



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

BEATRIZ ANDRADE ALMEIDA

**OS EFEITOS SUCESSÓRIOS DECORRENTES DA
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM***

Salvador
2020

BEATRIZ ANDRADE ALMEIDA

**OS EFEITOS SUCESSÓRIOS DECORRENTES DA
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM***

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Cristiano Chaves de Farias

Salvador
2020

TERMO DE APROVAÇÃO

BEATRIZ ANDRADE ALMEIDA

**OS EFEITOS SUCESSÓRIOS DECORRENTES DA
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM***

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2020.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à minha mãe, a quem dedico o meu amor mais puro e imensurável, por ter lutado incansavelmente pela realização dos meus sonhos, e por ser o meu alicerce e a minha fonte inesgotável de inspiração. Palavras não são suficientes para expressar o meu amor e a minha gratidão por você.

Agradeço a meu irmão, Luiz Augusto, que na sua simplicidade, me ensina todos os dias como lidar da maneira mais serena e humilde com as adversidades da vida, e para quem também dedico o meu amor.

A meu pai, agradeço pelos ensinamentos, principalmente por aqueles que agregaram na minha vida profissional, e por ter servido de inspiração para que eu almejasse, ainda mais, seguir carreira no serviço público.

A meu avô Thomaz, a quem serei eternamente grata por todo o suporte, e por ter me devolvido a esperança. Sem o senhor, tudo seria muito mais difícil.

À minha tia Geo, símbolo de bondade e sabedoria, matriarca da família, pela solidariedade e por caminhar junto comigo na estrada da vida, sempre com o olhar maternal e zeloso que lhe é peculiar.

À toda a minha família, pela torcida, amparo e força durante esta caminhada, e para quem também dedico o presente trabalho. O apoio e energia de vocês foi essencial para que eu pudesse completar mais esse ciclo da minha vida.

À Lene, minha segunda mãe, pelo cuidado e carinho de sempre, e por me acompanhar nessa trajetória, sempre na torcida pelo meu sucesso. Obrigada por tudo!

Agradeço ao meu orientador, Cristiano Chaves, pelo acolhimento, parceria e atenção de sempre, e por ter acreditado e incentivado este trabalho desde o primeiro momento.

Aos meus amigos, em especial a Sofia, Ricardo, Luma, Cat e Alexandre, por sempre me lembrarem da minha essência, e por me mostrarem todos os dias que não estou sozinha. Vocês são o verdadeiro significado de amizade.

A todos os amigos que fiz na faculdade, principalmente a Caca, Fau, Juca, e Rafa Soares, os meus presentes da Baiana, por dividirem comigo todas as alegrias e frustrações destes últimos cinco anos, e por terem transformado o ambiente acadêmico em casa para mim.

Por fim, agradeço ao corpo docente e aos funcionários da Faculdade, pelo acolhimento e por todos os ensinamentos que, sem dúvidas, contribuíram para a minha formação pessoal, acadêmica e profissional.

“Se você quer chegar aonde a maioria não chegou, faça aquilo que a maioria não faz”.

Bill Gates

RESUMO

A reprodução humana artificial surge como um novo horizonte para aqueles que, por alguma razão, se viram impedidos de procriar naturalmente. Os vários procedimentos reprodutivos foram desenvolvidos a ponto de poderem ultrapassar quaisquer barreiras que se apresentassem em qualquer uma das fases da reprodução natural, tornando-se mais ou menos invasivos, a depender da problema surgido. A evolução e a complexidade técnica de tais procedimentos se deram também em razão do desenvolvimento da técnica de criopreservação de gametas, que possibilitou que estes permanecessem armazenados durante longos períodos de tempo. Surgiu daí a possibilidade de a reprodução humana artificial ocorrer mesmo após a morte do doador do material genético, devolvendo ao cônjuge ou companheiro sobrevivente a esperança de concretizar o projeto parental desenvolvido juntamente com o falecido ainda em vida. Contudo, a falta de regulamentação jurídica quanto a prática da inseminação homóloga *post mortem* suscita diversas polêmicas na doutrina e na jurisprudência, notadamente no que diz respeito à necessidade de autorização prévia do extinto, bem como ao reconhecimento do vínculo filiatório entre ele e o concepturo, e da legitimidade sucessória deste último, questões essas que serão elucidadas no presente trabalho, contribuindo para a pacificação das discussões. Tendo isso em vista, o estudo será feito basicamente a partir do pressuposto de que a disposição de material genético encontra-se vinculada à autonomia privada do indivíduo, tornando o consentimento prévio imprescindível, e de que a forma através da qual este deve ser veiculado é livre, face à ausência de um modelo predeterminado pela lei. Por outro lado, quanto à questão filiatória, o presente trabalho demonstrará a relação filial que se estabelece de maneira incontestável entre o concepturo e o falecido, por força da semelhança genética existente entre eles. Paralelamente, diante da existência inexorável deste vínculo filiatório e da íntima relação existente entre o Direito de Família e o Direito das Sucessões, a análise apontará a possibilidade de atribuir ao nascido póstumo a qualidade de herdeiro legítimo e necessário do *de cujus*, partindo, para tanto, de uma interpretação sistemática de todo o ordenamento jurídico pátrio, norteada, principalmente, pelo princípio constitucional da igualdade absoluta entre os filhos. Ademais, esta monografia também adentrará o campo da ordem jurídica estrangeira, trazendo os diversos posicionamentos adotados pelos países quanto à realização da inseminação homóloga tardia, e demonstrando a viabilidade prática de se permitir tal procedimento e reconhecer os efeitos jurídicos dele decorrentes em relação ao concepturo, tendo como base as experiências bem sucedidas de países que adotaram e positivaram este entendimento, à exemplo da Espanha.

Palavras-chave: inseminação homóloga *post mortem*; filiação; consentimento prévio; legitimidade sucessória; herdeiro necessário; princípio da igualdade entre os filhos.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
arts.	artigos
CC/2002	Código Civil de 2002
CID	Classificação Internacional de Doenças
CF/88	Constituição Federal de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina
CPC	Código de Processo Civil
DNA	Ácido Desoxirribonucleico
FIV	Fertilização <i>in vitro</i>
GIFT	Transferência Intratubária de Gametas
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
OMS	Organização Mundial da Saúde
RHA	Reprodução Humana Artificial

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL	16
2.1. DA EVOLUÇÃO DA BIOTECNOLOGIA E O DESENVOLVIMENTO DA REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL	16
2.2. DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL	20
2.2.1. Fertilização <i>in vitro</i>	24
2.2.2. Inseminação artificial	27
2.3. DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL <i>POST MORTEM</i>	29
3. DA LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA	32
3.1. NOÇÕES GERAIS	32
3.2. DAS DIFERENÇAS ENTRE CAPACIDADE E LEGITIMIDADE	39
3.3. DO PRINCÍPIO DA COEXISTÊNCIA	43
3.4. DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA	47
4. NOVAS PERSPECTIVAS DA FILIAÇÃO E DA SUCESSÃO	53
4.1. PANORAMA GERAL	53
4.2. DA CONSANGUINIDADE COMO CRITÉRIO PARA ESTABELECIMENTO OBRIGATÓRIO DA FILIAÇÃO NA INSEMINAÇÃO HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>	62
5. DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DA PROLE ORIUNDA DA INSEMINAÇÃO HOMÓLOGA ARTIFICIAL <i>POST MORTEM</i>	67
5.1. DA IMPRESCINDIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DEIXADA PELO <i>DE CUJUS</i> PARA REALIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO HOMÓLOGA PÓSTUMA	67
5.1.1. Da autonomia privada como pressuposto do consentimento do <i>de cujus</i> e da ausência de previsão legal quanto à forma de exteriorização	67
5.1.2. Da analogia como solução jurídica para a omissão legislativa quanto à necessidade de autorização prévia e expressa do falecido para utilização dos seus gametas na inseminação artificial <i>post mortem</i>	75
5.1.3. Da possibilidade de suprimento judicial da autorização do <i>de cujus</i>	81
5.2. DO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA DO CONCEPTURO POR FORÇA DO SEU VÍNCULO FILIATÓRIO COM O <i>DE CUJUS</i>	86
5.2.1. Dos argumentos favoráveis	86

5.2.2. Da necessidade de fixação de prazo máximo para realização da inseminação homóloga póstuma	93
5.2.3. Da possibilidade de representação processual do concepturo pela genitora na partilha dos bens para fins de reserva do respectivo quinhão sob condição	97
5.3. DO POSICIONAMENTO JURÍDICO DE OUTROS PAÍSES ACERCA DO TEMA	104
6. CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS	114

1. INTRODUÇÃO

Dentre os diversos avanços que a humanidade vem promovendo nos últimos anos, aqueles relativos à ciência e à tecnologia ganham evidente destaque. As inovações trazidas nesses âmbitos têm possibilitado e facilitado o acesso a recursos antes tidos como inalcançáveis, introduzindo novas oportunidades e perspectivas para os indivíduos e para a sociedade como um todo.

No que se refere, especificamente, à biotecnologia, observa-se grandes avanços no que toca as técnicas de reprodução humana assistida, tais como a inseminação artificial e a fecundação *in vitro*, que tornaram possível conceber um indivíduo, mesmo após a morte de um de seus genitores, através de procedimentos laboratoriais que compreendem desde a crioconservação de materiais biológicos, até os métodos de fecundação de óvulos e/ou implantação de embriões ou células reprodutivas na cavidade uterina da paciente.

Não há dúvidas de que as referidas técnicas trazem possibilidades, além da adoção, para aqueles que têm alguma dificuldade em conceber pelos meios convencionais, oportunizando o surgimento de novas percepções de planejamento familiar, bem como de família em si. Ocorre que, como não poderia deixar de ser, tais inovações abarcam uma gama de situações e questionamentos que reclamam a tutela jurídica estatal, mas o ordenamento jurídico vigente ainda não é capaz de regulamentar tais fenômenos, até então estranhos ao direito brasileiro.

Isso porque a prática dos procedimentos reprodutivos artificiais é matéria reservada à disciplina de legislação própria, nos termos do Enunciado nº 2 da Jornada de Direito Civil, cuja qual ainda não fora criada, deixando o tema legalmente desamparado. Para além disso, os efeitos jurídicos decorrentes de tais procedimentos também foram afetados pelo silêncio do legislador. É que o Código Civil de 2002 decorre do Projeto de Lei nº 634, originalmente elaborado no ano de 1975, quando os estudos acerca da reprodução humana assistida ainda se iniciavam, principalmente no Brasil. Sendo assim, muito embora tenha entrado em vigor após quase trinta anos desde o início da sua edição, o *Codex* se apresentou com boa parte de suas previsões desatualizadas e incompatíveis com a realidade social para a qual se dirigia, incorrendo em flagrante escassez, e em alguns casos ausência, de normas que conferissem proteção àqueles diretamente envolvidos nos processos de RHA, principalmente à prole.

Neste sentido, o que se discute, doutrinaria e jurisprudencialmente, são os reflexos dessas novidades biotecnológicas no âmbito do Direito de Família e do Direito Sucessório. O debate

ganha ainda mais fôlego no que toca os direitos do indivíduo concebido e nascido após a morte do genitor, através da inseminação homóloga *post mortem*, tendo em vista as diversas peculiaridades envolvidas no contexto, que acabam desafiando institutos já consolidados no meio jurídico, notadamente aqueles vinculados à sucessão.

A controvérsia se ambienta justamente na possibilidade de reconhecer ou não a existência de vínculo filiatório entre o concepturo e o falecido, através da aplicação da presunção legal de paternidade do art. 1.597, III, do Código Reale, assim como na (im)possibilidade de conferir legitimidade sucessória à prole eventual do falecido, face à existência do art. 1.798 do aludido diploma normativo, que apenas atribui tal qualidade àqueles nascidos ou concebidos quando da abertura da sucessão. Assim, enquanto parte da doutrina se posiciona de maneira desfavorável ao concepturo, deixando de reconhecer o seu *status* de filho e/ou herdeiro legítimo e necessário do extinto, outra parte se manifesta em favor desse reconhecimento, amparando-se no princípio constitucional da absoluta igualdade entre os filhos. Demais disso, dentre os defensores dos direitos do concepturo, boa parte ainda defende a imprescindibilidade de autorização expressa, manifestada em vida pelo *de cuius*, para realização do procedimento reprodutivo tardio e produção dos respectivos efeitos jurídicos.

Tendo isso em vista, emerge a problemática que rege a presente pesquisa: é possível a utilização, pelo cônjuge sobrevivente, de material biológico congelado deixado pelo falecido para fins de inseminação artificial homóloga *post mortem*, mesmo ante a ausência de autorização escrita? O nascido póstumo poderia ter reconhecidas a sua filiação ao genitor premorto e a sua posição como herdeiro legítimo e necessário?

A fim de contribuir para a solução deste impasse, este trabalho monográfico se ocupará em analisar as técnicas de reprodução humana assistida, inclusive na sua modalidade póstuma, e os pressupostos necessários para a sua realização, assim como as normas que a regulamentam. Fixadas tais premissas, se passará a explorar alguns institutos jurídicos do Direito das Sucessões, detendo-se à sucessão *ab intestato*, e procedendo-se ao exame dos sujeitos legitimados a suceder, assim como da forma e do momento em que isso se daria, pressupostos básicos para a conclusão final que se deseja chegar.

Ademais, também impõe esmiuçar o instituto jurídico da filiação dentro dos paradigmas atuais, assim como a sua relação com o surgimento das técnicas de reprodução humana assistida, e os requisitos e situações em que se faz possível o reconhecimento do vínculo filial, além de examinar o impacto deste panorama nos direitos sucessórios da prole. Por fim, planeja-se elucidar a importância das normas constitucionais e infraconstitucionais hoje vigentes para o

alcance da conclusão mais acertada e consonante com os direitos fundamentais a ser conferida à celeuma suscitada.

Quanto ao aspecto técnico da pesquisa, o método utilizado no seu desenvolvimento será o hipotético-dedutivo, que propõe a formação de conjecturas acerca da hipótese apresentada, para, ao final, submetê-las a um processo de falseamento, a fim de analisar a procedência ou improcedência de cada uma delas, com base, neste caso, na legislação pátria vigente, na doutrina e na jurisprudência.

Para além disso, os tipos de pesquisa científica que serão adotados consistirão na pesquisa bibliográfica, que se dará mediante análise de livros, artigos, internet, periódicos, dentre outros, e na pesquisa documental, que diz respeito ao tratamento analítico dispensado aos dispositivos legais e aos entendimentos jurisprudenciais acerca do tema. Nesse sentido, a escolha pelos tipos mencionados justifica-se pelo fato de serem essas as fontes mais apropriadas para atender as necessidades doutrinárias e legais que permeiam a problemática trazida.

A monografia, portanto, será desenvolvida através da pesquisa qualitativa, onde se buscará compreender e avaliar o objeto de pesquisa, formulando as hipóteses a ele referentes. Sendo assim, a relevância social do tema demanda a análise minuciosa desses instrumentos de pesquisa para que seja possível apresentar argumentos bem fundamentados e capazes de sustentar, de maneira coerente e concreta, a conclusão que se pretende chegar.

Note-se, ainda, que a relevância jurídica do tema consiste na insuficiência de dispositivos legais e pronunciamentos jurisprudenciais que regulamentem as técnicas de reprodução humana assistida, bem como os reflexos juridicamente relevantes que afetam a vida daqueles envolvidos direta e indiretamente em tais procedimentos, principalmente no que se refere ao nascido póstumo, oportunizando o surgimento de graves lacunas jurídicas. Tampouco há posicionamento doutrinário uníssono sobre o assunto, tornando ainda mais difícil e conflitante a interpretação dos institutos jurídicos que o permeiam.

Por seu turno, a relevância social da problemática ora trazida perpassa pelo desamparo legal que atinge os indivíduos nessa situação, como o cônjuge sobrevivente que pretende se submeter às técnicas de procriação artificial utilizando o material biológico deixado pelo falecido, e a futura criança oriunda do aludido procedimento. Ademais, a ausência de normas e jurisprudência suficientes, bem como a multiplicidade de entendimentos trazidos pela doutrina, ensejam flagrante insegurança jurídica, dando margem ao cerceamento de direitos dos envolvidos e consequentes injustiças sociais.

A fim de viabilizar a análise e o desenvolvimento do problema de pesquisa, procedeu-se à divisão do estudo em seis capítulos, sendo quatro deles reservados para o desenvolvimento do tema.

No primeiro capítulo de desenvolvimento, se fez imperioso trazer o panorama geral das inovações biotecnológicas, especialmente no que toca às técnicas de reprodução humana assistida, assim como os motivos que as ensejaram, além de esclarecer pontos relativos às principais técnicas de procriação assistida, quais sejam a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial, tendo como foco a inseminação artificial homóloga *post mortem*. Quanto a esta última modalidade, tratou-se da possibilidade de ser ela realizada e da discussão acerca da necessidade ou não de autorização do *de cuius* para tanto, bem como da forma através da qual esta deveria ser veiculada, tudo isso face a inexistência de norma legal que regulamente este procedimento.

No segundo capítulo de desenvolvimento, foram abordadas as definições de alguns institutos jurídicos relacionados ao Direito das Sucessões, tais como a legitimidade sucessória e a sua diferença com o instituto da capacidade, o princípio da coexistência e a ordem de vocação hereditária, tendo em vista a sua íntima relação com a sucessão legítima, modalidade sucessória que será utilizada como base nesta pesquisa, e a sua relevância para o desenvolvimento da tese.

O terceiro capítulo, por sua vez, se ocupou em abordar a quebra da antiga concepção acerca da família e da filiação, significativamente impulsionada a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, assim como a contribuição da Lei Magna e do elemento afetivo para a existência, legitimidade, e equiparação de várias entidades familiares e vínculos filiatórios. Ademais, também fora explorado o impacto das técnicas reprodutivas nestes institutos, assim como as implicações jurídicas que tais procedimentos acarretam, tanto no âmbito do Direito de Família quanto no âmbito do Direito Sucessório, no que diz respeito aos indivíduos direta ou indiretamente envolvidos nesse contexto. Este capítulo, ainda se propôs a examinar a importância do critério biológico como elemento criador do inexorável vínculo paterno-filial entre o concepturo e o genitor falecido.

Por fim, no quarto capítulo de desenvolvimento, se discorreu acerca da imprescindibilidade da autorização expressa deixada pelo *de cuius*, como decorrência lógica da autonomia da vontade e do direito ao livre planejamento familiar, assim como acerca da liberdade de escolha quanto à forma através da qual será veiculada e da analogia como solução jurídica à omissão legislativa acerca da necessidade e da forma do consentimento prévio. Abordou-se, ainda, a possibilidade de suprimimento judicial desta manifestação de vontade, desde que atendidos determinados requisitos específicos.

Demais disso, no mesmo capítulo fora explorada a necessidade de reconhecimento da legitimidade sucessória do concepturo como decorrência lógica da sua filiação com o extinto, apresentando-se os argumentos pertinentes e favoráveis a este posicionamento, tese defendida no presente trabalho monográfico, além da necessidade de fixação de um prazo máximo para realização da inseminação homóloga tardia em nome da segurança jurídica, e da possibilidade da prole eventual ingressar na ação de inventário e partilha, representado pela genitora, para pleitear a reserva do seu quinhão hereditário condicionada ao seu nascimento com vida. Por último, também se fez imperioso trazer à baila da presente pesquisa os posicionamentos jurídicos alienígenas frente ao tema ora proposto.

Ante o exposto, espera-se que este trabalho monográfico demonstre a necessidade de existência de autorização prévia e expressa do *de cuius* para realização da inseminação homóloga *post mortem*, assim como de reconhecimento da legitimidade sucessória do concepturo, na qualidade de herdeiro legítimo e necessário do falecido, notadamente sob a égide do preceito magno da igualdade absoluta entre os filhos.

2. REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL

2.1. DA EVOLUÇÃO DA BIOTECNOLOGIA E O DESENVOLVIMENTO DA REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL

Para fins de garantir uma melhor compreensão acerca do tema central do presente trabalho monográfico, impende, inicialmente, abordar a temática da evolução da biotecnologia, com foco no desenvolvimento da reprodução humana artificial (RHA), indicando as questões sociais que ensejaram o seu desenvolvimento e efetiva implementação, bem como especificar, ao final, as técnicas e procedimentos através dos quais se realiza.

É notório que o campo da biotecnologia vem se desenvolvendo de maneira significativa durante os últimos anos, ampliando horizontes ao inaugurar possibilidades antes jamais imaginadas, e apresentando inovações com impacto efetivo na saúde e qualidade de vida humana. Hoje em dia, por exemplo, é possível realizar a análise microscópica de microrganismos em geral, facilitando a identificação de possíveis doenças e do tratamento adequado, assim como as chances de cura. Outro avanço de peso, e que será o foco central deste capítulo, diz respeito à reprodução humana artificial e suas técnicas, implementada para vencer os obstáculos presentes na reprodução natural, e devolver esperanças àqueles que tiveram seu sonho de procriar interrompido por questões biológicas, orgânicas, fisiológicas, anatômicas ou ideológicas.

Ao longo da história da humanidade, a reprodução sempre foi considerada uma prática destinada única e exclusivamente à perpetuação da espécie, funcionando como um dever social, ao passo que o indivíduo estéril, mais especificamente a mulher, era rechaçado pela sociedade. Em outras palavras, a vontade de procriar era flagrantemente ignorada. Hoje em dia, tal prática possui conotação diversa, se referindo muito mais a uma realização pessoal do que a uma obrigação perante a sociedade, e se baseando em simbolismos relacionados à reinvenção e à eternização do próprio indivíduo, sendo insuflada pelas técnicas de RHA e gerando uma ampliação na utilização das mesmas para além da sua finalidade inaugural (CÔRREA; LOYOLA, 1999, p. 217).

A mudança desse paradigma se deu, principalmente, em razão de movimentos feministas iniciados nos anos 70, que lutavam pelos direitos reprodutivos das mulheres através da busca pela independência sobre o próprio corpo, pela liberdade e saúde reprodutivas, pelo acesso aos métodos anticoncepcionais e, mais tarde, às próprias técnicas de RHA, tudo isso em virtude de

acontecimentos que conferiram à mulher maior respaldo legal e visibilidade social, como sua inserção no mercado de trabalho, o movimento de igualdade de gêneros, e os processos de escolarização, industrialização e urbanização, alterando significativamente o panorama social da época (VENTURA, 2009, p. 22-29)

O termo reprodução humana artificial consiste em um compilado de procedimentos médicos e diversos entre si, que favorecem a concretização da vontade alheia de constituir família, se mostrando como alternativa à procriação natural não através da cura, mas sim do tratamento paliativo de quadros clínicos variados de infertilidade, muito embora se observe que, como dito anteriormente, a procriação artificial vem sendo empregada com a objetivo precípuo de satisfação do desejo individual de ter filhos, manifestado não só pelos portadores de tal disfunção, mas também por pessoas solteiras e homossexuais (CÔRREA; LOYOLA, 1999, p. 211-217).

Mais do que isso, nas palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2000, p. 71), o desenvolvimento das técnicas de RHA tiveram relevante impacto no âmbito da filiação e das relações familiares, quebrando antigos paradigmas determinados pelo modelo de família patriarcal através da oxigenação desta instituição com ideais de equidade e diversidade. A RHA, portanto, inaugurou o processo da desbiologização ao atribuir o lugar de maior relevância às questões afetivas e psicológicas em detrimento do coito normal para formação dos laços familiares, proporcionando significativa inversão de valores.

Como qualquer outro fator que altere a dinâmica social e crie relações interpessoais inéditas que afetam reciprocamente o campo jurídico dos indivíduos e da própria coletividade, a RHA surge demandando o movimento da máquina estatal, mais especificamente das suas vertentes legislativa e judiciária, para regular as situações juridicamente relevantes que foram conseqüentemente instauradas. É que, à medida que a humanidade avança e se desenvolve em qualquer campo que seja, os novos fatos e relações que se apresentam reclamam a tutela do Estado, a fim de manter o equilíbrio da sociedade, não obstante o surgimento de tais inovações. Assim, o Direito, como resultado da demanda coletiva por regulamentação, deve acompanhar os efeitos decorrentes das interações humanas, a fim de concretizar o seu fim último, qual seja, preservar a harmonia social. É este o curso natural da ordem jurídica¹.

¹ Não à toa, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2009, p. 49-50) destaca que não existe sociedade imutável, tampouco sistema jurídico que resista à dinâmica social, sendo o direito consequência direta dessa inconstância, e não ao contrário, uma vez que o surgimento de inovações que, de alguma maneira, impactam nos diversos setores sociais, reverberam incontinenti na seara jurídica.

Ao apresentar uma vertente não muito otimista acerca do advento da reprodução humana artificial, e contrária à utilização de algumas de suas técnicas, Maria Helena Diniz (2017, p. 715) aponta as várias celeumas decorrentes destas inovações, que demandam uma movimentação proativa do jurista em regulamenta-las de maneira rígida, no caso de não ser possível a sua proibição.

(...) as novas técnicas conceptivas, de um lado “solucionam” a esterilidade do casal, que terá seu filho, com interferência de ambos, de um só deles ou de nenhum deles, mas, por outro lado, acarretam graves problemas jurídicos, éticos, sociais, religiosos, psicológicos, médicos e bioéticos. Por isso, urge regulamentar a fecundação humana assistida, minuciosamente, restringindo-a na medida do possível, porque gerar um filho não é uma questão de laboratório, mas obra do amor humano. O ideal seria que se evitasse rebaixar o mistério da concepção, divorciando-o de um ato de amor, convertendo-o em uma experimento de laboratório, o que pode trazer futuramente graves consequências para o casal e para o filho. Dever-se-á, em nosso entender, coibir a inseminação artificial heteróloga, a fertilização *in vitro* e a gestação por conta de terceiro, ante os possíveis riscos de origem física e psíquica para a descendência e a incerteza sobre a identidade (DINIZ, 2017, p. 715).

Apenas no início da década de 80, mais especificamente no ano de 1984, veio a ocorrer o nascimento do primeiro bebê brasileiro oriundo de fertilização *in vitro* (FIV), uma das técnicas de RHA. A despeito disso, ainda se observa flagrante lacuna jurídica quanto ao tema, face a inexistência de norma legal específica que o discipline, papel este que ficou à cargo das resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) que têm os profissionais médicos como seus verdadeiros destinatários (VASCONCELOS; LUTOSA; MEIRELLES; ARANHA; GARRAFA, 2014, p. 510). Atualmente, a reprodução medicamente assistida é balizada pela Resolução nº 2.168/2017 do CFM.

Ocorre que tais resoluções nada mais são do que reflexo das funções regulamentadora e fiscalizadora do CFM, atribuídas pelo art. 2º da Lei nº 3.268/1957², que dispõe sobre os Conselhos de Medicina, se limitando a tratar de questões éticas atinentes à respectiva classe profissional. Sendo assim, afora a capacidade de manter a higidez da atividade médica, tais normas não têm o condão de efetivamente compelir a sociedade em geral para atender às suas diretrizes³.

² Art. 2º O conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em tôda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.

³ Conforme explica Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa (2016, p. 81) as normas constantes das resoluções do Conselho Federal de Medicina não possuem natureza legal *stricto sensu*, tampouco o caráter cogente característico daquela modalidade normativa, motivando a ocorrência de verdadeira insegurança jurídica nas situações mais controversas.

Aqui ainda vale a ressalva de que a ausência de regulamentação legal acerca da prática de reprodução humana assistida se deve ao fato de que a matéria é reservada à disciplina de lei especial, que até então não fora criada. O Enunciado nº 2 da Jornada de Direito Civil⁴, inclusive, é claro quanto a isso, ao declarar a especificidade legal do tema em questão, o que também denuncia a sua importância.

Contudo, o silêncio do legislador não tem sido considerado um entrave para a prática das técnicas reprodutivas, que vêm sendo utilizadas com cada vez mais frequência. A despeito disso, a prática da RHA possui como principal fator seletivo e limitante a impossibilidade de procriação por parte de um ou de ambos os envolvidos no procedimento, tanto por questões biológicas ou tratamentos médicos que obstaram a reprodução natural, quanto pela estrutura familiar monoparental ou formada por casais homoafetivos (COSTA, 2016, p. 81-88). Sendo assim, as técnicas procriativas não são destinadas à satisfação de desejos supérfluos do indivíduo interessado, tais como a escolha de características predeterminadas da prole (GAMA, 2000, p. 70), vez que a sua utilização pressupõe a real limitação daquele(s) diretamente envolvidos(s) na tentativa de reproduzir naturalmente pela relação sexual.

Note-se que o objetivo de tais práticas é tão somente oferecer ao indivíduo a possibilidade de realizar o seu sonho de procriar, que fora temporariamente interrompido por questões orgânicas ou pela forma que o mesmo escolheu para estruturar a sua família, funcionando como um mecanismo de democratização dos direitos à procriação e ao livre planejamento familiar. Trata-se de levar a efeito a realização pessoal daqueles que, de certa forma, foram obrigados a se submeterem a tais intervenções médicas, o que envolve apenas satisfazer o desejo da maneira mais pura e simples, e não desafiar as leis da natureza, aproveitando-se dos avanços científicos para “desenhar” a futura criança com o intuito de atender a padrões estéticos superficiais, “à gosto do freguês”⁵.

Por esta razão, além da impossibilidade de procriação por meios biológicos e do *animus* dos indivíduos que desejam se submeter a tal procedimento, a ética que regulamenta o emprego das técnicas de RHA deve considerar, imprescindivelmente, o bem estar e os direitos da futura

⁴ Sem prejuízo dos direitos da personalidade nele assegurados, o art. 2º do Código Civil não é sede adequada para questões emergentes da reprogenética humana, que deve ser objeto de um estatuto próprio.

⁵ Ao tratar do tema, Michael J. Sandel (2013, p. 12) faz interessante ponderação ao afirmar que, assim como na reprodução natural, “não importa o que os pais façam para aumentar suas chances de obter o resultado desejado, ele não é garantido. As duas tentativas estão sujeitas aos caprichos da loteria genética”. Em outras palavras, ainda que os genitores pudessem escolher as características da futura criança, não seria possível assegurar que estas efetivamente se apresentariam na prole.

criança, a fim de evitar que qualquer prejuízo lhe seja causado em razão de sua origem artificial, inclusive, a sua objetificação e consequente desumanização⁶.

Partindo desse pressuposto, nota-se que a utilização das técnicas de reprodução humana artificial envolve um emaranhado de direitos e relações jurídicas que demandam a tutela tanto das pessoas diretamente envolvidas no projeto parental, quanto do ser humano que será gerado através da intervenção médica, a fim de evitar, dentre outras coisas, o desvirtuamento de tais procedimentos e a coisificação do indivíduo.

Assim, ante tudo quanto fora exposto, verifica-se que a RHA contribuiu significativamente para revolucionar os ideais arcaicos e patriarcalistas que regiam a família, tendo inegável importância para o exercício de direitos individuais por todos os membros daquela instituição social, muito embora também seja evidente as diversas implicações jurídicas que tais técnicas ensejam tanto no Direito de Família como no Direito das Sucessões, que se mostram ainda mais problemáticas em virtude da ausência de regulamentação legal própria e adequada, conforme será oportunamente demonstrado.

2.2. DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL

Passamos agora a tecer breves comentários acerca das técnicas de reprodução humana artificial e dos problemas de fertilidade que ensejam a sua prática, ressaltando que este tópico não se ocupará em esgotar a matéria em questão, mas apenas de abarcar os pontos mais relevantes e efetivamente relacionados ao desenvolvimento da temática principal desta monografia.

Antes de mais nada, ressalta-se que, embora o Conselho Federal de Medicina, na Resolução nº 2.168/2017, adote a nomenclatura “Reprodução Assistida” (RA) para se referir aos procedimentos médicos destinados à procriação em laboratório, adotaremos o termo Reprodução Humana Artificial para designar o gênero do qual são espécies as técnicas que serão objeto de estudo deste item.

Adentrando ao tema do presente tópico, impende salientar inicialmente que as técnicas de RHA podem ser classificadas em dois grupos, a depender do lugar onde a concepção é levada a efeito.

⁶ Tendo isso em vista, João Álvaro Dias, citado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2000, p. 68), sustenta que, em qualquer situação que seja, o emprego dos procedimentos reprodutivos artificiais deve ser fundado no “respeito dos princípios jurídicos fundamentais em matéria de proteção da família, filiação, os direitos do nascituro a uma correcta inserção familiar e bem assim dos direitos invioláveis do homem, sendo de repudiar toda a operação de engenharia genética que não seja benéfica para aquele que vai nascer”.

O primeiro grupo, que congrega as técnicas de fecundação *in vivo*, inclui os métodos que possibilitam que o óvulo seja fertilizado pelo espermatozoide dentro do próprio organismo feminino, tendo como principal exemplo a inseminação artificial. O segundo grupo, por sua vez, diz respeito às técnicas de fecundação *in vitro*, por meio das quais a concepção se dá em ambiente laboratorial, havendo a inoculação posterior do embrião no canal uterino da paciente. Saliente-se que tais técnicas envolvem um conjunto de sucessivas e bem-sucedidas intervenções médicas, até que seja dado início à efetiva gestação (GAMA, 2003, p. 640-641).

A medicina especializada qualifica os métodos de RHA a partir do grau de complexidade que apresentam. A inseminação artificial, por exemplo, é classificada como técnica de baixa complexidade, enquanto a transferência intratubária de gametas é tida como de média complexidade. A fertilização *in vitro*, por sua vez, enquadra-se dentre os procedimentos com maior grau de complexidade (SOUZA, 2009, p. 481).

Logicamente, a escolha e realização de um dos procedimentos de reprodução humana assistida demandam uma análise prévia e cautelosa acerca do organismo dos pacientes, a fim de que seja adotada a técnica mais adequada a suprir as suas deficiências e a atender às suas demandas. Demais disso, a ideia inicial é sempre a de utilizar o método mais simples, a fim de evitar intervenções médicas desnecessárias, principalmente no corpo da mulher⁷.

Washington de Barros Monteiro (2012, p. 277) ainda chama atenção acerca da diferença conceitual existente entre as palavras fecundação e inseminação, esclarecendo que:

A palavra fecundação vem do latim *fecundatio*, proveniente do verbo *fecundare*, que significa ‘fertilizar’, sendo entendida como a fase de reprodução consistente na fertilização do óvulo pelo esperma. A palavra inseminação tem origem no verbo *inseminare*, composto por *in* (dentro) e *sêmen* (semente), significando a colocação do sêmen na mulher⁸.

Válido ressaltar que as técnicas de reprodução humana artificial se dedicam a superar empecilhos presentes em quaisquer das três etapas que compõem a reprodução biológica. Em apertada síntese, a primeira etapa consiste na introdução dos gametas masculinos no órgão sexual feminino, através da cópula. Logo em seguida, se inaugura a segunda etapa, na qual ocorre a fecundação do óvulo pelo espermatozoide na porção ampolar das tubas uterinas, dando

⁷ É o que explica Ana Thereza Meirelles (2014, p. 37) ao afirmar que, embora a procriação medicamente induzida possa ser executada mediante técnicas diversas, especialmente através da inseminação artificial e da fertilização *in vitro*, a opção pelo método mais adequado será guiada pela análise das características biológicas e das condições orgânicas daqueles que serão a ele submetidos

⁸ Corroborando com tal entendimento, a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (2017, p. 2) explica que o processo de fertilização *in vitro* envolve justamente a junção entre os gametas femininos e masculinos em laboratório, enquanto a inseminação artificial de fato se resume à inoculação das células reprodutoras masculinas no útero da paciente.

origem ao zigoto, que, por sua vez, dá início ao seu processo célere e ininterrupto de divisão celular. Por fim, a terceira etapa ocorre com a nidação, processo no qual o embrião se aloja no tecido que reveste a parede interna do útero, denominada de endométrio, sendo sucedida pela gestação (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p. 68).

Para que as técnicas de reprodução humana artificial pudessem atender, de maneira ampla, às deficiências presentes nas diversas fases da reprodução natural, se fez necessário o desenvolvimento de um mecanismo que permitisse que os gametas coletados durassem tempo suficiente para tanto, ficando armazenados em condições adequadas para a sua preservação e desenvolvimento. Daí surgiu a técnica de crioconservação de materiais genéticos, que possibilitou que os procedimentos reprodutivos em questão fossem realizados com sucesso, mesmo após longos períodos de tempo⁹.

Ainda no que diz respeito aos aspectos gerais do tema em questão, a Resolução nº 2.168/2017 do CFM traz como um de seus princípios gerais, na Seção I, item nº 1¹⁰, que as técnicas de procriação medicamente provocada se destinam a solucionar os problemas da reprodução natural, através da facilitação do aludido processo, ressaltando, em seu item nº 3¹¹, que a implementação de tais técnicas deve estar livre de riscos graves à saúde da eventual prole e do indivíduo a elas submetido, e contar com chances significativas de êxito.

Ocorre que, como já dito, tais normas não são capazes de regulamentar devidamente as repercussões jurídicas da RHA, tampouco o é o direito ora vigente, que não consegue acompanhar a dinamicidade social, sendo necessário a criação de novos institutos jurídicos capazes de tutelar as relações humanas oriundas deste processo, e estabelecer limites à utilização das técnicas reprodutivas artificiais, a fim de evitar graves afrontas aos direitos dos envolvidos, em especial os da futura criança.

Seguindo esta linha argumentativa, Maria Helena Diniz (2017, p. 712-713) faz a seguinte ressalva:

Essa nova técnica para criação de ser humano em laboratório, mediante a manipulação dos componentes genéticos da fecundação, (...) entusiasmou a embriologia e a

⁹ A possibilidade de utilização da RHA em uma ou nas várias etapas da procriação natural, permite a dissociação de tempo e espaço entre elas através da criopreservação de gametas e embriões. Na inseminação artificial homóloga, por exemplo, o congelamento dos gametas de homens com chances de apresentar problemas futuros, totais ou parciais, em reproduzir, se configura como flagrante hipótese de dissociação no tempo por período variável, dissociação esta que possibilita, inclusive, a inseminação póstuma da cónyuge sobrevivente pelas células sexuais do marido premorto (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p. 70).

¹⁰ 1. As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.

¹¹ 3. As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente.

engenharia genética, constituindo um grande desafio para o direito e para a ciência jurídica pelos graves problemas éticos-jurídicos que gera, trazendo em seu bojo a coisificação do ser humano, sendo imprescindível não só impor limitações legais às clínicas médicas que se ocupam da reprodução humana assistida, mas também estabelecer normas sobre a responsabilidade civil por dano moral e/ou patrimonial que venha causar.

Justamente para evitar que a reprodução humana artificial se torne uma indústria que tenha como principal objetivo tão somente a “comercialização de vidas”, e para preservar a saúde dos pacientes e da própria criança que virá a nascer, os procedimentos reprodutivos devem ser realizados por profissionais plenamente capacitados para tanto, e que se submetam a algum tipo de supervisão realizada por entidade especializada, à exemplo do Conselho Federal de Medicina, ainda mais se considerarmos os efeitos colaterais gerados por tais procedimentos, que vão desde impactos no organismo até danos psicológicos. Tudo isso para garantir que as condutas ocorram dentro da ética e do respeito à dignidade do próximo¹².

Por outro lado, partindo do pressuposto de que os procedimentos de RHA consistem, como já mencionado, em tratamentos paliativos para problemas de infertilidade, também se faz necessário trazer à baila desta pesquisa alguns pontos relacionados à infertilidade e à esterilidade.

Em primeiro lugar, impende destacar que tanto a infertilidade quanto a esterilidade são classificadas como patologias, sendo, portanto, passíveis de tratamento, além de estarem devidamente registradas na Classificação Internacional de Doenças – CID 10, publicada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) (FREITAS; SIQUEIRA; SEGRE, 2008, p. 93).

Segundo Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga (2004, p. 229), a infertilidade consiste na incapacidade uni ou bilateral de um casal reproduzir naturalmente, em razão de limitações fisiológicas ou orgânicas, sem se valer de métodos anticoncepcionais e mantendo relações sexuais regularmente, dentro de um período mínimo de dois anos.

Ressalte-se, ainda, que tal condição pode ser classificada como hipofertilidade ou esterilidade, a depender de ter sido provocada por causas relativas ou absolutas, respectivamente. A hipofertilidade consiste em uma limitação reprodutiva que, na maior parte das vezes, é passível de ser sanada através de tratamentos tradicionais, estando muitas vezes relacionada a questões como a maternidade tardia e a mudança nos papéis do homem e da mulher na família e na

¹² Neste mesmo sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 648-649) chama atenção para o fato de que as técnicas de RHA devem ser executadas exclusivamente por profissionais especializados da área médica, em parceria com profissionais de outras áreas da saúde, assim como para a necessidade de serem submetidas a inspeções e monitoramentos realizados pelos órgãos competentes para tanto, tendo em vista as constantes notícias que se tem acerca do desvirtuamento de tais mecanismos, tanto na prática quanto na teoria, através de condutas abusivas e lesivas cada vez mais frequentes.

sociedade. A esterilidade, por seu turno, é tida como condição irreversível, tendo como única alternativa a utilização das técnicas de reprodução medicamente induzida (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p. 67)¹³.

Por fim, saliente-se que as circunstâncias que levaram à infertilidade também irão influenciar na escolha do procedimento adequado para realização da reprodução humana artificial, tais como o acompanhamento do desenvolvimento folicular, a detecção e indução da postura ovular, a realização do encontro dos gametas, e otimização da fase lútea, que serão imprescindivelmente supervisionadas por equipe multidisciplinar (MALUF, 2015, p. 195).

Diante de tais pressupostos, constata-se que, embora os procedimentos em questão tenham grande potencial de fazer o bem, tratando doenças e oferecendo novas possibilidades àqueles que não tinham mais perspectivas de procriar, também devem ser utilizados com cautela e somente quando efetivamente necessário, mediante acompanhamento médico, em nome da saúde dos envolvidos e da higidez das relações.

Assim, esclarecidos os pontos gerais acerca das técnicas de procriação medicamente induzida, passamos agora à análise dos principais e mais comuns procedimentos utilizados na efetivação desta prática, quais sejam a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial.

2.2.1. Fertilização *in vitro*

A fertilização *in vitro* (FIV) é a técnica reprodutiva que se dá através da intervenção médica na fecundação do óvulo pelo espermatozoide. Tal procedimento ocorre pela junção de ambos os gametas em recipiente adequado, e posterior transferência do embrião já fecundado para o organismo da paciente, para que a reprodução siga seu curso normal¹⁴.

Assim, essa técnica é empregada na resolução de problemas presentes na segunda etapa da procriação natural, em virtude da impossibilidade de encontro das células reprodutoras masculina e feminina nas tubas uterinas da mulher. Essa união, portanto, ocorre fora do

¹³ Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2015, p. 194), por sua vez, define a infertilidade como sendo a “impossibilidade de procriar quando há fecundação mas o feto não chega a termo; já a esterilidade se configura como a ausência de concepção em dois anos”.

¹⁴ Maria Helena Diniz (2017, p. 711) também denomina o procedimento em questão de ectogênese, explicando que o mesmo se dá a partir da extração do óvulo e do sêmen para fins de realização a fecundação extracorpórea, mediante manipulação dos gametas em proveta, procedendo-se, em seguida, à inserção do ovócito fecundado na cavidade uterina da mulher.

organismo da paciente, provocada pela manipulação laboratorial dos gametas em reservatório apropriado para tanto (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p. 68).

Ainda quanto ao seu emprego, a fertilização *in vitro* deverá funcionar como método subsidiário, quando o êxito do procedimento reprodutivo tiver sido completamente inviabilizado por todos os demais métodos de procriação artificial, considerados menos invasivos (SÁ; NAVES, 2015, p. 139).

Por se tratar de técnica mais complexa, a FIV envolve uma série de procedimentos sequenciados e interdependentes, que precisam ser bem-sucedidos para garantir o êxito final do processo reprodutivo. A primeira etapa da FIV se inicia estimulando o corpo da mulher a produzir um maior número de óvulos, o que, desde já, demonstra o caráter invasivo desse método. Em seguida, ocorre a coleta dos materiais genéticos masculino e feminino, que são reservados em condições favoráveis para o seu desenvolvimento sadio. Atingido o amadurecimento dos gametas, se inicia a etapa da fertilização *in vitro*, onde a fecundação dos óvulos pelos espermatozoides será levada a efeito de forma natural, em um recipiente destinado a isso. Por fim, formado o embrião, este será transferido ao útero da paciente, a fim de que dê continuidade ao seu desenvolvimento e que a gravidez siga o seu curso habitual¹⁵.

Ocorre que nem todos os embriões oriundos da fase de fertilização estarão em condições adequadas para serem implantados. É essa incerteza que gera a necessidade de coleta de grande número de óvulos e espermatozoides, na tentativa de aumentar as possibilidades de gerar células biologicamente capazes de contribuir para o êxito do procedimento. Sendo assim, decorrido o período de dois a seis dias desde a fertilização, três a cinco embriões devidamente aptos serão transferidos para a cavidade uterina, patamar este que deve ser observado, na medida em que a implantação de menor número de embriões reduz as chances de efetivação da FIV, enquanto a inoculação de quantidade maior àquela indicada propicia a ocorrência de gestações múltiplas e consequente risco de aborto, comprometendo o resultado útil do procedimento (MEIRELLES, 2014, p. 39).

¹⁵ De maneira mais detalhada, nota-se que a fertilização *in vitro* é composta por diversas fases. A primeira delas se inicia induzindo-se o processo de ovulação através de hormônios, que provocarão o amadurecimento simultâneo de diversos ovócitos. A segunda fase, por sua vez, ocorre pelo colhimento do material biológico feminino por laparoscopia ecográfica ou por punção transvaginal. Ao mesmo tempo ocorre a coleta do esperma, através da masturbação. Em seguida, os gametas serão encaminhados para classificação e preparo, sendo reservados, separadamente, em condições adequadas e propícias ao amadurecimento e posterior fertilização e cultura dos embriões *in vitro* (FERNANDES, 2005, p. 33). Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga (2004, p. 236) arremata o raciocínio ao indicar a existência da etapa da transferência embrionária, explicando se tratar de procedimento ambulatorial, ocorrido em clínica médica, realizado através da inoculação, por meio de cateter, dos embriões no útero da paciente, dispensando a administração de substâncias analgésicas ou anestésicas.

O diagnóstico pré-implantacional é o procedimento empregado para a seleção dos embriões que serão destinados à transferência intrauterina. A partir disso, algumas dessas células serão dispensadas ou por motivos de terem ultrapassado o patamar máximo de implantação autorizado, ou por apresentarem inviabilidade biológica de concretizar a finalidade precípua da FIV, qual seja, a procriação. Sendo assim, os embriões excedentários terão como destino a criopreservação, para posterior implantação na paciente de origem ou doação e geração por outra; o descarte; a destruição; ou a utilização como objeto de pesquisas para aprimoramento da ciência (MEIRELLES, 2014, p. 40-41), muito embora tais práticas suscitem fortes implicações no campo da bioética, que não serão objeto de discussão da presente pesquisa.

Ressalte-se, ainda, que na FIV a união extracorpórea de gametas pode ocorrer na modalidade clássica ou através da injeção intracitoplasmática de espermatozoide (Icsi). Na fertilização *in vitro* clássica, como já explicado, os óvulos e espermatozoides recolhidos são colocados em um único recipiente com condições propícias para a fecundação, que ocorre espontaneamente. Entretanto, na Icsi a intervenção médica vai além da colocação dos gametas em um reservatório comum, atuando também na própria fecundação do óvulo pelo espermatozoide, a fim de evitar que tal processo seja impedido de ocorrer pela incapacidade da célula reprodutora masculina de penetrar as paredes do óvulo. Assim, o espermatozoide será injetado diretamente no seu interior, garantindo que o embrião seja gerado¹⁶.

Tiago Mafra Lima e Paulo Henrique Burg Conti (2014, p. 63) ainda fazem importante ponderação, ao afirmarem que o sucesso da FIV encontra-se diretamente relacionado ao desenvolvimento da técnica de criopreservação do sêmen, fato que ofereceu certa vantagem à reprodução artificial em virtude da ampliação do lapso temporal entre o recolhimento do material biológico masculino e a efetiva fecundação. De mais a mais, trata-se de método decorrente do aperfeiçoamento da técnica de inseminação artificial, sendo, portanto, prática relativamente recente.

Sob a perspectiva da origem dos gametas utilizados no procedimento, tal modalidade de RHA ainda pode ser classificada como homóloga ou heteróloga. A fertilização artificial homóloga ocorre quando o material biológico utilizado é oriundo do próprio casal que pretende se submeter ao tratamento. A heteróloga, por sua vez, se dá através da doação de células reprodutivas femininas e/ou masculinas por terceiros, ao passo que, em alguma medida, a futura

¹⁶ Dessa forma, a Icsi consiste em técnica de micromanipulação mais invasiva, vez que ocorre através da injeção de apenas um espermatozoide diretamente na região citoplasmática do óvulo, superando qualquer empecilho à ocorrência da fecundação (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p. 68).

criança não compartilhará do mesmo material genético dos seus genitores (FERNANDES, 2005, p. 34).

Nesta toada, do que fora acima esposado extrai-se que a fecundação *in vitro* é um procedimento de caráter mais complexo e invasivo, dedicado a superar percalços que eventualmente interfiram na fecundação do ovócito pelo esperma, e, conseqüentemente, a possibilitar a ocorrência da reprodução humana. Fixadas tais noções, passamos à análise da técnica de inseminação artificial.

2.2.2. Inseminação artificial

Segundo Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p. 18) a inseminação artificial consiste em procedimento por meio do qual o sêmen é inserido, através de uma cânula, dentro do canal genital da paciente, devendo ocorrer quando o processo de amadurecimento do óvulo já estiver concluído, estando ele pronto para ser fecundado. Trata-se da técnica de reprodução humana assistida mais antiga.

Assim como a fertilização *in vitro*, a inseminação artificial também pode ser classificada como homóloga ou heteróloga. Ocorre que, neste caso, como o procedimento, via de regra, apenas depende da doação do esperma, não envolvendo a manipulação de óvulos, a aludida classificação se dará apenas com base na origem dos gametas masculinos. Tendo isso em vista, a modalidade homóloga se dá quando o material genético for doado pelo próprio sujeito que deseja exercer o papel de pai, enquanto a heteróloga ocorre quando o sêmen é doado por qualquer outro indivíduo que não aquele que contratou os serviços da clínica de reprodução assistida¹⁷.

De mais a mais, existem dois possíveis procedimentos que podem ser empregados na realização da inseminação artificial, quais sejam a espermoinseminação artificial intra-uterina ou o processo de colhimento de óvulos e espermatozoides e posterior inoculação nas tubas uterinas

¹⁷ Seguindo essa mesma linha intelectual, Juliane Fernandes Queiroz (2004, p. 277) explica que a inseminação será homóloga quando o esperma utilizado no procedimento pertencer àquele que pretende concretizar o seu desejo de procriar, e heteróloga quando o material genético masculino for doado por terceiro, alheio ao projeto parental, ressaltando que a opção entre uma das modalidades será feita mediante indicação técnica adequada.

da futura gestante¹⁸. Contudo, a escolha entre tais técnicas deve ser feita de acordo com a individualidade biológica dos envolvidos. (MEIRELLES, 2014, p. 37).

No que diz respeito à forma como se realiza o primeiro procedimento, efetivamente relacionado ao ponto central do trabalho, Silvia da Cunha Fernandes (2005, p. 31) explica o seguinte:

Recolhem-se os espermatozoides do marido ou do companheiro ou de um doador, através de masturbação. O esperma é observado ao microscópio, a fim de que seja feita a contagem do número de espermatozoides móveis (mobilidade) e sua velocidade de deslocamento (motilidade); verifica-se, ainda, a taxa de espermatozoides normais e anormais. O esperma, então, é diluído em uma solução crioprotetora composta por glicerol misturado a frutose, antibióticos e gema de ovo, a qual é distribuída automaticamente em tubos de plástico numerados, os quais estão prontos para serem conservados em azoto líquido a uma temperatura de 196 graus abaixo de zero; os capilares são colocados em botijões de estocagem cheios de azoto líquido, podendo ser conservados pelo prazo atualmente fixado de 20 anos. A inseminação propriamente dita é feita por meio do depósito do esperma preparado dentro da vagina (intravaginal), em volta do colo, dentro do colo (intracervical), dentro do útero (intrauterina) ou dentro do abdômen.

Como se vê, diferentemente da reprodução natural, na inseminação artificial homóloga os espermatozoides passam por uma espécie de triagem para que sejam avaliadas e selecionadas as células mais saudáveis e mais aptas a enfrentar o ambiente hostil que é o útero, aumentando as chances de sucesso do procedimento. Ademais, também aqui a técnica da crioconservação de gametas é empregada, permitindo que o aludido material fique armazenado durante um longo período, e que o procedimento seja realizado a qualquer tempo.

Note-se, ainda, que se trata de procedimento simples, e que se atém única e exclusivamente à manipulação do esperma e sua posterior introdução no organismo da paciente. Por esta razão, tal técnica é direcionada a solucionar empecilhos que afetam a etapa da reprodução natural que depende da penetração para transferir os espermatozoides para o canal vaginal da mulher, a fim de que, posteriormente, o óvulo seja fecundado¹⁹.

Por ter uma certa restrição quanto a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, Maria Helena Diniz (2017, p. 760-761) defende que as mesmas devem ser proibidas, permitindo, somente para fins de tratamento, a inseminação artificial homóloga, desde que os envolvidos no projeto parental estejam vivos; que a mulher esteja casada ou em estável convivência; que sejam utilizados apenas os gametas do cônjuge ou do companheiro; e que o

¹⁸ Este procedimento, denominado de transferência intratubária de gametas (GIFT), se dá através da coleta de células reprodutivas femininas, por via laparoscópica, e de gametas masculinos, para que sejam, em seguida, introduzidos no terço distal das tubas uterinas (SOUZA, 2009, p. 482).

¹⁹ Tendo isso em vista, Sandrina Maria Araújo Lopes Alves e Clara Costa Oliveira (2014, p. 68) explicam que a inseminação artificial é utilizada como forma de ultrapassar problemas relacionados à primeira etapa da reprodução humana natural, que depende da conjunção carnal para que haja a inoculação das células reprodutivas masculinas no interior do corpo da mulher.

procedimento seja realizado uma única vez e livre de riscos à saúde da paciente e da futura criança.

O que se verifica, portanto, é que a inseminação artificial envolve apenas a manipulação laboratorial de gametas, sem intervir diretamente na fecundação do óvulo pelo espermatozoide, que ocorre naturalmente no útero da paciente, diferentemente do que ocorre na fecundação *in vitro*, onde a intervenção humana alcança o processo de união entre as células reprodutivas feminina e masculina, que se dá de maneira extracorpórea, havendo não só o manuseio de gametas, como também o de embriões.

Demais disso, em sua modalidade homóloga, essa técnica pode ainda ser empregada de maneira póstuma, ou seja, depois de morto o dono do material biológico colhido, conforme será esclarecido a seguir. Dedicamos um tópico específico a este tema para melhor elucidá-lo, tendo em vista a sua relevância para desenvolvimento do presente trabalho, por conta da relação intrínseca que possui com o conteúdo central da pesquisa.

2.3. DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

Conforme explica Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 154), a inseminação *post mortem* se fez possível em razão do desenvolvimento da técnica de criopreservação do material biológico masculino, se concretizando através da inseminação da paciente pelo esperma do marido, após o falecimento do mesmo. Como não se qualifica como homóloga nem heteróloga, esta modalidade de inseminação é também conhecida como intermediária.

Trata-se de medida excepcional, utilizada em casos peculiares em que o homem que deseja procriar encontra-se com a saúde comprometida e na iminência de ser submetido a tratamento médico, correndo grande risco de se tornar estéril e, posteriormente, vir a óbito. Assim, antes do início do tratamento, o indivíduo recorre às clínicas de fertilização para recolher e depositar seu gametas, a fim de que, posteriormente, seja realizada a inseminação homóloga em sua esposa ou companheira, inclusive depois da sua morte (LEITE, 1995, p. 155).

Assim como as demais técnicas de RHA, a inseminação *post mortem* possui regulamentação escassa. Conforme aponta Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (2005, p. 4), não há no Brasil lei que autorize, tampouco que proíba tal prática. Contudo, no âmbito jurídico, os enunciados das Jornadas de Direito Civil e os posicionamentos doutrinários propõem algumas

soluções para a deficiência normativa, apesar de também não conferirem ao tema a segurança jurídica necessária, ainda mais se considerarmos as diversas implicações ético-jurídicas provocadas por esta prática, que suscitam inacabáveis discussões.

Neste ponto, se faz necessário destacar que, não obstante tais discussões, a única menção legal relativa a procedimentos homólogos póstumos consta do art. 1.597, III, do Código Civil de 2002²⁰, que aplica a presunção de paternidade aos casos de fecundação homóloga artificial *post mortem*. Ressalte-se que, embora tal dispositivo se valha do termo “fecundação”, o Enunciado n°105 da Jornada de Direito Civil²¹ estabelece que a aludida expressão deverá ser interpretada como “técnica de reprodução assistida”, sendo este o entendimento que, para todos os efeitos, será adotado e aplicado nesta monografia.

A Resolução n° 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina é uma das poucas normas existentes que se dedica à tutela do procedimento em questão, também trazendo uma única disposição sobre o assunto. Em sua Seção VIII²², se ocupa apenas em condicionar a possibilidade de realização da inseminação póstuma à prévia e específica autorização do premorto para utilização do seu sêmen congelado.

Ocorre que, como a aludida norma não traz especificações quanto à forma através da qual deve ser expressado o consentimento, e considerando que o ordenamento jurídico também é silente quanto a isso, verifica-se a existência de posicionamentos bastante dissonantes sobre este ponto.

O Enunciado n° 106 da Jornada de Direito Civil²³, por exemplo, prevê a necessidade de autorização escrita do cônjuge premorto para que seu sêmen congelado seja utilizado, após seu passamento, pela viúva.

Seguindo esta mesma linha intelectual, Carlos Eduardo Nicoletti Camillo (2006, p. 1164), ressalta que o procedimento deve ser “precedido de expressa e formal autorização do marido, por meio de testamento válido, instrumento público ou particular, desde que se reconheça em vida a sua assinatura, sob pena de se violar direito da personalidade”.

²⁰ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

(...)

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

²¹ As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”.

²² É permitida 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.

²³ Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Ana Claudia Silva Scalquette (2009, p. 170), por outro lado, apesar de pontuar que a mera verbalização da vontade pode gerar inseguranças tanto no âmbito jurídico quanto no âmbito do próprio núcleo familiar, defende que a escolha por instrumento público ou particular deve ser feita pelos envolvidos no procedimento, vez que a imposição de utilização do primeiro tipo de documento geraria um encargo exacerbado aos envolvidos, bastando, portanto, que a expressão do consentimento se dê pela forma escrita.

Já Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2019, p. 206) sustenta que o princípio da liberdade da manifestação de vontade é a norma condutora no que se refere ao quesito formal dos atos jurídicos, desde que estes não devam ser revestidos por forma específica em virtude de determinação legal expressa, conforme disposição do art. 166, IV²⁴, c/c art. 185²⁵, ambos do Código Civil de 2002. Sendo assim, entende que a autorização pode se concretizar por qualquer forma, desde que não restem dúvidas quanto à vontade do falecido.

Neste mesmo sentido, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (2005, p. 17) também não atribui forma específica à manifestação de vontade do *de cujus*, afirmando que o consentimento expresso é suficiente e indispensável para que seja realizada a técnica de RHA em questão, e para que seja aplicada a presunção legal de paternidade do já mencionado art. 1.597, III, do *Codex*, e demais efeitos jurídicos sobre o futuro indivíduo originado por este procedimento médico.

Ressalte-se que, se não é pacífico o entendimento quanto à forma através da qual o *de cujus* deve exteriorizar a sua vontade de que a cónyuge supérstite seja inseminada com o material genético por ele deixado, tampouco o é a questão acerca da necessidade de consentimento prévio, tendo em vista a inexistência de dispositivo legal regulamentando estes pontos.

Ademais, em matéria de direito, além das discussões acerca da necessidade de autorização escrita, ainda surgem dúvidas quanto à existência do vínculo filiatório entre o cónyuge premorto e a prole, e quanto aos direitos sucessórios desta última, tendo em vista que a doutrina se divide entre aqueles que conferem legitimidade sucessória à futura criança, entendendo pela possibilidade de sua participação na sucessão legítima, e aqueles que seguem linha ideológica

²⁴ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

(...)

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

²⁵ Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.

diversa, defendendo que o aludido indivíduo não dispõe de direitos para suceder na herança do falecido, mesmo que reconhecida a filiação entre eles.

Como se vê, a doutrina é bastante dissonante quanto ao posicionamento adotado relativamente a cada um desses temas controvertidos, o que será oportunamente demonstrado neste trabalho.

3. DA LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA

3.1. NOÇÕES GERAIS

Partindo do pressuposto de que a presente monografia procura compreender e demonstrar os efeitos sucessórios decorrentes da inseminação artificial *post mortem*, cumpre esclarecer, neste capítulo, alguns pontos acerca de elementos que permeiam o processo da sucessão, trazendo à baila da pesquisa conceitos-chaves para o desenvolvimento do tema central. Ressalte-se que, embora se verifique a existência de duas modalidades sucessórias diversas, quais sejam a sucessão legítima e a testamentária, tanto a integralidade do projeto quanto este capítulo em específico serão elaborados sob a ótica da primeira modalidade, que dialoga de maneira mais direta com a questão da legitimidade sucessória e com o objeto de pesquisa do trabalho, abarcando raros pontos relativos à segunda modalidade.

De início, impende salientar que a sucessão é o processo por meio do qual um indivíduo sub-roga-se no patrimônio de outro, parcial ou integralmente, passando a titularizar direitos e deveres que pertenciam a seu antecessor (DIAS, 2018, p. 101). Acrescente-se que, “os direitos e obrigações do novo sujeito são considerados os mesmos do sujeito anterior e tratados como tais, sem alteração substancial” (CARVALHO, 2019, p. 13).

Ademais, embora na prática também exista o processo sucessório *inter vivos*, é a sucessão *causa mortis* que norteará a presente pesquisa. Também denominada de hereditária ou *stricto sensu*, nesta modalidade sucessória a transferência patrimonial decorre de disposição legal ou de manifestação de vontade do titular ainda em vida, operando-se quando da sua morte (CARVALHO, 2019, p. 16). Sendo assim, a ocorrência deste processo pressupõe o falecimento do transmissor da herança.

A *successio causa mortis*, portanto, pode se desenrolar por força de lei, ocasião em que recebe o nome de sucessão legítima ou *ab intestato*, ou pela concretização da última vontade

manifestada pelo *de cuius* via testamento ou codicilo, quando é denominada de sucessão testamentária, nos termos do que dispõe o art. 1.786 do Código Civil de 2002²⁶ (GONÇALVES, 2019, p. 42).

Em resumo, o processo sucessório *causa mortis* consiste em fenômeno jurídico que se engrena a partir da morte de um indivíduo, e se concretiza através da substituição do mesmo por um terceiro legal ou voluntariamente pré-estabelecido, no que toca à titularidade de todos os bens por ele deixados, ao passo que as relações jurídicas herdadas pelo sucessor se manterão incólumes, nos exatos termos em que foram constituídas.

No que diz respeito, especificamente, à sucessão legítima, trata-se esta de modalidade sucessória que se opera por determinação legal baseada na presunção de vontade do falecido, abarcando a ordem de vocação hereditária. Ademais, é justamente por decorrer de lei e prescindir de testamento, que tal modalidade sucessória também recebe o nome de sucessão *ab intestato* (TARTUCE, 2016, p. 8-9).

As normas que a regulamentam têm como objetivo precípuo salvaguardar a parcela indisponível do acervo hereditário, favorecendo alguns herdeiros. Partindo desta premissa, verifica-se que a determinação de uma ordem vocacional de sucessores também tem como escopo viabilizar a transferência dos bens deixados pelo *de cuius*, ao preencher a lacuna por ele estabelecida em razão da ausência de manifestação prévia de vontade acerca do destino a ser dado à sua herança. Assim, antevedendo a provável vontade do falecido, a lei se ocupa de conferir um rumo aos bens por ele deixados (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 219).

Em outras palavras, conforme será pormenorizado no item 3.4, valendo-se de critérios como a proximidade do parentesco e o vínculo afetivo, o legislador se preocupou em elencar um rol de sujeitos que estariam aptos a suceder, partindo do pressuposto de que seriam essas as pessoas que o extinto favoreceria com sua herança caso tivesse deixado algum documento que expressasse a sua vontade.

A despeito disso, nem todos os sujeitos poderão participar do aludido processo sucessório. Isso porque a própria lei estabelece aqueles que estariam aptos a suceder na herança do falecido, da mesma forma que impõe restrições a esta participação, inclusive para os indivíduos que teoricamente comporiam a ordem de vocação hereditária. Flávio Tartuce (2016, p. 67-68) afirma que tal aptidão se refere ao instituto jurídico da legitimidade, que nada mais é do que

²⁶ Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

uma forma especial de capacidade concernente a um âmbito jurídico específico, neste caso, a sucessão legítima.

Ao tratar do tema, Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2019, p. 185) parte do entendimento de que qualquer indivíduo, na qualidade de pessoa, encontra-se plenamente capacitado para titularizar relações jurídicas no âmbito civil, nos termos do art. 1º do Código Civil de 2002²⁷, passando a ser classificado como sujeito de direito. Associado a esta ideia, o art. 2º do mesmo diploma normativo²⁸ estabelece que o indivíduo adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, resguardado, entretanto, os direitos do nascituro desde a concepção. Em razão disso, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2019, p. 97) esclarecem que durante toda a vida o sujeito estará plenamente apto para contrair obrigações e figurar como titular de direitos, até que esta condição seja encerrada pela sua morte.

O art. 1.798 do Código Reale²⁹, por sua vez, que trata da legitimação sucessória, no que parece ser uma tentativa de se harmonizar com os dispositivos anteriormente mencionados, preconiza que estão autorizados a suceder aqueles que já tiverem nascido ou sido concebidos quando aberta a sucessão. Dessa forma, a partir de uma interpretação sistemática das normas supramencionadas, verifica-se que o dispositivo em comento traz como regra geral a legitimidade dos sujeitos para suceder, sendo excepcionais os casos que envolvem aqueles considerados inaptos a figurarem no processo de sucessão. Tais exceções, inclusive, devem estar previstas em lei, além de reclamarem uma interpretação restritiva (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 140).

Assim, conforme explicação de Maria Berenice Dias (2018, p. 124), atribuir legitimidade sucessória a alguém significa afirmar que aquele indivíduo encontra-se apto para titularizar a herança deixada pelo falecido. Entretanto, para ser investido nesta condição, é imprescindível que o suposto sucessor sobreviva ao premorto e seja efetivamente chamado a participar da sucessão, condições *sine qua non* para concretização do direito sucessório (CARVALHO, 2019, p. 192).

De outro turno, impende ressaltar que a legitimidade sucessória deve ser constatada quando do falecimento do hereditando, ou seja, no momento em que se declara aberta a sucessão. Por este motivo, uma vez configurada, a legitimação para suceder transfigura-se em direito adquirido

²⁷ Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

²⁸ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

²⁹ Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

do sucessor, pelo que a ocorrência de eventuais fenômenos subsequentes é incapaz de alterar a sua qualidade de herdeiro legitimado (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 139-140).

Quantos aos excepcionais casos de inaptidão para participar do processo sucessório, o Código Civil de 2002 apresenta somente duas hipóteses, sendo elas a exclusão por indignidade e por deserdação.

A exclusão por indignidade se dá como uma espécie de sanção àquele indivíduo que, através de prática malvista pela sociedade, tenha atentado gravemente contra a vida ou a integridade moral, psíquica ou física do transmitente, sendo afastado do processo sucessório. Tal instituto encontra-se previsto no art. 1.814 do *Codex*³⁰, em rol *numerus clausus*, e alcança as duas modalidades sucessórias, dispondo, portanto, de larga abrangência (GAGLIANO; PALMPLONA FILHO, 2019, p. 161).

A exclusão por deserdação, por outro lado, também é instituto jurídico destinado a suprimir determinando sujeito do processo sucessório, embora tenha alcance limitado apenas à sucessão testamentária. Assim, a deserdação nada mais é do que o ato de caráter punitivo praticado pelo testador em desfavor do herdeiro necessário que tenha incorrido em alguma das hipóteses previstas nos arts. 1.961, 1.962 e 1.963, todos do Código Civil de 2002³¹. Trata-se, em suma, de providência excludente que incide apenas contra herdeiros obrigatórios, na medida em que os facultativos podem ser privados da herança por mera liberalidade do hereditando (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO 2019, p. 176-179).

³⁰ Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

³¹ Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Em suma, verifica-se que a legitimidade para suceder é a regra entre as pessoas nascidas ou concebidas quando da morte do autor da herança e, conseqüentemente, da abertura da sucessão, sendo específicos os casos de exclusão do indivíduo do processo sucessório. Ademais, como será demonstrado no item 3.2, a legitimidade sucessória pode ser considerada como uma subespécie da personalidade jurídica do indivíduo, e, por via de consequência, da capacidade de direito do mesmo, já que se relaciona com a aptidão da pessoa natural de titularizar direitos e contrair obrigações dentro de um contexto jurídico específico, neste caso, o contexto sucessório, ocasião em que se configurará como condição obrigatória para a participação do indivíduo na sucessão legítima.

Ocorre que, embora em um primeiro momento possam vir a ser considerados conceitos já estabelecidos no mundo jurídico, tanto a acepção de sucessão legítima quanto a de legitimidade sucessória são pautadas em dispositivos legais que não se coadunam com o contexto social atual, por este já envolver cenários que desafiam tais concepções, e que assim o fazem principalmente por terem posto à prova, em primeiro plano, a própria ideia de família e de filiação. É este o efeito provocado pelos modelos de família pluriparentais e por aqueles formados através das técnicas de reprodução humana assistida *post mortem*, por exemplo.

Assim, por terem sido originalmente desenvolvidos e direcionados unicamente ao modelo de família tradicional, formado por um casal heterossexual e seus filhos, as concepções iniciais acerca da sucessão legítima e da legitimidade sucessória passaram a destoar da realidade, a ponto de serem incapazes de alcançar situações não previstas pelo legislador, causando, em verdade, o efeito inverso, qual seja, a exclusão de relações juridicamente relevantes do seu âmbito de regulamentação.

É que boa parte das concepções adotadas pelo Código Civil de 2002 foram herdadas do seu antecessor legal de 1916. Isso se deve ao fato de que o primeiro anteprojeto do Código Reale surgiu ainda no ano de 1972, vindo a passar por diversas alterações até originar o Projeto de Lei nº 634 de 1975, que, por sua vez, fora publicado apenas em 15 de maio de 1984, com a redação definitiva. O cenário instável da época, resultado das mudanças políticas que o Brasil enfrentava, contribuiu ainda mais para retardar a tramitação do projeto, fazendo com que o mesmo se encontrasse desatualizado antes mesmo da sua entrada em vigor, frente ao surgimento de legislações posteriores, como o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal de 1988. Até a sua publicação, em 10 de janeiro de 2002, o projeto passou por mais algumas alterações realizadas tanto pela Câmara dos Deputados quanto pelo Senado Federal, até resultar no Diploma Civilista atual (VENOSA, 2013, p. 104).

Neste sentido, por ter se originado ainda no início da Década de 70, o *Codex* trouxe consigo uma enorme bagagem ideológica do Código Beviláqua, sendo publicado com dispositivos já obsoletos para a realidade à qual se destinava. Mesmo as alterações supervenientes à Constituição Federal, por exemplo, não foram suficientes para modernizar a redação da Lei Civil de 2002, a exemplo do que ocorreu com os Livros de Direito de Família e de Direito das Sucessões, gerando grandes lacunas jurídicas que se tornaram verdadeiros desafios para a doutrina e jurisprudência, como a que se analisa no presente projeto monográfico.

A concepção de legitimidade sucessória abarcada pela legislação vigente, por exemplo, fora inaugurada em 1916 pelo Código Beviláqua, muito embora fosse denominada capacidade sucessória. Já naquela época, a sobrevivência do sucessor ao premorto e a capacidade eram tidas como pressupostos indispensáveis para a configuração do direito de suceder do indivíduo, juntamente com a dignidade (OLIVEIRA, 1954, p. 69).

Ademais, desde aquele tempo a lei estabelecia o nascimento com vida como marco inicial para aquisição da subjetividade jurídica, também salvaguardando os direitos do nascituro desde quando concebido, conforme se depreende da leitura do art. 4º, da Parte Geral, do *Codex* de 1916³². Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira (1954, p. 69), ao tratar sobre essa questão, ainda ressalta que a aquisição de tais direitos estaria condicionada ao fato de o nascituro vir a nascer com vida.

Quanto à capacidade, o art. 2º, da Parte Geral, do *Codex* de 1916, expressamente previa que “todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”, à semelhança do que atualmente dispõe o art. 1º do Diploma Civilista vigente. Ocorre que, além da capacidade de direito, decorrente da personalidade jurídica, se fazia necessário que o indivíduo dispusesse de capacidade de fato para que fosse considerada apta para suceder, uma vez que esta representa a manifestação factível daquela. É o que explica Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira (1954, p. 70), ao tratar sobre as condições que um indivíduo deveria estar revestido para participar da sucessão legítima, ainda na vigência do Código Civil anterior:

Se tôdas as pessoas têm a simples capacidade abstrata ou jurídica, nem todas têm a faculdade real do seu exercício efetivo que concretiza aquela, porque certos estados de fato, como os familiares e sociais, impõem restrições, mais ou menos amplas, ao exercício dos próprios direitos, enfraquecendo a capacidade efetiva e tornando as pessoas relativamente incapazes; por isso, é necessária, também, a capacidade concreta e efetiva que se traduz na faculdade de exercerem as pessoas os próprios direitos emergentes da sua capacidade abstrata ou jurídica.

³² Art. 4. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

Ao que parece, o Autor acaba vinculando a legitimidade sucessória não só à capacidade de direito, mas também à capacidade de fato, premissa essa que, como será demonstrado no item seguinte, está equivocada. Em verdade, o indivíduo não necessita de capacidade de fato para estar legitimado a suceder, mas tão somente de capacidade de direito, que decorre diretamente da sua personalidade jurídica. Tanto é assim que uma pessoa tida como incapaz pode dispor de legitimidade para suceder, assim como um indivíduo civil e plenamente capacitado pode ser excluído da sucessão, da mesma forma que a um ente despersonalizado jamais poderá ser conferida a aptidão para participar do processo sucessório.

Noutro vértice, o art. 1.577 do Código de 1916³³ previa que a legitimidade sucessória deveria ser analisada quando da abertura da sucessão, ou seja, no exato instante da morte do autor da herança, pelo que seria necessário que os requisitos supramencionados, quais sejam o nascimento com vida, a capacidade e a dignidade, estivessem presentes naquele momento. Disso também não divergiu o legislador da Lei Civil de 2002, que optou por seguir esta linha intelectual e manter a aludida norma em seu art. 1.798, embora com algumas alterações redacionais.

Ora, diante do exposto, há de se observar que o referido Diploma Normativo basicamente reproduziu os dispositivos do Código Beviláqua que tratavam sobre a legitimação para suceder, ou que pelo menos estivessem de alguma forma relacionados ao tema, assim como a carga interpretativa que os acompanhava, sem que houvesse qualquer evolução jurídico-interpretativa nesta seara.

Ocorre que não se trata o direito de uma ciência estática³⁴. Tampouco o é a sociedade e os contextos nos quais encontra-se submerso. Assim, por ter como objeto precípuo a regulamentação das relações interpessoais juridicamente relevantes, o direito é diretamente impactado pelas constantes e significativas mudanças do panorama social ao qual se direciona e, por isso, deve estar em constante adaptação. Neste sentido, por mais que os dispositivos legais se perpetuem no tempo, a interpretação a eles conferida deve estar em consonância com o

³³ Art. 1.577. A capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor.

³⁴ Segundo Miguel Reale (2013, p. 549-550), a norma é criada dentro de determinado contexto histórico-cultural, e, por isso, não pode ser desenraizada do processo criativo que a originou, tendo em vista a impossibilidade de compreendê-la desconsiderando o procedimento por meio do qual fora constituída e inserida. Entretanto, o próprio aspecto histórico da norma exige que ela transcenda as condições das quais primordialmente adveio, vez que não se faz possível interpretá-la sem que se leve em conta o constante processo metamórfico, de ordem ideológica e ética, enfrentado pela sociedade, e que implica diretamente nas relações interpessoais. É que “o direito é um processo aberto exatamente porque é próprio dos valores, isto é, das fontes dinamizadoras de todo o ordenamento jurídico, jamais se exaurindo em soluções normativas de caráter definitivo”.

contexto social ao qual se destina, a fim de produzir o máximo de eficácia possível e abranger o máximo de situações juridicamente relevantes.

Ao que se vê, o conceito de legitimidade é antiquado e restrito a tal ponto que não abarca questões excepcionais surgidas com a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, gerando polêmicas e insegurança jurídica quanto ao tema. Não há, por exemplo, disposições legais expressas que atribuam legitimidade para suceder aos indivíduos originados por inseminação homóloga *post mortem*, tampouco que os excluam do processo sucessório. Sendo assim, ainda se faz necessária a análise da questão através de interpretações sistemáticas do ordenamento jurídico brasileiro, que, por óbvio, acabam sendo extremamente dissonantes entre os juristas, e muitas vezes diametralmente opostas, a ponto de algumas correntes entenderem pela legitimação sucessória da futura criança e outras pela impossibilidade de sua participação na sucessão.

3.2. DAS DIFERENÇAS ENTRE CAPACIDADE E LEGITIMIDADE

Outro ponto que merece destaque diz respeito à inquietação doutrinária gerada pela redação do art. 1.798 do Código Reale, que trata sobre a legitimidade sucessória. É que, como será demonstrado a seguir, legitimidade e capacidade são conceitos que não se confundem, ao passo que o primeiro instituto é decorrência lógica do segundo. Sendo assim, o aludido dispositivo é alvo de desaprovação por conta da sua impropriedade técnica.

O artigo em questão prevê que estão legitimados para suceder os indivíduos que já tiverem nascido ou sido concebidos quando da abertura da sucessão, apresentando, segundo a doutrina, falha técnica em seu texto. Isso porque há o entendimento de que o fato de o indivíduo, nascido ou concebido, existir quando da abertura da sucessão, constitui, antes de mais nada, pressuposto fático para o surgimento da sua personalidade jurídica, sem a qual sequer se discute questões atinentes à legitimidade sucessória, por ser aquela pré-requisito desta (FARIAS; ROSELVALD, 2019, p. 139).

É por esta razão que Orlando Gomes (2012, p. 29) sustenta que não merecem guarida as disposições legais que atribuam incapacidade absoluta aos indivíduos não nascidos ou que não tenham sobrevivido ao *de cuius*, uma vez que a coexistência é condição *sine qua non* do processo sucessório em si, antes mesmo de ser considerada como tal no que se refere à incapacidade.

Ora, a redação do *Codex* é claramente incompleta, por atribuir à legitimidade independência prática que não lhe é cara, e por estabelecer, ainda que de maneira não intencionada, um vínculo de necessariedade entre institutos que não estão diretamente relacionados. Em outras palavras, ao mesmo tempo em que parece equivocadamente desvincular a legitimidade da capacidade de direito, e, por conseguinte, da personalidade jurídica, o Código Civil de 2002 também parece condicionar a aquisição da subjetividade jurídica à sobrevivência do indivíduo ao autor da herança, o que não se coaduna sequer com a própria sistemática do referido diploma legal, que, em seu art. 2º, constata que tal fenômeno se dá pelo nascimento com vida.

A necessidade de o indivíduo sobreviver ao premorto para poder titularizar a herança por ele deixada é, antes de mais nada, pré-requisito para aquisição da personalidade jurídica, ao passo que a legitimidade se dá como uma espécie de consequência direta deste processo, apesar de apresentar o caráter mais específico frente a certas situações. Sendo assim, em razão de determinado “interesse que se quer preservar, ou em consideração à especial situação de determinada pessoa que se quer proteger, criaram-se impedimentos circunstanciais, que não se confundem com as hipóteses legais genéricas de incapacidade” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 135). É daí que surge o instituto da legitimidade.

Embora relacionados, a personalidade jurídica, a capacidade de direito e a legitimidade sucessória são institutos jurídicos distintos e que se concretizam em momentos também diversos, como já demonstrado. A personalidade jurídica, por exemplo, encontra-se vinculada à própria essência do ser humano e ao seu reconhecimento como tal, sendo responsável por atribuir-lhe as suas qualidades enquanto indivíduo. É dela também que decorre a capacidade de direito, que consiste na aptidão do sujeito de encabeçar relações jurídicas, seja como detentor de direitos, ou devedor de obrigações, e se difere da capacidade de fato, adquirida apenas com a maioridade ou nos casos especificados em lei, e relacionada à habilidade do indivíduo de praticar, de maneira independente, os atos da vida civil. Note-se, que a diferença entre tais institutos ainda se dá pelo fato de que os dois primeiros são reconhecidos a todas as pessoas naturais de maneira definitiva, enquanto o último é condição conferida a um grupo determinado de indivíduos, e que pode ser suprimida em razão de fato superveniente³⁵.

³⁵ Conforme explicitado por Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2019, p. 185-187), a personalidade jurídica se refere à “aptidão fática conferida à pessoa natural ou jurídica para ser sujeito das relações jurídicas e, em especial, quanto às pessoas físicas ou naturais, em uma exigência do direito ao respeito da dignidade que se deve reconhecer a todos os seres humanos”. Ademais, tal instituto é intrínseco ao da capacidade de direito, que nada mais é do que a habilidade genérica atribuída aos indivíduos para titularizar direitos e incumbir-se de deveres no âmbito civil. Por conta disso é que se sustenta que a capacidade de direito é a manifestação da personalidade jurídica na realidade fática, ao passo que este último instituto obrigatoriamente contém o primeiro. A capacidade de gozo, por sua vez,

Partindo desta concepção é que Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 139) chama atenção para o fato de que a capacidade e a legitimidade são conceitos distintos, destacando que o primeiro instituto contém o segundo:

Não se confunde o conceito de capacidade com o de legitimação. A legitimação consiste em se averiguar se uma pessoa, perante determinada situação jurídica, tem ou não capacidade para estabelecê-la. A legitimação é uma forma específica de capacidade para determinados atos da vida civil. O conceito é emprestado da ciência processual. Está legitimado para agir em determinada situação jurídica quem a lei determinar. Por exemplo, toda pessoa tem capacidade para comprar ou vender. Contudo, o art. 1.132 do CC de 1916 estatui: “Os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente o consintam”. Desse modo, o pai, que tem a capacidade genérica para praticar, em geral, todos os atos da vida civil, se pretender vender um bem a um filho tendo outros filhos, não poderá fazê-lo se não conseguir a anuência dos demais filhos. Não estará ele, sem tal anuência, “legitimado” para tal alienação. Num conceito bem aproximado da ciência do processo, legitimação é a pertinência subjetiva de um titular de um direito com relação a determinada relação jurídica. A legitimação é um plus que se agrega à capacidade em determinadas situações.

Trazendo esta perspectiva à seara dos direitos das sucessões, verifica-se que, para participar do processo sucessório, o indivíduo depende de uma autorização legal para pertencer subjetivamente àquela relação jurídica, ou seja, deve dispor de legitimação passiva para suceder (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 136).

É que, assim como a personalidade jurídica e a capacidade de direito, a legitimidade sucessória é inerente ao sujeito, apesar de estar relacionada a um contexto jurídico específico. Contudo, enquanto os primeiros institutos estão vinculados à própria natureza humana do indivíduo, fazendo-se presente desde o seu nascimento com vida, ressalvado o nascituro, que possui proteção desde a sua concepção, a legitimidade sucessória obedece à circunstâncias fáticas outras para se configurar, tais como a sobrevivência do indivíduo ao *de cuius*, como será demonstrado no item seguinte, a existência de relação de parentesco entre ambos contemplada pela ordem de vocação hereditária, e a sua não exclusão do processo sucessório por indignidade.

Nesta toada, é possível que alguém não disponha de capacidade de fato, mas esteja plenamente legitimado a compor a sucessão. Da mesma forma, também se admite que um sujeito impedido de suceder, seja considerado civil e absolutamente apto a titularizar direitos e contrair deveres,

difere-se da chamada capacidade de fato, tendo em vista que esta se enuncia pela aptidão imputada aos sujeitos para praticar, de maneira livre e por conta própria, atos civis de implicância jurídica, ou seja, sem que necessite ser representado, assistido ou autorizado para tanto. Dessa forma, é possível afirmar que todos os seres humanos possuem subjetividade jurídica e, portanto, capacidade de direito, embora se saiba que determinados indivíduos não ostentam capacidade de exercício por terem nascido ou se tornado incapazes de exercer sozinhos os feitos civis, podendo esta ser uma condição passageira ou perene.

ao passo que a ausência de legitimidade sucessória é encarada apenas como um empecilho jurídico à sub-rogação do sucessor no lugar do autor da herança (PEREIRA, 2017, p. 46)³⁶.

Para suceder, basta que o indivíduo disponha de personalidade jurídica e, conseqüentemente, de capacidade de direito, e que não tenha sido alcançado por uma das hipóteses de exclusão do processo sucessório, estando apto para encabeçar relações jurídicas no âmbito hereditário. Por conta disso, resta claro que legitimidade sucessória e capacidade não se confundem. Conforme explica Maria Berenice Dias (2018, p. 123), a incapacidade decorre de vedação legal expressa, impedindo que determinado sujeito titularize direitos ou contraia obrigações, enquanto a ilegitimidade se manifesta quando o indivíduo não está apto para praticar determinados atos ou negócios jurídicos da vida civil, em razão de alguma particularidade a ele inerente.

Ocorre que, apesar de serem institutos distintos, a legitimidade sucessória está intrinsecamente relacionada à subjetividade jurídica do indivíduo, e, portanto, à sua capacidade de gozo, sendo juridicamente impossível conferir aptidão para suceder a alguém que não tenha personalidade jurídica, embora o contrário não seja verdadeiro. Não é demais lembrar, contudo, que tal premissa não se aplica à capacidade de fato, já que esta não detém qualquer vínculo com a legitimidade sucessória, ao passo que uma não depende da outra para se concretizar no mundo dos fatos.

Tanto é assim, que como demonstrado em item anterior, a legitimidade sucessória é regra para aqueles nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão, estando excluídos deste processo apenas aqueles que não compõem a ordem de vocação hereditária e/ou que tenham sido suprimidos da sucessão por mera liberalidade do hereditando; que tenham praticado atos de indignidade ou que tenham sido deserdados; ou, em regra, aqueles que ainda não existam quando do início do processo em questão.

Não restam dúvidas, portanto, quanto à diferença entre os institutos da legitimidade e da capacidade, e quanto ao fato de que a discussão acerca da legitimidade sucessória perpassa, antes de mais nada, pela questão da existência de personalidade jurídica e de capacidade de direito do indivíduo, já que, despido de tais atributos jurídicos, não gozará de aptidão para

³⁶ Nesta mesma levada, Maria Berenice Dias (2018, 123-124) afirma que é possível que uma pessoa seja considerada civilmente incapaz, e, ao mesmo tempo, legitimada para compor o processo sucessório, da mesma forma que alguém impedido de suceder pode estar plenamente capacitado para praticar os atos de ordem civil, uma vez que a ilegitimidade decorre de proibição expressa da lei relativa única e exclusivamente ao recebimento do patrimônio do *de cuius*.

exercer direitos e contrair deveres, inclusive no âmbito das sucessões, faltando-lhe, por via de consequência, legitimidade para tanto.

3.3. DO PRINCÍPIO DA COEXISTÊNCIA

Conforme preleciona o art. 1.784 do Código Reale³⁷, o evento morte e, conseqüentemente, a abertura da sucessão, impulsionam a transmissão automática e imediata da herança deixada pelo falecido aos seus sucessores. Em outras palavras, a delegação dos bens e o início do processo sucessório ocorrem concomitantemente, como reflexo do que parece ser uma tentativa do legislador de proteger o patrimônio do *de cuius*.

Trata-se da efetivação do princípio da *saisine*. É que, segundo Maria Berenice Dias (2018, p. 105), “para o patrimônio do falecido não restar sem dono, a lei determina a sua transferência imediata aos herdeiros, não ocorrendo a interrupção da cadeia dominial”. Neste sentido, a lei criou uma ficção jurídica que considera ocorridos simultaneamente o falecimento do *de cuius* e a transferência da herança, apesar desta depender daquele para ocorrer. Parte-se do pressuposto de que o falecido buscava evitar que seus haveres ficassem sem titular, revestindo seus herdeiros na qualidade de donos e possuidores indiretos dos mesmos (GONÇALVES, 2019, p. 38).

Justamente por esta razão, o art. 1.798 do *Codex* delimita a legitimidade sucessória àqueles que já tiverem nascido ou que, pelo menos, tenham sido concebidos quando da abertura da sucessão, estabelecendo, portanto, como pressuposto para suceder, a existência do herdeiro no instante da morte do *de cuius*. Daí se depreende que a legitimação sucessória está condicionada ao princípio da coexistência³⁸ (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 139).

É também o que explica Carlos Maximiliano, citado por Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 71):

Herdar é adquirir a propriedade do espólio; ora, o nada não pode adquirir. A sucessão transmite-se no momento da morte; logo nesse momento é preciso haver sucessor, coexistirem hereditando e herdeiro, testador e legatário. Não basta, aduz o mencionado autor, que no momento da morte do *de cuius* o sucessor já viva; é indispensável, também, que ainda viva. Continua de pé a mesma regra – da coexistência necessária do hereditando e do herdeiro; deve este sobreviver àquele.

³⁷ Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

³⁸ Embora alguns autores discordem dessa denominação, adotaremos a expressão “princípio da coexistência” no presente trabalho, assim como o fazem os doutrinadores Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal.

Como se vê, a tutela do multicitado art. 1.798 é limitada àqueles que atendam à determinadas exigências, quais sejam, ser qualificado como pessoa natural e estar vivo quando da abertura da sucessão, o que conseqüentemente exclui de tal processo tudo aquilo que não se encaixe nos aludidos parâmetros.

Dessa forma, o dispositivo ora em comento reputa como incapazes para compor o processo sucessório todos os sujeitos que não disponham de personalidade jurídica, ou que estejam impedidos de titularizar direitos ou contrair obrigações quando inseridos em determinado contexto (ausência de capacidade jurídica). Por esta razão, não é possível conferir legitimidade sucessória àqueles cuja existência já havia sido cessada quando do falecimento do hereditando, tampouco a entes despersonalizados, e, conseqüentemente, inaptos para suceder, tais como os espíritos e entidades sagradas, animais, vegetais, etc, a quem jamais fora atribuída a qualidade de ser humano (CARVALHO, 2019, p. 194).

Nota-se que a razão de ser do aludido princípio é justamente garantir a existência de um indivíduo dotado de personalidade jurídica no momento da morte do transmitente, a fim de evitar que a herança por ele deixada reste acéfala. Sendo a transmissão automática, é preciso que os sucessores estejam, de fato, presentes quando da abertura da sucessão para que possam titularizar os bens, já que o Direito não admite a existência de patrimônio sem dono.

Ademais, embora esteja adstrito, como regra geral, aos indivíduos que efetivamente existem na qualidade de pessoas naturais, o princípio da coexistência abrange também o nascituro, em caráter excepcional e por disposição legal expressa, apesar de se tratar de um ser em formação, que ainda não se encontra fisicamente presente no mundo³⁹.

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2019, p. 141), nascituro é o sujeito que, embora concebido, ainda se encontra em desenvolvimento no útero de sua genitora, ou seja, ainda não é nascido. Por esta razão, não obstante a aquisição de personalidade jurídica pressuponha que o indivíduo nasça com vida, o nascituro dispõe de expectativas de direito que se mantêm conservadas até o momento de sua vinda ao mundo. Neste instante, aquelas promessas jurídicas se consolidam em efetivos direitos, que passam a ser de fato titularizados pelo sujeito nascido, com efeitos retroativos. Tal concepção tem origem em Roma, mais

³⁹ Conforme explica Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 70), isso se deve ao fato de que, não obstante o art. 2º do Código Reale considere que a pessoa adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, também resguarda os direitos daquele não nascido mas já concebido, por entender que a partir deste instante um novo indivíduo passa a ser gerado.

especificamente no Livro I, Título V, fragmento 7, do Digesto, que preleciona que *nasciturus pro iam nato habetur quoties de eius commodis agitur*⁴⁰ (RODRIGUES, 2002, p. 40).

Apesar disso, tratando-se de personalidade jurídica, Maria Berenice Dias (2018, p. 126-127) ressalta a existência de diferentes correntes doutrinárias que divergem acerca do marco inicial para aquisição do aludido instituto. A primeira corrente, denominada natalista, considera como início da subjetividade jurídica o fato de o sujeito nascer com vida, defendendo que, por não ser considerado como pessoa, os direitos inerentes ao nascituro se delinham em meras promessas jurídicas. Por outro lado, a corrente conceptualista defende a concepção como momento ensejador da personalidade, motivo pelo qual o nascituro deve ser investido na qualidade de pessoa desde a concepção.

Ademais, de acordo com esta última teoria, e com o entendimento majoritário da jurisprudência, o nascituro apenas titulariza os direitos de cunho personalíssimo, enquanto que a aquisição dos direitos patrimoniais pressupõe que o indivíduo nasça com vida, momento em que sucede nos bens do *de cuius*, incluídos os acréscimos patrimoniais ocorridos desde seu óbito (DIAS, 2018, p. 127).

É bem verdade que existem diferentes correntes teóricas a justificar a natureza jurídica do nascituro. Contudo, no que tange especificamente ao seu direito sucessório, dúvida inexistente de que o legislador optou por uma clara linha de compreensão condicionalista, por se tratar de um direito patrimonial. Dessa forma, é possível concluir, com segurança, que a ordem jurídica (CC, arts. 2º e 1.798), verdadeiramente, reconhece uma personalidade jurídica do nascituro, permitindo-lhe exercer, desde a concepção, a plenitude dos direitos existenciais (como o direito à imagem e à integridade física) e, condicionalmente ao nascimento com vida, os direitos patrimoniais (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 141-142).

Partindo de tais pressupostos, o que se pode concluir é que, no âmbito sucessório, o nascituro tem o seu quinhão hereditário resguardado em virtude da proteção legal que lhe é conferida, mas a transmissão não se efetiva até o instante do seu nascimento com vida, caso contrário a herança seria conferida a alguém que ainda não se faz de fato presente no mundo, afrontando o próprio objetivo do princípio em questão. Em outras palavras, em virtude do seu caráter patrimonial, os direitos sucessórios do nascituro se mantêm como meras expectativas, condicionados ao fato de vir ele a nascer vivo para se concretizarem.

O nascituro, portanto, ostenta legitimidade sucessória passiva condicional, um vez que ainda não goza de subjetividade jurídica. Tanto é assim, que caso venha a nascer morto, o mesmo não será investido na qualidade de sucessor, e o patrimônio que seria por ele herdado voltará a compor o espólio para ser repartido entre os outros sucessores. O mesmo não ocorre na hipótese

⁴⁰ O nascituro é tido como nascido no que se refere aos seus interesses (RODRIGUES, 2002, p. 40).

de o nascituro nascer vivo, mas vir a falecer poucos instantes depois, tendo em vista que a condição suspensiva do seu direito fora realizada, qual seja, nascer com vida, e, por isso, sucederá na herança que, por sua vez, será repassada para seus herdeiros logo em seguida (DIAS, 2018, p. 127).

Muito embora ainda se discuta o momento de aquisição da personalidade jurídica do nascituro, e, portanto, de seus direitos sucessórios, a verdadeira polêmica repousa no que diz respeito ao surgimento das técnicas de reprodução humana assistida.

Não obstante os acalorados debates protagonizados pela doutrina também envolverem os embriões concebidos em clínica de fertilização, mas ainda não implantados no útero materno, o presente trabalho se aterá especificamente ao caso do indivíduo oriundo da inseminação artificial *post mortem*, o concepturo, ao nosso ver, ainda mais polêmico do que o caso dos embriões laboratoriais.

Isso porque, conforme leciona Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida (2000, p. 8), o concepturo, também denominado prole eventual, nada mais é do que o nascituro que ainda não fora objeto de concepção, e que pode até nunca o ser, demonstrando o cabimento do termo “eventual”. Assim, ao que se vê, concepturo e nascituro são termos que não se confundem, já que o segundo designa o ser já concebido, e em desenvolvimento no ventre materno, enquanto o primeiro se refere ao indivíduo que sequer fora concebido, e que, inclusive, pode nunca chegar a sê-lo.

Tendo isso em vista, o princípio da coexistência é o principal fundamento utilizado por aqueles que não reconhecem os direitos sucessórios à prole eventual do *de cuius*, já que, quando da abertura da sucessão, não existirá um embrião a ser implantado no útero materno, mas tão somente gametas criopreservados, que poderão ou não ser empregados na inseminação póstuma. Aqui, tanto a concepção quanto o nascimento da futura criança se dariam após a morte do extinto, desrespeitando a regra do art. 1.798 do *Codex*, e afastando os direitos sucessórios da mesma.

À título exemplificativo, este é o entendimento defendido por Rolf Madaleno (2018, p. 706), que afirma que o indivíduo oriundo da inseminação homóloga *post mortem* não teria legitimidade para figurar na sucessão *ab intestato*, vez que, no momento da abertura do processo sucessório, já deveria ter sido concebido ou nascido por força do aludido preceito legal, que prevê a necessidade de o falecimento do transmitente coincidir com o nascimento com vida do sucessor ou com a sua concepção.

É que, tendo como base a tutela conferida ao nascituro, na data do óbito do *de cuius* o concepturo ainda não teria personalidade jurídica, tampouco legitimidade sucessória, pelo que não estaria apto para titularizar o seu quinhão hereditário relativo ao patrimônio deixado pelo genitor morto prematuramente.

Nesta senda, como se verá no item 4.1, o tema é permeado por várias nuances, responsáveis por incitar diversas discussões e a adoção de posicionamentos dissonantes entre a doutrina. No que diz respeito ao Direito das Sucessões, a controvérsia gira em torno dos reflexos jurídicos advindos da prática da inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Embora o ordenamento jurídico apenas excepcione a situação do nascituro, conferindo-lhe proteção legal no que diz respeito aos seus direitos, inclusive no âmbito sucessório, desde a sua concepção, entendemos que a situação da prole eventual do *de cuius* também deve ser encarada como exceção, autorizando a mitigação dos dispositivos legais a fim de que seja ela tratada como um dos legitimados a suceder. Esses pontos serão oportuna e devidamente enfrentados na presente monografia, de maneira mais aprofundada.

3.4. DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Consoante explicitado anteriormente, a sucessão legítima é a modalidade sucessória que decorre de previsão legal, se instaurando nas hipóteses em que o extinto vem a óbito sem deixar documento escrito (testamento ou codicilo) que registre os seus desejos. Para este contexto, a lei fixa a ordem de vocação hereditária com base na presunção de vontade do *de cuius*, que deve ser necessariamente respeitada no desenrolar do processo sucessório.

Se fundamenta, portanto, no comportamento omissivo do hereditando, que, no exercício de sua liberdade e no intuito de favorecer seus parentes mais próximos, se mantém silente quanto ao destino de seu patrimônio, abrindo espaço para que o respectivo processo sucessório seja guiado pelas disposições legais relativas ao tema, quando do seu falecimento (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 278).

Além da hipótese de inexistência de documento testamentário, o art. 1.788 do Código Civil de 2002⁴¹ prevê outras situações em que a sucessão *ab intestato* tomará lugar, e os herdeiros

⁴¹ Art. 1.788. 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.

legítimos receberão o seu quinhão hereditário. A primeira delas se configura quando o testamento deixado pelo *de cuius* for declarado inválido, por decisão judicial, ou vier a caducar. Nestes casos, os sucessores legítimos serão os únicos a serem favorecidos pelo patrimônio do *de cuius*, e a partilha envolverá a integralidade da herança. A segunda situação, por sua vez, ocorre quando o documento testamentário não abranger a integralidade dos bens do falecido, ocasião em que os herdeiros elencados na ordem vocacional serão contemplados apenas com a parcela da herança que não estiver disposta no testamento.

Dessa forma, a modalidade sucessória em questão se consolida como representante do que se presume ser a vontade do autor da herança, já que parte-se do pressuposto de que se assim não quisesse, o extinto teria providenciado elaborar um testamento para dispor do seu patrimônio de forma diversa daquela legalmente prevista (GONÇALVES, 2019, p. 42).

Note-se, ainda, que a sucessão legítima vem sempre no sentido de suprir a falta de manifestação de vontade do extinto, e, principalmente, de proteger os direitos sucessórios dos indivíduos elencados na ordem vocacional, ainda que, por descuido, o autor da herança não tenha o feito.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2019, p. 283) definem a ordem de vocação hereditária como sendo a linha condutora da sucessão *ab intestato*, vez que assinala quais são os familiares do falecido legitimados a compor o processo sucessório, e agrupa-os em classes diversas e preferenciais entre si. Assim, o aludido instituto é responsável por elencar indivíduos que, por determinação legal, serão chamados para suceder o premorto em sua herança, configurando-se, portanto, como o rol dos sucessíveis.

Seguindo esta linha de raciocínio, Orlando Gomes (2012, p. 44) ressalta que:

A expressão vocação hereditária está empregada, neste passo, como indicação originária dos sucessíveis, como sucessibilidade abstrata. Usa-se, não obstante, no sentido de atribuição da herança a uma pessoa, que se torna atual no momento da delação, ou como a própria concretização da designação do herdeiro chamado. Seria, afinal, o título pelo qual determinado sujeito é chamado à sucessão do *de cuius*.

Ao analisar a ordem vocacional dos sucessíveis prevista no art. 1.829 do *Codex*⁴², Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2019, p. 220-221) explicam que, quando da vigência do Código Civil de 1916, os direitos do consorte supérstite eram timidamente tutelados no que diz

⁴² Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

respeito à sucessão *ab intestato*. Ademais, diferente do que atualmente se observa na legislação civil, a herança do falecido era distribuída de maneira linear e em ordem preferencial entre os descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais, inexistindo concorrência entre eles. Somente após ser duramente criticada, a tutela conferida ao cônjuge quanto aos seus direitos sucessórios fora dilatada, passando a ser classificado como herdeiro necessário e a concorrer com os descendentes e ascendentes do falecido.

Devemos nos atentar, ainda, para o fato de que a redação original do Código Reale propunha um tratamento diferenciado no que diz respeito aos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, que eram regulamentados pelos arts. 1.829 e 1.790, respectivamente, ambos da aludida Lei. Em 2017, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral e no âmbito do Recurso Extraordinário nº 878.694, originário de Minas Gerais, julgado em 10 de maio de 2017, mediante relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, firmou entendimento no sentido de que “é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002” (2017, p. 2).

Assim, embora a redação original do multicitado art. 1.829 do Diploma Civilista ainda se mantenha, o entendimento hoje é o de que a sua norma também se aplica aos companheiros, tutelando seus direitos sucessórios em regime de igualdade àqueles que constituíram união matrimonial.

Neste sentido, a partir do cotejo entre a redação atual do aludido dispositivo e a igualdade de tratamento entre cônjuges e companheiros, verifica-se que o chamamento dos sucessores legítimos para comporem a sucessão deverá necessariamente ocorrer da seguinte forma: em primeiro lugar, serão convocados os descendentes em concorrência com o cônjuge ou companheiro supérstite, excepcionados os casos de regime de comunhão universal e separação obrigatória de bens, ou na hipótese de comunhão parcial em que o *de cuius* não tenha deixado patrimônio particular. Na falta dos descendentes, serão convocados os ascendentes, também em concorrência com o cônjuge ou companheiro que sobreviverem ao falecido. Caso também não haja ascendentes, será vocacionado sozinho o cônjuge ou companheiro supérstite, e por fim, na ausência destes, serão chamados a compor o processo sucessório os parentes colaterais do extinto, até quarto grau.

Note-se que o chamamento de uma classe depende da falta de outra que a anteceda. Daí se depreende que o rol é flagrantemente preferencial⁴³, o que evidencia uma relação hierarquizada entre as diversas categorias propostas pela lei, tendo em vista que o herdeiro pertencente a uma classe mais remota será excluído do processo sucessório em razão da presença de outro que pertença a classe antecedente (DINIZ, 2017, p. 126-127).

A ordem é excludente. Somente são chamados os herdeiros mais distantes quando não existem parentes mais próximos. A identificação de quem tem direito à herança caminha pelas linhas do parentesco: reta e colateral. Na linha reta, em primeiro lugar a busca do herdeiro primeiro desce para depois ascender. Não encontrados filhos, netos ou bisnetos e nem pais avós ou bisavôs, indaga-se a existência de cônjuge ou companheiro sobrevivente. Se o falecido vivia só, é preciso partir em busca de parentes colaterais até o quarto grau. Ninguém sendo encontrado, a herança jaz sem dono (DIAS, 2018, p. 141).

Ora, a lei é clara quanto à divisão dos sucessores em categorias distintas entre si e protagonistas de uma relação hierárquica. O Código Civil de 2002 dispõe em seus arts. 1.833⁴⁴ e 1.840⁴⁵ que, via de regra, tanto na classe dos descendentes quanto na classe dos colaterais o parente mais próximo elimina o mais remoto do processo de sucessão. Da mesma forma, o aludido diploma normativo estabelece no art. 1.836, *caput* e §1º⁴⁶, respectivamente, que faltando descendentes, convoca-se os ascendentes, em concorrência com o cônjuge supérstite, e que no grupo dos ascendentes os mais remotos também são excluídos por aqueles que os precedem.

Diante disso, verifica-se que o legislador parte da suposição de que quanto mais próximo o grau de parentesco, mais forte é o vínculo afetivo, motivo pelo qual os descendentes são os primeiros a serem chamados na sucessão, enquanto os colaterais são os últimos. Assim, a ordem vocacional sucessória se fundamenta justamente no afeto que se presume existir entre familiares, critério que também embasa a vocação de cônjuges e companheiros; a responsabilidade dos pais perante sua prole, decorrente do pátrio poder; e a relação de amparo que se pressupõe haver no que se refere aos demais parentes (DIAS, 2018, p. 141)⁴⁷.

⁴³ Maria Berenice Dias (2018, p. 142) faz importante ressalva ao tratar da ordem de vocação hereditária e da relação de preferência existente entre suas categorias, afirmando que “o princípio da preferencialidade dos herdeiros mais próximos, excluindo os parentes mais distantes, é quebrado pelo direito de concorrência, que assegura ao cônjuge e ao companheiro o direito de participar da herança ao lado dos herdeiros antecedentes”.

⁴⁴ Art. 1.833. Entre os descendentes, os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação.

⁴⁵ Art. 1.840. Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos.

⁴⁶ Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

§ 1º Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.

⁴⁷ Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2019, p. 353) esclarece que, para parte significativa da doutrina, a primeira categoria sucessória é constituída pelos descendentes, enquanto a segunda categoria é composta pelos ascendentes, que, por sua vez, dependem da ausência daqueles para serem chamados a compor o processo da sucessão. Isso

Por oportuno, importante frisar que a ordem de vocação hereditária é composta por herdeiros necessários e facultativos, o que, de certa forma, também influi na dinâmica do processo sucessório. A primeira classe de herdeiros é composta pelos descendentes, ascendentes e pelo cônjuge, que são denominados de necessários pelo fato de fazerem jus à parte da herança chamada legítima, e de não poderem ser excluídos do processo sucessório por mera liberalidade do autor da herança, enquanto a segunda classe pode faltar na sucessão se for essa a vontade do *de cujus*⁴⁸. É o que explica Francisco José Cahali (2003, p. 57):

(...) a Sucessão, no direito brasileiro, obedece ao sistema da divisão necessária, pelo qual a vontade do autor da herança não pode afastar certos herdeiros – herdeiros necessários –, entre os quais deve ser partilhado, no mínimo, metade da herança, em quotas ideais (CC, arts. 1.789, 1.845 e 1.846). Herdeiro necessário, assim, é o parente com direito a uma parcela mínima de 50% do acervo, da qual não pode ser privado por disposição de última vontade, representando a sua existência uma limitação à liberdade de testar. Esta classe é composta pelo cônjuge, descendentes e ascendentes do *de cujus* (CC, 1.845), sem limitação de graus quanto aos dois últimos (filhos, netos, bisnetos etc., e pais, avós, bisavós etc.). São os sucessores que não podem ser excluídos da herança por vontade do testador, salvo em casos específicos de deserdação, previstos em lei. Se não for este o caso, o herdeiro necessário terá resguardada sua parcela, caso o auto da herança decida fazer testamento, restringindo-se, desta forma, a extensão da parte disponível para transmissão de apenas metade do patrimônio do *de cujus*.

Aqui, mais uma vez, se verifica a forte influência da proximidade das relações e dos vínculos afetivos no âmbito do direitos sucessórios, vez que os herdeiros necessários, que, via de regra, são os mais próximos do falecido, e por quem o mesmo nutre maior afeto, serão irremediavelmente agraciados com metade da herança, ainda que este não seja o desejo do falecido. Ao que parece, esta é uma regra também motivada pela função social da herança, que mais do que qualquer outra coisa, objetiva assegurar a prosperidade e o mínimo de dignidade à família. Por outro lado, os herdeiros facultativos, considerados, também em regra, emocionalmente mais distantes do falecido, não dispõem da mesma proteção, podendo ser excluídos da sucessão por mera liberdade do autor da herança.

Dessa forma, como não poderia deixar de ser, a ordem vocacional, assim como a sucessão legítima, é baseada na presunção de vontade do autor da herança, que, no momento da abertura da sucessão, já não se faz mais presente para dizer quem efetivamente deseja beneficiar com seu patrimônio. Assim, baseando-se em laços afetivos e consanguíneos, questões culturais, e na

porque se entende que os descendentes são fortemente influenciados pelas características genéticas e pelos ideais de ordem moral do titular da herança, pelo que fariam jus a um tratamento mais afetivo e protetivista.

⁴⁸ Conforme explica Flávio Tartuce, (2016, p. 37-38), os herdeiros facultativos também denominados de não obrigatórios, não dispõem da garantia da legítima, estando sujeitos a serem suprimidos da sucessão em virtude do testamento, ou até mesmo em razão de doações feitas ainda em vida pelo extinto, hipótese que não se subsume à regra da nulidade absoluta parcial da doação inoficiosa. Em suma, são facultativos os herdeiros colaterais até quarto grau, nos termos do art. 1.850 do Código Reale.

responsabilidade familiar, o legislador elencou um rol taxativo de familiares que, de maneira abstrata, fariam jus à herança deixada, por entender que estaria representando da maneira mais pura e verdadeira o querer do finado.

Além da proteção que confere aos parentes mais próximos do falecido, e, portanto, àqueles por quem presumidamente nutria mais afeto, a importância do instituto jurídico em questão também pode ser verificada pelo fato de que a elaboração de testamentos não se configura como um hábito no Brasil. Por questões culturais, o próprio brasileiro não é muito afeito a dispor do seu patrimônio por cédula testamentária, permitindo a constatação de que considera a ordem de vocação hereditária do art. 1.829 do *Codex* suficiente para representar sua última vontade de maneira satisfatória (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 282).

Na maioria das vezes, as pessoas deixam de optar pelo testamento por saberem que seus desejos serão garantidos, e que aqueles por quem nutrem sentimentos de amor e afeto serão inexoravelmente favorecidos pelo seu patrimônio quando vierem a falecer. A crença em superstições é outro fator que leva o titular da herança a se omitir quanto ao destino desta, por acreditar que a elaboração do documento testamentário poderá atrair a morte. Por isso se afirma que, a cada dez processos sucessórios que se iniciam, nove ocorrem através da modalidade de sucessão legítima, em razão da ausência de testamento ou codicilo (CARVALHO, 2019, p. 352).

Ora, se o indivíduo se abstém de dispor do seu próprio patrimônio, via testamento ou codicilo, por acreditar que as disposições legais serão suficientes para expressar sua vontade de maneira satisfatória, e pela garantia de que seus entes queridos serão beneficiados quando da sua partida, aplicar a disposição legal do art. 1.829 do Código Reale, de maneira plena, é medida que se impõe, a fim de assegurar a efetivação do último desejo presumido do titular da herança e os direitos dos sucessores legítimos.

Isso inclui adequar a interpretação do dispositivo em comento às mudanças do contexto social, oriundas, inclusive, dos avanços no âmbito da biotecnologia, demandando a adaptação das normas para que sejam capazes de enquadrar e tutelar as novas relações juridicamente relevantes que vêm surgindo como consequência deste processo social evolutivo. Isso porque, conforme explicitado alhures, o direito não é uma ciência estática e tem a sociedade como sua destinatária final.

Sendo assim, diversos institutos jurídicos são constantemente relativizados para atender, de maneira plena, a finalidade precípua que abarca, e atribuí-la o máximo de eficácia possível na

garantia dos direitos dos indivíduos. As técnicas de reprodução humana artificial, por exemplo, são inovações que vêm trazendo uma série de mudanças no que diz respeito ao planejamento familiar, ao passo que atualmente já é possível conceber e gerar um filho mesmo após o falecimento do seu genitor, através da inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Conforme será abordado e esclarecido nos itens 4.1 e 5.2.1 da presente monografia, essa é evidentemente uma situação que enseja questionamentos, principalmente no que diz respeito aos direitos sucessórios da criança oriunda das técnicas de procriação assistida. Mas o que de fato se deve observar, é que negar a esta prole a sua qualidade como sucessora legítima e necessária do genitor falecido, significa violar dispositivos constitucionais que resguardam os direitos dos filhos e, mais ainda, a vontade última daquele que, em vida, planejou procriar, contando com a lei para favorecer seu parentes queridos com o recebimento de parte de sua herança, inclusive o seu futuro filho. Assim, uma interpretação restritiva da lei acerca do tema implica na ofensa ao *animus* presumido do premorto, desvirtuando por completo o objetivo precípuo da sucessão legítima e da ordem de vocação hereditária.

4. NOVAS PERSPECTIVAS DA FILIAÇÃO E DA SUCESSÃO

4.1. PANORAMA GERAL

Diante da íntima relação existente entre os laços de parentesco e o Direito das Sucessões, impende discorrer acerca das novas perspectivas da filiação, levando em conta as mudanças ideológicas da sociedade, assim como a evolução das técnicas de RHA, já tratada anteriormente, por promoverem um grande impacto nas relações sucessórias e reclamarem tutela legislativa para as situações inusitadas que surgiram como consequência de todo esse processo revolucionário, tais como os direitos sucessórios do indivíduo oriundo de inseminação artificial *post mortem*, objeto de estudo da presente monografia.

A antiga concepção de família se baseava em ideais conservadores e na moral, através de uma perspectiva tradicionalista, hermética e guiada pelos “bons costumes”, que não admitia variações que fugissem dos limites e padrões impostos pela sociedade, o que implicava diretamente nas normas jurídicas destinadas a regulamentar os institutos do Direito de Família, inclusive o da filiação.

A legislação pátria responsável pela tutela do tema tinha como objetivo precípua salvaguardar uma das, senão a mais importante, instituições sociais da época, qual seja, o casamento, se predispondo, inclusive, a comprometer os direitos dos filhos para isso. Conforme explica Maria Berenice Dias (2017, p. 408), o empenho em preservar o núcleo familiar era tão grande que se permitia que os filhos fossem claramente discriminados e categorizados como legítimos, ilegítimos e legitimados, conforme fossem concebidos e gerados por pessoas casadas ou não. Assim, a vigência do matrimônio entre os genitores era o fator determinante para conferir o direito dos filhos a serem reconhecidos e a sobreviverem, ao passo que a prole nascida fora do casamento era submetida a um processo de marginalização para assegurar a perpetuação das núpcias e o sossego do lar.

Sob esta antiga perspectiva, portanto, a única entidade familiar digna de reconhecimento e amparo do Estado era aquela formada pelo matrimônio, sendo, inclusive, denominada de família legítima. Por esta razão, a paternidade jurídica criada pelas presunções legais prevalecia sobre as obviedades genéticas, ignorando a verdade real, já que, enquanto a Ciência considerava como pai aquele que, através da cópula, fecundava uma mulher, da qual nascia um filho ao final da gestação, para o Direito a figura paterna estava intimamente vinculada à do esposo da mãe, como fruto de uma concepção moralista de família (DIAS, 2017, p. 407).

Note-se que até a edição da Constituição Federal de 1988, que inaugurou a visão absolutamente isonômica sobre a prole, apenas eram qualificados como filhos aqueles nascidos 180 dias após a união matrimonial, ou 300 dias após a ruptura da sociedade conjugal, presunções estas que tinham como fim a proteção da entidade familiar, já que apenas no seio desta instituição é que se admitia a procriação (DIAS, 2017, p. 408).

Neste sentido, observa-se que a premissa básica da filiação tinha como fundamento uma moral duvidosa, que colocava em cheque os direitos e a própria dignidade do filho, que além dos traumas que carregava consigo em virtude do desprezo e do não reconhecimento paternos, ainda era mal visto e rejeitado pela sociedade, chegando a ser, inclusive, pejorativamente designado como “bastardo”. Em suma, com vistas a preservar o casamento, o legislador optou por comprometer e discriminar seres humanos, penalizando-os injustamente por atitudes perpetradas tão somente pelos seus genitores.

Apenas com a entrada em vigor da atual Magna Carta Brasileira esta visão fora finalmente ultrapassada, através da implementação de uma nova concepção de família, revolucionando o

instituto da filiação ao trazer o vínculo afetivo como seu principal formador e condutor⁴⁹. A partir daí, as relações familiares passaram a ser analisadas sob a ótica dos sentimentos e da realização pessoal dos seus membros, colocando todos os tipos de filiação hoje existentes em um mesmo patamar de relevância social e jurídica.

É que, partindo de uma perspectiva humanizada do Direito, inaugurada na segunda metade do Século XX, e da prevalência do princípio do melhor interesse da criança, o papel de protagonista no ordenamento jurídico, anteriormente ocupado pelo casamento, passou a ser atribuído ao indivíduo, conferindo-lhe a dignidade que lhe é inerente (NADER, 2016, p. 454).

Um dos dispositivos constitucionais precursores desta nova perspectiva acerca da filiação é o art. 227, § 6º⁵⁰, que estabelece a já mencionada igualdade substancial entre os filhos, independentemente de serem adotivos, havidos na constância do matrimônio, ou mesmo fora dele, e veda qualquer ato que importe na discriminação da prole, a fim de garantir a efetivação do princípio balizador de todo ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a dignidade da pessoa humana (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 578).

Tal norma constitucional, que acolheu expressamente o princípio da isonomia entre os filhos, representa a encampação expressa do constituinte de 1988 do novo perfil de relações familiares, diante da nova tábua axiológica que produz todos os efeitos imediata e concretamente em todo o ordenamento jurídico. Há, por assim dizer, o novo perfil de filiação introduzido pelo texto constitucional a impor ao intérprete o importante trabalho de proceder à releitura das normas infraconstitucionais a respeito do tema, de modo a verificar sua compatibilidade (ou não) com a nova tábua de valores e de normas constitucionais. A família – não importa a sua espécie – ganha função que anteriormente não lhe era reconhecida, a de servir ao seus integrantes, permitindo que eles possam ter os meios necessários – materiais e imateriais – para desenvolver plenamente suas personalidades, aptidões e qualidades, com a centralização na pessoa dos filhos menores, diante da acolhida expressa da doutrina da proteção absoluta, prioritária e integral da criança e do adolescente (GAMA, 2003, p. 419-420)⁵¹.

Inovando ainda mais a concepção acerca da família e dos vínculos filiatórios, a Constituição Federal vigente também abarca a perspectiva pluralista de família ao trazer, em seu art. 226, §§ 3º e 4º⁵², o entendimento de que são considerados como entidade familiar tanto a união estável

⁴⁹ Segundo Paulo Lôbo (2017, p. 15), a instituição familiar moderna “está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio*, haverá família unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida”.

⁵⁰ § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁵¹ Nesta mesma levada, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2019, p. 579) explicam que tal dispositivo conferiu à filiação um novo enquadramento, vinculando-a à ideia de ser ela um mecanismo utilizado para assegurar a edificação da personalidade humana, e desvincilhando-a por completo da espécie de relacionamento, existente ou não, entre o pai e a mãe.

⁵² § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

estabelecida entre o homem e a mulher, quanto as comunidades formadas por qualquer dos pais e seus filhos, previsões estas que devem ser interpretadas no sentido mais amplo possível.

Nota-se aqui, através de uma análise sistêmica dos dispositivos constitucionais supramencionados, que a ideia de igualdade absoluta entre os filhos acaba por legitimar ainda mais a concepção de diversidade familiar, reforçando o acolhimento do Texto Constitucional quanto à multiplicidade de tipos de filiação e de famílias, e quanto à admissibilidade de critérios outros que não o genético para a formação de uma entidade familiar.

Ademais, observando por um viés prático, as próprias inovações na área da biotecnologia, impulsionadas pelas técnicas de RHA, contribuíram para a pluralização das entidades familiares, notadamente por terem oportunizado a formação de famílias monoparentais, bem como a procriação por casais homoafetivos, além de terem promovido a desvinculação entre a reprodução humana e o ato sexual, oportunizando de maneira geral e efetiva o exercício do direito ao livre planejamento familiar, previsto no art. 226, § 7º, da *Lex Mater*⁵³.

Todas essas mudanças de perspectiva, por óbvio, implicaram na forma de identificação das relações de filiação, contribuindo para a aparição de novos conceitos e de uma nova linguagem que melhor designam o atual contexto. Assim como ocorreu com as entidades familiares, o instituto da filiação passou a ser constatado através da presença do elemento afetivo nas relações entre pais e filhos, alargando a percepção acerca da paternidade com a inserção do vínculo psicológico, que passou a se sobrepor sobre os fatos genéticos e jurídicos. Neste sentido, a paternidade se constitui como decorrência direta do estado de filiação, independentemente do fato de ter sido originada por critérios biológicos ou afetivos (DIAS, 2017, p. 410). Isso porque, a partir desta concepção, a parentalidade não se concretiza pelo nascimento, mas sim através da vontade de exercer o papel de pai ou mãe impulsionada pelo afeto⁵⁴, o que acaba por comprometer as próprias regras jurídicas e científicas para estabelecimento dos vínculos filiatórios (MADALENO, 2018, p. 660).

Naturalmente, tais inovações ideológicas também impactaram no âmbito do Direito das Sucessões, já que o surgimento de novas molduras familiares e filiais trouxe como consequência

⁵³ § 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.

⁵⁴ Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa (2016, p. 83) ainda chama atenção para o fato de que essa nova concepção de família é constituída por elementos como a estabilidade, entendida como o *animus* de formar o núcleo familiar em caráter perene, a publicidade e a afetividade, esta última não sob a perspectiva do sentimentalismo, mas sim da disposição dos membros da família de cumprirem o dever mútuo e recíproco de cuidado, previsto no art. 229 da Norma Vértice.

lógica relações hereditárias inéditas que reclamam tutela jurídica, fazendo com que os institutos inerentes a este nicho do Direito tenham de ser adaptados para abarcar as situações juridicamente relevantes que se apresentam.

Em se tratando da seara conceitual, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2019, p. 582-583) descrevem o instituto jurídico da filiação como sendo, nada mais nada menos, do que “a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal”⁵⁵. Neste sentido, tal instituto guarda pertinência com o conteúdo da relação jurídica existente entre os indivíduos envolvidos, como os genitores e a prole, dando ensejo a encargos dos mais variados. Note-se, ainda, que, por um viés *stricto sensu*, a filiação consiste justamente na relação jurídica da qual decorre a conexão entre os genitores e a prole. Entretanto, a referência ao instituto da filiação em si é feita apenas quando vista sob a perspectiva do filho, ao passo que quando tal vínculo é observado sob o ângulo dos genitores em relação ao rebento, resta designado como paternidade ou maternidade (GONÇALVES, 2019, p. 315).

De qualquer sorte, por estar regado por uma multiplicidade de relações paterno-filiais, tal instituto lastreia-se em critérios que correspondem ao contexto social contemporâneo, como o critério legal, atendidas as presunções estabelecidas em lei; o biológico, baseado nas coincidências genéticas; e o socioafetivo⁵⁶, decorrente do laço de afinidade e amor formado entre indivíduos. Ressalte-se que todos se encontram nivelados, sob pena de violação ao princípio da igualdade entre os filhos (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 608)⁵⁷.

O próprio Código Civil de 2002 encampa esta nova classificação acerca da filiação, trazendo-a expressamente na redação do seu art. 1.593, que prevê que o parentesco poderá ser qualificado como natural ou civil, a depender se for proveniente de vínculo consanguíneo ou de meio diverso. Tendo isso em vista, mais uma vez a legislação caminha no sentido de abarcar todos

⁵⁵ Neste mesmo sentido, Silvio Rodrigues (2002, p. 321) conceitua a filiação como o vínculo de parentesco decorrente dos laços de sangue, em primeiro grau e em linha reta, que conecta um determinado indivíduo aos que lhe conceberam, ou aos que lhe ofereceram amparo como se fossem os verdadeiros responsáveis por concebê-lo.

⁵⁶ Neste ponto, válido trazer a percepção de Paulo Luiz Netto Lôbo (2005, p. 1) para quem “toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não-biológica; em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não-biológica”.

⁵⁷ Ana Cláudia Silva Scalquette (2009, p. 41), por seu turno, partindo da premissa constitucional de igualdade entre os filhos, afirma que atualmente a filiação é classificada apenas como biológica e não biológica, sem qualquer carga discriminatória. Assim, enquanto a filiação biológica decorre da herança genética passada dos genitores para a prole, a não biológica se concretiza através da adoção, do vínculo socioafetivo ou da reprodução artificial heteróloga.

os tipos de relações familiares existentes, trazendo uma visão mais aberta e inclusiva e, por consequência, fazendo sucumbir o antigo paradigma pautado em um único modelo de família, originado pelo compartilhamento genético entre seus membros, e direcionado única e exclusivamente à proteção do matrimônio.

Nesta senda, atualmente, tanto a sociedade, quanto o ordenamento jurídico, comportam uma pluralidade relevante de formas familiares, constituídas através dos mais diversos vínculos filiatórios, dentre as quais vislumbramos a família em sua acepção tradicional, a monoparental, a socioafetiva, a anaparental, as uniões homoafetivas, dentre outras, assim como também denota-se a interferência direta das novas técnicas de RHA na formação das entidades familiares⁵⁸.

Há de se observar, ainda, a possibilidade de existência de uma multiplicidade de vínculos filiatórios em relação a um único indivíduo, da qual exsurge o fenômeno da multiparentalidade, também chamado de pluriparentalidade. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2017, p. 432), o reconhecimento desta espécie de filiação é feito pela perspectiva do filho e depende da vinculação filiatória do mesmo com duas ou mais pessoas. Ademais, afirma a autora que, por envolver direitos fundamentais dos participantes, em especial o direito à afetividade, a existência simultânea de relações filiais afetivas e genéticas implica no necessário reconhecimento de tais vínculos.

Apesar de ainda suscitar algumas discussões doutrinárias, o aludido tema já fora pacificado entre os tribunais. Isso porque o Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral e no âmbito do Recurso Extraordinário nº 898.060, originário de Santa Catarina, julgado em 21 de setembro de 2016, mediante relatoria do Ministro Luiz Fux, fixou tese acerca do Tema 622 no sentido de que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (2016, p. 5).

Restou consignada, portanto, a possibilidade de um único indivíduo possuir, simultaneamente, vínculos filiatórios biológicos e socioafetivos paternos e maternos, que, por sua vez, têm o condão de produzir amplamente os efeitos jurídicos decorrentes do Direito de Família e do Direito das Sucessões. Por esta razão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2019,

⁵⁸ Isso é proporcionado pela concepção pluralista de família, que nos leva a concluir que não existem regras ou arquétipos previamente definidos quando se trata de entidades familiares, ao passo que aos indivíduos é dada a liberdade para optar pelo modelo de família que atenda da melhor maneira possível às suas subjetividades (COSTA, 2016, p. 86).

p. 313) ressaltam que a multiparentalidade exige certa cautela prática, devendo ser analisada casuisticamente, a fim de verificar a efetiva configuração da multiplicidade de vínculos filiais, e de evitar o desvirtuamento do instituto através de sua utilização para satisfação de interesses exclusivamente patrimoniais do indivíduo, mediante o recolhimento das heranças deixadas por todos os seus pais e mães.

Ainda no que toca o surgimento de novas formas de filiação, o Código Civil de 2002 inovou ao reconhecer os vínculos filiatórios no âmbito das técnicas reprodutivas artificiais. Ainda que pautado na concepção arcaica de preservação do casamento, o art. 1.597 do aludido diploma normativo⁵⁹ introduziu um rol de hipóteses que se subsumem à presunção de paternidade por ele abarcada, dentre as quais se encontra a inseminação homóloga *post mortem*, disposta no inciso III do dispositivo supra. Tal norma pressupõe que os indivíduos engendrados através deste procedimento são concebidos na constância do matrimônio⁶⁰, e que, por isso, devem ser considerados como filhos do cônjuge varão.

José Roberto Moreira Filho (2015, p. 46) explica que isso se deve ao fato de que o ordenamento jurídico brasileiro, por reflexo hereditário do Direito Romano, sempre se valeu de presunções no que se refere ao instituto da filiação, tendo como principal fundamento o vínculo biológico existente entre pais e filhos. Por esta razão, o *Codex*, abarcando resquícios da concepção protetivista e conservadora acerca da família, e a fim de garantir a manutenção da paz e da harmonia familiar, bem como da própria família em si, autoriza a presunção de paternidade em algumas situações específicas, como no caso do matrimônio, sob o fundamento da premissa romana *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (GONÇALVES, 2019, p. 317).

⁵⁹ 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;

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

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

⁶⁰ A doutrina tece fortes críticas à redação do art. 1.597 do Código Reale, por restringir a aplicação das presunções legais de paternidade apenas aos casos de união matrimonial, não abrangendo a união estável. Ana Cláudia Silva Scalquette (2009, p. 46), por exemplo, afirma que, a despeito do caráter omissivo do aludido dispositivo, o fato de a Constituição Federal de 1988 ter atribuído às uniões estáveis a condição de entidades familiares leva à conclusão de que as presunções devem ser entendidas de maneira ampla, abrangendo os convívios estáveis, sob a égide da proteção estatal que deve ser direcionada às famílias, em caráter integral e especial. Nesta mesma levada, Caio Mário da Silva Pereira (2017, p. 379) aponta o equívoco do legislador ordinário por sempre fazer referência às núpcias no âmbito da filiação, desconsiderando as situações decorrentes das uniões estáveis, que atualmente são amparadas pelo Estado, pelo que resta imperiosa a necessidade de revisitar os princípios balizadores das presunções, levando em consideração as relações de fato das quais se originam direitos e obrigações.

Entretanto, em razão da economia e vagueza redacional, a doutrina se divide entre aqueles que conjecturam diversas formas de aplicação desse dispositivo, e aqueles que apontam a impossibilidade de incidência da presunção de paternidade sobre a futura criança, discussões estas que também adentram o campo dos direitos sucessórios, trazendo novas perspectivas nesses dentro desses dois cenários jurídicos.

Neste particular, a doutrina se subdivide entre aqueles que desamparam por completo o concepturo, deixando de reconhecer tanto a sua relação filial com o falecido, quanto os seus direitos como herdeiro; aqueles que atribuem ao nascido póstumo apenas a qualidade de filho do falecido, sem lhe conferir os direitos sucessórios decorrentes dessa condição; e, por último, aqueles que imputam amplos direitos ao indivíduo oriundo da inseminação homóloga tardia, reconhecendo-o como filho e herdeiro legítimo do *de cujus*⁶¹. Neste caso, entretanto, o entendimento majoritário é o de que tais direitos terão a sua eficácia vinculada à existência de autorização prévia e específica deixada pelo cônjuge premorto.

À título exemplificativo, Mônica Aguiar (2005, p. 117-118), demonstrando afinidade com a primeira corrente, defende que, embora o procedimento de crioconservação dos gametas masculinos e femininos dependa de autorização prévia, esta pode ser revogada a qualquer tempo, inclusive pela morte, desde que o ato revogatório ocorra antes da realização da inseminação. Dessa forma, o passamento prematuro de um dos cônjuges tem o condão de revogar o consentimento anteriormente por ele expressado, fazendo com que a criança oriunda da inseminação póstuma possua vínculo filiatório apenas com o nubente supérstite.

Por consequência lógica, ausente o laço de filiação entre a futura prole e o premorto, também restará desamparada a criança quanto aos direitos sucessórios relativos à herança deixada pelo *de cujus*.

Já Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 732-733) parece aderir à segunda corrente doutrinária, ao sustentar que:

(...) se eventualmente tal técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e o pressuposto do risco, mas não para fins de

⁶¹ Ao tratar do tema, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (2005, p. 12-13) classifica tais posicionamentos em correntes, nomeando-as como excludente, relativamente excludente e inclusiva, respectivamente. Quanto à segunda corrente, em específico, o autor sinaliza que alguns juristas adeptos admitem a possibilidade de o concepturo suceder como herdeiro testamentário, desde que conste no respectivo documento previsão expressa em seu favor. Compartilhando deste entendimento, Maria Helena Diniz (2017, p. 720), aduz que, por ter sido concebida após o falecimento do seu genitor, a criança oriunda da inseminação póstuma não dispõe de legitimidade sucessória, sendo, portanto, excluída da sucessão *ab intestato*. A despeito disso, vislumbra-se a possibilidade de abertura do processo sucessório à prole eventual do *de cujus*, desde que este tenha manifestado de maneira incontestada em seu testamento o desejo de transferir parte de sua herança ao filho ainda não engendrado, dando ao concepturo a chance de figurar como herdeiro na sucessão testamentária.

direitos sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear a reparação dos danos materiais que sofrer de sua mãe e dos profissionais que a auxiliaram a procriar utilizando-se do sêmen de cônjuge ou companheiro já falecido, com fundamento na responsabilidade civil.

Por fim, aparentemente representando a terceira corrente, à qual também se filia o presente trabalho, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2009, p. 59) afirma que, havendo o consentimento, bem como o preenchimento dos requisitos necessários para a realização da inseminação *post mortem*, restará concretizado o vínculo filiatório, do qual decorrerão todos os efeitos jurídicos pertinentes, nos termos do art. 226, § 6º, da Lei Maior, inclusive o direito da futura criança de suceder na herança do genitor falecido⁶².

Ora, diante da diversidade de posicionamentos aqui esposados, não restam dúvidas quanto às incertezas que permeia os direitos do indivíduo engendrado pela inseminação homóloga *post mortem*, em todos os seus aspectos.

Todos os argumentos suscitados no presente item tiveram como objetivo demonstrar a evolução das concepções acerca da família, e conseqüentemente, da filiação, nos âmbitos jurídico e social, demonstrando a influência de tais ideologias na maneira como as entidades familiares se apresentam atualmente, e o impacto direto que tais mudanças geram no campo das sucessões, pondo em xeque antigas perspectivas até então consolidadas. Da mesma forma que o instituto da multiparentalidade, que enseja a revisitação cautelosa das normas do Direito Sucessório, a possibilidade de conceber um filho após a morte do genitor trouxe inquietações neste campo do Direito, suscitando incansáveis debates na doutrina e jurisprudência.

Partindo dessa análise, nota-se que não restam dúvidas quanto a relação de causa e efeito existente entre a filiação e os direitos sucessórios, na medida em que as alterações decorrentes do primeiro instituto interferem diretamente na dinâmica do segundo. Sendo assim, diante do vínculo simbiótico que se faz presente entre ambos, não há como conceber que os ideais pertinentes à filiação passem a abarcar a sociedade atual com sua característica pluralista, envolvendo as novas situações juridicamente relevantes que surgiram, e que o Direito das Sucessões se mantenha estanque, ignorando a demanda social pela evolução jurídica, fazendo-se necessário, portanto, que ambos os segmentos evoluam sempre de maneira conjunta e constante.

⁶² Seguindo essa mesma linha intelectual, Maria Berenice Dias (2017, p. 423) argumenta que a doação do sêmen pelo cônjuge ou companheiro não implica na anuência do mesmo quanto à realização da inseminação artificial após o seu passamento, ao passo que o consentimento expresso é o único meio capaz de levar o procedimento a efeito, autorizando o registro da futura criança como filho do falecido e atribuindo a ele os respectivos direitos sucessórios.

4.2. DA CONSANGUINIDADE COMO CRITÉRIO PARA ESTABELECIMENTO OBRIGATÓRIO DA FILIAÇÃO NA INSEMINAÇÃO HOMÓLOGA *POST MORTEM*

No item anterior, trouxemos as diversas celeumas que permeiam a questão da filiação envolvendo o indivíduo oriundo da inseminação homóloga *post mortem*, tendo em vista a quase inexistente tutela jurídica do tema, e as consequentes discussões doutrinárias que se instauram em razão da vagueza legislativa.

Conforme já explicitado alhures, a filiação se classifica como biológica e não biológica, tendo em vista o fato de poder decorrer de coincidências genéticas, de presunções legais ou de relações de afetividade.

No que diz respeito à paternidade biológica, especificamente, o vínculo filiatório decorre dos laços de sangue que se formam, sendo considerados como genitores aqueles cujo material biológico encontra-se envolvido no processo de fecundação embrionária (NADER, 2016, p. 455).

A literatura médica, inclusive, explica detalhadamente o processo microcelular que se inicia após a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, e que possibilita que a prole herde as informações genéticas tanto do pai quanto da mãe, originando o vínculo biológico entre eles:

Na fertilização, o espermatozoide liga-se ao receptor na superfície do ovócito, fusionando-se com a membrana plasmática deste e dando início ao desenvolvimento de um novo organismo diploide que contém o material genético de ambos os genitores. (...) além da mistura dos cromossomos paternos e maternos, ocorrem, no zigoto ou na célula-ovo, mudanças que são importantes para o desenvolvimento posterior. Essas alterações ativam o zigoto, permitindo a conclusão da meiose e a iniciação do ciclo celular mitótico do embrião (BORGES-OSÓRIO; ROBINSON, 2013, p. 88).

Dessa forma, verifica-se que se trata de processo padrão, que se concretizará todas as vezes em que o gameta masculino fertilizar o feminino, independentemente da forma como ocorra, seja ela natural ou artificial.

Por esta razão é que se depreende que, mesmo diante da existência de outros critérios que autorizam e legitimam o reconhecimento da filiação, o critério biológico ainda se destaca de certa maneira por não ser passível de relativizações e subjetividades. Trata-se de ciência pura e simples; relação de causa e efeito.

Ora, o genoma, elemento consistente em uma longa cadeia de ácido desoxirribonucleico (DNA), é o responsável por armazenar o complexo integral de características hereditárias de qualquer ser, enquanto o DNA se incumbe de compor a cadeia de partículas menores, os genes, que, por sua vez, são responsáveis por guardar e codificar os dados genéticos empregados na produção das cadeias polipeptídicas das proteínas que constituem as células, tecidos e órgãos dos seres (BORGES-OSÓRIO; ROBINSON, 2013, p. 9).

Sendo assim, nota-se que o DNA é a molécula responsável por desencadear todo o processo de reprodução celular, já que é nele que se encontram as informações necessárias às demais células para iniciarem o desenvolvimento e formação do corpo humano e, por fim, darem origem à vida. Daí é que se depreende a relevância do DNA como fator determinante para a existência do indivíduo.

A importância do material genético é tanta, que desde o século passado o meio científico já havia a reconhecido. Neste sentido, imperioso trazer à baila desta pesquisa a visão de James D. Watson (2005, p. 180) precursor do modelo de dupla-hélice da molécula de DNA, que descreve o genoma humano como “o grande manual de instruções de montagem que rege o desenvolvimento de cada um de nós. A própria natureza humana está inscrita nesse livro”.

Assim, o mencionado cientista (2005, p. 5-6) concebe o DNA como sendo depositário da “chave da natureza das coisas vivas, armazenando as informações hereditárias que são passadas de uma geração a outra e orquestrando o mundo inacreditavelmente complexo da célula”, ao passo que, para ele, a elucidação da estrutura tridimensional da mesma seria capaz de levar à descoberta do segredo da vida.

Ora, dada a inegável importância do DNA para a vida em geral, e, especialmente, para a vida humana, não se mostra razoável conceber a possibilidade de afastar tal elemento por força de meras ficções jurídicas quando se trata de filiação, tampouco de fazê-lo sucumbir perante critérios outros utilizados para configuração do parentesco, pelo menos não em regra. A compatibilidade genética deve ser considerada fator determinante para a formação do vínculo filiatório, até porque se trata de um fenômeno natural, alheio à vontade humana. Em outras palavras, mesmo que indesejado, o DNA desencadeará o processo de reprodução celular, fato este que não poderá ser ignorando e muito menos posto em segundo plano pelo Direito, ainda mais quando a genética for o único meio para o reconhecimento dos direitos de um indivíduo, como é o caso daquele concebido e nascido após o falecimento de seu genitor.

A inseminação artificial homóloga, como já demonstramos, é o procedimento médico que envolve a utilização dos gametas masculino e feminino dos indivíduos envolvidos no projeto parental. Assim, da mesma forma como descrito acima, neste procedimento o óvulo carregará o material genético materno, enquanto o espermatozoide carregará o paterno, dando origem a um indivíduo que compartilhará das mesmas características genotípicas de seus pais.

Como se vê, o fato de se tratar de procedimento que envolve intervenção médica não implica de maneira alguma na questão genética, que ocorre de forma completamente natural, exatamente como se observa na reprodução que se dá através da cópula. Ora, a inoculação do sêmen no organismo da paciente é artificial, mas apenas isto, ao passo que todo o processo de fecundação e de aquisição da herança genética pelo indivíduo que passa a se desenvolver ficam a cargo da própria natureza.

Desse mesmo pensamento compartilha Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 726-727):

Nos casos das técnicas de reprodução assistida homóloga, que pressupõem, portanto, o emprego dos gametas masculino e feminino do próprio casal, proporcionando a concepção, a gravidez e o nascimento da criança no interior da família constituída entre o homem e a mulher, não há dúvida de que o fundamento mais importante a respeito dos vínculos jurídicos de paternidade, maternidade e filiação é a origem biológica, o que conduz à conclusão de que o parentesco se estabelece no âmbito da consanguinidade, ou seja, trata-se de parentesco natural, de acordo com o critério estabelecido no direito brasileiro e na maior parte dos sistemas jurídicos do Ocidente. A despeito da falta de relação sexual, impende notar que a técnica empregada faz as vezes da cópula como forma de permitir a transmissão da carga genética de ambos os cônjuges ou companheiros para a criança que será filho – não apenas sob o prisma biológico – do homem e da mulher que se socorreram da técnica de reprodução assistida.

Na inseminação homóloga póstuma não é diferente. O fator consanguíneo estará presente mesmo que não o esteja o genitor falecido, já que, neste caso, também serão utilizados os materiais genéticos dos envolvidos no projeto parental, além do fato de que a morte não tem o condão de modificar fenômenos naturais, tampouco fatos científicos. Nesta toada, uma vez utilizados os gametas criopreservados deixados pelo *de cuius*, e levada a efeito a inseminação, restará configurada a paternidade biológica, tendo em vista que o processo intracelular que se inicia a partir da fecundação em nada depende da sobrevivência do doador para ocorrer. É automático e instantâneo.

Sendo assim, a pessoa engendrada pela aludida técnica de RHA tem a mesma espécie e grau de parentesco com o falecido que qualquer outro filho que tenha sido gerado pela procriação carnal, e nascido antes do passamento do seu genitor. Entender de maneira diversa significaria incorrer em flagrante violação ao princípio constitucional da igualdade absoluta entre os filhos,

previsto no art. 227, § 6º, da Norma Vértice Brasileira, ainda mais porque não se mostra razoável estabelecer distinções entre a prole meramente em virtude da sua origem, já que, independentemente desta, a herança genética permanece.

Corroborando tal posicionamento, Marcio Rodrigo Delfim (2011, p. 12) afirma que o fato de os gametas utilizados no procedimento reprodutivo póstumo serem doados pelas próprias pessoas envolvidas no projeto parental propicia a formação de um vínculo filiatório de total afinidade, já que o falecido será simultaneamente pai biológico, por ser o dono dos espermatozoides utilizados no procedimento, e jurídico, uma vez que será civilmente registrado como genitor da futura criança. Diante disso, o autor (2011, p. 12) defende que concluir em sentido contrário oportunizaria o surgimento de cenários mais nefastos do que aqueles criados em virtude do tratamento discriminatório que era conferido aos filhos adotivos em relação aos filhos biológicos, no que se refere à filiação e aos direitos sucessórios. Isso porque, no caso da inseminação homóloga póstuma, a distinção de tratamento se daria necessariamente entre filhos biológicos, violando diversos princípios tutelados pela Constituição Federal de 1988.

Devemos nos atentar, ainda, para o fato de que, no âmbito da inseminação homóloga *post mortem*, o vínculo filiatório entre a futura criança e o premorto é resguardado pela presunção do multicitado inciso III do art. 1.597 do Código Civil de 2002, levando-nos a concluir que, neste caso, a filiação possui respaldo tanto pelo critério biológico quanto pelo critério jurídico.

É partindo desse pressuposto que podemos afirmar que ainda que não existisse presunção legal expressa de paternidade para os casos da técnica reprodutiva em questão, o vínculo filiatório entre a prole e o falecido ainda restaria configurado por força da similitude genética existente entre ambos, ainda mais porque, para muitos, a presunção de paternidade apenas se concretizaria caso a genitora mantivesse sua condição de viuvez⁶³ quando da realização da inseminação póstuma, nos termos do já mencionado Enunciado nº 106 da Jornada de Direito Civil⁶⁴.

⁶³ Por oportuno, importante trazer à baila desta pesquisa o posicionamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2019, p. 620), que defendem tanto a imprescindibilidade da anuência prévia do falecido para utilização do seu material genético, quanto a obrigatoriedade da conservação do estado de viuvez pela consorte sobrevivente, já que a superveniência de uma nova união matrimonial faria com que a presunção de paternidade advogasse em favor do seu novo marido. Os autores ainda ressaltam que, caso a presunção seja afastada, a futura criança poderá ingressar com uma ação investigatória de paternidade póstuma, com o escopo de ver reconhecida a sua filiação com o extinto. Em sentido semelhante se manifesta Rolf Madaleno (2018, p. 704-705).

⁶⁴ Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

A respeito do tema, Paulo Lôbo (2017, p. 217) esclarece que, embora a visão tradicionalista aplique a presunção legal de paternidade apenas aos casos em que a criança vier a nascer nos trezentos dias subsequentes à morte do cônjuge de sua genitora, a inseminação homóloga tardia poderá ocorrer mesmo após o transcurso deste prazo, mantendo-se a aludida presunção, desde que a instituição responsável pelo armazenamento dos gametas do *de cujus* comprove que os mesmos foram utilizados no procedimento reprodutivo.

Em outras palavras, não cabe ao Direito ou a qualquer outra ciência impor limites ao vínculo genético, já que, uma vez fecundado o embrião, este se estabelece ao natural, livre de amarras e independente da vontade humana. Trata-se, portanto, de condição *in re ipsa* e fixada *ad aeternum*.

A consanguinidade é um fato científico comprovado que não pode ser afastado por acasos da vida, como a morte, tampouco pela ausência de autorização do falecido quanto a utilização do seu material biológico. Neste último caso, acreditamos que mesmo que a inseminação seja levada a efeito, não obstante a inexistência de prévio consentimento, a futura criança ainda será considerada como filha do falecido, em virtude da coincidência genética entre eles, não podendo ser ela prejudicada pela conduta irregular de terceiros.

É neste sentido que se manifestam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2019, p. 145):

(...) se o falecido não consentiu expressamente o uso de seu material genético após o seu óbito, mas o deixou congelado e a esposa veio a utilizá-lo, embora não seja caso de incidência da presunção de paternidade, será caso de determinação biológica da filiação. Em outras palavras, o filho não ficará sem pai.

É que, embora entendamos pela imprescindibilidade da autorização expressa para utilização dos gametas deixados pelo *de cujus*, como será demonstrado no item 5.1.1, discordamos da ideia de que esta manifestação de vontade tem o condão de legitimar o estabelecimento do vínculo biológico, assim como não nos envencilhamos à corrente doutrinária que defende que a ausência de consentimento inibe a concretização dos laços de sangue, por ser esta uma verdade incontestável e independente da vontade humana.

Ressalte-se que, a despeito de terem sido realizadas pesquisas por julgados com posicionamentos semelhantes àquele ora esposado, a fim de demonstrar um viés prático da presente teoria, as buscas restaram infrutíferas tanto no que diz respeito à jurisprudência pátria, quanto no que diz respeito à estrangeira, reforçando o caráter inédito desta concepção.

Assim, por mais que a expressão do *animus* do cônjuge premorto se faça necessária para fins de realização da inseminação homóloga póstuma, ela em nada interfere na formação da relação filiatória entre o *de cuius* e a futura criança, por se tratar de consequência direta e incontornável do processo reprodutivo.

Diante de tudo quanto fora exposto, resta claro que nos vinculamos à corrente denominada inclusiva, mencionada no item anterior, conferindo ao indivíduo oriundo da técnica de RHA o resguardo oferecido pelo Direito de Família, o que inclui todos os efeitos jurídicos dele decorrentes, principalmente o vínculo filiatório por consequência da consanguinidade.

5. DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DA PROLE ORIUNDA DA INSEMINAÇÃO HOMÓLOGA ARTIFICIAL *POST MORTEM*

5.1. DA IMPRESCINDIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DEIXADA PELO *DE CUIJUS* PARA REALIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO HOMÓLOGA PÓSTUMA

5.1.1. Da autonomia privada como pressuposto do consentimento do *de cuius* e da ausência de previsão legal quanto à forma de exteriorização

Já fora constatado que a legislação brasileira também é silente quanto a necessidade de autorização prévia deixada pelo falecido para utilização póstuma do seu sêmen, assim como quanto à forma através da qual a aludida manifestação de vontade deve se dar, o que provoca fortes desavenças ideológicas na doutrina e na jurisprudência.

Tratando-se de procedimento que enseja diversas consequências jurídicas para aqueles que se encontram direta ou indiretamente envolvidos, entendemos que a disposição do material genético para fins de inseminação homóloga *post mortem* somente deve ocorrer mediante prévia e expressa autorização do *de cuius*. É que, por interferir na esfera jurídica de terceiros, como eventuais herdeiros do falecido, profissionais da saúde, clínica de RHA, ou a própria cônjuge superstite, não se mostra razoável permitir que a vontade exteriorizada seja objeto de dúvidas e incertezas, além de se fazer necessária para fins de proteção contra possíveis condutas fraudulentas.

Como uma das consequências decorrentes desta prática está a criação inexorável do vínculo filiatório entre o *de cuius* e a futura criança por força da coincidência genética entre eles, mesmo que inexistente o consentimento prévio do cônjuge premorto e que o procedimento tenha sido realizado de forma fraudulenta, conforme já pontuamos anteriormente. A partir daí, outros vários efeitos jurídicos passam a se apresentar, inclusive no âmbito sucessório, fazendo surgir diversas controvérsias.

A título exemplificativo, referindo-se aos percalços que podem macular a técnica de RHA em questão, Fabio Ulhoa Coelho (2012, p. 337-338) aponta a possibilidade de ocorrência de erros no procedimento reprodutivo, por mais bem capacitadas que sejam as clínicas de armazenamento de gametas e de reprodução humana assistida. Ademais, considera também a hipótese de conchavo entre a cônjuge virago e os funcionários da instituição, através do qual se faz possível a criação de vínculo filiatório entre a futura criança e o genitor, mesmo sem sua anuência expressa, assim como o conchavo entre o varão e os profissionais da clínica para engendrar um filho contra a vontade da esposa/companheira, através de uma “barriga de aluguel”.

Assim, para fins protetivos, nada mais coerente e prudente do que entender pela indispensabilidade da autorização prévia e expressa do *de cuius* para fins de utilização do seu esperma na inseminação homóloga póstuma. Embora o consentimento não tenha o poder de evitar toda e qualquer situação juridicamente inconveniente, é plenamente capaz de oferecer segurança jurídica ao procedimento e de dificultar a burla do sistema por quem quer que seja.

Por outro lado, impende observar que a opção por procriar através de procedimentos médicos interventivos encontra-se no âmbito do exercício da autonomia privada dos indivíduos envolvidos no projeto parental. Daí também decorre a necessidade de consentimento prévio do cônjuge premorto para utilização do sêmen por ele deixado na inseminação homóloga tardia.

No entendimento de Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2007, p. 29), autonomia privada nada mais é do que:

(...) o poder atribuído pelo ordenamento jurídico à pessoa para que esta possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. Esse poder confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as próprias ações e suas consequências jurídicas, ou de determinar o conteúdo e os efeitos de suas relações jurídicas, tendo o reconhecimento e podendo contar com a proteção do ordenamento jurídico.

Já nos dizeres de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2019, p. 115), a autonomia privada se classifica como um dos princípios fundamentais do Direito Civil, consistindo no poder do indivíduo de agir ou não conforme lhe interessar e convier, desde que respeite certas

limitações e a ética que deve permear os negócios em geral, e não prejudique terceiros e nem a coletividade.

Neste sentido, um indivíduo autônomo é aquele capacitado para refletir acerca das suas próprias ambições “e de agir na direção desta deliberação. Assim, respeitar a autonomia é valorizar a consideração sobre as opiniões e escolhas, evitando, da mesma forma, a obstrução de suas ações, a menos que elas sejam claramente prejudiciais para outras pessoas” (LEVY, 2011, p. 31).

Para além disso, a possibilidade de exercício da autonomia privada no âmbito dos negócios se configura como elemento importante na qualificação da liberdade individual dentro da sociedade de consumo, e, portanto, da concretização da dignidade do sujeito em si (REQUIÃO, 2014, p. 23). Contudo, é importante chamar atenção para o fato de que a autonomia não se limita a questões de ordem meramente econômica ou contratual, incluindo também aquelas concernentes à própria existência do indivíduo, como transplantes e doação de gametas. Dessa forma, é nas hipóteses em que a avença trata de interesse extrapatrimonial que o exercício da autonomia privada encontra-se vinculado à dignidade da pessoa humana, a exemplo do que ocorre nos casos de reprodução assistida, doação de sangue e órgãos, e de “barriga de aluguel” (BORGES, 2001, p. 121).

Em outras palavras, a autonomia privada relativa à possibilidade de o indivíduo se autodeterminar quanto às decisões de caráter existencial, é uma das maneiras de manifestação da própria dignidade da pessoa humana, compondo, portanto, a dimensão dúplice do aludido princípio (SARLET, 2007, p. 376).

Fixados tais pressupostos, não restam dúvidas quanto a essencialidade da autorização prévia e expressa do *de cuius* para utilização do seu material genético na inseminação homóloga *post mortem*. É que, estando no âmbito da autodeterminação do indivíduo, não se pode permitir que terceiros invadam um campo tão íntimo e tomem decisões no lugar do proprietário dos gametas, sob pena de violação à autonomia privada e à própria dignidade do falecido. Também por esta razão a vontade por ele manifestada deve ser respeitada, mesmo após o seu passamento, a fim de garantir o exercício e concretização de tais direitos da maneira mais plena possível.

O *animus* do premorto quanto ao destino que busca oferecer ao seu material genético diz respeito única e exclusivamente a ele próprio, não cabendo a terceiro, tampouco à cônjuge

supérstite, se manifestar em seu lugar, mesmo diante da sua omissão⁶⁵. Pelo silêncio deve-se presumir a ausência de vontade para a procriação póstuma, e não o contrário, salvo se a vontade inequívoca do falecido quanto à realização do aludido procedimento com o seu sêmen congelado possa ser constatada através de meios outros que não o consentimento expresso, conforme se verá no item 5.1.3.

Ademais, a escolha pela procriação através da inseminação homóloga póstuma encontra-se no campo do direito ao livre planejamento familiar, decorrente do direito constitucional à liberdade, e, conseqüentemente, intimamente relacionado à autonomia privada do indivíduo, cabendo apenas aos envolvidos no projeto parental a opção pela forma através da qual pretendem constituir a sua família. Não se olvide que, também por esse ângulo, o consentimento prévio e expresso do falecido se faz necessário e deve ser atendido mesmo após o seu passamento.

Seguindo esta linha intelectual, Maria Berenice Dias (2018, p. 129) explica que o princípio do livre planejamento familiar, previsto no art. 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988, e corolário do direito à liberdade, resguarda a possibilidade dos casais de constituírem suas famílias da forma que julgarem mais conveniente, inclusive através das técnicas de reprodução humana assistida. Sendo assim, a morte não seria suficientemente capaz de extirpar esse direito daquele que, em vida, agiu de maneira tal que se tornou inequívoca a sua vontade de procriar. É o caso do indivíduo que se submete aos métodos de procriação artificial.

A autora ainda defende (2018, p. 129) que, nos casos de reprodução artificial homóloga, o fato de o projeto parental ter sido construído durante a vida do *de cujus* já é bastante para autorizar a consecução legal e legítima do procedimento reprodutivo. Tendo isso em vista, o óbito não poderia funcionar como evento revogatório da anuência e impor o descarte do material biológico coletado antes do passamento do genitor.

Ademais, tendo em vista o fato de a *Lex Mater* imputar ao Estado o dever de assegurar aos indivíduos o pleno exercício do direito ao planejamento familiar, e de proibir a adoção de medidas coercitivas por parte do Poder Público, é possível constatar o reconhecimento do direito de conceber, de ordem constitucional, ou seja, o direito do indivíduo de tornar-se pai ou

⁶⁵ Compartilhando deste entendimento, Paulo Lôbo (2017, p. 217-218) sustenta que a vinculação entre a possibilidade de utilização dos gametas do *de cujus* e a imprescindibilidade de autorização expressa por ele deixada ainda em vida, é resultado do princípio da autonomia da vontade. Nesta senda, a paternidade é condição que depende da anuência do indivíduo, a fim de garantir e preservar a dimensão da liberdade. Não caberá ao cônjuge sobrevivente, portanto, exigir a entrega dos gametas do falecido, da instituição incumbida de criopreservá-los, por não terem estes natureza de herança ou de coisa.

mãe, independentemente do método reprodutivo utilizado para tanto (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 606).

Tendo isso em vista, verifica-se que o consentimento prévio e expresso do *de cujus* é condição *sine qua non* para que a inseminação homóloga póstuma ocorra com a utilização do seu sêmen, servindo tanto para legitimar e conferir a segurança jurídica ao procedimento, face aos efeitos jurídicos dele decorrentes, quanto para refletir o direito do falecido de se autodeterminar e garantir a sua dignidade.

No que diz respeito à forma que deve revestir a manifestação de vontade do extinto, compartilhamos do pensamento de que esta deve ser livre, desde que reste inequívoco o destino que o *de cujus* busca oferecer ao seu material biológico criopreservado. Neste ponto, nos embasaremos basicamente na teoria do fato jurídico, ressaltando, entretanto, que não nos ocuparemos em esgotar a aludida matéria, mas apenas em trazer os elementos necessários e suficientes para demonstrar o ponto de vista ora defendido.

Em primeiro lugar, incumbe trazer à baila desta pesquisa o conceito de ato jurídico *stricto sensu*, que, segundo Marcos Bernardes de Mello (2017, p. 228), nada mais é do que:

O fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas.

Ademais, o autor (2017, p. 229) aponta a existência de diversas classificações relativas ao ato jurídico em sentido estrito, dentre as quais se encontram os atos jurídicos *stricto sensu* comunicativos, que consistem em comunicações de vontade que, no geral, objetivam informar o desejo do enunciador ao outro indivíduo componente da relação jurídica.

Fixados tais pressupostos, podemos concluir tranquilamente que a autorização do premorto pode ser classificada como um ato jurídico *stricto sensu* comunicativo, vez que, além de comportar a exteriorização unilateral do desejo do finado e ter os efeitos pré-determinados pelo ordenamento jurídico, também objetiva informar os envolvidos no processo reprodutivo quanto à possibilidade de realização da inseminação homóloga póstuma pela cônjuge sobrevivente, a partir da utilização do seu sêmen congelado.

Por outro lado, embora para Marcos Bernardes de Melo (2014, p. 55) tal classificação seja insuficiente, o art. 104 da Lei Civil vigente⁶⁶ aponta três pressupostos de validade para os atos

⁶⁶ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

jurídicos em geral, sendo eles a capacidade do agente; a licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto; e a observância à forma prevista ou não proibida legalmente, ao passo que a eventual ausência de um destes requisitos enseja a invalidade do ato jurídico praticado.

Nesta senda, considerando que o consentimento do *de cuius* se configura como ato jurídico em sentido estrito, cabe aqui analisá-lo sob a ótica dos pressupostos de validade acima mencionados, para que possamos atingir uma conclusão juridicamente consistente e plausível quanto à forma através da qual a anuência do extinto deve ser externada.

Em primeiro lugar, no que diz respeito ao sujeito, vimos anteriormente que a capacidade civil, para ser considerada plena, deve ser composta pela capacidade de direito, entendida como aquela decorrente da aquisição de personalidade jurídica pelo indivíduo, que passa a ter aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, e pela capacidade de fato, que diz respeito à habilidade do sujeito de praticar de maneira independente e por conta própria os atos da vida civil.

Assim, partindo do pressuposto de que o falecido já havia atingido a maioridade quando da manifestação de vontade, e de que não se encaixava em nenhuma das hipóteses de incapacidade relativa dispostas no art. 4º do *Codex*⁶⁷, ou, ainda, de que o mesmo era civilmente capacitado por força de um dos eventos previstos no art. 5º, parágrafo único, do aludido diploma normativo⁶⁸, disporia ele de capacidade plena e absoluta, restando preenchido o critério subjetivo de validade do ato jurídico em questão.

Já quanto ao objeto, verificamos, de logo, ser ele possível e determinável. Possível porque a realização da inseminação homóloga póstuma depende, via de regra, somente da disponibilização dos gametas pelos envolvidos no projeto parental, da possibilidade financeira

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

⁶⁷ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

⁶⁸ Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

do casal para arcar com os custos e da disponibilidade da clínica; e determinável porque é possível individualizar tal técnica dentre as várias que são utilizadas para concretização da reprodução humana assistida.

De mais a mais, neste caso a licitude também se faz presente. É que, como já vimos, não há previsão legal que vede a realização das técnicas de RHA. Assim, partindo da máxima de que “tudo aquilo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido”, baseada no princípio da legalidade que se encontra insculpido art. 5º, II, da Carta Magna Brasileira⁶⁹, a inseminação homóloga *post mortem* é prática considerada inexoravelmente lícita, face à ausência de proibição legal. Dessa forma, resta aqui configurado o segundo pressuposto básico de validade do ato jurídico, qual seja, o de objeto lícito, possível e determinável.

Por fim, no que diz respeito ao quesito formal, verificamos que este também resta concretizado. Como já demonstrado, a única norma existente acerca do tema é aquela prevista na Seção VIII da Resolução nº 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que apenas determina a necessidade de consentimento prévio e específico, sem definir a forma através da qual deve ocorrer.

O art. 107 do Código Reale⁷⁰ entabula perfeitamente essa ideia ao considerar válida a manifestação de vontade, independente da maneira pela qual se exteriorizar, salvo se houver forma prescrita em lei. Neste mesmo sentido, o *Codex* prevê, em seu art. 166, IV⁷¹, que o negócio jurídico será considerado nulo quando deixar de observar a forma específica legalmente prevista, determinando, ainda, a aplicabilidade da aludida regra aos atos jurídicos lícitos, por força do art. 185 do mesmo diploma civilista⁷². Ora, mais uma vez se reforça a ideia de que a ausência de previsão legal torna livre a escolha pela forma através da qual o indivíduo deseja expor a sua vontade, sem que isso tenha o condão de invalidar o ato jurídico por ele praticado.

Não à toa Marcos Bernardes de Mello (2014, p. 80), partindo desta perspectiva, sustenta a ideia de que “no direito atual vigora o princípio da liberdade de forma, segundo o qual é livre às pessoas realizarem o negócio jurídico pela forma que melhor lhes aprouver (Código Civil, art. 107), salvo se a lei prevê, expressamente para aquela espécie, forma própria especial (...)”.

⁶⁹ II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

⁷⁰ Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

⁷¹ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

⁷² Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.

Por outro lado, aqui também é possível aplicar o princípio constitucional da legalidade, por ser ele responsável por vincular a obrigatoriedade da conduta humana à existência de lei. É que, como não há disposição legal quanto à forma que deve revestir o ato de vontade proferido em vida pelo falecido, afastada está a obrigatoriedade de operar-se mediante forma escrita ou qualquer outra que seja, desde que reste inequívoco o desejo do *de cuius*.

Ora, se não há obrigatoriedade legal que impute ao indivíduo a incumbência de deixar autorização escrita quanto ao destino do seu material biológico, tampouco que condicione a realização da inseminação artificial homóloga *post mortem* ao referido documento, não é razoável impedir que o cônjuge sobrevivente concretize os seus projetos de vida com o finado em razão da falta de consentimento escrito. Entender de maneira diversa implica admitir a ofensa ao princípio constitucional do livre planejamento familiar e à autonomia privada do premorto e de sua esposa.

Neste liame, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 701) ressalta, inclusive, que o médico responsável pelo procedimento reprodutivo interventivo não pode, por questão meramente ideológica, negar o acesso ao tratamento àqueles que desejam procriar por métodos artificiais, apenas pelo fato de que os pacientes se recusam a assinar o termo de consentimento informado, vez que este prescinde de obrigatoriedade no que se refere às questões parentais e filiais. Isso porque a vontade em realizar o procedimento pode ser exteriorizada de qualquer maneira, desde que haja a aquiescência do casal e que este seja previamente informado acerca dos aspectos relevantes relativos ao procedimento.

Sendo assim, resta claro que é faculdade do extinto a opção pela forma através da qual irá expressar o seu consentimento, tendo em vista a inexistência de disposição legal que atribua forma específica a tal ato, que jamais poderá ter sua validade questionada em relação ao quesito formal, por ser ele de livre escolha do agente.

Por derradeiro, conclui-se que a essencialidade da manifestação de vontade do falecido se dá justamente por questões de segurança jurídica e por decorrer diretamente da sua autonomia privada, do seu direito ao livre planejamento familiar, e da sua própria dignidade como pessoa humana, podendo o consentimento, também por decorrência da liberdade de escolha do *de cuius* e da ausência de proibição legal, ser manifestado da maneira que melhor convier ao comunicador.

5.1.2. Da analogia como solução jurídica para a omissão legislativa quanto à necessidade de autorização prévia e expressa do falecido para utilização dos seus gametas na inseminação artificial *post mortem*

Embora tenhamos demonstrado a necessidade de autorização prévia e expressa do cônjuge premorto para utilização do seu sêmen congelado na inseminação homóloga póstuma, sob a perspectiva da autonomia privada e da segurança jurídica, também é possível demonstrá-la por um viés legal, extirpando, de uma vez por todas, qualquer resquício de dúvida que possa existir quanto a indispensabilidade do consentimento prévio do falecido.

O Direito é direcionado à tutela das relações existentes entre os diversos agentes do mundo jurídico, a fim de evitar que o exercício de um direito por alguém possa interferir de maneira negativa na esfera jurídica alheia. Entretanto, as normas não são editadas na mesma velocidade em que a sociedade se modifica, o que provoca o surgimento de situações juridicamente relevantes ainda não alcançadas pela tutela legal. Daí a necessidade de suprir as lacunas jurídicas que se apresentam.

A integração do direito é justamente a atividade direcionada ao preenchimento de tais lacunas, que, por sua vez, consistem em defeitos que prejudicam a integralidade lógica do sistema jurídico. Ocorre que tal atividade demanda a análise acerca da inteireza do respectivo sistema jurídico, a fim de se constatar se este é capaz de englobar todas as relações intersubjetivas existentes, dispendo de caráter completo, ou se existe alguma não regulamentada, hipótese em que restaria caracterizado como incompleto (SOARES, 2019, p. 120-121).

Embora indique a existência de doutrinadores que defendem o caráter fechado, completo, do sistema jurídico, Ricardo Maurício Freire Soares (2019, p. 121-122) sustenta a prevalência do entendimento que qualifica o sistema jurídico como aberto, tendo em vista que o legislador não tem a capacidade de antever a dinâmica das relações existentes na sociedade. Isso porque o direito é um fenômeno histórico-cultural, sendo produto das alterações fáticas e valorativas que compõem o contexto social. Contudo, o autor (2019, p. 123) afirma que, apesar da sua incompletude, o sistema jurídico também oferece os instrumentos de integração do Direito, que nada mais são do que ferramentas utilizadas para complementar as lacunas existentes, e que encontram-se expressamente previstos pela ordem jurídica pátria, sendo eles a analogia, os costumes, os princípios e a equidade.

A própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) encampa essa ideia através do seu art. 4^o⁷³, conferindo expressamente ao magistrado a possibilidade de se valer dos instrumentos de integração do Direito para suprir as omissões legislativas.

Busca-se, com isso, evitar que situações juridicamente relevantes resembram despidas de regulamentação, já que, embora o Direito tenha como destinatária final de suas normas a sociedade, esta vive em constante mudança, sendo quase impossível ao legislador atualizar o ordenamento jurídico no mesmo ritmo em que caminha a dinâmica social.

No que diz respeito, especificamente, à interpretação analógica, sua utilização se concretiza nas hipóteses em que o magistrado se vale de norma destinada a regular determinado contexto fático, e a faz incidir sobre situação correlata, acerca da qual a lei se manteve silente. É o que leciona Tercio Sampaio Ferraz Junior (2018, p. 258):

A analogia (...) é forma típica de raciocínio jurídico pelo qual se estende a *facti species* de uma norma a situações semelhantes para as quais, em princípio, não havia sido estabelecida. Não é, propriamente, fonte do direito, mas instrumento técnico de que se vale o juiz para suprir a lacuna. A norma dele resultante é, então, norma jurisprudencial *praeter legem*.

Ainda no que toca a aplicação do aludido instrumento de integração, o autor (2018, p. 329) chega à seguinte conclusão:

O uso da analogia, no direito, funda-se no princípio geral de que se deva dar tratamento igual a casos semelhantes. Segue daí que a semelhança deve ser demonstrada sob o ponto de vista dos efeitos jurídicos, supondo-se que as coincidências sejam maiores e juridicamente mais significativas que as diferenças. Demonstrada a semelhança entre dois casos, o intérprete percebe, simultaneamente, que um não está regulado e aplica a ele a norma do outro.

Nesta mesma levada, Ricardo Maurício Freire Soares (2019, p. 124) afirma que a analogia consiste em “um procedimento que envolve a constatação empírica de que existe uma semelhança entre fatos e um juízo de valor que justifica a relevância das semelhanças”.

Partindo de tais pressupostos, depreende-se que a analogia é o processo hermenêutico através do qual o intérprete do Direito busca regular situação juridicamente relevante não tutelada pela legislação, mediante aplicação de norma relativa a situação diversa, porém idêntica. Como acima explicitado, é a semelhança entre os dois contextos fáticos que permite a utilização da analogia, já que daí também se presume a similitude entre ambos no que se refere aos reflexos jurídicos produzidos.

⁷³ Art. 4^o Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Tendo isso em vista, a possibilidade de utilização do aludido mecanismo para suprir o silêncio legal quanto à necessidade de manifestação prévia do *de cuius* nas inseminações homólogas tardias, é viabilizada pela existência, no ordenamento jurídico pátrio, de normas direcionadas à regulamentação da doação e transplante de órgãos *post mortem*, que, conforme será demonstrado a seguir, em muito se assemelha à técnica de RHA em questão.

Dessa forma, se faz possível traçar interessante paralelo entre ambos os procedimentos, dando margem ao suprimento da lacuna jurídica ora combatida através da subsunção, por analogia, do procedimento de inseminação homóloga tardia às normas que regulamentam a aludida modalidade de transplante de órgãos.

A primeira dessas normas encontra-se insculpida no art. 14 do Código Civil de 2002⁷⁴ e é responsável por validar o ato de disposição total ou parcial do próprio corpo pelo indivíduo, para depois do seu óbito, desde que se dê de maneira gratuita e com finalidade científica ou altruística. Daí se verifica que o legislador se preocupou em garantir a perpetuação do direito à personalidade do indivíduo mesmo após o seu óbito, ou melhor, a concretização da sua vontade não obstante o seu passamento.

O direito às partes separadas do corpo vivo ou morto integra a personalidade humana. Assim sendo, elas são bens (*res*) da personalidade *extra commercium*, não podendo ser cedidas a título oneroso, por força da Constituição Federal, art. 199, § 4º, e da Lei n. 9.434/97, art. 1º. Como as partes separadas acidental ou voluntariamente do corpo são consideradas coisas (*res*), passam para a propriedade do seu titular, ou seja, da pessoa da qual se destacaram, que delas poderá dispor, gratuitamente, desde que não afete sua vida, não cause dano irreparável ou permanente à sua integridade física, não acarrete perda de um sentido ou órgão, tornando-o inútil para sua função natural, e tenha em vista um fim terapêutico ou humanitário (CC, arts. 13 e 14) (DINIZ, 2017, p. 422-423).

Assim, verifica-se que a possibilidade jurídica de o indivíduo dispor de seus órgãos e tecidos para fins de transplante póstumo, está intimamente relacionada ao exercício de sua personalidade jurídica e dos direitos relativos à propriedade, tais como a livre disposição, assim como à sua autonomia privada, como já demonstrado anteriormente. Ademais, tal procedimento deve ser realizado gratuitamente, para fins altruísticos e desprovido de riscos para o doador. Em outras palavras, a redação do art. 14 do Código Reale nos permite chegar à conclusão de que a morte não tem o condão de extirpar a vontade que o falecido manifestou em vida, mas, em verdade, o de garantir que a mesma se perpetue, mesmo após o seu passamento, por se tratar de consequência direta dos direitos acima mencionados.

⁷⁴ Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Com a inseminação homóloga *post mortem* não é diferente. A sua realização pressupõe a coleta, ainda em vida, do material genético do *de cuius*, que em nada implica na sua saúde, tampouco compromete a sua vida, integridade física, ou a funcionalidade de um de seus órgãos, sendo plenamente possível que o mesmo disponha do material genético coletado, inclusive em benefício próprio, como ocorre quando da realização da aludida técnica de RHA.

Neste sentido, não seria demais concluir que tal procedimento reprodutivo encontra-se flagrantemente vinculado aos direitos da personalidade do falecido, por ter como objeto parte do corpo do mesmo, estando autorizado a se subsumir à tutela oferecida pelo multicitado art. 14. Ratificando tal entendimento, Maria Helena Diniz (2017, p. 424) aponta a possibilidade jurídica da “disposição gratuita de partes destacáveis do corpo humano, renováveis (leite, sangue, medula óssea, pele, óvulo, esperma, fígado) ou não, para salvar a vida ou preservar a saúde do interessado ou de terceiro ou para fins científicos ou terapêuticos”.

Verifica-se, então, que assim como os órgãos e tecidos, os gametas recolhidos, ainda em vida, pelo extinto também são considerados partes que podem ser destacadas do seu corpo. Neste sentido, podem vir a ser objeto de disposição pelo seu titular, conforme melhor lhe aprouver, desde que em caráter gratuito e para finalidades específicas fixadas em lei, já que, uma vez destacados, passam a compor o seu patrimônio.

De mais a mais, ao nosso ver, a inseminação homóloga e o transplante de órgãos, ambas em suas modalidades póstumas, possuem muitas outras similaridades além daquela que mencionamos acima, a exemplo da finalidade.

No primeiro procedimento, o dono do esperma coletado busca a satisfação de um desejo pessoal, qual seja, o de concretizar, mesmo após a sua morte e juntamente com a sua esposa, o projeto parental formulado em vida, enquanto no segundo procedimento, o doador de órgãos almeja contribuir para o desenvolvimento científico ou para a sobrevivência e qualidade de vida de um terceiro que se encontre em estado grave de saúde, e/ou correndo risco de vir a óbito.

Ocorre que, através de uma análise comparativa entre as duas situações, temos que, tanto o dono do sêmen coletado para fins de procriação póstuma, quanto o doador de órgãos para transplante *post mortem*, sempre têm em vista, ainda que indiretamente, a ideia de favorecimento, seja ela relacionada a si próprio ou a terceiros. Nesta senda, não restam dúvidas de que, além de tratarem de partes destacáveis do corpo do agente, tendo, portanto, similitude quanto ao objeto, tais procedimentos também compartilham da mesma finalidade, já que, de

uma forma ou de outra, a atitude tomada pelo agente sempre refletirá um caráter altruístico, seja em benefício próprio, de terceiros ou do progresso científico.

Por outro lado, ao contrário do que ocorre com a questão da coleta do sêmen para finalidades reprodutivas póstumas, a tutela legislativa conferida ao transplante de órgãos *post mortem* permite uma conclusão mais assertiva acerca da necessidade de autorização para a sua ocorrência, assim como da possibilidade de ser ela manifestada, em vida, pelo próprio doador, perpetuando-se após o seu passamento.

Sobre o tema, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2019, p. 265-266) explicam que a norma prevista pela atual redação do art. 4º da Lei nº 9.434/1997⁷⁵, responsável pela regulação específica do tema, estabelece a indispensabilidade do consentimento do consorte sobrevivente ou do parente mais próximo do premorto para que se opere o transplante dos órgãos do falecido. Entretanto, ressaltam que a disposição legal do multicitado art. 14 do *Codex* permite constatar que o transplante de órgãos *post mortem* depende da anuência do próprio falecido, o que leva à constatação da existência de um verdadeiro conflito entre os aludidos dispositivos legais.

A despeito disso, os autores (2019, p. 266) sustentam que, através de uma interpretação sistemática e harmônica de tais normas, é possível concluir que a manifestação de vontade dos familiares do *de cuius* terá caráter meramente subsidiário, fazendo-se necessária apenas na ocasião em que o mesmo deixar de indicar, quando em vida, o destino que deseja oferecer ao seus órgãos após o seu passamento. Em outras palavras, quando o falecido manifestar a sua vontade quanto ao procedimento, esta deverá ser atendida, dispensando-se a anuência dos seus parentes.

Compartilhando de tal entendimento, a Jornada de Direito Civil propôs o Enunciado nº 277⁷⁶ no sentido de que o desejo exteriorizado em vida pelo falecido deve prevalecer sobre a vontade de sua família, que apenas se fará necessária em caso de omissão do doador. Aqui, mais uma vez, vislumbramos o exercício da autonomia privada do indivíduo no que se refere à sua propriedade, já que se faz necessário o seu consentimento expresso para a ocorrência da doação.

⁷⁵ Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

⁷⁶ O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador.

Ora, a tutela normativa conferida ao doador de órgãos no que diz respeito a autorização para transplante *post mortem*, nos parece plenamente aplicável e congruente à situação do indivíduo que deseja utilizar os seus gametas para concretização do seu projeto parental, mesmo após a sua morte, já que também neste caso o *de cuius* estará dispendo de sua propriedade, qual seja, seu material genético, fazendo-se necessário, portanto, o seu consentimento.

É o que defende Maria Helena Diniz (2017, p. 719) ao afirmar que, na inseminação homóloga, “a coleta do material e sua utilização dependerá de anuência expressa dos interessados, ligados pelo matrimônio ou união estável, uma vez que têm propriedade das partes destacadas de seu corpo, como sêmen e óvulo”. Entender de maneira diversa significaria atribuir soluções díspares a contextos jurídicos semelhantes, o que não se mostra razoável, inclusive sob a ótica da própria ciência do direito. Se o ordenamento jurídico brasileiro não vislumbra empecilhos para a realização da doação póstuma de órgãos, entendemos que também não deveria fazê-lo quanto a inseminação homóloga tardia, da mesma forma que não se mostra razoável se posicionar em favor da necessidade de manifestação e perpetuação da vontade do indivíduo no primeiro caso, e pelo seu afastamento no segundo. Como dito, a similitude das situações não permite tratamento jurídico diverso, tampouco a manutenção da lacuna normativa concernente à técnica de RHA em questão; o próprio Direito rechaça tal panorama, fazendo-se imperioso o suprimento da aludida omissão.

Partindo de tais premissas, principalmente das semelhanças existentes entre as situações ora analisadas, nos parece clara a possibilidade de aplicação analógica das normas que regulam o transplante de órgãos *post mortem* à inseminação homóloga póstuma, tendo em vista a presença dos requisitos necessários para tanto, quais sejam, a semelhança fática e a omissão legislativa. Assim, da mesma forma que no transplante de órgãos, o aludido procedimento reprodutivo poderá ser realizado, utilizando-se os espermatozoides do cônjuge premorto, desde que este tenha manifestado em vida a sua vontade para tanto, cuja qual manterá a eficácia e deverá ser respeitada mesmo após o seu passamento.

Imperioso destacar que também quanto a esse tema não fora possível constatar a existência de julgados ou de doutrina que aplicassem a tutela da doação e transplante de órgãos póstuma às situações de inseminação homóloga tardia, indicando que o posicionamento ora defendido é inédito.

Dessa forma, através da analogia, resta consignada a possibilidade de aplicação das normas do art. 14 do Código Civil de 2002 e do art. 4º da Lei nº 9.434/1997, bem como da interpretação sistemática de ambos, ao procedimento de inseminação homóloga *post mortem*, levando-nos a

concluir, mais uma vez, pela indispensabilidade da anuência prévia e expressa do falecido quanto a utilização de seus gametas no aludido procedimento, mesmo diante da ausência de previsão legal específica relativa ao tema.

Trata-se de instrumento de integração tutelado pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro, cuja aplicação permite que a deficiência normativa seja solucionada de maneira legítima e adequada, tendo, portanto, sob a nossa humilde perspectiva, o condão de afastar qualquer dúvida acerca da necessidade de consentimento prévio e expresso do falecido para concretização do procedimento reprodutivo em questão.

5.1.3. Da possibilidade de suprimento judicial da autorização do *de cujus*

É preciso, ainda, chamar atenção para importante ponto relativo ao consentimento do falecido, que diz respeito à possibilidade de ser ele suprido judicialmente, desde que observadas circunstâncias específicas. Para fins ilustrativos, será citado julgado proferido no ano de 2012, fundado na existência de conteúdo probatório nos autos da respectiva ação judicial, considerado suficiente para demonstrar a vontade inequívoca do *de cujus* de procriar através da inseminação artificial.

O importante precedente fora proferido em 06 de março de 2012 pelo Juízo da 13ª Vara Cível, da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, do Estado do Paraná, de titularidade do Juiz de Direito Alexandre Gomes Gonçalves, nos autos do processo tombado sob o nº 0027862-73.2010.8.16.0001.

No caso concreto, um casal com dificuldades de conceber naturalmente fora instruído, após buscar ajuda médica, a socorrer-se da inseminação artificial. Entretanto, ao optar pela realização de tal procedimento, descobriram que o varão encontrava-se acometido por doença grave, cujo tratamento oferecia grandes chances de torna-lo estéril. Diante disso, o mesmo coletou seu sêmen e o depositou em instituição destinada ao armazenamento de materiais genéticos (2012, p. 1). Após o agravamento do quadro clínico do marido, a cômjuge virago decidiu postergar a realização do método reprodutivo, mas o varão veio a óbito antes mesmo que este fosse realizado. Ao recorrer à clínica de armazenamento dos gametas para proceder à inseminação póstuma, a cômjuge supérstite teve o seu pedido negado em virtude da inexistência de autorização expressa do falecido para realização da técnica de RHA, e do receio da instituição de eventual responsabilização civil, levando a consorte sobrevivente a ajuizar a respectiva

demanda judicial, com pedido liminar, a fim de que a clínica fosse condenada a realizar a inseminação (2012, p. 1).

Conforme aponta o próprio magistrado prolator do *decisum* (2012, p. 2-3), o processo não tinha como objetivo a resolução de uma lide em si, já que a clínica não era contrária a realização do procedimento, mas tão somente responder o questionamento suscitado pela instituição quanto à possibilidade de atender à solicitação da nubente supérstite de realizar a inseminação homóloga *post mortem*, mesmo sem autorização expressa do premorto neste sentido. Em primeiro lugar, o juiz reconheceu o direito da cônjuge virago de utilizar o material genético deixado pelo falecido, mesmo diante da ausência de manifestação expressa, valendo-se dos argumentos que embasaram a decisão liminar, por ele proferida nos autos do aludido processo, amparados na legitimidade dos sucessores para realizar o desejo do *de cuius* de ser pai, bem como no direito igualitário do casal de levar a efeito o planejamento familiar:

Se a vontade do pai parece ser o elemento chave a amparar a pretensão, não se pode senão entender que os sucessores do doador estejam legitimados a dispor do material genético, coletado em vida como garantia do propósito frustrado pelos tratamentos químico e radioterápico e pela morte prematura do esposo da autora, que esses tratamentos não puderam evitar. Em outros termos, podem os sucessores pretender utilizar o esperma congelado para concretizar a vontade de Roberto Jefferson Niels, ante o que prescrevem os arts. 1.829, II, 1.836, 1.837 e 1.845 do Código Civil, sendo a pretensão exercitável isoladamente pela autora, segundo o que estabelecem os arts. 1791, parágrafo único, e 1.314, caput, do mesmo Código.

(...)

A autora, portanto, parece ter o direito de concretizar os planos feitos em vida com o marido, utilizando-se dos meios deixados por ele, notadamente porque, segundo prescrevem os §§ 5º e 7º do art. 226 da Constituição Federal, o planejamento familiar é de livre decisão do casal e os direitos referentes à sociedade conjugal “exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Essas normas constitucionais estão reafirmadas no art. 1.565 do Código Civil vigente e no art. 2º da Lei nº 9.263/96 (2012, p. 4-5).

Ainda quanto à pretensão da cônjuge sobrevivente, o magistrado sustentou o seu caráter legal, com base no princípio constitucional da legalidade, tendo em vista a ausência de norma expressa que proibisse a realização da inseminação homóloga *post mortem*, ressaltando, inclusive, que o Código de Ética Médica, então vigente, aprovado pela Resolução nº 1931/2009 do Conselho Federal de Medicina, não se ocupava de regular a legalidade das práticas médicas, mas tão somente as questões éticas a elas atinentes (2012, p. 7). Firmado tal entendimento, o juiz passou à análise do conteúdo probatório dos autos, na tentativa de aferir a real vontade do falecido, partindo da premissa de que “a falta de prova escrita produzida pelo próprio interessado não impede que a realidade seja evidenciada por outros meios e suprida judicialmente, o que também não lhe retira o caráter expresso” (2012, p. 5).

Neste sentido, o magistrado concluiu, através dos documentos carreados aos fólios, que o falecido de fato almejava ser pai, ideia que carregou consigo até os seus últimos dias de vida (2012, p. 5).

Ato contínuo, o julgador passou a argumentar que a Resolução nº 1957/2010 do CFM, então vigente, não exigia a forma escrita para o consentimento do falecido, mas apenas que fosse ela prévia e específica, motivo pelo qual sustentou que, atendidos tais requisitos, e podendo ser constatada de maneira inequívoca por meios alternativos, a autorização pode ser judicialmente suprida caso não tenha sido veiculada por escrito (2012, p. 8). E seguiu argumentando:

(...) se o ordenamento jurídico autoriza o suprimento judicial, em prol de um determinado direito, de autorização injustamente negada (v.g., Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV, Código Civil, arts. 67, inciso III, 464, 1519, 1553 e 1648/1650), com maior razão deverá ele albergar a pretensão de suprimento de forma em autorização inequívoca. Nessa situação, a autorização prévia e escrita eventualmente exigida por regulamento profissional poderá ser sempre suprida pelo Poder Judiciário, quando a legalidade do ato ou procedimento avaliado, afirmada por decisão judicial, nunca poderá ser questionada por cortes profissionais (2012, p. 8).

De mais a mais, tendo em vista que o objeto do contrato firmado entre as partes se restringia ao armazenamento dos gametas do falecido, não abrangendo a realização da técnica de RHA póstuma, o magistrado concluiu pela impossibilidade de obrigar a clínica especializada a realizar tal procedimento, reservando-se ao simples dever de autorizar a instituição a atender ao pedido da cônjuge supérstite (2012, p. 6-8).

Partindo de tais premissas, o juiz proferiu sentença na qual julgou procedente, em parte, o pleito autoral, e confirmou em termos a liminar, autorizando que a clínica demandada levasse a efeito o procedimento da inseminação homóloga na consorte sobrevivente, valendo-se, para tanto, do material genético deixado pelo *de cuius* (2012, p. 9).

Diante dos argumentos traçados na decisão analisada, parece óbvia a possibilidade de suprimento judicial da autorização do *de cuius*, sendo este o posicionamento que ora se busca defender.

Como já demonstrado, a inseminação homóloga *post mortem* é mais comumente utilizada nas situações em que o indivíduo corre grande risco de tornar-se infértil ou estéril, e morrer antes da concretização do seu projeto parental, socorrendo-se da intervenção médica para manter vivos o desejo e a possibilidade de ser pai. Nestes casos, o sujeito dispõe de tempo suficiente para se preparar com mais calma e cautela, e exteriorizar o seu *animus*, por qualquer forma que seja, para todos aqueles que estejam de alguma maneira envolvidos no processo reprodutivo,

ou que, ao menos, venham a ser afetados pela sua concretização, sem dar brechas a eventuais questionamentos acerca da sua real vontade.

Entretanto, também é possível vislumbrar o cenário em que o varão venha a óbito em razão de algum acidente ou doença fulminante, e, em razão disso, não tenha tido tempo hábil para expressar sua vontade de maneira completamente inequívoca para terceiros que não a sua esposa. Ademais, não se mostra absurda a hipótese de a clínica de fertilização, responsável pelo armazenamento dos gametas do falecido, querer se acautelar contra eventuais problemas jurídicos e exigir algum documento escrito que efetivamente registre o desejo do *de cuius* de ter o seu material biológico implantado no corpo da cónyuge sobrevivente, objetivando a reprodução assistida, como ocorreu no processo judicial acima narrado. Nestes casos, se mostra extremamente prudente o suprimento judicial da sua autorização, até mesmo por questões de segurança jurídica dos envolvidos e de preservação dos seus respectivos direitos.

Ora, sabendo-se que não há forma predeterminada para manifestação de vontade do falecido, esta pode, por óbvio, ser realizada verbalmente, conforme já delineado. Assim, na hipótese de restarem configuradas uma das situações acima mencionadas, e da vontade do premorto não ter sido claramente exteriorizada a todos os envolvidos, deixando de atribuir a devida segurança jurídica ao procedimento, esta pode ser judicialmente suprida, desde que tenha sido prévia, específica e possa ser comprovada de maneira inconteste por vias alternativas.

Dessa forma, como já pontuado, o importante é que o desejo do *de cuius* reste incontroverso, independentemente da forma através da qual tenha sido exteriorizado ou possa vir a ser constatada.

Ressalte-se que não estamos aqui defendendo a esdrúxula hipótese de o Poder Judiciário atuar como substituto do falecido, expressando vontade que jamais existiu, ou de obrigar a clínica de RHA a realizar procedimento que não se comprometeu a fazer, tampouco de obrigar a instituição a fazê-lo apenas fundado na vontade da cónyuge supérstite, mas sim a possibilidade de a Justiça, com base na análise casuística e no conteúdo probatório carreado aos autos da respectiva ação judicial, formular o juízo de valor mais próximo da verdade e suprir a falta de autorização inequívoca do extinto.

É que não se mostra coerente obstar a concretização do sonho de dois indivíduos, traduzido no projeto parental conjunto, pelo simples fato de o falecido não ter conseguido tornar de notório saber o seu desejo de ser pai. Tendo sido manifestada em vida, ainda que para poucas pessoas, a vontade de ter o seu material genético utilizado no procedimento reprodutivo póstumo, esta

já se configura como prévia e específica. Por outro lado, havendo outros meios efetivamente capazes de comprovar o consentimento do *de cuius*, também restará caracterizado o seu caráter incontestável.

Ocorre que, não obstante a importância da aludida decisão, o tema está longe de ser pacificado. À título exemplificativo, cabe trazer à baila da presente monografia acórdão proferido nos autos do processo tombado sob o nº 0100722-92.2008.8.07.0001, pela 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, sob a relatoria da Desembargadora Nídia Corrêa Lima, em 03/09/2014, notadamente por trazer posicionamento em sentido diametralmente oposto aquele esposado na decisão do Juízo da 13ª Vara Cível de Curitiba, embora se trate de situação semelhante. No acórdão, apesar de a Relatora (2014, p. 15-20) ter se manifestado em sentido favorável à realização do procedimento reprodutivo póstumo com o material genético do falecido, com argumentos similares àqueles suscitados pelo Juízo da 13ª Vara Cível da Comarca de Curitiba, o Desembargador Getúlio Moraes Oliveira (2014, p. 22) rechaçou tal posicionamento, alegando a inexistência, nos autos, de indícios outros que demonstrassem a efetiva vontade do extinto de ter filhos com a cônjuge sobrevivente, muito menos após a sua morte. Neste mesmo sentido se posicionou o Desembargador Flavio Rostirola (2014, p. 33). Diante disso, o Colegiado (2014, p. 1) concluiu pela impossibilidade de utilização do material genético do falecido na inseminação homóloga tardia, tendo em vista a inexistência de consentimento expresso. Senão vejamos:

Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado *post mortem*, não se pode presumir o consentimento do *de cuius* 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.

Embora se considere a força argumentativa do aludido julgado, discordamos do posicionamento majoritário acima adotado. Por todos os motivos anteriormente expostos, entendemos pela viabilidade, em caráter excepcionalíssimo, do suprimento judicial do consentimento do *de cuius*, desde que seja possível a constatação da sua vontade inequívoca através de elementos outros que não a manifestação expressa de vontade, até porque, como já argumentado, por vezes o tempo não advoga em favor do finado.

Ressalte-se que entender pela possibilidade de suprimento judicial da autorização não significa afirmar que ela de fato se concretizará, tampouco que tal pedido será suscitado em todas as demandas judiciais que tenham como objeto a inseminação homóloga póstuma, que, diga-se de passagem, também são raras. O próprio caráter excepcional da ação demandará uma análise

casuística e cuidadosa da situação, a fim de se averiguar se de fato há indícios acerca da real vontade do falecido.

Ademais, como já pontuado anteriormente, o consentimento prévio e expresso constitui um requisito *sine qua non* para a realização da inseminação homóloga tardia. Se há possibilidade de ser ele suprido por decisão judicial, não há por que obstá-la, até porque isso significaria cercear direitos como o livre planejamento familiar, a autonomia privada, e a própria dignidade da pessoa humana, diretamente vinculados à celeuma em questão, por motivos meramente formais.

Assim, afastar a possibilidade de satisfação judicial da autorização significa ir de encontro com o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente pela afronta que representa a princípios constitucionais, devendo esta ser permitida em caráter excepcional e a fim de assegurar a máxima efetividade dos direitos daqueles envolvidos no projeto parental.

5.2. DO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA DO CONCEPTURO POR FORÇA DO SEU VÍNCULO FILIATÓRIO COM O *DE CUJUS*

5.2.1. Dos argumentos favoráveis

Conforme já delineado, além da filiação, questões relativas ao Direito das Sucessões também entram em debate quando se trata de inseminação artificial póstuma. Enquanto parte da doutrina defende a essencialidade da autorização prévia do *de cujus*, assim como a sua suficiência para garantir à prole decorrente de tal procedimento os direitos sucessórios relativos à herança deixada pelo falecido, outra parte, inclusive entre aqueles que se posicionam de maneira favorável à existência do prévio consentimento, assume que nem mesmo a manifestação de vontade poderá conferir ao nascido o direito de herdar pela sucessão legítima.

O tema está longe de ser pacificado entre os juristas, sendo controverso em vários aspectos. Como afirma Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2009, p. 56), a única coisa efetivamente delineada “é que nosso sistema sucessório, mesmo o do Código Civil de 2002, pertence a um mundo diferente deste em que a engenharia genética pode, entre tantas outras coisas, e por exemplo, viabilizar uma concepção após a morte dos ascendentes biológicos”.

Parte significativa da doutrina, através de uma interpretação literal do art. 1.798 do Código Reale, não reconhece os direitos sucessórios ao indivíduo oriundo da inseminação homóloga *post mortem*, com fundamento no princípio da coexistência, porquanto a futura criança ainda não teria sido concebida ou nascida no instante do falecimento do genitor, e, por via de consequência, da abertura da sucessão.

Entretanto, há de se observar que, ao se interpretar a vocação hereditária prevista pelo dispositivo supra, deve-se levar em consideração que não fora vislumbrada a possibilidade de que um indivíduo pudesse conceber um filho mesmo após o seu passamento, mediante a utilização dos seus gametas congelados no procedimento reprodutivo, ao passo que a inexistência de proibição legal expressa demanda que o exegeta adeque esse novo contexto aos princípios da isonomia entre os filhos e do livre planejamento familiar, dispostos nos arts. 227, § 6º, e 226, § 7º, ambos da Constituição Federal de 1988 (ALBUQUERQUE FILHO, 2005, p. 22).

Tendo isso em vista, o posicionamento defendido no presente trabalho é aquele encabeçado pela corrente inclusiva, que, a despeito da regra constante do art. 1.798 do *Codex*, e a partir de uma interpretação sistemática e principiológica do ordenamento jurídico pátrio, confere amplos direitos ao indivíduo oriundo da inseminação póstuma, tanto no âmbito do Direito de Família como no âmbito dos direitos sucessórios, desde que haja autorização prévia e expressa do indivíduo para utilização do seu material genético congelado no aludido procedimento reprodutivo.

Conforme já pormenorizado, o consentimento prévio e expresso do falecido apenas tem o condão de conferir ao procedimento de inseminação homóloga póstuma a segurança e a legitimidade necessárias para a sua ocorrência, assim como o de facilitar o reconhecimento dos respectivos direitos relativos à futura criança, evitando eventuais transtornos entre os envolvidos, inclusive no âmbito jurídico.

Seguindo esta linha intelectual, Ana Cláudia Silva Scalquette (2009, p. 167) sustenta a ideia de indispensabilidade da autorização expressa e incontestável do casal, sob a perspectiva da segurança que a mesma atribui à inseminação homóloga, permitindo a superveniência do procedimento reprodutivo relativamente à morte do cônjuge varão.

Contudo, muito além da existência de consentimento prévio e expresso do falecido, o argumento que melhor advoga em favor do indivíduo oriundo da aludida técnica reprodutiva é a presença inexorável do seu vínculo filiatório com o *de cuius*, já que a compatibilidade genética

entre eles se fará presente independentemente da vontade, por decorrer de procedimento homólogo. Não é a autorização do extinto que tem o condão de conferir ao concepturo os seus direitos sucessórios, mas sim o parentesco existente entre eles.

Dentro da ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829 do Código Civil de 2002, os descendentes encontram-se elencados como primeira classe dos sucessíveis. Isso significa que, vindo a falecer o autor da herança, os filhos, juntamente, em alguns casos, com o cônjuge ou companheiro sobrevivente, serão os primeiros a serem chamados para suceder.

Não se olvide que os filhos também são considerados pelo ordenamento jurídico brasileiro como herdeiros necessários, nos termos do art. 1.845 do *Codex*, fazendo, portanto, jus à metade de todo o patrimônio deixado pelo falecido, conforme versa o art. 1.846 do aludido diploma normativo⁷⁷, e devendo ser obrigatoriamente vocacionados a compor o processo sucessório.

Como se vê, os dispositivos acima mencionados são genéricos e não fazem qualquer distinção entre a prole, nem mesmo quanto à sua origem, cabendo afirmar que todos os filhos estão resguardados pela tutela das referidas normas, inclusive aqueles oriundos das técnicas de reprodução humana artificial.

Tal conclusão é alcançada através de uma análise sistemática entre tais dispositivos e a Constituição Federal ora vigente, que, em seu art. 227, § 6º, inaugurou o princípio da igualdade absoluta entre os filhos, a fim de superar as antigas distinções de tratamento conferido à prole pelo ordenamento jurídico brasileiro, inclusive quanto ao Direito das Sucessões. Isso porque, “como foi a Constituição de 1988 que igualou todos os direitos dos filhos, a partir de sua vigência não se distingue mais o direito sucessório de qualquer um deles. As leis que sucedem a Carta Maior nada mais fazem do que regulamentar os princípios ali fixados” (VENOSA, 2013, p. 140).

Por ocupar o posto mais alto dentro da hierarquia normativa, a *Lex Mater* serve como uma espécie de guia do ordenamento jurídico, ao passo que todas as demais normas devem ser editadas e interpretadas em consonância com as constitucionais, sob pena de invalidade⁷⁸.

⁷⁷ Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

⁷⁸ Conforme explica Dirley da Cunha Junior (2019, p. 101-102), todas as normas jurídicas gozam de imperatividade, por estabelecerem ações ou omissões, característica essa que também impera sobre as normas constitucionais das Constituições rígidas. Entretanto, quanto a estas últimas, o caráter imperativo também se apresenta sob uma outra faceta, qual seja, a da soberania sobre as demais normas que compõem a ordem jurídica, que, por sua vez, deverão ser compatíveis com os preceitos constitucionais, tanto no âmbito formal, quanto no material. Assim, estando relacionada à ideia de norma fundamental, a supremacia constitucional funciona como mecanismo balizador da validade de todo o ordenamento jurídico.

Assim, existindo norma constitucional que, repise-se, estabelece a igualdade absoluta entre os filhos, eliminando qualquer possibilidade de tratamento discriminatório entre eles, não parece correta a interpretação que se atém à literalidade do art. 1.798 da Lei Civil, e não confere ao concepturo o direito de suceder na herança deixada pelo genitor morto prematuramente. É preciso considerar a integralidade do ordenamento jurídico, e, principalmente, a normatização magna.

É justamente ao propor uma análise conjunta dos dispositivos legais, em especial do art. 1.597, III, do Diploma Civilista, e do art. 227, § 6º, da Carta Maior, que Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 76) conclui que, diante da igualdade de direitos sucessórios dos filhos na sucessão legítima, e do fato de o *Codex* considerar como filha do falecido a criança engendrada pela técnica reprodutiva póstuma, não haveria razão para elidir o direito da mesma de suceder, sob pena de se admitir, no ordenamento jurídico pátrio, a presença de filho despido do aludido direito, ao arrepio da norma constitucional em questão.

Demais disso, o próprio Código Reale ratifica, em seu art. 1.596, o princípio da isonomia absoluta entre os filhos, através de redação idêntica àquela do dispositivo constitucional supra, igualando a prole em todos os aspectos, inclusive no que tange a sua origem e a atribuição de seus direitos⁷⁹.

Assim, o simples fato de ser filho é suficiente para atribuir à prole eventual do premorto todos os efeitos sucessórios atualmente presentes no ordenamento jurídico, até porque a futura criança será inexoravelmente considerada descendente, e, por via de consequência, sucessora legítima e necessária do *de cuius*. Isso porque, ainda que não se vá pelo viés da obviedade genética, o art. 1.597, III, do Diploma Civilista, fixa a presunção de paternidade entre o falecido e o indivíduo oriundo da inseminação homóloga *post mortem*, afastando por derradeiro qualquer dúvida quanto ao vínculo filiatório entre eles, e, conseqüentemente, quanto aos direitos sucessórios da futura criança⁸⁰.

⁷⁹ É o que explica Rolf Madaleno (2018, p. 657-658), para quem o aludido princípio promove a equivalência entre os filhos, sejam eles adotivos ou concebidos ou não por pessoas unidas pelo laço matrimonial, colocando-os em um patamar equiparado de reconhecimento e direitos, e afastando tratamentos discriminatórios.

⁸⁰ Neste ponto, interessante ponderação é feita por Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (2005, p. 22), ao afirmar que o não reconhecimento de direitos sucessórios à prole concebida mediante fecundação assistida póstuma macula a própria vontade manifestada, em vida, pelo genitor falecido de estender a família que formou com a pessoa que escolheu para compartilhar vivências, mesmo que estes planos tenham sido interrompidos pela sua morte. A referida postura demonstra a prevalência de direitos patrimoniais do demais sucessores em detrimento da vontade de ampliar o núcleo familiar e do amor, que transcende as barreiras da vida e da morte. Trata-se de evidente violação aos multicitados preceitos constitucionais da isonomia entre os filhos, da afetividade e da dignidade da pessoa humana, do qual todos os outros são corolários.

Também a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, dessa vez entre o art. 1.798 do *Codex* e os arts. 5º e 227, § 6º, ambos da Norma Vértice, Samantha Khoury Crepaldi Dufner e Vinícius Yuji Hirai (2017, p. 28) concluem que o indivíduo oriundo da inseminação homóloga póstuma deve ser considerado como filho e herdeiro de primeiro grau, dispondo de todos os direitos e garantias previstos na Magna Carta Brasileira. Os autores (2017, p. 29) trazem, ainda, o argumento de que a herança deve ser reconhecida ao concepturo em razão do seu aspecto incorpóreo, qual seja, o amor:

Hodiernamente, a palavra “herança” nos remete à transmissão de propriedade e capital. Porém, não podemos olvidar que, além do aspecto material, conceber o direito de herança envolve também o amor, pois não há de se afastar que o patrimônio adquirido em vida visa garantir o bem-estar próprio e daqueles que amamos. Transmitimos aos herdeiros, além dos bens materiais, nosso desejo de uma existência amparada e digna, na qual possa desenvolver todo o seu potencial, alcançando a felicidade através da realização dos sonhos. Assim, a herança tem um aspecto imaterial, vez que por mais que a herança não supra a lacuna da figura paterna, nela encontramos todo o cuidado que o pai quer proporcionar aos filhos, sendo este gesto um ato de amor e afeição. Negar a herança ao filho concebido por inseminação artificial homóloga após a morte do pai, em última instância, é negar todo o amor que este pai gostaria de propiciar ao seu filho em vida.

Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2019, p. 203), por sua vez, considera que a previsão legal do art. 1.597, III, do Diploma Civilista, permitiria uma eficácia sucessória retroativa em benefício dos nascidos póstumos, já que a presunção legal é a de que nasceram na constância do casamento. Segundo o autor, isso se dá em virtude do art. 227, § 6º, do Texto Magno, ratificado pelo art. 1.596 da Lei Civil, que confere tratativa de absoluta igualdade aos filhos, independentemente de sua origem, sendo vedado qualquer tipo de discriminação entre eles, e do fato de a prole estar classificada em primeiro lugar na ordem de vocação hereditária, nos termos do art. 1.829, I, do aludido diploma normativo, pelo que estaria garantido o reconhecimento dos direitos sucessórios à prole póstuma.

Ademais, ainda que assim não se considere, é possível analisar a questão sob a ótica do princípio da coexistência, uma vez que, considerando-se concebidos na constância da sociedade conjugal os filhos oriundos de procedimento reprodutivo artificial homólogo, a prole póstuma é alcançada pela disciplina do art. 1.798 do *Codex*, sendo, portanto, legitimada a suceder

(CARVALHO, 2019, p. 205)⁸¹. Neste mesmo sentido se posicionam Caio Mario da Silva Pereira⁸² e Anderson Schreiber⁸³.

Cristiano Colombo (2013, p. 91-92), por seu turno, ao mesmo tempo em que compila os argumentos acima esposados, corroborando com tais entendimentos, também inova ao se basear no fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, inclusive do Direito das Sucessões, e nos princípios da socialidade, da eticidade, e da operabilidade. Por estas razões, entende o autor que, constituído o vínculo filiatório, imperiosa se faz a atribuição da condição de herdeiro ao concepturo no âmbito da sucessão *ab intestato*.

De outro turno, também pela ótica do princípio da igualdade absoluta entre os filhos é possível rechaçar o entendimento doutrinário de que o concepturo apenas disporia de legitimidade testamentária passiva, ou seja, que somente poderia suceder por força de testamento, conforme sustenta a corrente relativamente excludente⁸⁴.

Isso porque restringir os direitos sucessórios da prole eventual do *de cuius* apenas à sucessão testamentária significaria incorrer em flagrante violação ao princípio acima mencionado, já que todos os outros filhos são considerados aptos para participar da sucessão legítima. Assim, restaria configurado tratamento completamente discriminatório entre os descendentes do falecido, motivado única e exclusivamente pela origem diversa, o que não se pode permitir.

Compartilhando deste entendimento, Maria Berenice Dias (2018, p. 130) sustenta ser inadmissível que o concepturo tenha a garantia do seu direito sucessório vinculada à existência de deixa testamentária, já que os filhos devem ser tratados igualmente.

⁸¹ Em sentido diametralmente oposto, Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior (2003, p. 12) defende, com base na redação do art. 1.798 do Código Reale, que o embrião fertilizado após o falecimento do genitor não disporia de direitos sucessórios, uma vez que sua concepção ainda não teria ocorrido, tampouco o seu nascimento, quando da abertura da sucessão. Nesta mesma levada, Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 607-608) sustenta que, caso ainda não haja embrião no momento de abertura do processo sucessório, mas tão somente material genético criopreservado deixado pelo *de cuius*, o ser que for gerado pela eventual utilização desses gametas não gozará de direito sucessório algum no que se refere à herança do premorto, já que ainda não havia sido concebido quando do seu passamento.

⁸² O autor (2017, p. 49-50) afirma que, se a prole havida após o passamento do genitor é tida como concebida durante as núpcias, o critério para atribuição de legitimidade sucessória restaria atendido, vez que, para efeitos legais, a futura criança receberia a qualificação de nascituro, e não apenas de concepturo, igualando-se integralmente àquele que, concebido por relação sexual, estivesse apenas com o nascimento pendente no momento em que fora declarado aberto o processo sucessório.

⁸³ Leciona o doutrinador (2018, p. 939) que a presunção de paternidade é, de fato, uma *fictio iuris* porquanto remonta o instante da concepção à constância das núpcias, ao passo que restaria teoricamente preenchido o requisito disposto no art. 1.798 da Lei Civil, vez que se estaria diante de um herdeiro já concebido quando do falecimento do *de cuius*, e conseqüentemente, da abertura da sucessão.

⁸⁴ É o caso de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2019, p. 144-145) que não reconhecem a legitimidade sucessória do concepturo, defendendo apenas a possibilidade de ser ele favorecido por disposição testamentária elaborada pelo genitor morto prematuramente, nos termos do art. 1.800, § 4º, da Lei Civil, desde que a concepção se dê dentro do período de dois anos, a contar da abertura da sucessão. Caso contrário, o benefício caducaria.

Nesta mesma toada, Marcio Rodrigo Delfim (2011, p. 17), sob a égide do princípio da igualdade absoluta entre os filhos, aponta a inconstitucionalidade do posicionamento que, com fulcro no art. 1.799, I, do Código Reale, atribui legitimidade sucessória ao filho de mesmos genitores nos casos em que o pai venha a óbito após ser ele concebido, mas limita a condição do filho à herdeiro testamentário nas hipóteses em que o passamento do genitor ocorrer antes da concepção.

Por fim, é possível, ainda, analisar a questão pela perspectiva do direito à herança, garantido pela Magna Carta Brasileira através do seu art. 5º, XXX⁸⁵, e que se encontra elencado dentre o rol de direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Também aqui não é conferido qualquer tratamento discriminatório aos filhos ou a quem quer que seja, se tratando, portanto, de direito absoluto e incondicionado de qualquer pessoa.

A existência de tal norma também reclama que os dispositivos legais previstos no Código Civil de 2002 sejam interpretados em conformidade com o que preceitua, sempre na sua modalidade mais ampla, notadamente por ter caráter constitucional. Tendo isso em vista, bem como a ausência de qualquer ressalva legal expressa, conclui-se que o direito à herança também é assegurado ao indivíduo oriundo da inseminação homóloga póstuma, não cabendo às normas infralegais extirpar deles a aludida garantia.

Deste entendimento compartilha Marcio Rodrigo Delfim (2011, p. 14-15), que afirma o seguinte:

(...) a própria CF/1988 garante o direito de herança no art. 5º, inciso XXX, sem estabelecer nenhuma restrição, motivo pelo qual entendemos que, diante dos avanços tecnológicos e científicos, sendo possível hoje em dia a realização de inseminação artificial homóloga mesmo após a morte do doador do material genético, seria inconstitucional a interpretação restritiva do art. 1.798, do Código Civil.

Carlos Roberto Barbosa Moreira (2007, p. 39-40), por sua vez, explica que, em seu viés prático, tal dispositivo simboliza uma forma de defesa contra a lei destinada a suprimir o direito sucessório ou a cerceá-lo demasiadamente, de maneira a ultrapassar os limites daquilo que se considera plausível, se ocupando de resguardar o direito sucessório em tese, contra quaisquer comportamentos afrontosos do legislador ordinário.

Assim, considerando que a Constituição ocupa a mais alta posição da hierarquia normativa, sendo caracterizada como norma vértice e fundamental de todo o ordenamento jurídico, não se pode permitir que o Código Civil de 2002, norma hierarquicamente inferior, retire do

⁸⁵ XXX - é garantido o direito de herança;

concepturo o direito à herança, que é garantido a todo e qualquer indivíduo, inclusive a ele próprio, face ao caráter genérico do art. 5º, XXX, da Carta Maior.

Não se olvide que a inseminação homóloga *post mortem* é aplicada em caráter excepcional, e é sob esta perspectiva que também deve ser encarada a atribuição de efeitos sucessórios ao concepturo. É que, além deste ser filho biológico do falecido, a excepcionalidade da situação autoriza a mitigação do art. 1.798 do *Codex*, com vistas a preservar os direitos fundamentais do filho póstumo, em detrimento de meras imposições legais arcaicas e herméticas, que não mais se coadunam com o contexto social ao qual se direcionam.

Nesta mesma levada, Marcio Rodrigo Delfim (2011, p. 15) ressalta a atipicidade do procedimento reprodutivo em questão, afirmando que, por esta razão, deve ser mantida a regra geral do dispositivo supra, que atribui aptidão sucessória somente aos nascidos ou concebidos quando da abertura da sucessão, e que, apenas nos casos de inseminação homóloga póstuma esta regra deverá ser excepcionada, beneficiando a prole eventual do *de cuius*.

Diante de todos esses argumentos, a conclusão não é outra senão pela legitimidade sucessória do indivíduo oriundo do procedimento reprodutivo *post mortem*, que deverá participar da sucessão *ab intestato* juntamente com eventuais irmãos que tenha, todos sob as mesmas condições legais, em respeito aos princípios da igualdade absoluta entre os filhos e do direito à herança, ambos tutelados constitucionalmente, assim como à ideia de que os direitos individuais do concepturo não podem sucumbir perante a suposta segurança jurídica do processo sucessório, tampouco perante os direitos dos demais herdeiros.

Contudo, é preciso se atentar para o fato de que também não se faz coerente observar a situação em comento apenas sob perspectiva do concepturo, e comprometer, por completo, os direitos sucessórios dos demais herdeiros em seu benefício, sendo necessário estabelecer determinados limites, principalmente no que tange a questão temporal, para fins de preservação dos outros participantes da sucessão. Sob a ótica do Direito, não se faz possível desamparar legalmente um grupo de indivíduos em detrimento de outro(s), devendo haver uma ponderação entre os direitos envolvidos, a fim de se chegar à conclusão juridicamente mais acertada e justa, e que comprometa os envolvidos nas menores proporções possíveis.

5.2.2. Da necessidade de fixação de prazo máximo para realização da inseminação homóloga póstuma

Outra questão que merece ser aqui debatida diz respeito à estipulação de prazo máximo para realização da inseminação homóloga *post mortem*, já que também não há previsão legal quanto a isso.

Assim como tudo o que permeia o tema sob análise, este ponto também é controvertido, tendo em vista que parte da doutrina defende a necessidade de fixação do aludido marco temporal, por uma questão de segurança jurídica, enquanto outra parte sustenta ser ele prescindível face a impossibilidade de cerceamento de direitos.

Desta última corrente faz parte Marcio Rodrigo Delfim (2011, p. 16), que afirma não ser possível a estipulação de prazo para a realização do procedimento reprodutivo em questão, sob pena de afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana, relativamente à cônjuge supérstite, e do livre planejamento familiar. Neste sentido, o autor se posiciona em favor da hipótese segundo a qual a esposa do falecido poderá levar a inseminação homóloga póstuma a efeito quando lhe for mais conveniente.

Entretanto, é flagrante a inviabilidade prática desta tese, notadamente quando outros herdeiros do *de cuius* se fizerem presentes. Isso porque estes também sucederão na herança deixada pelo extinto, ao passo que o aludido direito não poderia ficar à mercê única e exclusivamente da decisão da consorte sobrevivente, sujeitando os demais sucessores a uma situação clara de insegurança jurídica.

É que, caso este entendimento prevalecesse, estaria se autorizando a absurda hipótese de os herdeiros que sucederam conforme os parâmetros normais fixados pela legislação, não poderem desfrutar plenamente do patrimônio herdado, agora de sua titularidade, em razão do receio de eventualmente, e a qualquer momento, ter de dividi-lo com a prole eventual do falecido.

Sendo assim, não se mostra prudente conferir à esposa do *de cuius* condição *ad aeternum* para concluir o projeto parental desejado, sendo necessário levar em consideração tanto os direitos dos outros sucessores quanto os da própria consorte supérstite, a fim de atingir solução que se adeque a ambas as situações.

Feitas tais ponderações, se faz imperiosa a estipulação de um prazo que seja razoável para a realização da inseminação homóloga *post mortem*, levando em conta que nem sempre o procedimento é exitoso na primeira tentativa; o período de luto que a esposa ou companheira irá enfrentar; e a ideia de não comprometer os direitos sucessórios dos demais herdeiros, conferindo a segurança jurídica necessária.

Ao tratar do tema, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (2005, p. 22) defende que o prazo em questão deveria ser definido pelo próprio falecido por documento escrito ou via testamento, respeitando o limite máximo de dois anos para que a inseminação seja realizada e a prole concebida, e que, em caso de omissão, deveria ser aplicado, por analogia, o prazo de dois anos previsto para que a prole eventual de terceiro, favorecida na sucessão testamentária, seja engendrada, nos termos dos arts. 1.799, I, e 1.800, § 4º, ambos do *Codex*⁸⁶.

Em sentido contrário, Anna de Moraes Salles Beraldo (2010, p. 83) entende que o prazo para utilização, pela cônjuge supérstite, do material genético criopreservado deixado pelo falecido, na inseminação homóloga póstuma, deve ser fixado pelo legislador, e que, uma vez ultrapassado tal limite, o procedimento não poderia mais ser realizado.

Já Ana Cláudia Silva Scalquette (2009, p. 199-200) sugere a fixação do prazo de três anos para que o procedimento reprodutivo seja levado a efeito, tendo como base o mesmo prazo de três anos previsto no art. 5º da Lei nº 11.105/05 (Lei de Biossegurança)⁸⁷, estabelecido para utilização de embriões excedentários para fins científicos e terapêuticos.

Como defendemos a liberdade de escolha quanto à forma pela qual o falecido deseja autorizar a utilização do seu sêmen na inseminação póstuma, e considerando a falta de costume dos brasileiros em elaborar testamentos e a possibilidade de o doador dos gametas vir a falecer de forma repentina, discordamos do primeiro posicionamento acima trazido, tendo em vista a pouca aplicabilidade prática da solução sugerida.

Pelo mesmo motivo discordamos do entendimento que defende a fixação do prazo pelo legislador. A demora no trâmite de criação e aprovação de uma lei específica que regule o tema e contemple o limite temporal para realização do procedimento não seria condizente com a urgência que demanda o preenchimento desta lacuna. Isso não quer dizer que a lei não se faz necessária, mas tão somente que a celeuma deve ser provisoriamente resolvida com os mecanismos ora oferecidos pelo Direito, enquanto se aguarda o surgimento da regulamentação especial.

⁸⁶ Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; § 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

⁸⁷ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

Por essas razões, entendemos que a opção mais prudente seria utilizar como parâmetro o marco temporal fixado pela Lei de Biossegurança, determinando o prazo máximo de três anos, contados da data da morte do *de cuius*, para realização do procedimento póstumo, já que este parece comportar bem o período de luto que será naturalmente enfrentado pela cônjuge supérstite, bem como as intercorrências características da aludida prática, que podem se apresentar e retardar a sua concretização.

Ademais, esse também parece ser um prazo razoável para concretização do projeto parental construído e iniciado pelo falecido, ainda em vida, com a sua esposa. O fato de já ser um planejamento amadurecido pelo casal, e fruto de uma vontade concreta de ambos, não justifica a eternização do sêmen em estado de congelamento, tampouco a demora excessiva da cônjuge sobrevivente em realizar a inseminação homóloga *post mortem*, daí se entender pela adequação do prazo de três anos.

Noutro vértice, a fixação do aludido prazo confere aos demais herdeiros, inclusive a eventuais descendentes já nascidos quando do passamento do genitor, uma projeção acerca da parcela da herança que de fato farão jus, tendo em vista a certeza quanto ao nascimento da prole eventual do falecido nos três anos subsequentes, bem como a possibilidade de se programarem no que diz respeito ao destino que darão ao patrimônio herdado, devolvendo-lhes, portanto, a segurança jurídica quanto aos seus direitos sucessórios.

É neste sentido que se manifesta Ana Cláudia Silva Scalquette (2009, p. 200):

O prazo de três anos, por sua vez, não é demasiadamente longo a ponto de prejudicar sobremaneira os herdeiros já existentes à época do falecimento, (...) como também não é demasiadamente curto a ponto de forçar o possível genitor sobrevivente, ainda sob as dores do luto, a se submeter ao procedimento necessário para que a criança fosse gerada.

Cristiano Colombo (2013, p. 105) ainda aponta que, além de limites temporais máximos, se mostra imperiosa a fixação de um prazo de, no mínimo, um ano, a contar da data do óbito do *de cuius*, para que a consorte sobrevivente possa amadurecer a ideia da inseminação artificial, já que não seria possível que a mesma realizasse o aludido procedimento logo após o trágico ocorrido. E arremata:

à luz dos estudos da psiquiatria, da educação, da psicologia, depreende-se que a decisão tomada logo após a morte do marido faz com que a viúva tenha que tomar essa decisão diante de um turbilhão de sentimentos, acometida pelos efeitos do luto. Entres esses sentimentos pode estar a vontade humana de manter o vínculo havido, a busca da transferência dos sentimentos para outro ser, muitas vezes, confundindo-o com a figura do falecido. É a necessidade da presença do extinto em seu ambiente doméstico (COLOMBO, 2013, p. 105).

Ora, a posição acima ventilada serve para legitimar ainda mais a tese ora defendida, qual seja, a fixação do prazo de três anos, contados do momento da morte do extinto, para realização do procedimento reprodutivo póstumo em questão. Entendemos que, durante este lapso temporal, seria possível que a cônjuge sobrevivente atravessasse o luto e refletisse acerca da técnica de RHA, para que chegasse à conclusão se o seu desejo, de fato, é ter um filho ou apenas preencher a lacuna deixada pelo marido ou companheiro falecido. Ademais, tal prazo também seria suficiente para comportar as diversas tentativas e falhas que podem ocorrer durante a realização do procedimento, até que efetivamente se logre êxito.

Não é demais ressaltar que a estipulação de um prazo, ao mesmo tempo em que confere certo conforto para que a consorte supérstite amadureça e tome a sua decisão, também impõe limites para que este contexto não se perpetue *ad aeternum*, tirando da viúva o controle absoluto sobre a situação.

A complexidade do contexto fático em questão, que implica diretamente na esfera jurídica de diversos indivíduos, não pode depender única e exclusivamente da tomada de decisão da consorte supérstite, devendo levar em consideração todos os direitos envolvidos, a fim de atender aos interesses de todos. É que não parece razoável atribuir amplos direitos ao concepturo, conferindo-lhe tutela plena, e desamparar os demais herdeiros que têm os seus direitos expressamente protegidos por lei.

Por essas razões é que restam demonstradas a coerência e a adequação do prazo de três anos para realização da inseminação homóloga tardia pela cônjuge ou companheira sobrevivente, a partir do sêmen deixado pelo falecido, vez que, dessa forma, restará observada a ponderação de interesses necessária ao caso, e atingida uma solução parcimoniosa da celeuma.

5.2.3. Da possibilidade de representação processual do concepturo pela genitora na partilha dos bens para fins de reserva do respectivo quinhão sob condição

Como não poderia deixar de ser, também se mostra essencial trazer ao bojo da presente pesquisa a discussão acerca do mecanismo através do qual o indivíduo engendrado pelo procedimento reprodutivo em questão poderá se inserir no processo sucessório, já que este já terá se iniciado há muito quando da sua concepção e do seu nascimento.

É que, como visto, a sucessão se dá de maneira imediata e automática por força de uma ficção jurídica denominada princípio da *saisine* . Assim, no exato momento da morte do autor da herança, o patrimônio por ele deixado é transferido aos herdeiros já nascidos ou concebidos naquela ocasião, atendendo-se a ordem vocacional hereditária. Diante disso, a prole eventual do falecido, em tese, não seria contemplada por essa dinâmica habitual do processo sucessório, devendo se valer de outros mecanismos legais para perseguir o que lhe é de direito.

Em entendimento aparentemente inédito, Ana Cláudia Silva Scalquette (2009, p. 196) vislumbra a possibilidade de aplicação do trâmite sucessório destinado aos casos de ausência do transmitente, para a situação do concepturo. Em apertada síntese, a autora sustenta que, nas hipóteses de ausência, o procedimento sucessório se inicia com a abertura da curadoria de ausentes, e, em seguida, passa para a etapa da sucessão provisória, a fim de que os herdeiros se apossam do patrimônio deixado pelo ausente, desde que prestem a respectiva caução. Por fim, decorrido o prazo legal para regresso do indivíduo desaparecido, abre-se a sucessão definitiva, ocasião em que as cauções são levantadas, e o patrimônio passa a pertencer em definitivo aos herdeiros. Transmutando tal procedimento ao caso da prole eventual do falecido, a autora (2009, p. 197) propõe que, durante o prazo legal para realização do procedimento reprodutivo e os nove meses de gestação, seja aberta uma sucessão provisória, que se tornaria definitiva por consequência do decurso do aludido prazo, conforme ocorre com o ausente. Assim, no que diz respeito ao concepturo, seus direitos sucessórios seriam preservados durante um lapso temporal pré-definido por normas claras, oportunizando que o cônjuge supérstite pudesse se organizar e se planejar quanto ao nascimento do futuro filho.

Ocorre que em sentido diametralmente oposto, dentre os que reconhecem direitos sucessórios ao concepturo, há aqueles que entendem que o meio adequado para a futura criança adquirir o seu quinhão hereditário seria através da ação de petição de herança, que nada mais é do que a “medida judicial cabível para que a pessoa que foi excluída indevidamente da transmissão automática obtenha o reconhecimento da qualidade de herdeiro, bem como possa receber os bens que compõem a herança, inclusive com os seus rendimentos e acessórios” (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 259).

É esta, inclusive, a linha defendida por Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2019, p. 206), que, mesmo que o inventário e a partilha já tenham sido concretizados em benefício dos sucessores vivos e chamados a suceder no momento da abertura da sucessão, sustenta a possibilidade de o concepturo ingressar com a ação de petição de herança, nos termos do art. 1.824 do *Codex*, para

anular a partilha realizada e obter para si os seus direitos sucessórios, conforme art. 1.829, I, do referido diploma legal, pleitos que, segundo o autor, devem ser deferidos.

Contudo, embora concordemos com a hipótese de o concepturo valer-se da ação de petição de herança para reivindicar o seu quinhão hereditário, sucessor legítimo que é, sugere-se solução diversa daquela acima mencionada, tendo como base a tutela jurídica conferida ao nascituro no âmbito do direito material e processual, já que entendemos que, pela modalidade que se passa a propor, a prole eventual do falecido teria maior segurança e rapidez no acesso à sua parcela da herança.

Conforme já pormenorizado no item 3.3, o nascituro tem os seus direitos ressalvados desde a concepção, por força do art. 2º da Lei Civil, não sendo demais lembrar que o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência apenas lhe reconhece os direitos personalíssimos, enquanto os patrimoniais se encerram em meras expectativas, ficando condicionados ao seu nascimento com vida para serem por ele efetivamente titularizados, à exemplo do que ocorre com os direitos sucessórios.

Como decorrência lógica dos direitos que lhe são legalmente atribuídos, também se reconhece ao nascituro capacidade postulatória perante o judiciário, ou seja, legitimidade processual ativa, através da representação de um dos seus genitores, como mecanismo utilizado para a defesa de tais direitos (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 373), inclusive no âmbito da ação de inventário e partilha.

Não se olvide, por outro lado, que o nascituro dispõe de legitimidade para suceder por previsão legal expressa do art. 1.789 do Código Reale, e, por isso, encontra-se apto para participar do processo sucessório *ab intestato*, que naturalmente envolve o inventário e a partilha da herança.

No que tange especificamente tais procedimentos, o art. 611 do Código de Processo Civil de 2015⁸⁸ dispõe que estes devem ser iniciados no prazo máximo de dois meses contados do momento em que fora declarada aberta a sucessão. Chame-se atenção, inclusive, para o caráter bifásico e escalonado do inventário tradicional, que se divide entre a etapa inicial da inventariança e a etapa subsequente da partilha (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 591), cujas quais se desenrolam da seguinte maneira:

(...) no inventário se busca identificar o patrimônio, com a indicação dos bens (móveis e imóveis), créditos, débitos e quaisquer outros direitos de natureza patrimonial que compõem o acervo hereditário, enquanto na partilha se divide o acervo entre os

⁸⁸ Art. 611. O processo de inventário e de partilha deve ser instaurado dentro de 2 (dois) meses, a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar esses prazos, de ofício ou a requerimento de parte.

sucessores, com o estabelecimento e a conseqüente adjudicação do quinhão hereditário a cada um deles (NEVES, 2019, p. 945).

Note-se, ainda, que embora se reconheça a possibilidade de realização do inventário no âmbito extrajudicial⁸⁹, quando inexistirem conflitos entre os interessados, o seu processamento judicial será obrigatório quando se fizer presente na sucessão interesse de incapaz (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 449-450), nos termos do que prevê o art. 610, *caput*, do Código de Ritos⁹⁰.

O mesmo ocorre com a partilha, que, não obstante a existência da modalidade amigável, deverá obrigatoriamente se dar por via judicial nas hipóteses em que se vislumbrar o envolvimento de interesse de incapaz (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 624).

Fixadas tais premissas, a primeira conclusão a ser alcançada é a de que a sucessão que envolve herdeiro na condição de nascituro deverá ter os seus respectivos inventário e partilha processados na modalidade judicial, face a presença de incapaz no feito, sendo este o modelo que será utilizado no desenvolvimento da tese ora sustentada.

Por seu turno, a segunda conclusão à qual se chega se dá a partir da análise do momento final do inventário, qual seja, a partilha.

Iniciado o inventário comum, e realizados os ritos habituais deste procedimento, chega-se o momento em que o patrimônio do *de cuius* será partilhado, atribuindo aos herdeiros as suas respectivas quotas-partes da herança. Nesta ocasião, constatada a presença de nascituro, o quinhão a ele destinado será reservado sob a responsabilidade do inventariante até o momento em que vier a nascer, conforme preleciona o art. 650 do Código de Ritos⁹¹ (NEVES, 2019, p. 966).

Neste caso, como já delineado, a efetiva aquisição, pelo nascituro, da sua quota-parte da herança estaria condicionada ao seu nascimento com vida, já que, afora o caráter patrimonial deste direito, na hipótese de vir a nascer morto, o seu quinhão deverá ser redistribuído entre os demais herdeiros, como se nunca tivesse existido.

⁸⁹ É isso, inclusive, que se depreende do art. 610, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015, cuja redação é a seguinte: “se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras”.

⁹⁰ Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.

⁹¹ Art. 650. Se um dos interessados for nascituro, o quinhão que lhe caberá será reservado em poder do inventariante até o seu nascimento.

Feitas tais considerações, e considerando a analogia como instrumento de integração do direito, parece ser possível fazer incidir sobre o indivíduo oriundo de inseminação homóloga *post mortem* todo o arcabouço legal que resguarda os direitos do nascituro.

É que, considerando a possibilidade de o concepturo vir a nascer com vida, assim como o fato de que será ele filho do falecido por força do vínculo genético que existirá entre ambos, vislumbra-se a possibilidade de reconhecimento dos potenciais direitos sucessórios da futura criança, assim como de atribuição, em seu favor, dos meios jurídicos existentes para defesa desses direitos, o que inclui a capacidade de ir a juízo, através de representante legal, para perquiri-los, à semelhança do que ocorre com o nascituro.

Note-se que, mais uma vez, se está diante de situações semelhantes e que, por esta razão, reclamam tratamentos jurídicos também semelhantes.

No que toca a viabilidade prática desta hipótese, também é possível buscar amparo na legislação, mais especificamente no art. 628 da Lei Processual⁹², que além de trazer a figura do herdeiro preterido, dispõe sobre o procedimento que poderá garantir o seu ingresso no inventário. Segundo o aludido dispositivo, caso exista alguém que não tenha sido incluído no rol de herdeiros e, por esta razão, venha a se sentir preterido, é conferida a este sujeito a possibilidade de postular o seu ingresso no inventário, desde que tal requerimento seja realizado antes do início da partilha (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 151).

Ressalte-se que, ainda quanto a este procedimento, Daniel Amorim Assumpção Neves (2019, p. 962) chama atenção para o fato de que o pleito de ingresso no inventário poderá ser veiculado mediante petição simples.

Ora, é exatamente esse o caso da prole eventual do *de cuius*. Como ainda não fora concebido quando da abertura da sucessão, o concepturo não é citado para compor a ação de inventário e partilha, não obstante a sua inegável condição de herdeiro necessário e legítimo, sendo, portanto, preterido face à sua exclusão do rol de sucessores do falecido. Diante disso, sendo processualmente representado por sua genitora, o indivíduo engendrado pela inseminação homóloga tardia poderá pleitear a sua adesão à inventariança, valendo-se, para tanto, da tutela processual conferida pelo art. 628 da Lei Instrumental, herdeiro preterido que é.

Em suma, no curso do inventário, o herdeiro preterido poderá se apresentar voluntariamente no feito e participar da partilha do patrimônio do extinto, sem precisar se valer da ação de petição

⁹² Art. 628. Aquele que se julgar preterido poderá demandar sua admissão no inventário, requerendo-a antes da partilha.

de herança para tanto. Ademais, os elementos de baixa complexidade poderão ser solucionados pelo próprio magistrado responsável pelo julgamento do inventário, de acordo com os pleitos e com o conteúdo probatório carreado aos autos (NADER, 2016, p. 174).

Assim, partindo do pressuposto de que o concepturo é inexoravelmente considerado filho do falecido, por força da compatibilidade genética existente entre eles, e que tal vínculo é suficiente para atribuir-lhe a condição de herdeiro legítimo e necessário, com base nos argumentos já suscitados nesta pesquisa, percebe-se que tal indivíduo poderá pleitear o seu ingresso no inventário, na condição de herdeiro preterido e através da representação processual de sua genitora, e que tal pleito será apreciado e julgado pelo próprio magistrado encarregado da ação de inventário e partilha, já que a condição do concepturo de filho, e, portanto, de herdeiro, poderá ser facilmente comprovada por exame de DNA, onde restará indicada sua semelhança genética com o falecido.

Ademais, uma vez admitido o seu ingresso no feito, a prole eventual do *de cuius* poderá, quando da partilha, pleitear a reserva do seu quinhão hereditário sob a condição de vir a nascer com vida, que ficará sob a guarda do inventariante até que a condição suspensiva reste concretizada. Por outro lado, caso a inseminação homóloga *post mortem* não seja levada a efeito pela cônjuge sobrevivente dentro do prazo tratado no item anterior, ou, sendo realizada, o procedimento não vingue, o quinhão hereditário reservado em favor do concepturo será redistribuído entre os demais sucessores, como se sua existência jamais tivesse sido considerada.

Por oportuno, válido trazer à baila desta monografia posicionamento defendido por José Roberto Moreira Filho (2015, p. 60), semelhante ao ora ventilado, que se dá no seguinte sentido:

Garantido, portanto, o direito sucessório ao filho nascido das técnicas de RHA *post mortem* sua habilitação ou pleito da herança deve observar o que dispõe legislação Civil e Processual Civil, ou seja, se o inventário já estiver findo, com partilha devidamente homologada, o filho deverá pleitear seus direitos sucessórios através de petição de herança (art. 1.824 a 1.828 do CC/02) dirigida diretamente contra cada um dos herdeiros contemplados e exigindo-lhes que lhe entreguem seu quinhão devido, seja por meio de entrega de bens herdados, de bens particulares e/ou por meio de pagamento em dinheiro do seu quinhão hereditário. Se o inventário ainda estiver em trâmite quando do nascimento do filho o mesmo, representado por sua genitora, deverá ingressar no inventário por meio de processo de habilitação (arts. 1.055 a 1.062 do CPC) e exigir que seja integrado ao rol de herdeiros para que possa receber sua herança. Em ambos os casos é possível ao filho, pessoalmente ou por intermédio de seu representante legal, em processo autônomo ou incidental, requerer medidas protetivas, cautelares e assecuratórias de seus direitos hereditários.

Aqui, verifica-se que, embora com algumas divergências frente a tese ora esposada, o autor também se ocupa essencialmente de conferir à prole eventual do *de cuius* mecanismo alternativo à ação de petição de herança, para possibilitar sua participação no inventário e na

partilha durante o curso da demanda, sob representação processual de sua genitora, e garantir, desde logo, o seu quinhão hereditário.

Quanto à competência para processar e julgar a aludida ação, conclui-se que, em se tratando de inventário e partilha judiciais, o foro competente para tanto é aquele de domicílio do autor da herança, com base no que dispõe a regra geral prevista no art. 48, *caput*, do Código Processual Civil⁹³, cabendo a ressalva de que trata-se de competência relativa (DIDIER JR., 2016, p. 248).

Noutro vértice, considerando que o nascituro é sujeito incapaz, e que a tutela a ele conferida pode e deve ser aplicada ao concepturo por analogia, a intervenção do Ministério Público no feito como fiscal da ordem jurídica se fará imperiosa, em observância ao art. 178, II, do referido diploma normativo⁹⁴, que torna obrigatória a atuação do *Parquet* em todas as demandas judiciais que envolvam interesse de incapaz. Demais disso, o Código de Ritos, em seu art. 616, VII⁹⁵, também confere especificamente ao Órgão Ministerial a legitimidade para requerer o inventário, quando se vislumbrar interesse de herdeiro incapaz. É o que explicam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2019, p. 595):

Em absoluta harmonia e respeito à sua feição constitucional (CF, art. 127), determina a legislação processual (CPC, art. 178) que o *Parquet* atue no inventário como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*) somente se houver interesse de incapaz. Em sendo assim, afora a legitimidade para a propositura da ação de inventário, quando houver interesse de incapaz, vale registrar a premente necessidade de intervenção ministerial como fiscal da ordem jurídica, havendo interesse direto, ou indireto, de incapaz – como herdeiro, legatário, credor, cessionário...

Note-se que na hipótese ora ventilada, tanto as regras de competência, quanto as de intervenção ministerial permaneceriam incólumes, o que também demonstra a completa viabilidade fática da tese, face à presente de mecanismos legais suficientemente capazes de ampará-la material e processualmente, ainda que não tenham sido a ela especificamente direcionadas de início.

Ora, mais uma vez neste trabalho se vislumbra a possibilidade de preencher o silêncio do legislador por meio da analogia. Através de um cotejo cauteloso das normas dispostas no ordenamento jurídico, e da análise comparativa e minuciosa entre as situações, se chega à clara conclusão de que a tutela jurídica conferida ao nascituro pode ser aplicada em favor da prole

⁹³ Art. 48. O foro de domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade, a impugnação ou anulação de partilha extrajudicial e para todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.

⁹⁴ Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

(...)

II - interesse de incapaz;

⁹⁵ Art. 616. Têm, contudo, legitimidade concorrente:

(...)

VII - o Ministério Público, havendo herdeiros incapazes;

eventual do *de cuius*, para que esta possa ingressar na ação de inventário e partilha ainda em curso, sem precisar se valer da ação de petição de herança, e desde logo reservar uma parte da herança em seu favor, ainda que sob condição suspensiva.

Isso porque, neste caso, o concepturo terá elementos suficientes para comprovar a sua condição de filho e herdeiro do falecido, não se fazendo necessário socorrer-se de procedimento mais moroso para adquirir a sua quota parte na herança, mas tão somente de mera petição responsável por veicular o pleito de ingresso no feito, sob representação de sua genitora. De mais a mais, nesta hipótese, os ritos processuais do inventário e da partilha permaneceriam os mesmos, sem qualquer alteração substancial ou formal, já que a presença da prole eventual do extinto se equivaleria à de qualquer outro herdeiro, inclusive à do nascituro, não implicando no trâmite regular do feito, que ocorreria dentro dos procedimentos habituais.

Assim, sob esta perspectiva, conclui-se não haver qualquer empecilho jurídico a obstar que o concepturo ingresse no inventário, representado por sua genitora, através de petição simples, para pleitear a reserva do seu quinhão hereditário condicionada ao seu nascimento com vida, principalmente diante da possibilidade de aplicação analógica da tutela jurídica do nascituro ao seu caso, e do fato de se manterem incólumes as regras ritualísticas, de competência e de intervenção, normalmente aplicadas nas ações de inventário e partilha, afastando eventual necessidade de modificação prematura do ordenamento jurídico.

5.3. DO POSICIONAMENTO JURÍDICO DE OUTROS PAÍSES ACERCA DO TEMA

Conforme já esmiuçado, a possibilidade de realização da inseminação homóloga *post mortem* e suas condições, bem como de reconhecimento dos efeitos jurídicos filiatórios e sucessórios à futura criança, são alvos de inacabáveis debates na doutrina e na jurisprudência, estando longe de serem pacificados. A polêmica é tanta que os entendimentos adotados por diferentes países são completamente dissonantes, variando desde a proibição absoluta do procedimento reprodutivo póstumo, até o condicionamento da sua prática e dos seus efeitos jurídicos a determinados requisitos previamente definidos.

Neste ponto, o que diferencia o ordenamento jurídico pátrio do alienígena é que, enquanto o Brasil é palco de incessantes debates quanto ao tema em questão, ocasionados pelo silêncio do legislador, os demais países possuem entendimento positivado, ainda que dissonantes entre si.

À título exemplificativo, Portugal dispõe de legislação específica que regulamenta a temática das técnicas de reprodução humana assistida⁹⁶, qual seja, a Lei nº 32 de 26 de julho de 2006. Através de seu art. 22⁹⁷, a aludida lei atribui caráter ilícito à inseminação homóloga tardia, ainda que munida de anuência prévia do falecido, e aponta a necessidade de destruição dos gametas coletados para fins reprodutivos artificiais, em caso de falecimento superveniente de um dos cônjuges ou companheiros⁹⁸, ao mesmo tempo em que admite a transferência embrionária póstuma, desde que precedida de consentimento manifestado por escrito e em vida pelo genitor. A despeito disso, apesar de o art. 23º, 1, da Lei em questão⁹⁹, reconhecer a filiação entre a futura criança e o falecido nas hipóteses de descumprimento da norma e realização do aludido procedimento, o concepturo não têm assegurados os seus direitos sucessórios, uma vez que o Código Civil Lusitano, assim como o Brasileiro, restringe a legitimidade para suceder apenas ao Estado e àqueles nascidos ou concebidos quando da abertura da sucessão (art. 2033º¹⁰⁰).

A Alemanha, por sua vez, apresenta um posicionamento mais rigoroso quanto à realização desta técnica reprodutiva, regulamentando o tema através da Lei de Proteção de Embriões, de 13 de dezembro de 1990, que abarca diretrizes penalistas, por comportar condutas já tipificadas no âmbito do Direito Penal, e infração administrativa. Embora a referida Lei proíba terminantemente a prática do procedimento em questão (GAMA, 2003, p. 265), também autoriza a realização da inseminação homóloga *inter vivos*, desde que seja ela obrigatoriamente

⁹⁶ Saliente-se que a Lei Portuguesa utiliza a denominação “técnicas de procriação medicamente assistida (PMA)” ao longo de toda a sua redação, e não a expressão “técnicas de reprodução humana assistida”.

⁹⁷ Artigo 22.º

Inseminação *post mortem*

1 - Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido, ainda que este haja consentido no ato de inseminação.

2 - O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen.

3 - É, porém, lícita a transferência *post mortem* de embrião para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.

⁹⁸ Importante mencionar esclarecimento feito por Cristiano Colombo (2013, p. 102), que explica que a razão pela qual o legislador português optou pela proibição da prática da inseminação homóloga póstuma se deve justamente à falta da figura paterna.

⁹⁹ Artigo 23.º

Paternidade

1 - Se da violação da proibição a que se refere o artigo anterior resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido.

¹⁰⁰ Artigo 2033.º

(Princípios gerais)

1. Têm capacidade sucessória, além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não exceptuadas por lei.

precedida de consulta e prescrição médica, e seja autorizada, na forma escrita, pelo cônjuge varão (LEITE, 1995, p. 282).

Nesta mesma levada, a Suécia, também através de lei especial destinada à regulamentação da inseminação assistida, com entrada em vigor em 1º de março de 1985, reconhece tal procedimento como mecanismo destinado ao tratamento da condição estéril do casal, ao mesmo tempo em que proíbe a prática desta técnica reprodutiva em sua modalidade póstuma (LEITE, 1995, p. 288-289).

Em sentido diametralmente oposto, a Espanha espelha uma visão permissiva acerca do procedimento reprodutivo em comento. Neste país, é a Lei nº 35/1988 que se destina a tratar dos procedimentos reprodutivos artificiais, abarcando normas de caráter civil, penal e administrativo (GAMA, 2003, p. 267-268).

A referida lei, em seu art. 9º, seção 2¹⁰¹, permite a realização da inseminação homóloga *post mortem*, desde que o marido autorize, por meio de escritura pública ou testamento, a utilização do seu material reprodutivo para fecundar a sua esposa, nos seis meses¹⁰² seguintes ao seu falecimento, ocasião em que os efeitos legais derivados da filiação matrimonial serão produzidos. Tal prática também é permitida para casais em união estável, nos termos da seção 3 do aludido dispositivo¹⁰³, hipótese em que o consentimento do varão servirá de título para iniciar o expediente do art. 49 da Lei de Registro Civil Espanhola¹⁰⁴, qual seja, o de registro de nascimento da futura criança¹⁰⁵. Seguindo esta mesma linha de inteligência, a Catalunha, através do art. 92, 1¹⁰⁶, da Lei nº 9/1998 (Código de Família), reconhece como filhos matrimoniais do marido os indivíduos nascidos como consequência da fecundação assistida da esposa, ocorrida mediante anuência expressa do varão, veiculada por escritura pública.

¹⁰¹ 2. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.*

¹⁰² Neste particular, Cristiano Colombo (2013, p. 105) ressalta que o prazo máximo de seis meses, fixado para fins de realização da inseminação homóloga *post mortem*, fora majorado para doze meses a partir da entrada em vigor da Lei nº 14/2006.

¹⁰³ 3. *El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.*

¹⁰⁴ *Artículo 49. Contenido de la inscripción de nacimiento y atribución de apellidos.*

¹⁰⁵ Mônica Aguiar (2005, p. 133) faz importante ressalva quanto a este ponto, explicando que, neste caso, o reconhecimento do vínculo paterno deriva do “critério formal de assentimento, desprezada, em princípio, a vinculação meramente biológica”.

¹⁰⁶ 1. *Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del marido formalizado en escritura pública, se consideran hijos matrimoniales del marido.*

Ademais, o sistema jurídico catalão também acolhe a possibilidade da prática da inseminação homóloga *post mortem* (art. 92, 2¹⁰⁷), desde que atendidos determinados requisitos legais, quais sejam, a inequívoca manifestação de vontade do varão para ocorrência da fecundação assistida após a sua morte; a limitação do procedimento a um único caso, compreendido o parto múltiplo; e que a fecundação se inicie no prazo máximo de 270 dias contados da data do falecimento do extinto, cujo qual poderá ser prorrogado por autoridade judicial, por, no máximo, 90 dias, desde que motivado por justa causa.

Quanto aos prazos, especificamente, Mônica Aguiar (2005, p. 133) chama atenção para a necessidade e a importância de serem eles atendidos, a fim de assegurar a eficácia jurídica decorrente da filiação matrimonial, em sua totalidade.

Nesta oportunidade, ainda cabe a ressalva de que, muito embora a Catalunha seja uma região localizada no território da Espanha, é considerada uma comunidade autônoma pelo aludido país e, por isso, dispõe de governo e parlamento próprios, o que justifica o fato de regulamentar a inseminação homóloga *post mortem* através de lei diversa da espanhola. É que se depreende dos arts. 1º e 2º, 1 e 2, do Estatuto da Autonomia da Catalunha¹⁰⁸ (2013, p. 21).

A despeito disso, note-se que os posicionamentos adotados pelos dois países são bastante semelhantes, e os que mais se aproximam da tese defendida na presente monografia, já que ambos admitem expressamente a realização da supramencionada técnica de RHA, assim como fixam prazo máximo para sua consecução, conferindo a devida segurança jurídica ao procedimento, além de reconhecerem amplos direitos em favor do concepturo, notadamente no âmbito da filiação.

Neste sentido, não se revela absurda a ideia de o Poder Legislativo brasileiro valer-se das legislações espanhola e catalã como base para regulamentar a questão da inseminação homóloga póstuma no Brasil, ainda mais porque tais ordenamentos jurídicos possuem raízes

¹⁰⁷ 2. *En la fecundación asistida practicada después de la muerte del marido con gametos de éste, el nacido se tiene por hijo suyo, siempre que concurran en la misma las siguientes condiciones:*

a) *Que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después de su muerte.*
 b) *Que se limite a un único caso, comprendido el parto múltiple.*
 c) *Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo máximo de doscientos setenta días después de la muerte del marido. Dicho plazo puede ser prorrogado por la autoridad judicial, por causa justa y por un tiempo máximo de noventa días.*

¹⁰⁸ *Artículo 1. Cataluña*

Cataluña, como nacionalidad, ejerce su autogobierno constituida en Comunidad Autónoma de acuerdo con la Constitución y con el presente Estatuto, que es su norma institucional básica.

Artículo 2. La Generalitat

1. La Generalitat es el sistema institucional en que se organiza políticamente el autogobierno de Cataluña.

2. La Generalitat está integrada por el Parlamento, la Presidencia de la Generalitat, el Gobierno y las demás instituciones que establece el Capítulo V, del Título II.

romano-germânicas em comum, sendo, portanto, guiados, de maneira geral, pelos mesmos princípios e ideologias.

A despeito disso, resta patente a variedade de posicionamentos adotados ao redor do mundo no que diz respeito à tutela jurídica conferida à inseminação homóloga *post mortem* e àqueles diretamente envolvidos na sua realização. A ideologia de cada país parece ser um reflexo claro do conjunto jurídico-interpretativo que o guia, e serve para corroborar a ideia exaustivamente suscitada no presente trabalho de que o tema não é pacífico no Brasil, tampouco no exterior.

Outro flagrante ponto é o de que o ordenamento jurídico brasileiro encontra-se atrasado em relação aos demais, já que muitos já apresentavam uma solução jurídica sólida para a temática em comento desde o século passado, enquanto o Brasil, até hoje, sequer se decidiu quanto a legalidade ou não da inseminação homóloga póstuma, o que denuncia o descaso e a lentidão do Poder Legislativo a respeito deste tema.

Tal situação, entretanto, não merece prosperar, sob pena de manutenção da insegurança jurídica que assola esta prática reprodutiva, e de injusta violação aos direitos dos envolvidos, em especial os do concepturo, fatores que devem ser combatidos a todo custo pelos diversos agentes da ordem jurídica brasileira.

6. CONCLUSÃO

Desde o início da presente monografia restou patente que, muito embora as técnicas de reprodução humana assistida tenham surgido como alternativa para casais que encontravam algum tipo de óbice na reprodução natural, a sua utilização não pode ser banalizada, estando associada à real impossibilidade do casal ou do indivíduo de procriar por vias ordinárias. Ao mesmo tempo, também se consolidou a ideia de que a ausência de regulamentação legal sobre o tema criou um cenário de insegurança jurídica no âmbito da realização de tais procedimentos. Também restou consignado que, além dos procedimentos reprodutivos ordinários, tais como a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial, o desenvolvimento da técnica de crioconservação de gametas foi determinante para o surgimento das modalidades póstumas das técnicas de RHA, possibilitando que indivíduos fossem concebidos muito tempo após a coleta dos gametas, inclusive após a morte de um dos genitores. É aqui que ganha fôlego a questão da insegurança jurídica, notadamente por se tratar de procedimento que, diante de suas peculiaridades, produz fortes impactos no Direito de Família e das Sucessões. Não há, por exemplo, entendimento pacífico quanto à necessidade de autorização prévia do *de cuius*, embora a Resolução nº 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina seja favorável a isso, tampouco acerca da forma através da qual deveria ser ela veiculada.

Feitas tais considerações, também se fez possível inferir que a sucessão legítima nada mais é do que uma modalidade sucessória disciplinada em lei e que se configura ante a ausência de documento que expressa a última vontade do extinto, sendo, portanto, fundada na presunção de vontade do mesmo, vez que direcionada a contemplar aqueles que se imagina que seriam por ele beneficiados. Associado a isso está a legitimidade sucessória, justamente por ser este o instituto responsável por habilitar os indivíduos a comporem a sucessão e a titularizarem seus respectivos quinhões hereditários. Ademais, embora se configure como regra geral, a lei ainda estabeleceu requisitos para que a legitimidade fosse reconhecida, vinculando-a à sobrevivência do indivíduo ao *de cuius* e à necessidade de efetivo chamamento para participar da sucessão.

Ocorre que, como demonstrado, as acepções atuais de sucessão legítima e legitimidade sucessória, assim como boa parte do Código Civil de 2002, são arcaicas e incongruentes com a realidade à qual se direcionam, já que, além de reproduzirem quase que fielmente dispositivos do diploma civilista anterior, tais institutos são fruto de um Código que teve a sua elaboração iniciada ainda em meados da Década de 70, sendo, portanto, incapazes de abranger contextos

surgidos durante e até mesmo após a sua edição, tais como aquele decorrente da inseminação homóloga tardia.

Ainda no que toca a questão da legitimidade, restou claro que tal instituto decorre da capacidade de direito, e consequentemente, da personalidade jurídica do indivíduo, apesar de com eles não se confundir, e que encontra-se associada ao princípio da coexistência, restringindo a tutela legal do art. 1.798 do *Codex* às pessoas naturais nascidas e concebidas quando da abertura da sucessão. Nesta mesma levada, concluiu-se que a ordem de vocação hereditária, como fio condutor da sucessão legítima que é, por traduzir a presunção de vontade do falecido, deve ser interpretada com o máximo de eficácia possível, o que inclui abranger todas as situações juridicamente relevantes que possam se subsumir à sua tutela, sob pena de corromper a própria finalidade última da ordem vocacional hereditária, qual seja, a de refletir a vontade do falecido com base nos seus vínculos afetivos.

Por outro lado, vislumbrou-se que a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 atribuiu ao indivíduo o papel de protagonista nas relações familiares, que passaram a ser pautadas na afetividade, na dignidade, e na realização pessoal de seus membros, além de ter colocado todas as entidades familiares em um mesmo patamar de relevância e legitimidade jurídica e social. Demais disso, a filiação passou a se fundar nos critérios biológico, socioafetivo e jurídico, o que também contribuiu para a diversidade de formas de família. Paralelamente, as técnicas de RHA desempenharam importante papel neste processo, mas foram encaradas pelo ordenamento jurídico de maneira muito singela, considerando que o legislador reservou ao tema um único dispositivo legal no Código Civil de 2002, qual seja, o inciso III, do art. 1.597, que pela redação econômica e simplória, acabou gerando fortes discussões na doutrina, por resumir o vínculo filiatório entre o *de cujus* e o concepturo a uma presunção legal de paternidade.

Partindo do pressuposto de que na inseminação homóloga *post mortem* os gametas utilizados advêm do falecido, restou patente que o critério biológico é determinante para o reconhecimento do vínculo filiatório entre a futura criança e o seu genitor morto prematuramente, tendo em vista a compatibilidade genética existente entre eles. Ademais, apesar de tal vínculo estar acobertada pelo critério jurídico (presunção de paternidade), que poderia pôr em xeque a filiação existente entre o concepturo e o falecido por ser facilmente relativizado, esta relação permanecerá intacta por força do critério biológico, demonstrando a importância do elemento genético no reconhecimento da filiação, e a irremovibilidade deste vínculo quando se trata de procedimentos reprodutivos artificiais homólogos.

Ultrapassado tal ponto da polêmica, consignou-se que, além de conferir legitimidade e segurança jurídica ao procedimento, o consentimento prévio se faz necessário por decorrer da autonomia da vontade do indivíduo e do seu direito ao livre planejamento familiar, previsto no art. 226, § 7º, da *Lex Mater*, cabendo tão somente ao próprio extinto dispor do seu material genético. Demais disso, quanto à forma, verificou-se que a ausência de previsão legal que a especifique atribui ao falecido a faculdade de optar por manifestar a sua vontade da forma que melhor lhe convier, nos termos dos arts. 170, 166, IV, e 185, todos do Código Reale, desde que reste inequívoco o destino que deseja oferecer ao seu sêmen.

Ainda quanto a este tema, constatou-se que a necessidade de autorização prévia pode ser depreendida da analogia feita entre a doação de órgãos *post mortem* e a inseminação homóloga tardia, face à semelhança existente entre ambas as situações, e que a mesma pode ser judicialmente suprida, em caráter excepcionalíssimo, por se tratar de mecanismo que, de certa forma, mitiga a autonomia do indivíduo, desde que o falecido tenha manifestado, ainda em vida, a sua vontade específica, e que esta seja passível de comprovação de maneira inquestionável.

Contudo, o ponto chave do presente trabalho se deu com a constatação de que o reconhecimento do vínculo filiatório existente entre o concepturo e o *de cujus* implica, necessariamente, no reconhecimento da sua legitimidade sucessória. Isso porque o Código Civil de 2002, através de seus arts. 1.829 e 1.845, atribuiu aos descendentes a condição de herdeiros legítimos e necessários, respectivamente, sem fazer qualquer tipo de ressalva ou discriminação. Abarcou, portanto, todos os filhos, inclusive aqueles oriundos da inseminação homóloga póstuma, ideia essa que fora reforçada pelo art. 227, § 6º, da Carta Magna Brasileira, ao consagrar o princípio da igualdade absoluta entre os filhos, e ratificada pelo art. 1.596 do próprio *Codex*.

Assim, sendo considerado como filho do falecido, os dispositivos legais passam a reclamar uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico para suprir o silêncio legal, ainda mais considerando o caráter excepcionalíssimo do procedimento em questão, abrindo espaço para que o art. 1.798 da Lei Civil seja mitigado a ponto de abranger o concepturo. Neste sentido, o cotejo dos dispositivos legais, bem como de direitos fundamentais, como o direito à herança, previsto no art. 5º, XXX, da Constituição de 1988, também serviram para reforçar a ideia de que a prole eventual do falecido têm direitos sucessórios como qualquer outro filho, não devendo ser discriminado em razão de sua origem.

Por outro lado, em nome da segurança jurídica, restou demonstrada a necessidade de fixação de um prazo máximo para que a inseminação homóloga tardia seja levada a efeito. É que, por produzir efeitos que interferem na esfera jurídica dos demais envolvidos, notadamente dos

outros herdeiros do falecido, não se mostra razoável que a incerteza quanto à realização do procedimento se prolongue em demasia no tempo. Ademais, considerando o período de luto que a cônjuge sobrevivente irá enfrentar, assim como a ideia de que o plano de procriar já estava consolidado entre o casal antes mesmo da morte do *de cuius*, concluiu-se pela fixação do referido prazo em três anos, tendo como base o art. 5º da Lei nº 11.105/05, que aplica o mesmo lapso temporal à utilização de embriões excedentários para fins científicos e terapêuticos.

Ademais, conferindo viabilidade prática à participação da prole eventual do finado na sucessão legítima, vislumbrou-se a possibilidade de atribuir a ele, também por analogia, a tutela jurídica conferida ao nascituro. A partir daí, consignou-se que a futura criança poderia ingressar na ação de inventário e partilha, representado por sua genitora, para pleitear a reserva do seu quinhão hereditário sob a condição de vir a nascer com vida, valendo-se, para tanto, do rito legal conferido à figura do herdeiro preterido, disposto no art. 628 do Código de Processo Civil de 2015.

Quanto a ação judicial em si, a sua tramitação observaria o procedimento habitual das demandas desta espécie, devendo ser ajuizada perante o juízo competente localizado no foro de domicílio do *de cuius*, nos termos do art. 48 do Código de Ritos. Demais disso, tratando-se de demanda envolvendo interesse de incapaz, qual seja, o concepturo, a intervenção do Ministério Público se mostra imperiosa, em obediência à previsão legal constante do art. 178, II, da Lei Processual.

Por fim, não restaram dúvidas de que a polêmica em torno dos direitos sucessórios do concepturo ultrapassa as fronteiras brasileiras, fazendo-se presente também em ordenamentos jurídicos alienígenas. Enquanto países como a Alemanha e a Suécia adotam posturas mais rígidas frente à situação, proibindo terminantemente a prática da inseminação homóloga póstuma em seus territórios, em Portugal a perspectiva é um pouco mais maleável. Isso porque, embora a referida técnica reprodutiva também seja vedada pelo ordenamento jurídico lusitano, a futura criança tem o seu vínculo filiatório com o *de cuius* reconhecido, ainda que tal proibição seja descumprida. O mesmo não se diz quanto aos seus direitos sucessórios, que não lhe são atribuídos pela legislação portuguesa.

Em sentido diametralmente oposto, os ordenamentos jurídicos da Espanha e da Catalunha, ao mesmo tempo em que admitem a prática da inseminação homóloga tardia, também a vinculam à necessidade de autorização expressa do *de cuius* através de forma específica, e à ocorrência do procedimento dentro de um prazo máximo. Ademais, as referidas legislações também reconhecem amplos direitos ao concepturo, notadamente no âmbito do Direito de Família.

Diante de tais argumentos, resta clara a possibilidade e, mais do que isso, a necessidade de reconhecimento dos direitos sucessórios ao indivíduo oriundo da inseminação homóloga *post mortem*, tendo em vista a existência inabalável do vínculo filiatório entre ele e o *de cujus*. Entender de maneira diversa significaria afrontar diretamente preceitos constitucionais responsáveis por reger o ordenamento jurídico pátrio, assim como os direitos fundamentais inerentes ao próprio concepturo, além de desconsiderar a vontade do extinto de procriar e de ter o seu futuro filho juridicamente amparado no âmbito dos seus direitos sucessórios. Neste sentido, outra alternativa não resta senão a atribuição de legitimidade sucessória à prole eventual do falecido, não só por ser o mais justo a se fazer, como também por se tratar de um cenário plenamente factível, tendo em vista à experiência bem sucedida de regiões como a Espanha e a Catalunha neste ponto, mostrando que é possível conciliar os direitos da futura criança com a segurança jurídica das relações familiares e sucessórias.

REFERÊNCIAS

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

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório**. IBDFAM. Disponível em:
<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/8.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 229-247.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e biodireito**. IBDFAM, 2003. Disponível em:
<http://www.ibdfam.org.br/artigos/110/T%C3%A9cnicas+de+reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+e+biodireito>. Acesso em: 23 maio 2020.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVES, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa. Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas. **Revista Bioética**, v. 22, n. 1, 2014, p. 66-75. Disponível em:
http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/883/975. Acesso em: 01 mar. 2020.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 jun. 2020.

BRASIL. **Enunciado nº 2, Jornada de Direito Civil**. Disponível em:
<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/648>. Acesso em: 02 ago. 2020

BRASIL. **Enunciado nº 105, Jornada de Direito Civil**. Disponível em:
<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.

BRASIL. **Enunciado nº 106, Jornada de Direito Civil**. Disponível em:
[https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-](https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf)

1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Enunciado nº 277, Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/227>. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. **Lei 3.268**, de 30 de setembro de 1957. Rio de Janeiro, RJ, 30 set. 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm. Acesso em: 21 fev. 2020.

BRASIL. **Lei 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. **Lei 11.105**, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 10 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, DF, 24 mar. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 898.060. Proc. n. 20120385259. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DJ 24 ago. 2017. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 878.694 – Proc. n. 103748172.2009.8.13.0439. Recorrente: Maria de Fátima Ventura. Recorrido: Rubens Pereira Coimbra e Outros. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, DJ 06 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível nº 20080111493002. Terceira Turma Cível. Relator: Nídia Corrêa Lima. Julgado em 03 set. 2014. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-DF/attachments/TJ-DF_APC_20080111493002_88556.pdf?Signature=ya3ll%2B0zgATbR%2BOegOFeT794CJI%3D&Expires=1596432901&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6caa06f27cd5b672d3e70c526c394f98. Acesso em: 12 maio 2020.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. Consequências jurídicas da reprodução humana assistida *post mortem*. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**. Salvador, n. 20, 2010.1, p. 65-88.

BORGES-OSÓRIO, Maria Regina; ROBINSON, Wanyce Miriam. **Genética humana**. 3.ed. Porto Alegre: Artmed, 2013. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/x818n8>. Acesso em: 24 maio 2020.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. Autonomia privada e critério jurídico de paternidade na reprodução assistida. **Revista Do Curso De Direito Das Faculdades Jorge Amado**. Salvador: Faculdades Jorge Amado, ano 1, v. 1, 2001, p. 119-141.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio (coords.). **Direito Contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007, p. 19-40.

CAHALI, Francisco José. Da Sucessão em Geral. In: Everaldo Augusto Cambler (Coord.). **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 42-63, v.6.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. Artigo 1.511 ao 1.783 do Código Civil de 2002. In: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE JR., Luiz Antonio (Coord.). **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 1093-1276.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019.

CATALUNHA. **Código de Família**. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/1998/07/15/9>. Acesso em: 30 jul. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, v.5. Disponível em: https://www.academia.edu/36832574/Curso_de_Direito_Civil_Familia_Sucessoes_Fabio_Ulhoa_Coelho. Acesso em: 19 maio 2020.

COLOMBO, Cristiano. Inseminação homóloga póstuma e hipervulnerabilidade de seus atores: novos rumos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. 31, 2013, p. 79-113. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70705/40141>. Acesso em: 25 jun. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.168/2017**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 18 fev. 2020.

CORRÊA, Marilena; LOYOLA, Maria Andréa. Novas tecnologias reprodutivas: novas estratégias de reprodução? **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 9, n. 2, p. 209-234, 1999. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/physis/v9n1/09.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2020.

COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da. Direitos reprodutivos, planejamento familiar e reprodução humana assistida no Brasil no atual estado da arte. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 5, n. 3, 2016, p. 80-103. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/316/397>. Acesso em: 20 de fev. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

DELFIN, Marcio Rodrigo. As Implicações Jurídicas Decorrentes da Inseminação Artificial Homóloga *Post Mortem*. **Revista Síntese Direito de Família**. Água Branca: IOB, ano 12, n. 65, abr./maio 2011, p. 7-20.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, v.1.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10.ed. rev. aum. E atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

DUFNER, Samantha Khoury Crepaldi; HIRAI, Vinícius Yuji. A hermenêutica em resposta à problemática do direito de herança do filho concebido após a morte do pai por inseminação artificial homóloga *post mortem*. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA., ano 18, v. 84, dez. 2017, p. 15-32.

ESPANHA. **Lei 35**, de 22 de novembro de 1988. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/1988/11/22/35>. Acesso em: 30 jul. 2020.

ESPANHA. **Ley del Registro Civil**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-12628-consolidado.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVAD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 17.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, v.1.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVAD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 11.ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, v.6.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVAD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 5.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, v.7.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA. **Inseminação artificial e fertilização *in vitro***. 2017. Disponível em: <https://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/182-inseminacao-artificial-e-fertilizacao-in-vitro>. Acesso em: 01 ago. 2020.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/38835324/Introducao_ao_Estudo_do_Direito_Tercio_Sampaio_Ferraz_Junior_2018_1_. Acesso em: 25 maio 2020.

FREITAS, Márcia de; SIQUEIRA, Arnaldo AF; SEGRE, Conceição AM. Avanços em Reprodução Assistida. **Rev. bras. crescimento desenvolv. hum.**, São Paulo, v. 18, n. 1, 2008, p. 93-97. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/19870/21944>. Acesso em: 05 mar. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. 6.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, v.7. Disponível em: https://www.academia.edu/42175619/Novo_Curso_de_Direito_Civil_7_Direito_das_Sucessoes_Pablo_Stolze_Gagliano_e_Rodolfo_Pamplona_Filho_2019_. Acesso em: 20 maio 2020.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., ano 89, v. 776, jun. 2000, p. 60-82.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15.ed. rev. e atual. Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões**. 13.ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2019, v.7.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, ano 75, n. 375, jan. 2009, p. 49-60.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LEVY, Lauro Affonso da Costa. Inseminação Artificial *Post Mortem* e a Reflexão Constitucional. **Revista Síntese Direito de Família**. Água Branca: IOB, ano 12, n. 65, abr./maio 2011, p. 21-45.

LIMA, Tiago Mafra; CONTI, Paulo Henrique Burg. Reprodução assistida com material genético de paciente comatoso masculino: um estudo acerca da colisão entre a autonomia/dignidade do paciente e a liberdade reprodutiva da mulher em face dos princípios e direitos fundamentais. **Revista de Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 32, set. 2014, p. 60-71. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/10693/13464>. Acesso em: 27 fev. 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301-STJ. In: **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2005. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/37.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/40022157/Direito_de_Fam%C3%ADlia_Rolf_Madaleno. Acesso em: 11 out. 2019.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 3.ed. São Paulo. Ed. Atlas S.A., 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, v.3. Disponível em: https://www.academia.edu/41575651/Curso_de_Processo_Civil_Vol._3_2017_Luiz_Guilherme_Marinoni_Se_rgio_Cruz_Arenhart_Daniel_Mitidiero. Acesso em: 16 jun. 2020.

MEIRELLES, Ana Thereza. **Neoeugenia e reprodução humana artificial: limites éticos e jurídicos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 42.ed. atual. Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2012, v.2. Disponível em: https://www.academia.edu/32206746/Washington_de_B Barros_Monteiro_Vol._2_Curso_de_Direito_Civil._DIREITO_DE_FAM%C3%8DLIA_42a_ed_1_. Acesso em: 05 mar. 2020.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Princípios constitucionais e o direito das sucessões. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 8, v. 29, jan./mar. 2007, p. 35-52.

MOREIRA FILHO, José Roberto. As novas formas de filiação advindas das técnicas de inseminação artificial homóloga *post mortem* e as suas consequências no direito de família e das sucessões. **Revista IBDFAM – Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, v.12, nov./dez. 2015, p. 41-63.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 7.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v.5. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/necc8c>. Acesso em: 22 maio 2020.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 7.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v.6. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/necc85>. Acesso em: 22 maio 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 11.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana. **Curso de Direito das Sucessões**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editorial Andes, 1954.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Proc. n. 0027862-73.2010.8.16.0001. Décima Terceira Vara Cível. Juiz: Alexandre Gomes Gonçalves. Julgado em 06 mar. 2012. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/sentenca-digital>. Acesso em: 03 out. 2019.

PARLAMENT DE CATALUNYA. Estatuto de autonomia de Catalunya. Texto consolidado. Barcelona, 2013. Disponível em: <https://www.parlament.cat/document/cataleg/48146.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 24.ed. Atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v.6. Disponível em: https://www.academia.edu/34673915/Caio_M%C3%A1rio_da_Silva_Pereira_Institui%C3%A7%C3%B5es_de_Direito_Civil_Vol.VI_Direito_das_Sucess%C3%B5es_2017_Pdf_. Acesso em: 11 out. 2019.

PORTUGAL. **Código Civil**. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=2001&artigo_id=&nid=775&pagina=21&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 20 jun. 2020.

PORTUGAL. **Lei nº 32**, de 26 de julho de 2006. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis. Acesso em: 20 jun. 2020.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 271-300.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 13-31.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Direito de família**. 27.ed. atual. Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002, v.6.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Direito das Sucessões**. 25.ed. atual. Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, v.7.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 3.ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2015.

SCALQUETTE, Ana Claudia Silva. **Estatuto da Reprodução Assistida**. 2009. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. Orientador: Rui Geraldo Camargo Viana. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08032010-095921/publico/Tese_Ana_Claudia_Silva_Scalquette.pdf. Acesso em: 05 mar. 2020.

SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética**. Trad. Ana Carolina Mesquita. 1.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/33252936/Contra_a_Perfeicao_Etica_na_er_-_Michael_J._Sandel.pdf. Acesso em: 01 mar. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 09, jan./jun. 2007, p. 361-388, Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131>. Acesso em: 27 maio 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, v.3. Disponível em: https://www.academia.edu/41575651/Curso_de_Processo_Civil_Vol._3_2017_Luiz_Guilherme_Marinoni_Se_rgio_Cruz_Arenhart_Daniel_Mitidiero. Acesso em: 16 jun. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Teoria geral do direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOUZA, Wagner Mota Alves de. Direito à procriação, técnicas de reprodução medicamente assistida e a proibição de *Venire Contra Factum Proprium* – A inseminação artificial heteróloga e o comportamento contraditório do cônjuge ou companheiro(a). **Revista Baiana de Direito**. Salvador, v. 04, jul./dez. 2009, p. 471-493.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 9.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v.6.

VASCONCELOS, Camila; LUTOSA, Cátia; MEIRELLES, Ana Thereza; ARANHA, Anderson Vieira; GARRAFA, Volnei. Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas. **Revista Bioética**, v. 22, n. 3, 2014, p. 509-518. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/957/1133. Acesso em: 18 fev. 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2013, v.1. Disponível em: <https://direitouninvest.files.wordpress.com/2016/04/direito-civil-vol-1-parte-geral-venosa-sc3adlvio-de-salvo-13ed-2013-1.pdf>. Acesso em: 17 maio 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2013, v.7. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/e0xccc>. Acesso em: 02 jun. 2020.

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. UNFPA Brasil, 2009. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/pt-br/publications/direitos-reprodutivos-no-brasil>. Acesso em: 29 fev. 2020.

WATSON, James D. **DNA: o segredo da vida**. Trad. Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. Disponível em: <https://es.scribd.com/doc/305359869/Dna-O-Segredo-Da-Vida-James-D-Watson>. Acesso em: 05 jun. 2020.