **paternidade responsável**, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. **(grifamos)**

Assim, ao analisarmos o princípio da paternidade responsável, podemos observar que o termo abre margem para mais de uma conotação, o qual pode ser entendido sobre a autonomia para decidir ter ou não filhos, como também a quantidade a qual desejar para manutenção da sua prole. De outro modo, pode ser interpretado sobre o dever parental, ou seja, da responsabilidade dos pais em razão das necessidades dos seus filhos. (OLIVEIRA; RANGEL, 2017).

Assim, conforme entendimento de Douglas Phillips (2008), ainda que não mais vivo no momento da fecundação do filho póstumo, o *de cujus*, ao deixar autorizado que seu material genético seja utilizado para da fecundação futura, tinha anuência do filho porvindouro, o qual teria direito a filiação. Deste modo, deve-se entender o princípio da paternidade responsável em sua totalidade, bem como o reconhecimento da sucessão hereditária do filho póstumo.

6 LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA E A LACUNA EXISTENTE ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O CÓDIGO CIVIL

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.798, dispõe que “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” e em seu artigo 1.597, inciso III, estabelece que “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.

O artigo 1.799 do Código Civil traz uma exceção à regra, em seu inciso I, onde permite, aos filhos ainda não concebidos, o direito sucessório, por pessoa indicado pelo testador e que no momento da sucessão, esteja viva.

Dentre os legitimados a suceder no artigo 1.798, conforme supracitado anteriormente, não se enquadra como herdeiro legítimo, o embrião fecundado *post mortem*. Assim, estabelece Gonçalves que:

A doutrina brasileira se inclina no sentido de negar legitimação para suceder aos filhos havidos por métodos de reprodução assistida, quer na hipótese de a morte do ascendente preceder à concepção, quer na implantação de embriões depois de aberta a sucessão. Solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação post mortem. (GONÇALVES, Roberto, p. 76, 2020)

Deste modo, a atual definição no que tange a legitimidade para suceder não está de acordo com a Constituição Federal e seus princípios constitucionais, tais

como o direito de igualdade entre os filhos, onde o filho proveniente de reprodução assistida *post mortem*, deve ter os seus direitos garantidos e resguardados de igual forma aos já nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão.

Conforme abordado, a Constituição Federal através do seu artigo 227, §6º veda todo e qualquer tratamento desigual entre os filhos, independente da sua origem, seja de modo natural, por meio da adoção ou qualquer outro método de reprodução assistida, dentro ou fora do casamento.

Consagrado o princípio da dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, não se deveria existir dúvidas quanto aos conflitos em nosso ordenamento jurídico pátrio sobre a legitimidade da sucessão hereditária do embrião fecundado *post mortem*, tendo em vista que, ao nascer com vida, o mesmo terá total direito de uma vida digna, portanto, faz-se necessário que haja avanço no meio jurídico visando solucionar as inúmeras lacunas existentes.

Conforme aborda Freitas (2008), o Código Civil deveria abordar a legitimidade do filho póstumo, independentemente da existência de testamento, tendo em vista a necessidade de reservar os bens dos filhos, visto que a vontade do autor da herança foi registrada no banco de sêmen através da doação.

Pondera ainda o autor que, em razão da segurança jurídica e com o objetivo de resguardar o direito dos demais herdeiros, para que possam ingressar na sucessão e partilha dos bens deixados pelo pai pré-morto, os direitos dos filhos resultantes de técnicas de reprodução assistida *post mortem* não podem ser praticados a qualquer tempo.

Tal entendimento é baseado no fato de o direito sucessório possui natureza patrimonial, necessitando que haja um limite para que o herdeiro possa questionar e requerer os seus direitos, pois, se assim não for, a partilha de bens não viria a se concretizar. Portanto, diante do conflito entre o direito à herança, bem como a sucessão em contraponto ao direito a dignidade da pessoa humana, deve-se ponderar o equilíbrio.

Para que a fertilização ocorra, conforme abordado, é necessário que haja o consentimento expresso do autor da herança, o qual é manifestado através de documento escrito ou por testamento. Em seguida, é necessário que o conjugue sobrevivente não esteja constituído outra união estável e possuir sua condição de viúvo, com objetivo de evitar dúvidas quanto a paternidade. Por fim, conforme entendimento de Carlos Albuquerque Filho, caso o *de cuius* não tenha estabelecido

prazo, a inseminação deverá ocorrer em até dois anos após o seu falecimento, conforme entendimento análogo do artigo 1.799, inciso I, combinado com o artigo 1.800, §4º, ambos do código Civil.

Pondera Karla Fischer (2011) em seus questionamentos que, estipular um prazo para que se possa exigir os direitos sucessórios do embrião fecundado *post mortem* deve existir, afim de ocasionar estabilidade e segurança jurídica aos herdeiros já existentes no momento da abertura da sucessão, ainda que diferente ao prazo de dois anos conforme estipula o §4º, do artigo 1.800 do Código Civil.

Acrescenta a autora que, para os filhos já existentes no momento da abertura da sucessão, faz-se importante haver a necessidade de um prazo judicial para o requerimento da herança, visto que estes não podem ficar sujeitos *ad aeternum* a possibilidade de revisão dos seus quinhões hereditários. Necessitando portando, de um estudo melhor, o qual revele um prazo adequado para que haja planejamento e garantia dos direitos, não tão somente ao filho existente, mas também ao filho póstumo, reconhecendo-o como filho e, por consequência, herdeiro legítimo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As técnicas de reprodução humana assistida, em especial a fertilização *post mortem*, possuem o objetivo de garantir o desejo de construção familiar, e, na realidade social, a utilização de tais regras vem aumentando constantemente, de modo que, as pessoas procuram esses meios de fecundação visando solucionar problemas de infertilidade

Em razão disso, aborda-se as consequências da fecundação *post mortem* do embrião fecundando com o sêmen do marido já falecido, nos casos em que comprovadamente se constata uma união do casal com o intuito de estabelecer filiação. Todavia, a legislação brasileira é omissa no tocante ao direito sucessório do embrião concedido por meio de reprodução assistida *post mortem*.

Em virtude da falta de regulamentação na legislação, as lacunas no ordenamento jurídico acarretam conflitos doutrinários e jurisprudências, não possuindo entendimento pacífico quanto ao tema, principalmente no direito de sucessões do filho póstumo.

Ao analisar os artigos vigentes do Código Civil (1.597, III, e 1.798), sob a perspectiva do cenário atual em que vivemos, e em conformidade com os princípios

constitucionais, devemos entender que o filho concebido *post mortem* por meio das técnicas de reprodução humana assistida é filho, tanto quanto os já existentes no momento da abertura da sucessão, não devendo assim existir distinção entre estes, pois ambos são herdeiros por vocação hereditária.

É importante salientar a concordância do *de cujus* no procedimento de congelamento do seu material genérico para posterior utilização, assim, não há o que se falar no que tange ao reconhecimento de paternidade, bem como no direito de filiação, pois, em razão da sua concordância, ainda que de forma tácita, o filho póstumo não deve ser tratado como um mero legatário, e sim como herdeiro necessário, independentemente da existência de um instrumento testamentário, tornando-se assim herdeiro legítimo.

Os posicionamentos diversos referentes a legitimidade sucessória do filho póstumo, mediante a omissão legislativa acarreta inseguranças jurídicas, contudo, faz-se necessário reconhecer a presunção de paternidade prevista no art. 1.597, III, visto que a Constituição Federal traz como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade entre os filhos, a proteção integral à família dentre outros.

Visando a segurança e estabilidade jurídica, a estipulação de um prazo para requerimento da cota parte da herança do novo herdeiro podem ser consideradas, sem que haja necessariamente um instrumento testamentário, visto que, conforme relatado, o nascituro porvindouro, proveniente das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, é filho legítimo, com garantias constitucionais, tais como o princípio de liberdade do planejamento familiar, bem como a dignidade da pessoa humana. A cota parte poderia ser reservada no momento da abertura da sucessão e, caso não haja a fecundação no prazo determinado, a herança repartir-se-ia dentre os demais herdeiros.

Contudo, é necessário que tais questões sejam reguladas pelo direito, precipuamente de maneira interdisciplinar com outras ciências, em especial junto com a medicina, tornando assim a necessidade de pesquisas futuras que se adentrem ao direito e aprofundem a temática do direito sucessório do embrião fecundado *post mortem* e a sua previsão legal no Código Civil Brasileiro.

REFERÊNCIAS

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

ANDRADE, André. O Princípio da Dignidade Humana e sua Concretização Judicial. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_316.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

BASTOS, Athena. **Princípio da Dignidade Humana no direito brasileiro**. 2019. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/>>. Acesso em: 09 de setembro de 2020.

BRASIL. Código Civil (2002). **Lei N^o 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. *DOU*, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 07 de agosto de 2020.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/10/26/principio-da-afetividade-no-direito-de-familia/>>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família (arts. 1.591 a 1.710)**. Vol. 18. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____**CRUZ, Daniel. Dignidade da pessoa humana, bioética e pesquisas com material genético humano**. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19104/dignidade-da-pessoa-humana-bioetica-e-pesquisas-com-material-genetico-humano>> Acesso em: 20 de setembro de 2020.

_____**CUSTÓDIO, Carlos. O princípio da dignidade da pessoa humana: entre o limite e tarefa do estado**. 2018. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-entre-o-limite-e-tarefa-do-estado/>>. Acesso em: 17 de setembro de 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 27. ed. São Paulo. ed: Saraiva, 2013, v.6.

FISCHER, Karla. **Inseminação Artificial *post mortem* e seus reflexos no Direito de Família e no Direito Sucessório**. 2011. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/224.pdf>>. Acesso em: 02 de novembro de 2020.

FREITAS, Douglas. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. 2008. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/423/Reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+ap%C3%B3s+a+morte+e+o+direito+de+he>>. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

GALIO, Morgana Henicka; VALCARENGHI, Aline Rosa. 2019. **O direito à sucessão hereditária do embrião fecundado post mortem**. Disponível em:

<<http://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/2322/1235>>. Acesso em: 25 de outubro de 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Sucessões**. Vol.7 - 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Pricila. **Princípios de proteção à criança e ao adolescente**. 2015. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/40335/principios-de-protacao-a-crianca-e-ao-adolescente>>. Acesso em: 29 de outubro de 2020

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. OLIVEIRA, Rafael; RANGEL, Tauã. **Princípio da paternidade responsável e sua aplicabilidade na obrigação alimentar**. 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-164/principio-da-paternidade-responsavel-e-sua-aplicabilidade-na-obrigacao-alimentar/>>. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

PELLIZZONI, Nelton Torcani; RODRIGUES, Maisa dos Santos. **A Inseminação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório**. 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/a-inseminacao-artificial-post-mortem-e-o-direito-sucessorio/>>. Acesso em: 14 de setembro de 2020.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 27. ed. atualizada por Francisco José Cahali; com anotações sobre o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo, Saraiva, 2002. v. 6: direito de família.

SILVA, Elizandra. **A filiação em face da reprodução humana assistida**. Disponível em:<<https://silo.tips/download/a-filiaao-em-face-da-reproduao-humana-assistida>>. Acesso em: 12 de setembro de 2020.

TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2012. Disponível em:<<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 12 de novembro de 2020

VENOSA, Silvio. **Direito Civil: Sucessões**. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.