

O DIREITO SUCESSÓRIO NA INSEMINAÇÃO HOMÓLOGA *POST MORTEM*

BARROS, Leticia Martins¹
SILVA, Marcella Cristina Brazão²

RESUMO:

Diante dos avanços tecnológicos, será apresentado neste trabalho, o direito sucessório dos filhos concebidos pela técnica de reprodução assistida *post mortem*, enfocando, a possibilidade destes, mesmo após a morte do genitor, serem considerados seus sucessores. O Código Civil elenca meios de inseminação artificial, como também a fertilização em laboratório, porém, o ordenamento jurídico brasileiro tem mostrado resistência junto à biomedicina, carecendo de uma legislação constitucional ou infraconstitucional que regulamente a reprodução assistida, havendo apenas a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina e enunciados que normatiza a técnica, bem como algumas poucas jurisprudências sobre o tema. Há estabelecido no Código Civil apenas presunções de filiação no art. 1.597 do Código Civil de 2002 e no art. 1.798 também do Código Civil, os legitimados a suceder, ou seja, os já concebidos no momento da abertura da sucessão, deixando uma lacuna se poder-se-á admitir ou não o direito sucessório do concebido após a morte do genitor. Perante a oportunidade de concepção por meio das técnicas de reprodução assistida, observam-se entendimentos divergentes entre as doutrinas frente ao caso da inseminação *post mortem*, a primeira aborda que o filho nascido após a morte de seu genitor não possui o direito à sucessão; a segunda compreende que terá apenas direito à sucessão por meio de testamento; a terceira entende que poderá ser considerado herdeiro legítimo possível de suceder, respeitando o princípio da igualdade entre os filhos. Analisar-se-á ainda, os princípios constitucionais da igualdade entre os filhos e a vontade entre as partes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito sucessório, Inseminação artificial, *Post Mortem*.

THE INHERITANCE RIGHT IN THE POST MORTEM HOMOLOGATE ASSISTED REPRODUCTION

ABSTRACT:

In the face of technological advances, it will be presented in this study the inheritance right of the children conceived through assisted reproduction through post-mortem technique, focusing on the possibility of these, even after the death of the parent, be consider their successors. The civil code sets forth means of artificial insemination, as well as laboratorial fertilization. However, the Brazilian legal system has shown resistance towards Biomedicine, lacking a constitutional or infra-constitutional legislation which regulates assisted reproduction, there existing only the Resolution number 2.168/2017 from the Federal Council of Medicine and also statements that regulate the technique, furthermore a few court decisions on the subject. There are only a few presumptions of parentage in art. 1.597 of the Civil code of 2002 and the legitimized to succeed in art. 1.978, to rephrase it , those already conceived at the time of the opening of the inheritance, leaving a gap as it will admit it or not the right to inherit to the conceived after the death of the parent. Given the opportunity of conception through assisted reproductive techniques, there are divergent understandings between the doctrines concerning the case of post-mortem insemination, the first states that the son born after the death of their parents does not have the right of inheritance; the second comprises that It will only have right of inheritance through testament; the third understands that It can be considered legitimate heir possible to succeed, respecting the principle of equality among the children. It Will still be analyzed the constitutional principles of equality among the children and the will autonomy of the parties.

KEYWORDS: Inheritance law, Artificial insemination, *Post mortem*.

¹Estudante do Curso de Direito do Centro Universitário Assis Gurgacz, Leticia.lmartins96@gmail.com.

² Professor Orientador, marcellabrazaoasilva@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho buscar-se-á demonstrar a existência ou não do direito sucessório em caso de inseminação homóloga *post mortem*.

No cenário nacional da normatização do procedimento de técnica de reprodução assistida, é possível observar a atuação tanto da Agência Nacional de Vigilância Sanitária-ANVISA, que regulamenta questões sanitárias, como do Conselho Federal de Medicina, que ampara as questões de ética e técnicas, tornando a inseminação artificial eficiente e eficaz.

Estudos indicam que a infertilidade e esterilidade são denominadas como dificuldade e incapacidade de engravidar, considerados um problema de saúde, conforme a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, dentre outros, que possam a vir comprometer a ampliação familiar.

Porém, a dificuldade na reprodução de forma natural já não é mais uma barreira insuperável para a concepção de um filho, visto que as diferentes técnicas de reprodução assistida estão cada vez mais comuns e a disposição daqueles que desejam ter filhos.

Uma das técnicas é a criopreservação de materiais genéticos em bancos de sêmen para uma futura inseminação, ficando a critério dos mesmos, o momento para realizar o procedimento de fertilização, permitindo a concepção de um filho até mesmo após o falecimento do genitor-doador, principalmente em caso de doenças.

As técnicas estão relacionadas à manipulação do óvulo e/ou espermatozóide para dar início à fecundação, com o objetivo de formar um embrião ou, até mesmo, a implantação de embrião excedentário no útero da mulher.

Contudo, a partir do momento em que medicina permitiu que uma prole fosse gerada mesmo após a morte daquele que doou o material genético, iniciaram os conflitos.

Tratando-se de direito sucessório, a morte além de pôr fim a existência do indivíduo, também é um fator que dá início a transmissão da herança, pois é a partir da verificação do patrimônio que pertencia ao falecido, que se dá a sucessão, assegurando o direito aos seus herdeiros legítimos e testamentários, nascidos ou já concebidos, no momento da abertura do referido processo.

Neste sentido, à sucessão *causa mortis* baseia-se na transferência total ou parcial da herança a um ou mais herdeiros legítimos ou testamentários, como disposto no artigo 1.784 do Código Civil, após o falecimento do titular dos bens.

Todavia, o Código Civil de 2002 não regulamenta os efeitos do direito sucessório na

concepção *post mortem*, bem como quanto à capacidade do concebido concorrer à sucessão do genitor-doador falecido, visto que no Artigo 1.798 do Código Civil, apresenta como sucessores aqueles já nascidos ou então concebidos no momento da abertura da sucessão, além dos sucessores por meio da sucessão testamentária.

Diante da omissão, quanto à sucessão dos concebidos pela técnica da inseminação artificial *post mortem*, o filho concebido por inseminação artificial *post mortem*, no qual a genitora utiliza o sêmen criopreservado de seu cônjuge ou companheiro falecido, possui capacidade sucessória?

Frente à ausência do teor jurídico no Código Civil de 2002, a abordagem do tema permitirá discutir as possibilidades de sucessão no caso apresentado, haja vista que, quando ocorre do legislador se omitir em regulamentar algumas situações, as lacunas precisam ser supridas, tornando-se impossível negar qualquer proteção, nem deixar de assegurar direitos diante da ausência de lei.

Assim, objetivando demonstrar a existência ou não da sucessão *post mortem*, serão utilizados como meios metodológicos: pesquisas jurisprudenciais; pesquisas em artigos jurídicos sobre o tema; pesquisas bibliográficas; pesquisas na legislação brasileira; resoluções, dentre outros que se fizerem necessários.

Ainda, pretende-se analisar os critérios que envolvem a técnica de inseminação artificial, abordando brevemente as técnicas de reprodução assistida dentro do contexto do Direito Sucessório, e indagar a aplicação da sucessão *post mortem* no ordenamento jurídico brasileiro, relacionando-as ao Conselho Federal de Medicina, Resolução 2.168/2017; bem como mostrar a divergência que ocorre dentro do ordenamento jurídico, uma vez que o referido tema não está presente no Código Civil.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Na metade do século XX ocorreram às primeiras tentativas da reprodução humana assistida, esta técnica ganhou notoriedade depois do nascimento do primeiro bebê, Louise Joy Brown, gerada a partir da inseminação artificial, em 1978 Inglaterra, filha de mãe com obstrução bilateral das tubas uterinas; no Brasil, em 07 de Outubro de 1984, nascia o primeiro bebê, Anna Paula Bettencourt Caldeira, também gerada pela técnica de fertilização *in vitro* no Brasil e na América Latina (PROCRIAR, 2015).

Ainda, no ano de 1984, na Austrália, nasceu o primeiro bebê, Zoe Leyland, fecundado por meio de embrião criopreservado, este nascimento proporcionou uma grande revolução na

reprodução assistida, neste mesmo ano, no Chile, ocorreu à primeira transferência tubária, técnica conhecida como GIFT (Transferência Intratubária de Gametas) (LEÃO e MACEDO, 2014).

Desta forma, há aproximadamente 40 (quarenta) anos houve duas mudanças de grande significância que permitiram novas estruturas familiares no Direito de Família. A primeira surgiu com a Emenda 09 de 1977, que permitiu a praticabilidade do divórcio no Brasil e garantiu a autonomia do casal, propiciando novas formas de constituição familiar; a segunda mudança ocorreu em 1978, com o nascimento do primeiro bebê proveta, permitindo que famílias fossem constituídas por meio da técnica de reprodução assistida, denominando-as de famílias ectogenéticas (PEREIRA, 2018).

Nesse sentido, no instituto da filiação ocorreram diversas transformações, haja vista que consideravam filhos legítimos somente aqueles gerados pelo homem e mulher devidamente casados, constituindo uma família legítima. No Código Civil de 1916 - Lei nº 3.071 de 1º de Janeiro de 1916, todo filho concebido fora do casamento era considerado como ilegítimo/bastardo, ainda assim, se o casal não mantivesse em matrimônio e não houvesse qualquer impedimento para a união e concebessem um filho, este seria ilegítimo natural, de outro modo, havendo impedimentos para o matrimônio entre o homem e a mulher e desta relação nascesse um filho, este seria considerado um ilegítimo espúrio. Logo, o concebido de uma relação advinda de um parentesco entre os pais, era considerado um ilegítimo espúrio incestuoso e por fim, havendo adultério de um dos cônjuges e desta gerasse um filho, este era considerado ilegítimo espúrio adulterino (DONIZETTI e QUINTELLA, 2017).

O Código Civil de 1916 tratava como legítimo o filho concebido no momento do casamento do casal ou após o casamento e, vedava o reconhecimento dos concebidos adulterinos e incestuosos, sendo possível apenas o reconhecimento da prole natural (BRASIL, 1916).

Contudo, a Constituição Federal de 1988, passou a considerar como filho, aquele concebido da relação matrimonial ou fora dela e os adotados, igualando os filhos havidos ou não no casamento, sem que houvesse discriminação entres esses, inclusive quanto direito (BRASIL, 1988).

Neste sentido, o art. 227 no § 6º da Constituição Federal colocou fim à discriminação da filiação no ordenamento jurídico civil brasileiro, consagrando o princípio da isonomia entre os filhos, construindo um novo perfil de filiação, trazendo um idêntico degrau de tratamento (MADALENO, 2018).

Em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 27, o reconhecimento da filiação é um direito imprescritível, indisponível e personalíssimo, sendo exercido pelos pais ou

herdeiros (BRASIL, 1990).

Deste modo, o princípio de igualdade da filiação previsto na Carta Magna expõe, no art. 227, § 6º que não há qualquer discriminação entre os filhos, seja eles havidos ou não do casamento, terão os mesmos deveres e direitos relativos a filiação. Tratando-se de uma cláusula pétrea que deve ser levado em consideração, para que não haja distinção entre os filhos do *de cujus* (BRASIL, 1988).

Logo, não há margem de distinção entre família legítima e ilegítima ou qualquer outra nomenclatura que diferencie os membros da família como no Código Civil de 1916, eis que filiação refere-se ao fato de vida e, diante disto, independe se a concepção adveio de um vínculo conjugal válido, devendo todos os filhos possuírem direitos iguais (GAGLIANO, 2017).

No entanto, pode-se afirmar que a relação com os filhos teve uma evolução, afastando a diferenciação entre eles, uma vez que Constituição Federal de 1988 estabelece o princípio da igualdade entre filhos e adota novos conceitos de família. Desta maneira, considera-se que o avanço tecnológico das técnicas de reprodução assistida possui relevância, pois o procedimento vai além da técnica propriamente dita, vez que, por meio desta, há constituição de famílias que vai além do conceito primário, proporcionar qualidade de vida para pessoas com infertilidade.

3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS

Um dos princípios previstos na Constituição Federal de 1988 é o da igualdade entre os filhos, o qual trouxe grandes mudanças na seara das relações de família. Durante algum tempo os filhos foram discriminados por sua origem, entre filhos legítimos, oriundos do casamento, a qual era a única entidade familiar reconhecida, e filhos ilegítimos naturais, que eram nascidos sem que os pais fossem casados, adulterinos quando havidos em relação paralela ao casamento, ou incestuosos quanto concebidos entre parentes impedidos de se casarem (MADALENO, 2018).

Com o advento da Constituição Federal, passou-se a estabelecer que não há designações discriminatórias entre os filhos, seja ele havido ou não do casamento. Em consonância com a Carta Magna, o Código Civil reforçou o princípio da igualdade entre os filhos no art. 1.596, com o mesmo texto da Constituição, sendo assim, ambos os dispositivos consagram o princípio igualdade entre os filhos, de forma a regulamentar ainda, a isonomia constitucional, prevista no art. 5.º, caput, da Constituição, cujo o texto aborda a igualdade entre todos perante a lei e garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (TARTUCE, 2017).

Juridicamente todos os filhos são iguais perante a lei, seja ele adotado, socioafetivo e até mesmo inseminado após a morte, não podendo se valer de qualquer diferenciação entre estes (TARTUCE, 2017).

Isto posto, é possível verificar que no ordenamento jurídico brasileiro não há qualquer distinção entre os filhos, ou seja, independente de sua concepção, advindos ou não do casamento, em virtude deste princípio constitucional, nas palavras de Dias (2009) “Filho é simplesmente filho!”, até mesmo os concebidos por meio de técnicas de reprodução assistida. Desta maneira, o atributo do direito a filiação como direito fundamental está vinculado ao princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, e não aprova a distinção entre filiação, sejam os pais casados ou não, ou adotivos.

4. INSEMINAÇÃO

A técnica de reprodução assistida também conhecida por inseminação artificial, fecundação artificial ou concepção artificial, ocorre de maneira em que material genético é injetado diretamente no útero da mulher para fecundar o óvulo (RIZZARDO, 2011).

A infertilidade ou esterilidade pode ocorrer, tanto por parte do homem quanto da mulher, e ambos os fatores estão presentes na vida de muitos consortes que desejam a constituição ou ampliação familiar. Dessarte, como uma maneira de buscar uma solução para estas pessoas, durante anos vêm-se realizando estudos para que a procriação possa ocorrer quando o método tradicional se tornar falho. Os avanços tecnológicos da medicina criaram as técnicas de reprodução assistida, a qual opera unindo artificialmente gametas masculinos e femininos. A referida técnica busca assessorar pessoas, que não obtiveram êxitos em outros meios de reprodução por serem ineficientes ou ineficazes a constituição familiar, proporcionando tanto ao homem quanto a mulher o direito a descendência (DINIZ, 2014).

Ao reconhecer a união estável como entidade familiar, a Constituição Federal de 1988 fez com que o conceito de família fosse ampliado, permitindo ir além do casamento. Observa-se no art. 226, § 7º da Carta Magna que, o planejamento familiar está relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana, tornando exequível o livre planejamento familiar, o qual é considerado um princípio em que o indivíduo tem total liberdade sobre sua vontade de constituir uma família ou não, desse modo, pode-se entender que a inseminação é um ato de autonomia de vontade (BRASIL, 1988).

À vista disso, verificando esses aspectos, a técnica de reprodução assistida não auxilia somente pessoas com problemas de saúde, mas também aqueles que possuem algum obstáculo que os impedem de conceber ou gerar um filho. Dentre tantos motivos existentes, podem-se mencionar casos em que o genitor-doador está em fase de tratamento contra doenças termináveis e que possivelmente diante dos tratamentos possa vir sofrer interferências que dificultam a reprodução de maneira tradicional (DIAS, 2016).

A Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina já revogada foi a primeira resolução que surgiu após oito anos do nascimento do primeiro bebê proveta nascido no Brasil (1984), e é utilizada para nortear reprodução assistida. A referida normatização estipulou uma quantidade máxima de quatro embriões para serem transferidos no útero da mulher, para que não ocorresse o risco de multiparidade, vedou a doação de material genético que visasse lucro comercial ou não e, nos casos de doadores anônimos, os sujeitos não teriam conhecimento da identidade do outro. Entretanto, apesar da abrangência que possuía a resolução, esta não previa a técnica nos casos da inseminação artificial *post mortem* (C.F.M, 1992).

A Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.957/10 que revogou a anterior, abordava em seu novo texto questões referentes à inseminação *post mortem*, tendo como um ato não ilícito ético, desde que haja prévia autorização do genitor-doador falecido (C.F.M, 2010).

Isto posto, a inseminação baseia-se em um tratamento, ou seja, consiste na concepção de uma criança através de prática que não seja a relação sexual, para tanto, faz-se necessário o auxílio médico. Haja vista que as evoluções das técnicas de reprodução assistida ocasionam no campo jurídico, religioso, cultural, político e ético, é necessário que este procedimento seja regulamentado para sanar quaisquer conflitos não esclarecidos.

4.1 INSEMINAÇÃO HOMÓLOGA E HETERÓLOGA

O ordenamento jurídico civil brasileiro aborda a técnica de inseminação artificial no art.1.597 C.C e subdivide em dois grupos, inseminação heteróloga e a inseminação homóloga (BRASIL, 2002).

Compreende-se por heteróloga aquela em que o casal opta pela obtenção de gametas de um doador anônimo, os quais serão utilizados para fertilizar a parceira do relacionamento, conferindo um filho ao casal, no entanto, é necessária autorização prévia do cônjuge ou companheiro, mesmo não existindo a presença de esterilidade para a utilização da referida técnica. Todavia, aquele que

anuiu para a realização da inseminação artificial heteróloga passa a exercer o direito e dever de genitor, salvo se o mesmo posteriormente descobrir que o concebido adveio de uma infidelidade (DIAS, 2016).

Quanto à inseminação artificial *homóloga*, refere-se da utilização do sêmen do próprio marido e o óvulo da mulher, mas com a ajuda instrumental, não há a doação de material genético por terceiro anônimo como é a heteróloga, essa técnica está pacificamente aceita pela sociedade, visto proporcionar a procriação que não é possível ser alcançada sem a intervenção médica (MADALENO, 2018).

Hodiernamente, tornou-se exequível a reprodução assistida devido à criopreservação de sêmens, óvulos e embriões excedentários que ficam armazenados por tempo indeterminado, pois não há limite de tempo para este armazenamento. Conforme o Banco de Sêmen, as amostras de sêmen criopreservadas são armazenadas a uma temperatura de 196° C negativos, o que possibilita a conservação por um período maior de tempo (BANCO DO SÊMEN, S/D).

Neste ínterim, a reprodução assistida possibilita o congelamento do óvulo, sêmen ou embrião para ser inseminado a após a morte do genitor-doador, sem se preocupar com as consequências jurídicas, principalmente no âmbito sucessório, já que o processo de preservação pode ocorrer por tempo indeterminado (NADER, 2016).

Vale trazer o que dispõe o art. 1.597 do Código Civil de 2002, quanto à presunção dos concebidos na constância do casamento:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
III - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
IV - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (BRASIL, 2002).

Corroborando, a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, elenca em seus princípios gerais a seguinte expressão:

O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a

concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida (C.F.M, 2017).

Cumprе ressaltar que a mencionada resolução aborda apenas questões éticas dentro da medicina quanto ao método de reprodução assistida. Observa-se ainda, que a Resolução do Conselho Federal de Medicina exige termo de consentimento de ambos os progenitores que desejam a reprodução assistida, bem como a autorização prévia e específica para a realização da técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem* (C.F.M, 2017).

Isto posto, é possível notar que reprodução assistida pode adotar duas modalidades completamente diferentes, a heteróloga que se refere ao procedimento em que se usa o material genético de terceiro para a concepção de um filho, e o marido que anuiu sua esposa a realizar tal procedimento, passa exercer direitos e deveres à criança concebida, diferente da homóloga que utiliza o material genético do próprio casal para realizar o procedimento de inseminação, a qual pode acontecer mesmo após a morte do genitor-doador. Entretanto, não há uma lei que regularize, de forma clara, os métodos da inseminação artificial, expondo os direitos e deveres de filhos advindos por essas técnicas de reprodução.

4.2 INSEMINAÇÃO *POST MORTEM*

No tocante da inseminação artificial homóloga *post mortem*, Pinto (2008) traz como fato relevante, o caso de Corine Richard e Alain Parpalaix, ocorrido na França.

Ambos viviam em um relacionamento, e após um período o homem descobriu portar uma doença cancerígena no testículo. No intuito de constituir uma família com sua companheira, optaram por depositar o material genético em um banco de sêmen, devido a doença o tornar infértil, para que após o tratamento realizassem a inseminação. Tempo após, Alain veio a óbito, e sua então companheira desejando realizar o desejo de gerar a prole, procurou o banco para realizar o procedimento, o qual foi negado, haja vista não possuir previsão legal e na França não há lei que autorize a inseminação após o falecimento do doador. Desta forma, deu-se início a discussão judicial, com a concessão de autorização para a inseminação. Porém, não foi possível, visto que o material genético já não estava em condições de inseminação (LIMA JUNIOR, S/D).

A Inseminação Artificial *post mortem* utiliza o sêmen ou embrião criopreservado (fusão de gameta masculino e feminino, em um processo de fecundação que constitui uma nova célula), após a morte do doador para inseminação. No Código Civil de 1916 não era imaginável a evolução que

teria a biomedicina, a procriação após o falecimento do genitor. Neste momento, era assegurado o direito aos concebidos e desenvolvidos no útero (MOREIRA, 2002).

O Código Civil de 2002 deixou uma grande lacuna legislativa no que se refere à inseminação artificial *post mortem*, bem como os direitos do embrião criopreservado. Uma dos entedimentos doutrinarios considera o embrião criopreservado apenas material humano biológico (MADALENO, 2018).

No Brasil, a inseminação *post mortem* não possui uma normativa, carecendo de legislação que regulamente a referida técnica, diferente de como ocorre em outros países (PEREIRA, 2007).

Vale comparar que em alguns países como Alemanha e Suécia, a inseminação artificial *post mortem* é proibida. Já na Espanha é vedada a inseminação *post mortem*, no entanto, caso possua a existência de uma declaração escrita por meio de escritura pública ou então de testamento, o direito do concebido através da técnica é garantido. De outra banda, a Inglaterra, permite a realização do procedimento após o falecimento do genitor-doador, mas somente irá garantir os direitos sucessórios mediante manifestação por escrito. Em Portugal a técnica não possui permissão mesmo que haja termo expressando a vontade do genitor, além do mais, o material por ele guardado é descartado após seu falecimento, mesmo diante desta situação, o referido país permite que o embrião concebido *in vitro* para a inseminação *post mortem* seja implantado, no entanto, exige-se que haja um planejamento familiar expresso pelo genitor falecido (ALMEIDA S/D).

Aduz Casabona (2004), que a possibilidade da realização da inseminação artificial homologa *post mortem* é uma questão que gera grande discussão no direito, porque afeta tanto o Direito de Família, como o Direito Sucessório, visto ser possível a realização da inseminação mesmo após o falecimento genitor-doador.

Dessa maneira, a criopreservação de material genético é permitida pela Resolução do Conselho Federal de Medicina, porém é necessário a existência de uma autorização que manifeste a vontade do falecido. Todavia, a concepção por meio de inseminação artificial homologa *post mortem* ultrapassa os limites e regras já estabelecidas no Direito Sucessório, frente aos princípios da igualdade de tratamento entre os filhos e do melhor interesse da criança, que são basilares, voltados para a proteção desses incapazes.

5. DIREITO SUCESSÓRIO

No art. 1.784 até 2.027, do Código Civil, regulamenta-se o direito das sucessões, que elenca

normas que regulamentam a transferência do patrimônio de um falecido, por testamento ou decorrente de lei. O código aborda ainda aspectos genéricos acerca de tal instituto – abertura da sucessão, aceitação e renúncia, excluídos da herança; sucessão legítima, trazendo, especialmente, os herdeiros necessários; sucessão testamentária, que disciplina acerca das disposições de última vontade do *de cujus* e; inventário e partilha, tratando primordialmente de questões processuais (BRASIL, 2002).

Neste sentido, destaca-se duas modalidades de sucessão, expressa no art. 1.786 o Código Civil, a sucessão legítima – trata-se daquela que decorre da lei, obedecendo a vocação hereditária, presumindo a vontade do autor da herança, conhecida também como *ab intestato* devido a inexistência de testamento; e a sucessão testamentária – que possui origem no ato de última vontade do *de cujus*, transmitindo seu legado por meio do testamento, trata-se da autonomia privada do autor da herança (TARTUCE, 2018).

No dizer de Venosa (2013) suceder seria o ato de adquirir os bens de outrem no campo dos fenômenos jurídicos, desta maneira, a sucessão é uma substituição de um direito.

Para Monteiro (2012), o direito a sucessão ocorre com a substituição da titularidade de patrimônio, herança, legado, causada pela morte do titular dos bens, seja por força de lei ou por testamento.

Corroborando, Gonçalves (2018), caracteriza a palavra sucessão, de forma abrangente, que pode significar o momento em que um indivíduo venha assumir o lugar do *de cujus*, na titularidade dos bens.

Desta forma, dá-se a abertura a sucessão com a morte do proprietário dos bens, constituindo a morte em um fato jurídico, eis que há a transmissão de bens aos herdeiros, bem como deveres e obrigações (RIZZARDO, 2011).

Essa transmissão se baseia no princípio da *saisine*, o qual significa que o próprio *de cujus* transmite a posse de sua herança ao sucessor, outrossim, é um instituto do Direito das Sucessões previsto no art. 1.784 do Código Civil, que consiste na posse indireta dos herdeiros ao patrimônio deixado *causa mortis* pelo falecido (GONÇALVES, 2018).

Por certo, caso o proprietário dos bens esteja vivo, não há possibilidade de tratar de direito sucessório, pois em concordância com o art. 426 do Código Civil, a contratação sobre herança de pessoa viva é proibida (BRASIL, 2002).

Ainda, no art. 1º do Código Civil, é exposto que toda pessoa possui direito e deveres na ordem civil, no entanto, há limitações para que exerçam esses direitos e deveres, e operem o direito

de suceder, o indivíduo deve dispor de capacidade de legitimação, e entende-se por legitimação a genuinidade que uma pessoa possui para suceder os bens que foram deixados pelo *de cujus* (DINIZ, 2017).

De modo, o direito das sucessões é o ramo, que em devido a morte do autor da herança, dá-se a transferência do patrimônio ativo e passivo, direitos e obrigações do *de cujus*, a seus sucessores. Em vista disso, o ordenamento jurídico reconhece a evolução da bioética, pois no art. 1.597 do Código Civil estão presentes as técnicas de reprodução assistida, reconhecendo a presunção de paternidade dos concebidos advindos por meio do procedimento de inseminação artificial, porém o código não acompanhou os avanços tecnológicos e, de maneira injustificável, o legislador deixou de mencionar esses concebidos no âmbito do direito sucessório.

5.1 SUCESSÃO POST MORTEM

O Código Civil de 2002 não possui regulamentação quanto ao direito sucessório do filho concebido por meio da inseminação artificial *post mortem*, mas, como já mencionado, a Constituição preserva o direito de igualdade entre os filhos e garante o melhor interesse da criança, o qual deve ser respeitado. Fica uma lacuna na legislação ao deixar de mencionar sobre os direitos sucessórios destes concebidos (MESSIAS, 2015).

Acerca dos filhos concebidos por meio da realização da inseminação artificial homóloga *post mortem* e o direito sucessório, têm-se como discussão o art.1.798 do Código Civil de 2002, que trata dos filhos que poderão concorrer à sucessão, como o art. 1.597 do mesmo código, que presume a concepção da prole por meio da inseminação artificial homóloga durante a vigência do casamento, mesmo que falecido o cônjuge (BRASIL, 2002).

No entender de Dias (2016), o concebido terá direito a sucessão uma vez que não se pode retirar o direito a este, devido sua concepção pela técnica. O que causa debate é o embrião fecundado *in vitro* e criopreservado que venha a ser implantado no útero da mulher após o falecimento do genitor-doador.

Em concordância com o Código Civil de 2002, a personalidade civil se inicia a partir do nascimento com vida, contudo, põe-se a salvo que desde a concepção já é possuidor desta. Os concebidos podem ser chamados a suceder na sucessão legítima e também na testamentária, dependendo nestes casos do seu nascimento para que a vocação tenha eficácia (GONÇALVES, 2018).

O ordenamento brasileiro não traz qualquer proibição quanto à inseminação *post mortem* e a constituição dispõe a igualdade entre os filhos, aplicando de modo a isonomia no tratamento jurídico dos descendentes. Por isso, não há como permitir que a legislação infraconstitucional restrinja ao concebido seu direito de filho (DIAS, 2016).

A isonomia possui a essência para impedir a distinção entre os filhos, independentemente do vínculo que existe entre os genitores (ROSENVALD e FARIAS, 2014).

O posicionamento de Almeida Filho (2005) alude que o princípio do planejamento familiar e o direito de liberdade que estão presentes na Constituição Federal devem ser observados, devendo reconhecer a inseminação artificial homóloga *post mortem* e os efeitos no direito sucessório, pois o não reconhecimento destes implicará na punição da intenção de ter um filho entre os cônjuges.

No que se pode observar, atualmente existe uma lacuna na legislação brasileira no que diz respeito da inseminação *post mortem*. O código civil de 2002 não trouxe avanços na área de reprodução humana assistida no que tange o direito sucessório, diante disto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência encontrarão dificuldades para a aplicação do direito aos concebidos pela técnica, deixando cada caso ser tratado da forma que compreender o julgador. Por oportuno, cabe ao legislador realizar mudanças, para que a prole eventual tenha uma vida digna e que lhe seja conferido os direitos sucessórios, visto que a Carta Magna e o Estatuto da Criança e do Adolescente resguardam os direitos, o bem estar e os interesses da criança, preservando a sua proteção. Por conseguinte, a exclusão de direitos ao concebido por meio da técnica *post mortem*, viola os princípios da igualdade, do melhor interesse da criança, da dignidade humana.

6. POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

Dias (2015) destaca que o referido tema não possui um entendimento pacificado, haja vista que há quem sustente que a lei é clara ao dizer “pessoas já concebidas” e não se impõe aos concebidos pela técnica de inseminação homóloga *post mortem*, no entanto, não há legislação que proíba a inseminação após a morte do genitor-doador e a Carta Magna assegura a igualdade entre os filhos. Assim, é possível ainda que por meio de testamento, o genitor-doador deixe expresso o direito sucessório ao filho que será concebido, devendo este nascer em até 2 (dois) anos após a abertura da sucessão, conforme art. 1.800, §4º.

Contudo, Madaleno (2018) alega que não concorre a sucessão legítima, o concebido por meio da inseminação artificial homóloga *post mortem*, pois não possui capacidade sucessória, haja

vista que no momento da abertura da sucessão deveria estar vivo ou ter sido concebido. Defende, ainda, que apenas por meio de testamento este concebido possa vir a herdar, pois o *de cujus* pode indicar em seu testamento legatários, herdeiros e filhos ainda não concebidos.

Na opinião de Diniz (2017), o casamento se dissolve com a morte e, devido a isto, não há a possibilidade de paternidade nem ao menos de direito sucessório, ou seja, o concebido por meio da técnica de reprodução assistida *post mortem* não possui qualquer direito quanto à filiação, tampouco a sucessão. Acrescenta que deverá haver declaração expressa na realização do ato para que não ocorra a violação do direito do morto.

Almeida Filho (2005) defende o princípio da liberdade e o direito do planejamento familiar, visto que se fazem presentes na Constituição da República, logo, o autor reconhece totalmente os efeitos do direito sucessório na inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Para Venosa (2013), a genitora deve estar na condição de viúva e haver termo escrito pelo falecido com autorização para a inseminação após a morte deste, no entanto, será apenas reconhecimento como filho do *de cujus*, mas não fará jus a sucessão.

Sobreleva notar que o filho concebido por meio de técnica de reprodução humana assistida homóloga *post mortem*, seja por sêmen criogenizado ou implantação de embriões excedentários criopreservados, não possuiu direito consolidado frente às discussões doutrinárias apresentadas, de modo, a legitimidade da utilização da técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem*, deve-se interpretar o princípio da legalidade, visto que ninguém será compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão expresso em lei e do planejamento familiar, o qual leva em consideração a intenção do casal em planejar uma família com prole, outrossim, no art. 1.597, III, do Código Civil, traz a presunção de paternidade dos filhos concebidos pela técnica de reprodução assistida homóloga, o que possibilita a inseminação artificial *post mortem*.

7. POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL

Os tribunais brasileiros também divergem quanto à possibilidade sucessória na inseminação *post mortem*, não há jurisprudência pacificada quando a referida técnica. Segundo preceitua a jurisprudência do Tribunal do Distrito Federal, o consentimento não deve ser presumido, deve ser expresso e de forma escrita:

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 RODRIGUES, Data de Julgamento: 25/05/2015, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/06/2015 . Pág.: 82) (Grifo nosso).

Frente às mudanças ocorridas no direito de família, a Terceira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Especial n. 1.274.240/SC, de relatoria da Ministra Nancy Andrigui, abordou que a paternidade traz em seu contexto inúmeras responsabilidades, tanto moral quanto patrimonial, por esse motivo, deve ser garantido o direito à sucessão, desde que comprovada o estado de filiação. Pode-se observar:

A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho. 4. A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos. 5. Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão. 6. **O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.** 7. A paternidade traz em seu bojo diversas responsabilidades, sejam de ordem moral ou patrimonial, devendo ser assegurados os direitos sucessórios decorrentes da comprovação do estado de filiação. 8. **Todos os filhos são iguais, não sendo admitida qualquer distinção entre eles, sendo desinfluyente a existência, ou não, de qualquer contribuição para a formação do patrimônio familiar.** 9. Recurso especial desprovido. (STJ - REsp: 1274240 SC 2011/0204523-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 08/10/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJE 15/10/2013) (grifo nosso).

Outrossim, no ano de 2010 a 13ª Vara Cível de Curitiba, processo nº27862/2010, concedeu a liminar a professora Katia Lenerneier, 38 anos, a tentar engravidar com o material genético do marido que estava congelado, que faleceu em fevereiro de 2010 devido ao câncer de pele

(melanoma), de forma a autorizar a reprodução *post mortem*, esta liminar foi considerada a primeira decisão judicial brasileira sobre reprodução póstuma, vejamos:

Sendo assim, defiro a antecipação de tutela e determino à Androlab – Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia que realize o procedimento de inseminação artificial em Kátia Adriana Lenerneier com o sêmen armazenado pertencente a seu marido Roberto Jeffersson Niels.

(13ª Vara de direito Cível de Curitiba, Data de Julgamento: 14/05/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/10/2013)

Haja em vista a lacuna existente no ordenamento, a jurisprudência não possui um entendimento pacífico, gerando discussões envolvendo a inseminação artificial *post mortem*, especialmente ao que tange sobre o reconhecimento do direito sucessórios do concebido por meio da técnica após a abertura da sucessão.

8. MATERIAL GENÉTICO

Todavia, com a criopreservação apresenta-se o debate quanto ao armazenamento do material genético e as possibilidades de descarte do mesmo, após a não utilização, independente da morte. Nesta linha, por analogia invoca-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre as regras de armazenamento das células troncos embrionárias.

Conforme o Supremo Tribunal Federal, entende por células-tronco embrionárias:

células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida"

(STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENTA VOL-02403-01 PP-00134) (BRASIL, 2008).

Em que pese, no ano de 2008 houve questionamento por parte da Procuradoria Geral da República quanto ao embrião excedentário não inseminado. O Supremo Tribunal Federal, por meio do julgado da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510 trouxe à pauta o reconhecimento da constitucionalidade das pesquisas realizadas com células tronco. A matéria chegou até o STF

envolvendo princípios fundamentais e o direito à vida, com base em que "a vida humana acontece a partir da fecundação", argumentando que a realização de pesquisas com as células-troncos embrionárias seria um atentado aos direitos, desta maneira, decidiu-se em 29 de maio de 2008, pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade e pela constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005, Lei de Biossegurança. Ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião "in vitro", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". (STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134) (BRASIL, 2010).

Ainda sim, o julgamento feito pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade intentada pelo Procurador Geral da República, que alegou a ilegalidade do artigo 5.º da Lei 11.105/05, trouxe uma nova leitura ao momento em que se inicia a vida.

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela

começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

(STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134) (BRASIL, 2010).

De outro modo, entendeu ainda a suprema corte, que os estudos realizados em células-troncos embrionárias não caracterizam o aborto:

É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto."

(STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134) (BRASIL, 2010).

Além disso, compreendeu o Supremo Tribunal Federal (2008, p. 283), que os embriões devem ser guardados por um período de três anos ou mais, existindo a autorização expressa dos genitores dos embriões, este seria utilizado em pesquisas com células-tronco.

Impende destacar que, não há regulamentação para o descarte do material genético

criopreservado, nem o Conselho Federal e os Regionais de Medicina normatizam o descarte. Conforme decreto nº 475/2019 do Conselho Federal de Medicina, não há um parecer específico para o descarte do material biológico. Há a Lei de Biossegurança nº 11.105/2005 que proíbe o descarte irregular de material biológico no meio ambiente, bem como a resolução RDC n.º 306/2004, que regulamenta o gerenciamento de resíduos de serviços de saúde, porém, ambas não possui normatização para o material genético criopreservado (C.F.M 2016).

É evidente tamanha divergência que originou a proposição da ADI 3510/STF, tratando-se da violação ou não de direitos constitucionais garantidos à pessoa humana e o direito à vida. No entanto, após o julgamento da referida ação, ficou explícito não haver qualquer violação de direito à vida com a realização de pesquisas com as células-tronco embrionárias, haja vista que a personalidade jurídica se inicia a partir do nascimento com vida, e o direito do nascituro não se aplica aos embriões, pois não foram transferidos ao útero materno. Consequentemente, com a decisão da Suprema Corte, não há que se falar em violação do direito à vida do embrião e ainda sim, salienta-se que o Estado tem o dever de agir em defesa dos cidadãos, devendo incentivar e viabilizar pesquisas.

9. ENUNCIADOS

O Enunciado nº 106 aprovado na I Jornada de Direito Civil, ao tratar sobre o art. 1.597 do Código Civil, em seu inciso III, faz a seguinte referência:

[...] 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 obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Corroborando, o enunciado nº 267 da III Jornada de Direito Civil aborda que, estende aos embriões da técnica de reprodução assistida à regra do art. 1.798 do Código Civil, pois o sêmen do genitor foi doado durante sua vida, sendo apenas inseminado após a sua morte, e diante desta doação, legalmente perante anuência, com consentimento do genitor-doador e com planejamento familiar de ambos, torna-se capaz o direito sucessório da legítima ao filho concebido pela técnica, ainda que não expresso no referido artigo qual a maneira deste concebido concorrer à legítima (C.J.F, 2002).

Ainda sim, o Enunciado nº 105 do Conselho de Justiça Federal da I Jornada de Direito Civil

elencas que as expressões fecundação, concepção e inseminação artificial, devem ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida” havendo um gênero para três espécies.

Frente aos avanços do biodireito, face às técnicas de reprodução de assistida, a Jornada de Direito Civil se viu obrigada a debater a possibilidade da reprodução *post mortem*, haja em vista que a referida técnica está prevista no Código Civil de 2002 apenas como formas de presunção de filiação.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo quanto exposto, percebe-se que o tema é controverso e encontra posicionamentos diversos na doutrina e na jurisprudência. Dentre as técnicas de inseminação artificial, a reprodução assistida homóloga *post mortem* gera uma incerteza no Direito, este procedimento que não possui regulamentação pelo ordenamento jurídico brasileiro, ainda que o Código Civil de 2002 presuma a paternidade aos filhos concebidos após a morte do genitor, existe a dúvida jurídica quanto à possibilidade ou a impossibilidade dos efeitos sucessórios.

O legislador não cogitou o avanço da biomedicina e a possibilidade de uma pessoa falecida gerar um filho por meio de material genético criopreservado. Desta forma, não havendo vedação do procedimento, deverão ser observados os princípios constitucionais da igualdade entre os filhos e a liberdade do planejamento familiar, cabendo aos julgadores decidirem o direito do concebido por meio da inseminação artificial homóloga *post mortem*. Isto faz com que seja desencadeada uma insegurança jurídica, visto que pode haver diferentes decisões em nossos tribunais.

Hodiernamente, a doutrina majoritária defende a não existência do direito sucessório ao concebido por meio da técnica realizada após a morte do genitor-doador, vez que o código civil possui rol taxativo dos legitimados a suceder; em contrapartida, a corrente minoritária defende que a criança concebida por meio deste método de reprodução não pode ficar desamparada, e goza do princípio constitucional da igualdade entre os filhos, exercendo a capacidade sucessória ao concebido *post mortem*.

De modo, é evidente que houve uma omissão legislativa em regulamentar a situação, assim sendo, os princípios constitucionais orientam a referida problemática, pois a Constituição Federal possui posicionamento hierárquico sobre o ordenamento jurídico brasileiro em todas as esferas. Além disso, conforme a Carta Magna, nem um filho pode ser tratado com discriminação e ter sua dignidade ferida, além disto, o planejamento familiar é um direito inviolável.

Ainda sim, no que se refere ao direito de filiação, a Consituição Federal permitiu grandes

mudanças, não mais sendo permitido discriminação entre os filhos, visto que todos são juridicamente iguais, possuem os mesmo direitos e deveres, independente de qualquer vínculo e concepção.

Diante do estudo realizado, fica evidente que o filho concebido por meio de técnica de reprodução humana assistida homóloga *post mortem* - inseminação artificial com sêmen criogenizado ou implantação de embriões excedentários criopreservados – não possui um respaldo legislativo quando ao direito sucessório em relação ao ascendente.

Cabe ao legislador a criação de uma norma que preencha a lacuna existente no direito sucessório quanto aos concebidos por meio da técnica de reprodução assistida *post mortem*, visto que as resoluções vigentes não são capazes de regulamentarem a técnica de reprodução, uma vez que abordam princípios, conceitos e formas de se realizar as técnicas.

Sendo assim, acredita-se que a solução mais correta em ser adotada seria a criação ou reformulação do texto legislativo, buscando estabelecer uma conexão entre o art.1.798 do Código Civil com os arts. 227,§ 6º e 226, § 7º da Constituição Federal, pois os princípios fundamentais devem ser observados e respeitados. O presente trabalho não pretende exaurir a discussão acerca do tema, mas sim, salientar uma possível solução enquanto não advier legislação que regulamente a problemática.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F. C. **Aspectos controvertidos acerca da inseminação artificial (homóloga) *post mortem* e o direito sucessório, quando ausente autorização para o procedimento: uma visão institucionalista.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – nº 30, 2012.

_____. **Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2019.

BANCO DO SEMEN. **Dúvidas frequentes.** Disponível em: <http://proseed.com.br/duvidas_frequentes>. Acesso: em 17 mar. 2019.

BRASIL. **Código Civil de 1916.** Promulgada em 10 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 10 abr. 19.

BRASIL. **Código Civil de 2002.** Promulgada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 25 mar. 19.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente 1990**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 24 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.358**, de 11 de novembro de 1992. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Presidente Ivan de Araújo Moura Fé. São Paulo: Diário Oficial da União 11 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.957**, de 15 de Dezembro de 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*. Presidente Roberto Luiz D'ávila. Brasília: Diário Oficial da União 06 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Embriões abandonados**. Descarte. Procedimentos. Inexistência de Lei Específica. 16 de agosto de 2016. Francisco Antônio de Camargo R. de Souza, Advogado do CFM. Disponível em <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/despachos/BR/2016/475>>. Acesso em 20 mai. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Justiça. **Jornadas de direito civil I, enunciado 105 e 106**, 12 e 13 de setembro de 2002, e 1 a 3 de dezembro de 2004. Direito das obrigações, Responsabilidade civil, Direito de empresa, Direito das coisas, Direito de família e Sucessões. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: CJF, Centro de Estudos Judiciários Agosto de 2013. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Justiça. **Jornadas de direito civil III, enunciado 267**, 1 a 3 de dezembro de 2004.. Direito das obrigações, Responsabilidade civil, Direito de empresa, Direito das coisas, Direito de família e Sucessões. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: CJF, Centro de Estudos Judiciários Agosto de 2013 Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Ementa nº APC 20080111493002 DF 0100722-92.2008.8.07.0001. Distrito Federal, Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civil-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826?ref=serp>> Acesso em: 28 abr. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de inconstitucionalidade nº3.510/2008**. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=89917>>. Acesso em 29 mai. 2019

CASABONA, C. M. R. **Biotecnologia e suas implicações ético jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

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

_____. Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de Direito Das Famílias - de Acordo Com o Novo CPC**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito de Família**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito de Família**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2015

_____. **O estado atual do biodireito Manual de direito das famílias**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DONIZETTI, E. QUINTELLA, F. **Curso Didático de Direito Civil**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil**, volume 6: direito das famílias. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

GAGLIANO, P, S. PAMPLONA, F, R. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 1.d. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, L.F. **Liminar autoriza reprodução post mortem**. 2010. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2209896/liminar-autoriza-reproducao-post-mortem>> Acesso em 27 de abr. de 2019.

GONÇALVES, C, R. **Direito civil brasileiro esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LEAL, J. MACEDO. S. **O direito sucessório e o instituto da fertilização in vitro post mortem de embriões criopreservados**, 2014, Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31265/o-direito-sucessorio-e-o-instituto-da-fertilizacao-in-vitro-post-mortem-de-embrioes-criopreservados>>. Acesso em 16 de abr. 2019.

LIMA JUNIOR, Daniel Veríssimo de. **Reflexos da Inseminação Artificial Homóloga post**

mortem no âmbito do Direito Sucessório. S/D. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj041943.pdf>>. Acesso em: 12 abr. de 2019.

MADALENO, R. **Direito de família.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

MESSIAS, V. C., **POSSIBILIDADE DE SUCESSÃO LEGÍTIMA AO FILHO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA APÓS A MORTE DO CONCESSOR,** 2015. Disponível em:
<http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/> . Acesso em 15 mai. 2019.

MONTEIRO, W, B. SILVA, R, B, T. **Curso de direito civil: direito de família.** 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA, José Roberto. **O Direito Civil em face das novas técnicas de reprodução assistida.** 2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=33>>. Acesso em 15 fev. 2019.

NADER, P. **Curso de Direito Civil.** 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

PEREIRA, R. C. **Família Ectogenéticas e o Contrato de Geração de Filhos.** Disponível em
<<https://www.conjur.com.br/2018-ago-19/processo-familiar-familias-ectogeneticas-contrato-geracao-filhos>>. Acesso em: 19 mar. 2019

PEREIRA, S. G. **Direito de Família,** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução Assistida: Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório.** São Paulo, 2008. Disponível em:
<<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

PROCRIAR, **Conheça a história de Louise Brown, o primeiro bebê gerado pela fertilização in vitro,** 2015, Disponível em: <https://www.procriar.com.br/blogprocriar/conheca-a-historia-de-louise-brown-o-primeiro-bebe-gerado-pela-fertilizacao-in-vitro/>. Acesso em: 5 abr. 2019.

RIZZARDO, A. **Direito das sucessões.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TARTUCE, F. **Direito Civil: Direito das Sucessões.** Vol. 6 – 12.ed. São Paulo: Método, 2018.

_____. **Volume único.** 5.ed. São Paulo: Método, 2015.

VENOSA, S. S. **Direito de Família.** 13.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

