

REPRODUÇÃO HUMANA *POST MORTEM*: UMA ANÁLISE BIOJURÍDICA DA (IN)OBRIGATORIEDADE DE CONSENTIMENTO DO GENITOR PARA A IMPLANTAÇÃO DO SÊMEN CONGELADO

Najara Andrade Guimarães Carneiro¹

RESUMO: Com a constante evolução da humanidade, em especial na área da medicina, visando garantir a paternidade e a maternidade, surgiram as técnicas de reprodução assistida, entre elas a inseminação artificial *post mortem*. Analisou-se o progresso da Medicina e das tecnologias de inseminação artificial, que possibilitaram a concepção e implementação do princípio do planejamento familiar garantido pela Constituição Federal. O tema justifica-se por ser correto apresentar o pedido de herança no prazo previsto em lei para garantir a igualdade dos filhos e a segurança jurídica aos demais potenciais herdeiros e centra-se no exame das mudanças inerentes ao Texto Constitucional conforme os direitos filiatórios e ao sucessório, os métodos de reprodução artificial, a legitimidade do sucesso dos embriões *post-mortem* e a regulamentação dos esforços legislativos. Objetivou-se analisar o fenômeno da reprodução humana assistida *post mortem* de seu genitor no direito sucessório brasileiro e a necessidade de regulamentação legal. A metodologia foi a revisão bibliográfica qualitativa e exploratória, onde foram consideradas opiniões de doutrinadores, artigos científicos e leis desta área, sendo necessário analisar os resultados destas sobre o tema. Concluiu-se que um embrião *post mortem* fertilizado artificialmente merece proteção. O princípio do livre planejamento familiar deve ser reverenciado, pois o desejo de ter um filho se manifesta quando se concorda com a preservação do material biológico. A não garantia dos direitos de herança viola os princípios constitucionais da igualdade essencial e da dignidade humana e dos interesses da criança.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida. Inseminação artificial *post mortem*. Direito das Sucessões. Princípio Constitucional da Isonomia.

ABSTRACT: With the constant evolution of humanity, especially in the area of medicine, aiming to guarantee paternity and motherhood, assisted reproduction techniques have emerged, including post-mortem artificial insemination. The progress of Medicine and artificial insemination technologies was analyzed, which enabled the conception and implementation of the principle of family planning guaranteed by the Federal Constitution. The theme is justified because it is correct to present the inheritance request within the period provided by law to guarantee the equality of children and legal security for other potential heirs and focuses on the examination of the changes inherent to the Constitutional Text in accordance with filial rights and the succession, artificial reproduction methods, the legitimacy of the success of post-mortem embryos and the regulation of legislative efforts. The objective was to analyze the phenomenon of post-mortem assisted human reproduction of the parent in Brazilian inheritance law and the need for legal regulation. The methodology was a qualitative and exploratory bibliographic review, where the opinions of scholars, scientific articles and laws in this area were considered, making it necessary to analyze their results on the topic. It was concluded that an artificially fertilized postmortem embryo deserves protection. The principle of free family planning must be respected, as the desire to have a child is manifested when one agrees with the preservation of biological material. Failure to guarantee inheritance rights violates the constitutional principles of essential equality and human dignity and the interests of the child.

¹ Discente do curso de Direito da Universidade Católica do Salvador.

Keywords: Assisted human reproduction. Post-mortem artificial insemination. Succession Law. Constitutional Principle of Isonomy.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 DIREITOS REPRODUTIVOS E REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL 3 A NORMATIZAÇÃO ÉTICA E JURÍDICA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL 3.1 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 3.2 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA 3.3 A RESOLUÇÃO CFM Nº 2.320/2022 E OS LIMITES DAS NORMAS DEONTOLÓGICAS 4 O DIREITO SUCESSÓRIO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* 4.1 REPRODUÇÃO HUMANA *POST MORTEM* E PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE NO CÓDIGO CIVIL 4.2 REPRODUÇÃO *POST MORTEM*: DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Grande parte das famílias sonha em ter filhos, mas alguns casais não conseguem ter filhos naturalmente, principalmente por causa de infertilidade. Como resultado, novas soluções de apoio aos seres vivos foram colocadas no mercado devido ao aperfeiçoamento contínuo das técnicas médicas e de pesquisa, bem como à evolução contínua da sociedade.

Muitos casais avançaram na busca de técnicas para garantir a gravidez e a concepção dos filhos. O fato é que mesmo acreditando que o procedimento acontecerá de forma completa, não é possível excluir eventuais intercorrências. O tema aqui aborda um acontecimento crucial para um processo especial: a morte do parceiro antes da concepção.

O processo de encaminhamento dos bens do *de cuius* aos seus herdeiros é garantido pelo direito das sucessões, automaticamente por herança ou, de acordo com a vontade do mesmo, por testamento. Isto levanta a questão: as crianças concebidas após a morte *de cuius* são incluídas para competir com outros entes em relação a seu patrimônio? A pesquisa teve como objetivo geral analisar o fenômeno da reprodução humana assistida *post mortem* e o direito sucessório do filho póstumo no direito brasileiro bem como a urgente necessidade de regulamentação legal do tema.

O presente trabalho se baseou no método de pesquisa hipotético-dedutivo por meio da revisão qualitativa de literatura em artigos científicos específicos de bioética e biodireito, ambos do campo de abrangência do direito médico, além do direito sucessório.

O estudo dos casos que acompanham o desenvolvimento da sociedade e das suas tecnologias é de extrema importância para a evolução do sistema legal, que deve acompanhar tais mudanças. À medida que o conhecimento humano continua a desenvolver-se, surgirão questões que devem ser regulamentadas para garantir uma coexistência justa das criaturas.

2 DIREITOS REPRODUTIVOS E REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL

Sobre o planejamento familiar, o art.226, §7º, da Constituição Federal de 1988 estabelece que constituído 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” (Brasil, 1988).

Ao regular tal dispositivo da CF/88 por meio da Lei nº 9.263, de 1996, o legislador ordinário definiu o planejamento familiar como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” e ainda estabeleceu que se trata de “direito de todo cidadão”, “parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde”. Nesse mesmo sentido, o Código Civil de 2002 estabeleceu, em seu artigo 1.565, §2º, que:

Art. 1.565. [...].

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Segundo Amaro e Cardin (2023) os direitos da personalidade podem ser avaliados como reflexo das expressões que o ser humano tem referente à vida, a integridade intelectual, física, psíquica e a autonomia, sendo cumpridos para garantia da realização da dignidade humana.

Ribeiro (2016) explica que a ideia de planejamento familiar está intimamente relacionada com o “projeto parental”, que se pode conceituar como a busca pela constituição de família, especificamente com a geração de descendentes. Nesse diapasão, o autor defende:

[...] o exercício dos direitos reprodutivos deve ponderar não apenas a liberdade do casal ou do indivíduo, mas também as consequências advindas da concepção de um novo ser humano. Revela-se, portanto, que o planejamento familiar igualmente está condicionado e limitado pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, na medida em que o projeto parental deverá considerar o filho a ser gerado como prioridade soberana na vida dos pais (Ribeiro, 2016, p.146).

Outrossim, Araújo e Sá (2023), ao discorrerem sobre direitos reprodutivos e saúde da mulher, sustentam que houve uma ampliação do conceito de saúde para além da condição física, passando a envolver tudo aquilo que integra seu processo de subjetivação:

A ideia de saúde, hoje, não está mais exclusivamente atrelada à aferição de uma patologia física, que compromete, de forma pontual ou sistêmica, o organismo vivo, mas deve ampliar-se à dimensão psíquica, ao âmbito de bem-estar individual,

alargando-se como um direito em construção. Também enquanto direito fundamental, contempla as especificidades de gênero. É necessário, pois, interpretar os direitos reprodutivos a partir da contingência da realidade dos sujeitos, considerando os processos de subjetivação. Ser pessoa não é um dado a priori, mas perpassa pela construção social em que indivíduos, na qualidade de seres livres, coexistem em uma rede de interdependência e interlocução. Ser pessoa decorre, pois, da autodeterminação e da autoafirmação das configurações individuais em um fluxo comunicativo (Araújo; Sá, 2023, p.9).

Diante dessa ampliação do conceito de saúde, que passa a considerar a dimensão psicológica e de bem-estar do ser humano, veio a possibilidade de aumentar o rol de obrigações do Estado, no que tange à cobertura dos procedimentos de procriação, ganhando projeção no plano das discussões bioéticas e biojurídicas (Meirelles; Cavalcanti, 2019).

A Magna Carta de 1988 reconheceu a diversidade das conformações familiares, admitindo as mais diversas manifestações de afeto, inclusive a união estável e a família monoparental. Os novos arranjos familiares encontram respaldo tanto na Constituição como na legislação infraconstitucional, uma vez que a afetividade vem sendo vista como um princípio fundado na ordem jurídica e na dignidade da pessoa humana (Meirelles; Cavalcanti, 2019).

As autoras afirmam que “os anseios sociais, justificados pelas novas demandas sociais passaram a evidenciar o necessário afastamento da intervenção estatal no que concerne ao desenvolvimento das relações de natureza privada” (Meirelles; Cavalcanti, 2019, p.142).

Assim, para além do antigo atrelamento da procura das técnicas de reprodução assistida à identificação de esterilidade ou infertilidade na mulher ou no homem, hodiernamente, como bem asseveram as autoras:

[...] outros motivos se portam como justificadores da procura em torno das técnicas de procriação assistida. Isto porque os recursos procriativos assistidos representam possibilidade considerável de evitar a transmissão de patologias hereditárias. Depreende-se daí que as demandas iniciais em torno dos procedimentos reprodutivos estavam associadas às motivações de ordens impeditivas, ou seja, às pessoas que apresentavam empecilhos biológicos para procriar de forma natural. A Genética, hoje, possibilita o acesso às condições de saúde dos gametas e do embrião, através dos testes ou exames genéticos, estabelecendo correlações que designam probabilidades de manifestações de doenças futuras. Essa realidade foi levada à seara da procriação artificial com o objetivo de prevenção da manifestação de doenças já reincidentes num determinado seio familiar (Meirelles; Cavalcanti, 2019, p.146).

Ainda nesse sentido, entre as novas razões para a busca pelas técnicas de reprodução assistida, estão os casais homoafetivos e as pessoas solteiras que resolvem recorrer à chamada “produção independente”. Essas hipóteses, apesar de não estarem relacionadas a um diagnóstico de infertilidade ou esterilidade, compõem a nova realidade fática acerca da procura pelas TRHA (Meirelles; Cavalcanti, 2019).

Nesse contexto, as autoras ainda asseguram que os procedimentos médicos de reprodução humana assistida se consubstanciam em aparato para a formação da família contemporânea, já que esta não mais está atrelada à existência de filhos e vão além, ao anunciarem que:

[...] se não há empecilhos ao reconhecimento jurídico da pluralidade das formas de família, também não há sentido em cercear o acesso às técnicas de procriação humana artificial aos indivíduos que almejam a constituição de uma família, seja ela monoparental ou biparental entre pessoas do mesmo sexo (Meirelles; Cavalcanti, 2019, p.142).

As ciências da vida foram revolucionadas pelas descobertas do século XX influenciando sobremaneira a manipulação genética, clonagem, banco de dados genético e novidades biotecnológicas em projetos de reprodução assistida (Meirelles; Cavalcanti, 2019).

São diversos os métodos de reprodução medicamente assistida a serem escolhidos de acordo com critérios técnicos e científicos, como a redução embrionária, a eugenia, o diagnóstico genético pré-implantacional e a gestação de substituição. Dentre tais métodos, destacam-se a Fertilização *in vitro* (FIV) e a inseminação artificial. A FIV consiste em realizar a fecundação do óvulo pelo espermatozoide fora do corpo da mulher. Cumprida esta etapa, o embrião é transferido ao útero da mãe, na expectativa de que ele se implante e continue se desenvolvendo (Araújo, 2023). Por sua vez, a inseminação artificial consiste na coleta do sêmen para introdução na cavidade uterina, de modo que a fecundação aconteça no corpo feminino, sem que ocorra a manipulação laboratorial do zigoto (Araújo, 2023).

Já em relação ao material biológico utilizado, a reprodução assistida pode ser homóloga ou heteróloga. No primeiro caso, utiliza-se tão somente o material advindo do próprio casal demandante do procedimento. Por outro lado, quando há utilização de material genético doado por terceiros, tem-se a reprodução heteróloga.

Como lecionam Meireles e Cavalcanti (2019), “a reprodução de natureza heteróloga, então, pode se concretizar no que tange ao casal, ou seja, tanto os óvulos quanto os espermatozoides foram doados por terceiros, ou, ainda, no que tange apenas um dos envolvidos” e igualmente será heteróloga nos casos de monoparentalidade,

A inseminação artificial constitui-se de técnica de reprodução assistida homóloga, que ocorre quando o material genético utilizado é do casal, sem que se recorra à doação de material por terceiros. Ela pode ser feita de imediato, com o esperma fresco, ou posteriormente, utilizando o sêmen congelado.

Considerado como um método de baixa complexidade, a inseminação artificial consiste em implantar na cavidade uterina o sêmen coletado do genitor para que ali ocorra a

união dos gametas feminino e masculino. Nesse método não existe manipulação do óvulo fecundado. Quanto ao momento da inseminação, ela pode ser feita implantando o esperma “fresco”, ou seja, imediatamente após a sua coleta, ou pode haver o congelamento do sêmen para uso posterior.

Inexiste, no entanto, legislação específica sobre a reprodução assistida no Brasil, que se encontra atualmente regulamentada unicamente pela Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina (CFM). Todavia, uma resolução de conselho de classe não se consubstancia instrumento adequado para regular direitos fundamentais e da personalidade. Tal prerrogativa deve continuar sendo do processo legislativo ordinário.

3 A NORMATIZAÇÃO ÉTICA E JURÍDICA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL

A ética deve ser um norte para a atuação dos profissionais envolvidos, permitindo a delimitação do que é socialmente aceito ou não. Daí conclui-se que é indispensável que a ética e o biodireito estejam interligados aos avanços tecnológicos, de forma a proporcionar uma visão humanista e em consonância com os direitos fundamentais quando se trata de Reprodução Assistida (Araújo; Araújo, 2018).

Com a lacuna legislativa existente no Brasil em relação à Reprodução Assistida, uma norma meramente deontológica acaba por impor limites não previstos em lei ao exercício de direitos, extrapolando a competência da entidade de classe. Exemplos de tais limitações impostas pela Resolução CFM nº 2.320/2022 são encontrados na fixação da idade máxima de 50 anos para que a mulher possa ser submetida às técnicas de Reprodução Assistida e na exigência de consentimento escrito para utilização do material criopreservado após a morte do genitor.

Sem uma previsão legal, muitos casos findam por serem submetidos a uma decisão judicial. Vale salientar que para que haja a adequada fundamentação dessas decisões, deve-se analisar e compreender quais os critérios bioéticos e jurídicos a serem considerados ao decidir sobre questões envolvendo a autonomia, o livre planejamento familiar, os direitos reprodutivos e a dignidade humana. Esse é um grande desafio, ainda mais em razão da lacuna legislativa. A fundamentação com base nos direitos fundamentais auxilia na discussão.

3.1 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A lacuna legislativa acerca da Reprodução Assistida no Brasil é tão gritante que, para exemplificar, basta citar que o Projeto de Lei nº 90/1999, que define normas para realização

de inseminação artificial e fertilização *in vitro*, aprovado no Senado Federal em 2003, tramita até hoje na Câmara dos Deputados, sob o número 1.184/2003 (Brasil, 2003).

Não há, no entanto, que se falar na proibição da utilização das técnicas de reprodução assistida, uma vez que a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, estabelece, como direito de todo cidadão, “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”, e que “para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção” (Brasil, 1996).

Já o Código Civil trata a questão em termos de paternidade presumida dos filhos nascidos por inseminação artificial homóloga, ainda que o cônjuge seja falecido; havidos a qualquer momento em embriões de fertilização *in vitro* homólogos e heterólogos, desde que tenha prévia autorização do marido (Brasil, 2002).

O legislador ordinário, ao editar a Lei nº 11.105/2005, intitulada Lei de Biossegurança, tão somente tangenciou o tema da reprodução humana assistida, ao prever, em seu artigo 5º, que 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 utilizadas no respectivo procedimento” (Naves; Sá, 2015, p.60).

O biodireito é uma área de direito que abrange diversas disciplinas e visa avaliar juridicamente os métodos humanos de manipulação da vida, sobretudo em relação aos avanços tecnológicos relacionados à medicina e à biotecnologia (Montalbano, 2012). O direito à reprodução é um direito fundamental, mas não absoluto. No entanto, no contexto do planejamento familiar, quando se trata de questões de saúde relacionadas à sexualidade e à procriação, o casal é livre para tomar decisões (Albuquerque Filho, 2006).

Posteriormente ao nascimento do primeiro bebê proveta do mundo, várias comissões apareceram, em diversos países, no intuito de estudar alguns aspectos decorrentes da utilização das técnicas de reprodução humana assistida (Ferraz, 2008).

Quando da elaboração do Código Civil de 1916, não se cogitava a possibilidade de haver a concepção humana fora do útero ou após a morte do genitor. Contudo, independentemente da teoria adotada para a definição do início da personalidade, eram assegurados os direitos do nascituro desde o momento da concepção (Kaplan, 2022, p.4).

Apenas oito anos após o nascimento do primeiro bebê de proveta do Brasil, a Resolução nº 1.358/92 do CFM estabeleceu os padrões éticos que os profissionais de saúde devem seguir ao utilizar tecnologias de inseminação artificial. A resolução abordou a

criopreservação de espermatozoides, óvulos e embriões em clínicas, centros ou serviços, e enfatizou a necessidade de autorização expressa para a destinação de material biológico em caso de divórcio, doença grave, falecimento ou doação (Ferraz, 2008).

Posteriormente, apareceram sobre o assunto o Projeto de Lei nº 3.638/93, do Deputado Luiz Moreira, e o Projeto de Lei nº 2.855/97, do Deputado Confúcio Mouta, nada acrescentando aos efeitos jurídicos das técnicas de reprodução. Hoje em dia, o Projeto de Lei do Senado nº 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, tramita na Câmara dos Deputados e trata do assunto de forma mais ampla (Montalbano, 2012).

Diversos juristas consideram que há uma deficiência legislativa na regulamentação do tema, a Lei nº 9.263/96 estipula o dever do Sistema Único de Saúde de prestar serviços de reprodução assistida. Ressalta-se que a Portaria nº 426/2005 do Ministério da Saúde estabelece uma Política Nacional de Atenção para o tratamento integral da inseminação artificial no âmbito do SUS, e a Resolução ANVISA nº 33/2006 estabelece normas relacionadas ao funcionamento de células germinativas e bancos de tecidos (Kaplan, 2022).

O ordenamento jurídico brasileiro sempre se baseou em pressupostos sobre o estabelecimento do parentesco. O artigo 1.597 do Código Civil, que trata desse assunto, diz que os filhos póstumos são considerados iguais aos filhos nascidos durante ou durante o casamento. Ressalta-se que não existe uma definição expressa de parentesco na Constituição Federal ou na lei civil, que pode ser definido como parentesco de primeiro grau e relações diretas que ligam uma pessoa ao seu nascimento (Leite, 1995).

Ao regulamentar a inseminação artificial *post mortem*, a Resolução n. 2.320/2022 do CFM, que estabelece normas éticas para o uso de técnicas de reprodução artificial, representa um instrumento deontológico a ser seguido pela medicina brasileira, mas tal normativo não tem força de lei (Brasil, 2022).

Recentemente, o enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil, o Enunciado nº 633 do Conselho da Justiça Federal e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial nº 1.918.421 – SP, abordaram essa questão e reafirmaram a necessidade da declaração inequívoca, expressa e formal do cônjuge/companheiro falecido para implantar embriões (Brasil, 2021), o que reforça as últimas decisões do CFM e acrescenta segurança jurídica às decisões reprodutivas póstumas (Kaplan, 2022).

As Resoluções nº 2.121/15 e nº 2.168/2017 abordaram a necessidade de os futuros pais expressarem em documento seus desejos quanto ao destino de seu material biológico em caso de divórcios difíceis, doença grave ou morte (Rocha *et al.*, 2020). Ressalte-se que embora a Resolução nº 2.320/2022 do CFM tenha revogado integralmente a Resolução nº

2.294/2021, permaneceu a necessidade de obtenção de autorização prévia para reprodução póstuma (Brasil, 2022).

No que diz respeito à jurisprudência, alguns juristas entendem que o ordenamento jurídico brasileiro proíbe técnicas reprodutivas póstumas, ainda que sobreviva a vontade expressa, havendo um entendimento no sentido de que o material genético do indivíduo já falecido não poder ser aproveitado, pois não subsiste outra razão a ensejar a sua inseminação (Gama, 2003).

À medida que esse desenvolvimento científico se tornou disponível para a comunidade global, vários países regulamentaram a inseminação artificial. Sem sequer pretender fazer um direito comparado, alguns ordenamentos jurídicos merecem destaque, pois proíbem o uso de tecnologia reprodutiva póstuma, como a Alemanha e a França, onde esta última utiliza o argumento de que o consentimento dado durante a vida perde o seu efeito, no entanto, é reconhecida a capacidade sucessória da criança. Em países como a Inglaterra, não há proibição, exceto quanto aos direitos sucessórios, que exigem o consentimento expresso do falecido (Kaplan, 2022).

3.2 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Conforme Lozano e Takitane (2021, p.13), são destacadas três diferentes técnicas na reprodução assistida *post mortem*: “1) uso de material genético criopreservado antes da morte do titular; 2) extração de material genético de cadáver para o uso em fertilização assistida; 3) transferência de embriões criopreservados gerados com material genético do de cujus”.

E completam falando que o uso de óvulos da mulher falecida é inexpressivo quando comparado com a solicitação de utilização de sêmen do homem falecido. Vislumbra-se na preservação do material genético, o envolvimento de pessoas que serão submetidas a quimioterapias, já que envolve o risco de comprometer a fertilidade, ou que trabalham em condições de insalubridade, conflito armado, ou ainda, profissões com alto índice de periculosidade (Shefi *et al.*, 2006).

A contenda surge quando o titular do material genético vem a óbito sem ter deixado consentimento expresso para a sua utilização *post mortem* e o cônjuge sobrevivente solicita o uso do material, sob a alegação do projeto parental interrompido. Já a solicitação de extração de sêmen do falecido está deixando de ser um pedido inusitado. Ocorre quando o homem falece repentinamente, e a viúva ou a companheira solicita a extração do material genético do cadáver. Nesses casos, “a extração se realiza em até 36 horas após o óbito, por meio de eletro-

ejaculação, aspiração microcirúrgica de espermatozoides do epidídimo, biopsia testicular ou remoção do testículo em bloco” (Shefi *et al.*, 2006).

Na ausência de legislação específica no Brasil, a reprodução assistida *post mortem* estaria relativamente regulamentada com base em normas esparsas. O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, estabelece que:

Art. 1.597 Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga (Brasil, 2002).

Diante da presunção de paternidade do marido morto em relação à criança concebida pela reprodução *post mortem* contida no artigo 1.957, III, do Código Civil de 2002, “segmento da doutrina compreende que há uma autorização legal tácita ao emprego da técnica” (Ribeiro, 2016). Nesse sentido, o autor defende que:

De modo geral, além de se entender a previsão no Código Civil como uma permissão legislativa, a defesa da legalidade da reprodução *post mortem* pode ser embasada no direito à procriação, bem como no direito à continuidade do projeto parental iniciado em vida pelo casal (Ribeiro, 2016, p.48).

Por sua vez, o Provimento nº 149, de 30/08/2023, do Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 513, §2º, estabelece as regras para registro e emissão de certidão de nascimento decorrente da utilização das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, dispondo que:

Art. 513. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos: [...] §2º Nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além dos documentos elencados nos incisos do caput deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

Já o Enunciado nº 633 do Conselho de Justiça Federal, ao tratar do tema, prevê a possibilidade de reprodução póstuma inclusive por meio de maternidade de substituição, estabelecendo que: “É possível ao viúvo ou ao companheiro sobrevivente, o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma - por meio da maternidade de substituição, desde que haja expresso consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira”² (Delgado, 2019, p.6).

² Contraditoriamente, os enunciados 106 e 107 da I Jornada de Direito Civil aludem expressamente à “autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte”.

Da ausência de legislação, têm surgido posicionamentos polêmicos, a exemplo da exigência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que em decisão recente³, condicionou esse direito à autorização por meio de testamento, entende-se a seguir.

O Brasil opera um sistema de licenciamento que regula métodos e tecnologias de reprodução assistida, que requer utilização baseada em princípios éticos e constitucionais. A Resolução nº 2.320/2022 do CFM sobre Coleta Regulamentada enfatiza a importância da transparência, conhecimento e consentimento da equipe médica, doador de material genético e receptor em todas as etapas simples da realização da reprodução assistida, da formação à coleta de gametas e embriões, criopreservação até a destinação de material genético.

No que se refere à reprodução assistida *post mortem*, a referida Resolução prevê essa possibilidade, mas pela legislação vigente deverá ser obtida autorização prévia específica do falecido para utilização de material biológico criopreservado.

Da mesma forma, o Provimento CNJ n. 63 (artigo 17, § 2º) dispõe que na reprodução assistida após a morte, além de outros documentos por ela prescritos, documento lavrado pelo falecido para utilização de materiais biológicos preservados deverá ser apresentado, um formulário específico de autorização prévia, ou seja, um Instrumento público ou privado com firma reconhecida em cartório.

O princípio da autonomia da vontade é o resultado inevitável do direito à liberdade e o preceito orientador da implementação do planejamento familiar, revelando, por um lado, o comportamento consciente dos casais e dos indivíduos na escolha entre ter ou não ter filhos. Número de filhos, espaçamento e chances de ter filhos com base em seus planos e expectativas. Na reprodução assistida, a liberdade individual tem importância fundamental e a capacidade de cada pessoa determinar-se fisicamente sem se submeter à vontade de outro sujeito de direito.

O CC/2002, em seu art. 1.597, define como relativa à paternidade dos filhos de pessoas casadas entre si e, nesta medida, atribui a situação à produção de filho a partir de embrião excedente decorrente de concepção homóloga, porém omite: na medida prevista em lei a forma de utilização material genético pós-morte.

A decisão de autorizar o uso de embriões inclui a utilização *post mortem*, que, além das implicações patrimoniais e sucessórias, está ligada internamente à personalidade e dignidade das pessoas envolvidas, dos pais e das vítimas. Concebida e atraindo assim o atendimento a uma forma clara e indiscutível de obediência efetuada por vontade ou

³ (STJ - REsp: 1918421 SP 2021/0024251-6, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 08/06/2021, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2021).

instrumento como forma e garantia. A declaração feita em um contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana destina-se exclusivamente à legalização do transporte de embriões excedentários *post mortem*, cuja autorização expressa e específica deve ser concedida por testamento ou outro documento similar.

O Projeto de Lei nº 1.851/2022, que tramita no Senado, propõe a alteração do artigo 1.597 do código Civil para conceber o consentimento presumido de implantação, pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente, de embriões do casal que se submeteu conjuntamente a técnica de reprodução assistida (Brasil, 2022).

O desenvolvimento de métodos de reprodução humana medicamente assistida e a possibilidade de criopreservação de sêmen e embriões humanos permitiram a criação de filhos após a morte. No entanto, essas abordagens trouxeram problemas importantes para o Direito Sucessório ao resolver o desejo de mulheres de ter filhos de seus companheiros ou maridos falecidos. De tal modo, a capacidade da inseminação artificial homóloga para conceber uma criança *post mortem* tem sido o foco da maior controvérsia sobre a técnica de reprodução assistida (Reis, 2010).

No Brasil, a legislação não contempla nem proíbe tal possibilidade, existindo três posições doutrinárias relacionadas a esse tema: a 1ª defende a sua total proibição: “nega qualquer tipo de direito para o filho concebido por inseminação artificial *post mortem*, alegando que deva ser proibido a prática desta técnica de reprodução assistida” (Silva, 2017, p.14); a 2ª defende ser possível a realização da inseminação *post mortem*, porém sem efeitos sucessórios: “defende os direitos de filiação de filho nascido por material genético de pai pré-morto, mas não reconhece os seus direitos sucessórios, nem mesmo com autorização expressa do marido, por não possuir capacidade sucessória conforme o art. 1.798 do CC” (Silva, 2017, p.14), e a 3ª entende ser possível a inseminação *post mortem* garantindo efeitos sucessórios aos nascidos pela técnica: “concedem amplos direitos para os filhos nascidos através da inseminação artificial *post mortem*, devido ao art.227, §6º da CF, que garante os mesmos direitos e proíbe todo tipo de discriminação entre filhos, havidos por meios naturais ou não” (Silva, 2017, p.14).

De acordo com os doutrinários Leite (2003) e Coelho (2010), nessa terceira doutrina pode ter ainda outra subdivisão que caracteriza duas situações distintas dentro da inseminação *post mortem*:

- a) a do embrião concebido *in vitro*, com sua implantação posterior ao falecimento do pai e b) a do embrião formado a partir do sêmen preservado (e pode-se, atualmente, também acrescentar o óvulo congelado) depois do falecimento daquele que forneceu o material fecundante (Reis, 2010, p.13).

Para esses autores, a primeira hipótese permite o direito à sucessão hereditária, pois já existiu concepção, no entanto na segunda, não, por não ocorrer concepção no momento da abertura da sucessão. Ao proteger os direitos de paternidade do nascido por meio de técnicas de reprodução assistida, o legislador pátrio progrediu de forma significativa na proteção jurídica desses indivíduos, garantindo o seu reconhecimento pelo Código Civil. No entanto, a mesma atenção não foi dada aos seus direitos sucessores, o que permitiu várias posições doutrinárias, resultando lacunas na legislação civilista e de sua flagrante contradição com a Constituição Federal (Silva, 2017).

3.3 A RESOLUÇÃO CFM Nº 2.320/2022 E OS LIMITES DAS NORMAS DEONTOLÓGICAS

Ao criar norma, direcionada à classe médica, acerca da reprodução humana assistida, o CFM estabeleceu diversos limites à aplicação das técnicas de RHA. De acordo com a Resolução nº 2.320/2022 do CFM, a reprodução assistida *post mortem* é permitida “desde que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida, de acordo com a legislação vigente” (Brasil, 2022).

Não obstante o referido normativo trate de forma objetiva a possibilidade para a realização das técnicas de RHA *post mortem*, persiste o questionamento acerca da sua (in)competência normativa quanto à possibilidade de inovar a ordem jurídica e a falta de imperatividade *erga omnes* dessas diretrizes (Lozano; Takitane, 2021).

Além dessa, a norma traz outras limitações, é nesse contexto que se questiona quais devem ser os limites da norma deontológica que regulamenta a reprodução assistida no Brasil, uma vez que, ao exigir a autorização expressa para utilização *post mortem* do material criopreservado, está impondo restrições à concretização de direitos fundamentais da mulher. Nesse sentido, discorrem que:

No âmbito reprodutivo, a discussão mantém importante relação com a perspectiva da autonomia, ou seja, com os limites normativos e bioéticos capazes de reconhecê-la ou rechaçá-la. Em termos de corpo e planejamento procriativo, são necessárias investigações comprometidas, em âmbitos social e científico, sobre os contornos da liberdade decisória face a situações existenciais, em especial, por se referirem ao plano dos direitos da personalidade (Araújo; Sá, 2023, p.9).

Está claro que nenhum direito é absoluto, porém não deveria estar a cargo de um conselho de classe o sopesamento de direitos fundamentais, já que “falta a imperatividade *erga omnes* às diretrizes do CFM. Cabe ao Poder Legislativo autorizar ou proibir a reprodução póstuma, além de regulamentar todos os seus efeitos” (Ribeiro, 2016, p.46).

O CFM atualizou as normas éticas para o uso de técnicas de Reprodução Assistida no Brasil com a Resolução nº 2.320/22. Algumas das principais novidades incluem uma revisão do número de embriões gerados em laboratório, a maioria indispensável para doação de gametas, a conformidade com a Lei de Biossegurança e alternativas para o relacionamento com cedentes temporários de útero.

Os médicos no Brasil deverão seguir a referida Resolução, que revogou a Resolução CFM nº 2.294/21. Ricardo Scandian, Conselheiro federal e relator da resolução, destaca que “às famílias monoparentais e aos casais unidos ou não pelo matrimônio, fica garantida a igualdade de direitos para dispor das técnicas de reprodução assistida com o papel de auxiliar no processo de procriação” (Brasil, 2022).

As técnicas de Reprodução Assistida podem ser usadas para doação e preservação de gametas, bem como para preservação de embriões e tecidos germinativos, desde que haja uma chance de sucesso e baixa probabilidade de risco significativa para a saúde dos indivíduos envolvidos. A seguir estão listados alguns dos destaques da norma, que entram em vigor no período que foi publicada.

Criopreservação – O número total de embriões gerados em laboratório não é mais limitado, devendo os pacientes decidir sobre quantos serão transferidos a fresco, conforme mantém a Resolução CFM nº 2.320/22. Os excedentes viáveis devem ser criopreservados (Portal CFM, 2022, p.2, grifo do autor).

Os pacientes devem informar por escrito antes da geração dos embriões sobre o destino dos criopreservados em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de uma das partes:

Gestação de substituição – Neste ponto, a Resolução CFM nº 2.320/22 traz mais uma novidade: na impossibilidade de atender à relação de parentesco, prevista na regra, uma autorização de excepcionalidade pode ser solicitada ao Conselho Regional de Medicina (CRM) da jurisdição (Portal CFM, 2022, p.2, grifo do autor).

O primeiro grau é composto de pais e filhos, avós e irmãos compõem o segundo grau, já no terceiro grau são tios e sobrinhos, e o quarto grau é composto de primos. A resolução diz que a cessão temporária de útero é possível em casos em que uma condição impeça ou contraindique a gestação. A cedente deve ter pelo menos um filho e ser parente consanguíneo de até quarto grau de um dos parceiros.

É responsabilidade dos serviços de Reprodução Assistida, tanto no setor público quanto no privado, fornecer tratamento e acompanhamento médico e/ou multidisciplinar à mulher que dá à luz até o puerpério. O prontuário do paciente no serviço de Reprodução

Assistida deve conter um relatório médico que ateste a boa saúde física e mental de todos os participantes para que a gestação de substituição seja possível.

Doação – A resolução explícita que a doação de gametas somente pode ser realizada a partir da maioridade civil, permanecendo o limite de 37 anos para mulheres e de 45 anos para homens. A cedente temporária do útero não pode ser a doadora dos óvulos ou embriões (Portal CFM, 2022, p.2, grifo do autor).

A doação de oócitos e embriões congelados previamente, bem como as doações de membros da família até quarto grau, com exceção do limite da idade feminina, são possíveis, desde que a parte receptora seja bem informada referente aos riscos associados à doação.

Considerando o número significativo de decisões judiciais favoráveis à doação de gametas entre irmãs, o CFM mantém a determinação de anonimato entre doador e receptor, mas abre exceção à doação de gametas ou embriões por parente de um dos parceiros de até quarto grau, desde que não incorra em consanguinidade. Na utilização de bancos, a seleção de gametas ou embriões é de responsabilidade do usuário, em respeito à autonomia para formação da sua família (Brasil, 2022).

Por fim, como destaque das normas cita-se a regra de Embriões e idade:

Embriões e idade – O CFM manteve a delimitação do número de embriões a serem transferidos de acordo com a idade da receptora e com as características cromossômicas do embrião. Mulheres de até 37 anos podem implantar até dois embriões. Acima dessa idade, cada uma poderá transferir até três. Em caso de embriões euplóides (com 46 cromossomos), a resolução delimita a implantação em até dois embriões, independentemente da idade. Em caso de gravidez múltipla, a redução embrionária permanece proibida (Portal CFM, 2022, p.2).

A idade máxima de 50 anos para as candidaturas à gestação por Reprodução Assistida foi mantida pela Resolução. Algumas abordagens podem ser feitas com base em critérios estabelecidos pelo médico responsável que verifique a ausência de comorbidades não relacionadas à infertilidade.

O texto da norma deixa de incluir o descarte condicionado de embriões criopreservados, e a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005) é colocado como o marco do assunto.

4 O DIREITO SUCESSÓRIO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

Pode-se argumentar que a inseminação artificial *post mortem* é reconhecida com base art. 1597 do Código Civil, mas os direitos de herança desses “filhos póstumos” ainda não foram discutidos.

Uma forma é pensar que se forem reconhecidos, e se presumir que foram concebidos durante o casamento, então os requisitos do art. 1786 do Código Civil consideram-se cumpridos e o concurso resultante pode dar um convite à herança juntamente com outros

filhos e cônjuge, em plena conformidade com o princípio da igualdade consagrado no art. 227, §6º da Constituição Federal (Bueno, 2021).

Conforme o art. 1786 do Código Civil, “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. Por lei quando favorece sua sucessão hereditária, por última vontade quando é deixado um testamento elencando seus sucessores (de qualquer forma, 50% dos bens do testador deverão ser destinados a seus herdeiros necessários). Porém, também haverá a sucessão legítima quando houver nulidade no testamento ou quando o mesmo caducar (Bueno, 2021, p.3).

Outra forma refere-se a aceitar apenas a veracidade do princípio de *saisine*⁴ e considerar que as ordens de vocação hereditária são limitadas aos concebidos até o momento da abertura da sucessão. Estes estão principalmente preocupados com a possibilidade de insegurança jurídica para os outros possíveis filhos.

Se um novo herdeiro se separar de seus pais, eles terão que dividir suas partes novamente ou esperar que os novos herdeiros sejam concebidos para que a sucessão possa começar.

É inegável que, devido ao fato de se tratar de uma realidade cada vez mais comum à sociedade, o legislador terá que estabelecer um plano jurídico para abordar esta questão. Uma maneira de resolver isso seria estabelecer um prazo para a realização desta fertilização.

Isso já foi discutido pelo STF em uma ação direta de inconstitucionalidade, ADI nº 3510/DF, que tratava do uso de material genético na lei de biossegurança, e estabelecia um prazo de três anos para seu uso, que se não fosse cumprido, seria descartado. Ao ser implantado no útero, há um prazo prescricional de dez anos para solicitar o direito de herança. Finalmente, esta alternativa tem o potencial de criar segurança jurídica.

É inegável a necessidade dessa uniformização, pois a dignidade da pessoa humana, a proteção da família e a igualdade dos filhos são princípios fundamentais claramente definidos na Constituição Federal.

A sucessão *mortis causa* tem esteio na valorização constante da dignidade da pessoa humana, seja do ponto de vista individual ou coletivo, conforme os arts. 1º, inc III, e 3º, inc I, da Constituição Federal de 1988, tratando o último preceito da solidariedade social, com marcante incidência nas relações privadas (Tartuce, 2016, p.4).

Cegar-se a omissões prejudiciais alimentará centenas de disputas e sofrimento familiar.

⁴ *Droit de saisine* (origem do chamado *droit de saisine* – ou princípio de *saisine*): nem mesmo a morte pode interromper ou nulificar o direito de propriedade, pois o domínio e a posse dos bens de alguém imediatamente transmitem-se aos herdeiros.

4.1 REPRODUÇÃO HUMANA *POST MORTEM* E PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE NO CÓDIGO CIVIL

O art. 1.597 do Código Civil estabelece que a presunção de paternidade é válida se os filhos nascerem durante o casamento por fertilização homóloga, mesmo que o cônjuge tenha falecido, e se incluir embriões excedentários criados a qualquer momento (Farias, 2015).

Como se depreende do artigo art. 1597 do Código Civil, o legislador não faz menção da necessidade do consentimento prévio do marido ou da esposa para a utilização do embrião após a sua morte. Outro aspecto importante diz respeito se a mulher deve ser viúva ou não, tendo em vista que o código também não diz nada sobre isso. O Enunciado 106 da Jornada de Direito Civil afirmou:

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.

Também gera controvérsias a hipótese de dissolução do casamento, havendo ainda embriões que foram congelados quando o casal pretendia ter filhos. Preocupou-se em evitar que a paternidade fosse imposta a quem não mais tivesse interesse. A solução jurídica encontrada está no Enunciado 106 da Jornada de Direito Civil que prevê que:

Se a mulher não mantiver sua condição de viúva ou não possuir autorização escrita do marido, de acordo com a referida declaração, a paternidade não se presume, porque o consentimento para a inseminação artificial não pode ser presumido após a morte do genitor, sendo isso o que é previsto na Resolução 2.121/2015⁵.

A hipótese do divórcio também é polêmica porque os embriões foram congelados quando o casal pretendia ter filhos. Preocupou-se impedir a imposição da paternidade àqueles que não estavam mais interessados nela. A solução jurídica encontra-se no Enunciado 107 da Jornada de Direito Civil, segundo a qual:

Finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.

Portanto, o médico só poderá usar os embriões se o marido tiver dado permissão explícita. Corroborando esse entendimento, a Resolução CFM nº 2.121/2015 também confirmou que o casal deve determinar previamente o destino dos pré-embriões.

⁵ Resolução CFM 2.121/15, VIII – É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

De acordo com a doutrina, uma criança não pode ficar sem o reconhecimento dos pais. Se os embriões forem aproveitados após o divórcio sem o consentimento da outra parte ou sem a condição da viuvez, nada impede que o filho apresente ação de paternidade para ter reconhecida a qualidade de seu sucessor (Farias, 2015).

4.2 REPRODUÇÃO *POST MORTEM*: DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

Os avanços nas pesquisas científicas permitiram a preservação do mesmo óvulo e ovócito por meio de técnicas de refrigeração e congelamento, permitindo a reprodução artificial assistida após a morte. Isto faz do falecido o ‘genitor’, impactando outras crianças e legitimando-as na sucessão. Alguns defendem direitos iguais, enquanto outros defendem o direito do falecido de receber a sua herança (Abreu, 2017).

Existem os que não são favoráveis, como pode ser visto a seguir:

Toda a dinâmica da sucessão está arquitetada tendo em vista um desenlace da situação a curto prazo. Se admitisse a relevância sucessória destas situações nunca seria praticamente possível a fixação do mapa dos herdeiros e o esclarecimento das situações sucessórias. E a partilha que porventura se fizesse hoje estaria indefinidamente sujeita a ser alterada (Ascensão, 2000, p. 128).

A indeterminação da parcela definitiva dos bens gera insegurança jurídica, uma vez que os beneficiários estão sujeitos a alterações radicais no seu valor patrimonial. No entanto, não se pode negar o acesso aos rebanhos legítimos e todos os interesses devem ser considerados para minimizar as perdas. Outro ponto de vista contrário é argumentar que:

A procriação resultante de um desejo unilateral foge à bilateralidade que caracteriza o autêntico projeto parental e, pois, não pode provocar efeitos em relação a quem não se manifestou, ao tempo da inseminação artificial, pela assunção desse desiderato. À realização da inseminação precede a regular emissão de vontade de ambos os cônjuges e companheiros. Formam eles, entretanto, uma única parte, em relação à qual cada uma das declarações singulares de vontade não tem autonomia para gerar a filiação relativamente ao outro e, somente assume relevância jurídica, quando unidas as duas em uma manifestação única. Pela teoria da vontade procriacional, há que se concluir ser possível reconhecer apenas a filiação a mãe, afastada, de plano, a presunção prevista no inciso referido, por se tratar de norma inconstitucional, uma vez que violadora do comando expresso no art. 5º, I, da Constituição Federal, embora seja de lamentar a opção por uma orfandade arbitrariamente provocada (Aguiar, 2005, p. 119).

A autora argumenta que como a concepção não ocorreu antes da morte do cujus, seria impossível para um autor mencionado citar a legitimidade sucessória do embrião. De acordo com a interpretação literal do Código Civil, as únicas pessoas autorizadas a suceder são as nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão. Os filhos que foram inseminados após esse evento não são considerados, bem como os avanços científicos que

permitiram o uso desses métodos e abriram uma nova perspectiva sobre a filiação (Abreu, 2017).

Segundo Gama (2008), a personalidade de uma criança depende da presença dos pais e das mães. Mas não é apenas a presença pessoal que importa; por exemplo, um tio ou tia, um avô ou avó podem desempenhar as funções de pai e mãe. Não é possível negar que alguém tenha um plano de parentalidade que atenda às necessidades da criança e esteja relacionado à paternidade responsável e à dignidade do futuro ser humano.

A possibilidade de verificar a legitimidade dos embriões fertilizados em laboratório é algo que defende a professora Diniz (2007, p.480), não em relação à sucessão legal, mas apenas à sucessão testamentária:

Filho póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu pai genético, e por isso é afastado da sucessão legítima ou ab intestato. Poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca a vontade do doador de sêmen de transmitir herança ao filho ainda não concebido, manifestada em testamento. Abrir-se-ia a sucessão à prole eventual do próprio testador, advinda de inseminação artificial homóloga post mortem (LICC, arts. 4º e 5º) (Diniz, 2007, p.480).

Gama (2003) tem uma opinião diferente sobre o direito dos embriões. Ele acredita que, embora a paternidade possa ser estabelecida, a criança gerada após a morte não poderá pleitear sua parte da herança. Ele acredita que, embora o Código aborde uma presunção de filiação em relação aos métodos de procriação artificiais, ele não resolveu a desigualdade em relação aos direitos de suceder legitimamente.

De acordo com Farias e Rosenvald (2015), a legitimação dos embriões só pode ocorrer se houver falha na concepção laboratorial antes do falecimento do genitor. Para eles, o artigo 1.798 do Código Civil dá direitos sucessórios por força de lei, portanto, não há diferença entre a fecundação uterina e a fecundação laboratorial. No entanto, as prerrogativas de vida não devem ser garantidas se o procedimento envolver apenas congelamento de sêmen sem fecundação.

Os autores argumentam que essas situações são distintas em virtude do princípio da isonomia, pois não constituem o mesmo tratamento jurídico. Por exemplo, uma pessoa que é filha do cônjuge falecido de outra pessoa só pode ser beneficiada por meio de testamento deixado pelos pais em favor do seu futuro perfil. Eles acreditam que não há facilidade temporal para uma criança reivindicar a sua herança através da fertilização assistida, uma vez que o embrião concebido deve ser implantado no prazo de três anos (Abreu, 2017).

Dias (2015) argumenta que a doutrina dominante reconhece o vínculo sucessório apenas se este ocorrer antes da anulação da sucessão, apesar de não ser uma tendência única.

Ela acredita que o princípio da igualdade sucessória não é justificável, pois se a lei determina a transmissão de bens aos herdeiros, não justifica a exclusão do direito à herança legítima por ser concebida após a morte. No entanto, ela não vê o consentimento expresso como essencial para garantir direitos. O ato de preservar o sêmen ou o óvulo significa o desejo de criar um projeto parental, e não apenas um material biológico.

Dias (2015) afirma que a igualdade substancial entre os filhos prevalecerá em qualquer hipótese de conflito. Veja-se

O uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade. É impensável cercear este direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter às técnicas de reprodução assistida. Na concepção homóloga, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opera a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação post mortem. A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a classe dos herdeiros necessários (Dias, 2015, p.132).

A opinião de Dias (2015) é que o testamento é o único meio pelo qual o filho criado nessas situações poderia participar da herança do *de cuius*. O parentesco que foi estabelecido durante a vida de um indivíduo não pode ser anulado pela morte de seu genitor.

Em relação à fertilização heteróloga, tendo concordância com o procedimento e não expressando explicitamente uma intenção de fazer uma inseminação após a morte, não se pode negar que uma intenção de ter um filho foi manifestada a seu tempo e que é necessário garantir os efeitos da inseminação sobre a filiação e a sucessão.

Ainda assim, há uma orientação para estabelecer um prazo de dois anos para que o material seja utilizado e para que a concepção ocorra. O artigo 1.800, §4º, do Código Civil refere-se à sucessão testamentária e sua analogia com a prole eventual. Porém, essa restrição constitui uma forma de discriminação contra crianças que foram concebidas após a morte de seu pai ou mãe. O direito do filho, mesmo que nasceu alguns anos depois, não deve ser priorizado sobre a tentativa de garantir a segurança jurídica da partilha dos bens aos demais herdeiros (Dias, 2015).

É importante destacar que a legislação civil não estabelece um limite para o reconhecimento do estado filiatório por meio de uma ação de investigação de paternidade. No entanto, no caso de petição de herança, isso só é permitido até dez anos (Súmula 149, do STF). A utilização analógica de um dispositivo com um prazo menor do que os indicados podem causar graves danos à ordem filiatória e sucessória (Abreu, 2017).

5 CONCLUSÃO

A tecnologia de reprodução medicamente assistida foi criada para que pessoas que não conseguiam conceber naturalmente pudessem engravidar. Foi um grande avanço na medicina, permitindo, inclusive, que os procedimentos de fertilização fossem realizados mesmo após a morte de um dos pais. Esta inovação afetou também o campo do direito, que deve cada vez mais apostar na regulação dos efeitos que os referidos métodos não tradicionais de reprodução trouxeram para Direito de Família e das Sucessões.

No Brasil, não existe uma legislação específica sobre inseminação artificial, que é regulamentada apenas pela Resolução nº 2.320/2022 do CFM. Contudo, a resolução do conselho de classe não é um instrumento adequado para a regulação dos direitos fundamentais e pessoais. Este privilégio ainda deve fazer parte do legislador ordinário. Sem uma previsão legal, muitos casos findam por serem submetidos a uma decisão judicial.

A Reprodução Assistida no Ordenamento Jurídico Brasileiro estabelece que a utilização de gametas criopreservados para a inseminação artificial após a morte de um dos envolvidos no projeto parental, somente poderá ser feita pela parte sobrevivente com a expressa anuência do *de cujus* quando em vida.

Importa destacar que a legislação civil não estabelece um limite para o reconhecimento do estado filiatório por meio de uma ação de investigação de paternidade. No entanto, no caso de petição de herança, a pretensão prescreve no prazo de dez anos.

Concluiu-se que o princípio do livre planejamento familiar deve ser reverenciado, pois o desejo de ter um filho se manifesta quando se concorda com a preservação do material biológico.

Quanto aos direitos de herança do filho póstumo, concluiu-se pela exigência da previsão testamentária para a garantia de sua preservação.

Finalmente, fica patente a necessidade premente de que o Congresso Nacional se debruce sobre a reprodução assistida e suas peculiaridades, assumindo seu papel legislativo para preencher as diversas lacunas acerca do tema, mormente no que diz respeito à reprodução assistida *post mortem*.

REFERÊNCIAS

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

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. Família e dignidade humana, **Anais do V congresso Brasileiro de Direito de Família** (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). São Paulo: IOB Thompson, 2006.

AMARO, Mylene Manfrinato dos Reis, CARDIN, Valéria Silva Galdino. A Reprodução humana medicamente assistida na Resolução nº 2.320/2022 do CFM: Apontamentos sobre os principais aspectos dos direitos da personalidade. **XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC**. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/906terzx/807973cu/7d5Hfltbln15o42Xi.pdf>. Acesso em: 05 set.2023.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos reprodutivos e a saúde da mulher**. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2023 jan./mar.;12, v.1, p.08-09. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/60791/00-1002_Edi%C3%A7%C3%A3o%2Bfinal.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 05 set.2023.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. O estado regulatório da reprodução humana assistida no Brasil: da ausência de legislação ordinária ao regramento deontológico atual. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. 2023 jan./mar.12, v.1, p.10-23. Disponível em: <https://doi.org/10.17566/ciads.v12i1.968>. Acesso em: 05 set.2023.

ARAÚJO, Julia Picinato Medeiros de; ARAÚJO, Carlos Henrique Medeiros de. **Biodireito e legislação na reprodução assistida**. Medicina (Ribeirão Preto). 26 nov.2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/152104> Acesso em: 11 out.2023.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Sucessões**. 5.ed. Coimbra: 2000.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI nº.3510/08**. Autor: Procurador-Geral da República. Relator Ministro Carlos Ayres Brito. Acórdão 28 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 18 set.2023.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.294, de 27 de maio de 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil/D.O.U.** Brasília, 15 jun.2021.

BRASIL. **Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil**, 05 de outubro de 1988. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 set.2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 05 set.2023.

BRASIL. **Lei nº 9.263**, 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm#:~:text=lei%20n%C2%BA%209.263%2C%20de%2012%20de%20janeiro%20de%201996.&text=regula%20o%20c%C2%A7%207%2C%20do,penalidades%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.&text=do%20planejamento%20familiar-,art.,observado%20o%20disposto%20nesta%20lei. Acesso em: 05 set.2023.

BRASIL. **Projeto de Lei 1.184/2003**. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9180662&ts=1687892220138&disposition=inline&_gl=1*10vftng*_ga*OTAwNTIzNjYxLjE2OTcwMzM4NTQ.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5NzAzMzg1NC4xLjEuMTY5NzAzNTAyNS4wLjAuMA. Acesso em: 08 set.2023.

BRASIL. **Projeto de Lei 1.184/2003**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&filename=Tramitacao-PL%201184/2003. Acesso em: 05 set.2023.

BRASIL. **Projeto de Lei 1.851/2022**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/153893>. Acesso em: 09 ago.2023.

BRASIL. **Projeto de Lei 4.178/2020**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1921956&filename=PL%204178/2020. Acesso em: 05 set.2023.

BRASIL. RESOLUÇÃO CFM Nº 2.320, de 1º de setembro de 2022. **Diário Oficial da União**. Publicado em: 20 set.2022, Edição:179, Seção: 1, Página 107. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.320-de-1-de-setembro-de-2022-430447118>. Acesso em: 05 set.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.918.421-SP**. Relator: Ministro Marco Buzzi – Quarta Turma. Brasília: STJ, 2021.

BUENO, Emannueli Felix. **O direito à sucessão dos filhos concebidos “post mortem” no campo da reprodução artificial**. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1719/O+direito+%C3%A0+sucess%C3%A3o+dos+filhos+concebidos+%E2%80%9Cpost+mortem%E2%80%9D+no+campo+da+reprodu%C3%A7%C3%A3o+artificial>. Acesso em: 18 set.2023.

CFM publica atualização das regras para reprodução assistida no Brasil. **Portal CFM**. 2022. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/cfm-publica-atualizacao-das-regras-para-reproducao-assistida-no-brasil/>. Acesso em: 18 set.2023.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Família e Sucessões**, v.5. 3.ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Mário Luiz. Prévia autorização na reprodução assistida heteróloga post mortem. **Consultor Jurídico**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-15/processo-familiar-previa-autorizacao-reproducao-assistida-heterologa-post-mortem>. Acesso em: 18 set.2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4.ed. rev. e atual. Conforme a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2007.

ENUNCIADO 106. **Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Acesso em: 18 set.2023.

ENUNCIADO 1076. **Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/738>. Acesso em: 18 set.2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**, volume 6. 7.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Docentes da UFPE: Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. 2008. 218f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008.

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.

KAPLAN, Bruna Favero. Reprodução assistida *post mortem*: uma análise sobre os aspectos éticos e jurídicos 2022. **Ibdfam**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1863/Reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+post+mortem%3A+uma+an%C3%A1lise+sobre+os+aspectos+%C3%A9ticos+e+jur%C3%ADdicos>. Acesso em: 05 set.2023.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões**. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

LOZANO, Jorge Armando Guzmán; TAKITANE, Juliana. Considerações jurídicas, éticas e médico-legais sobre a reprodução *post mortem* em alguns países da Ibero-América: revisão integrativa. **Revista Latino-americana de Bioética**. 23 de julho de 2021. Disponível em: <https://observatorio.fm.usp.br/handle/OPI/42966>. Acesso em: 18 set.2023.

MEIRELLES, Ana Thereza; CAVALCANTI, Thais Novaes. As novas famílias por projetos parentais assistidos heterólogos: uma ponderação sobre o acesso e os critérios concernentes à escolha do doador de gametas. *In: Revista Direitos Culturais Santo Ângelo*, v. 14, n. 32, p. 137-159, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.20912/rdc.v14i32.2929>. Acesso em: 18 set.2023.

MEIRELLES, Ana Thereza; CAVALCANTI, Thais Novaes. As Novas Famílias por Projetos Parentais Assistidos Heterólogos... **Revista Direitos Culturais**. Santo Ângelo, v. 14, n. 32, p. 137-159, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/3416/f3becd06dc05b04fed5fd2265551b1a40b7a.pdf>. Acesso em: 18 set.2023.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. Inseminação post mortem e seus reflexos no direito de família e sucessões. **Revista do ESMESC**, v.19, n.25, 2012.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil. **Revista de Bioética y Derecho**, Barcelona, 2015 n. 34. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2015.34.12067>. Acesso em: 18 set.2023.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Reprodução assistida *post mortem*: a atribuição de direitos sucessórios aos filhos gerados após a morte de um dos genitores. **Repositório Institucional da UFBA**, 2016. Disponível em:
<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/20042/1/RAPHAEL%20REGO%20BORGES%20RIBEIRO.pdf>. Acesso em: 18 set.2023.

SHEFI, Shai, *et al.* Recuperação póstuma de esperma: análise do intervalo de tempo para colheita de esperma. **Reprodução Humana**, v.21, p.2890-2893. 2006. Disponível em:
<http://dx.doi.org/10.1093/humrep/del232>. Acesso em: 18 set.2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.