

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ – UNIFESSPA**  
**INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE – IEDS**  
**FACULDADE DE DIREITO – FADIR**

**MARIANE FERREIRA AVELAR**

**O CONCEPTURO: RELAÇÃO PATRIMONIAL E O DIREITO À  
SUCESSÃO LEGÍTIMA EM MEIO ÀS INOVAÇÕES  
BIOTECNOLÓGICAS NO QUE TANGE À INSEMINAÇÃO  
ARTIFICIAL POST MORTEM**

**MARABÁ – PA**

**2022**

**Mariane Ferreira Avelar**

**O CONCEPTURO: RELAÇÃO PATRIMONIAL E O DIREITO À SUCESSÃO  
LEGÍTIMA EM MEIO ÀS INOVAÇÕES BIOTECNOLÓGICAS NO QUE TANGE À  
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado o  
Curso de Direito à Universidade Federal do Sul e  
Sudeste do Pará, como requisito para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Roberto Leonardo da  
Silva Ramos

**MARABÁ/PA**

**2022**

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará**  
**Biblioteca Setorial Josineide da Silva Tavares**

---

A949c Avelar, Mariane Ferreira  
O concepturo: relação patrimonial e o direito à sucessão legítima em meio às inovações biotecnológicas no que tange à inseminação artificial post mortem / Mariane Ferreira Avelar. — 2022.  
57 f.

Orientador (a): Roberto Leonardo da Silva Ramos.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus Universitário de Marabá, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2022.

1. Herança e sucessão. 2. Inseminação artificial humana. 3. Direito de família. 4. Filhos da tecnologia de reprodução assistida. I. Ramos, Roberto Leonardo da Silva, orient. II. Título.

**Mariane Ferreira Avelar**

**O CONCEPTURO: RELAÇÃO PATRIMONIAL E O DIREITO À SUCESSÃO  
LEGÍTIMA EM MEIO ÀS INOVAÇÕES BIOTECNOLÓGICAS NO QUE TANGE À  
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado o  
Curso de Direito à Universidade Federal do Sul e  
Sudeste do Pará, como requisito para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Sucessório

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Presidente: Roberto Leonardo da Silva Ramos

---

Professor Membro: Raimunda Regina Ferreira Barros

---

Professor Membro: Rejane Pessoa de Lima

MARABÁ/PA, 11 DE MARÇO DE 2022.

*Dedico esta Monografia à Minha Mãe, Tasmânia Gonçalves Ferreira, minha maior inspiração e meu porto seguro, que nunca mediu esforços para que eu chegasse até aqui.*

## AGRADECIMENTOS

*Agradeço, primeiramente, a Deus, que, com o seu infinito amor e compaixão, guiou-me e concebeu-me forças suficientes para chegar até aqui.*

*Aos meus queridos pais, Marusan Moreira Avelar e Tasmânia Gonçalves Ferreira, aos quais devo tudo que conquistei até o momento. Agradeço por sempre me apoiarem e acreditarem no meu potencial quando nem eu mesma acreditava. Agradeço por nunca pouparem esforços para me fazer chegar no lugar que estou hoje e por todo o amor em mim depositado.*

*Às minhas irmãs, Ryane Fonseca Avelar, Polyane Avelar Resende, Taciane Ferreira Avelar e Loane Ferreira Avelar, agradeço por sempre vibrarem a cada conquista minha e por acreditarem no meu potencial.*

*Às tias e tio, Jáfia Gonçalves Ferreira, Thaisy Rocha de Oliveira, Maxsuell Henrique Rodrigues da Silva, agradeço por incentivarem minha caminhada e me conceder amor e apoio incondicionais.*

*À Vovó, Ademir Gonçalves Ferreira, por sempre me acolher e me abençoar com todo o amor.*

*Ao meu namorado, Rafael Felipe Assunção Sampaio, agradeço por estar comigo, compartilhando dos momentos mais importantes da minha vida nos últimos anos, acreditando infinitamente no meu potencial.*

*Aos meus sogros, Elizania de Souza Assunção e José Antônio Rodrigues Sampaio, que me aconselharam e me ajudaram.*

*Aos meus grandes amigos, os quais acompanharam de perto minha árdua caminhada para a conclusão do curso, sendo peças fundamentais para que eu não desistisse, sempre me ajudando e colaborando, o que faço em nome de Ariane Barbosa Csako, Bianca Freitas Assunção, Gabriel Peres Rodrigues, Gabrielle Pereira Rodrigues, Gabrielly Lopes Bezerra, Mylena Rossato Marques, Rodrigo Assunção Sampaio, Sara Rosana Marques de Souza e Victor Vasconcelos Silva.*

*Aos meus inestimáveis amigos de Rondon do Pará, que mesmo de longe me incentivaram e me ajudaram nos momentos de maiores angústias, Alícia Ferreira dos Santos, Amanda Felipe Oiveira, Amanda Almeida Lensi, Antônia Marcela Silva Rocha, Arthur Ladeia Pereira, Flávio Silva Rocha, Letícia Cruz Rodrigues, Tainá Fagundes Silva, Vinicius Caires, Ygor Ruas Batista e Wesley Ribeiro (in memória).*

*Aos notáveis profissionais do universo jurídico que tanto me ensinaram nesses últimos cinco anos, dentro e fora da universidade.*

*Ao meu orientador, Professor Roberto Leonardo da Silva Ramos, por toda confiança em mim depositada e pelo tempo despendido durante a produção da presente pesquisa.*

*A todos que de alguma forma contribuíram para a confecção deste trabalho.*

## RESUMO

A presente pesquisa investiga a relação patrimonial e o direito sucessório daquele concebido por inseminação artificial post mortem, segundo o ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, visa discutir, a partir de uma abordagem prática, a necessidade de se equiparar o filho concebido por inseminação artificial post mortem, ao herdeiro legítimo. Possui o intuito de conceituar as técnicas de reprodução humana assistida, identificar a legislação aplicável ao procedimento de inseminação artificial post mortem no Brasil, investigar quais os direitos patrimoniais relativos ao nascituro que se estendem ao concepturo e sustentar o direito à sucessão legítima do concepturo concebido por inseminação artificial post mortem, a partir da aplicação do princípio constitucional da igualdade entre os filhos. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica, examinando os fenômenos jurídicos que envolvem o direito sucessório do concepturo. Concluiu-se pela necessidade de reconhecimento do direito à sucessão legítima do filho concebido por inseminação artificial post mortem, como qualquer outro filho.

**Palavras-chaves:** Concepturo. Inseminação artificial *post mortem*. Sucessão legítima. Igualdade entre os filhos. Direito patrimonial.

## ABSTRACT

This research investigates the patrimonial relationship and the succession right of that conceived by post mortem artificial insemination, according to the Brazilian legal system. Thus, it aims to discuss, from a practical approach, the need to equate the child conceived by post mortem artificial insemination, to the legitimate heir. It aims to conceptualize the techniques of assisted human reproduction, identify the legislation applicable to the post mortem artificial insemination procedure in Brazil, investigate what property rights related to the unborn child that extends to the concepturo and sustain the right to legitimate succession of the conceptur conceived by artificial insemination post mortem, from the application of the constitutional principle of equality between children. A bibliographic research was carried out, examining the legal phenomena that involves the succession right of the concepturo. It was concluded by the need to recognize the right to legitimate succession of the child conceived by post mortem artificial insemination, like any other child.

**Keywords:** Concepturo. Post mortem artificial insemination. Legitimate succession. Equality between children. Property law.

## **LISTAS DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CC/2002	Código Civil de 2002
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
FIV	Fertilização In Vitro
ICIS	Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides
IUI	Inseminação Intrauterina
RHA	Reprodução Humana Assistida
TEC	Transferência de Embrião Congelado

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2. PROCEDIMENTO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM NO BRASIL .....</b>	<b>12</b>
2.1. DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NA ATUALIDADE.....	12
2.2. DOS PRINCÍPIOS E NORMAS APLICÁVEIS AO PROCEDIMENTO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM NO BRASIL.....	16
2.2.1. Dos Princípios Aplicáveis ao Procedimento de Inseminação Artificial Post Mortem no Brasil.....	16
2.2.2. Das Normas Aplicáveis ao Procedimento de Inseminação Artificial Post Mortem no Brasil.....	20
2.3. BIOÉTICA E BIODIREITO E A PROMOÇÃO DA PESSOA COMO CENTRO DA ORDEM JURÍDICA.....	23
<b>3. DIREITO DE HERANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANÁLISE DA REALIDADE DO CONCEPTURO .....</b>	<b>27</b>
3.1. HERANÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL, BASEADO NO PRINCÍPIO DA SAISINE E LEGISLAÇÃO COMPARADA.....	27
3.2. SUCESSÃO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E A REGULAMENTAÇÃO DO CONCEPTURO.....	31
3.3. DIREITOS PATRIMONIAIS DO NASCITURO QUE SE ESTENDEM AO CONCEPTURO E A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA .....	36
<b>4. CONCEPTURO ENQUANTO HERDEIRO LEGÍTIMO .....</b>	<b>42</b>
4.1. DO DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEPTURO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM.....	43
4.2. DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE ENTRE OS FILHOS.....	46
4.3. DA EXTENSÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS AO CONCEPTURO NO QUE CONCERNE À SUCESSÃO PATRIMONIAL.....	49
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>51</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>55</b>

## INTRODUÇÃO

O presente estudo visa discutir a extensão da sucessão legítima àqueles concebidos após a morte do genitor/genitora, no que concerne à reprodução assistida *post mortem*, tendo em vista que o Código Civil estabelece apenas como herdeiros legítimos as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Dessa forma, verifica-se a exclusão dos ainda não concebidos da legítima.

Ademais, depreende-se do Código Civil que aqueles concebidos após o falecimento do *de cuius* somente podem vir a suceder o morto se tal hipótese estiver prevista em testamento, caso contrário, não há o que se falar em sucessão. Essa previsão retira a natureza jurídica de herdeiro legítimo do concepturo, contrariando o princípio da igualdade entre os filhos, haja vista que não insere na legítima os filhos concebidos após a morte do *de cuius*. Diante disso, a presente pesquisa torna-se pertinente, pois a discussão merece destaque pela sua relevância social, acadêmica e jurídica, no âmbito do Direito Sucessório.

Nesse sentido, é imperioso discutir a possibilidade de atribuir natureza jurídica de herdeiro legítimo ao concepturo, no que concerne ao direito patrimonial daquele concebido após a morte do autor da herança, por meio de inseminação artificial, uma vez que o Código Civil viola o princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

O estudo foi dividido em três partes que se complementam na estruturação da dinâmica sucessória do concepturo. A primeira pretende trazer de forma clara e compreensível as definições das técnicas de reprodução assistida na atualidade, priorizando o procedimento de inseminação artificial *post mortem* no Brasil e identificando os princípios e normas aplicáveis a esse procedimento. Não obstante, demonstrará a existência da dignidade da pessoa humana dentro da esfera da Bioética e do Biodireito.

A segunda parte consiste em discutir como se desenvolve o direito à herança no ordenamento pátrio no que tange ao concepturo, investigando qual a distinção e os direitos entre nascituro e concepturo, bem como definindo e diferenciando as formas de transmissão da herança.

A terceira seção, por sua vez, tem por intuito esmiuçar a situação jurídica do concepturo dentro do direito sucessório, discutindo a extensão e a aplicabilidade do Princípio da Igualdade entre os filhos previsto constitucionalmente, principalmente relacionado ao concepturo.

Além do mais, a principal fundamentação teórica está consolidada na obra de Calânico Sobrinho Rios (2021), intitulada “Direito à herança do embrião resultante da fertilização in vitro”, bem como nos clássicos civilistas de Silvio de Salvo Venosa, Flávio Tartuce, Carlos Roberto Gonçalves, Maria Helena Diniz. Consubstanciado a isso, a pesquisa fundamenta-se ainda no “Manual de Direitos Humanos” de Bruna Pinotti, na discussão de “Filiação e biotecnologia” de Maria de Fátima Freire de Sá e de Ana Carolina Brochado Teixeira, no estudo de Diego Rodrigues Silva (2017) a respeito do direito sucessório dos inseminados *post mortem* em face dos princípios constitucionais, dentre outros.

Isto posto, os métodos utilizados para a defesa da tese serão empregados por meio de uma pesquisa bibliográfica e uma pesquisa descritiva, analisando os fatos e fenômenos que envolvem o direito sucessório do concepturo e utilizando-se da dialética para verificar a contradição existente no ordenamento jurídico no que concerne ao objeto de pesquisa.

## 2. PROCEDIMENTO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM NO BRASIL

A necessidade de constituir família sempre esteve presente nos desejos humanos, bem como sempre foi uma ideia disseminada para se alcançar a plenitude da vida terrena. Diante disso, a fecundação se qualifica como a principal forma para atingir esse objetivo, pois, é a partir da procriação, principalmente, que os indivíduos conseguem ter filhos, constituem uma família tradicionalmente, dão seguimento à sua descendência, transmitem suas tradições e seus credos e perpetuam seu nome e seus valores.

Entretanto, nem sempre é possível haver a procriação de maneira natural, às vezes é necessário a ajuda de instrumentos medicinais e científicos para colaborar com a fecundação e o nascimento de um sujeito. Nesse sentido, surgem as técnicas de reprodução humana assistida, no intuito de facilitar a perpetuação do gene humano para aqueles que sofrem de algum problema de esterilidade ou infertilidade. Por isso, esses mecanismos são usados para a contemplação da gravidez e da tão idealizada geração de vida.

No Brasil, existem algumas técnicas de reprodução humana assistida que são mais utilizadas que outras, com o objetivo de contribuir e facilitar a reprodução humana. No entanto, a legislação pátria ainda não regulamenta de maneira eficaz e segura as técnicas de reprodução humana assistida, apenas estabelece noções gerais, e deixa a cargo da própria medicina a elaboração de resoluções capazes de proteger as relações médico-paciente e de assegurar a execução de procedimentos seguros, o que pode acarretar a não observância do princípio da dignidade da pessoa humana no contexto da bioética e do biodireito.

Destarte, surge a necessidade de verificar quais são as técnicas de reprodução humana assistida utilizadas atualmente, investigar quais as normas aplicáveis ao processo de inseminação artificial *post mortem* no Brasil, bem como entender como se estabelece a dignidade humana no procedimento de inseminação artificial.

### 2.1. DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NA ATUALIDADE.

A Reprodução Humana Assistida (RHA) se caracteriza por utilizar técnicas interventoras no processo de criação humana, possibilitando que pessoas inférteis ou estéreis consigam alcançar a maternidade ou paternidade e se valerem de seu direito constitucional de planejamento e constituição familiar<sup>1</sup>. A RHA disponibiliza um conjunto de técnicas, quais

---

<sup>1</sup> Art. 226, § 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

sejam, relação programada, inseminação artificial intrauterina e fertilização extracorpórea, a qual abrange a fertilização in vitro clássica e a fertilização in vitro por meio de injeção intracitoplasmática de espermatozoide (FREITAS, 2008, p. 93).

São técnicas que interferem no ato reprodutivo, com a utilização de medicamentos, equipamentos de laboratório, manipulação de materiais biológicos como gametas e embriões, com o objetivo de conseguir realizar a fecundação fora do corpo da mulher. Os casais que buscam o auxílio para conseguir a gravidez em centros de RA geralmente são diagnosticados com esterilidade ou problemas de infertilidade (ARAUJO, 2018, p. 223).

Nessa perspectiva, quando não há o sucesso da reprodução humana por métodos naturais, os interessados podem recorrer aos tratamentos médicos para a geração de vida, em que há a utilização de mecanismos de laboratório e prescrição de medicamentos para que facilitem a fecundação. Dessa forma, as técnicas de reprodução humana assistida são utilizadas para a procriação humana, respeitando a vida, a dignidade da pessoa humana e o direito de constituir família.

Essas técnicas se classificam em dois grupos quanto ao meio de inseminação, as intracorpóreas e as extracorpóreas. As primeiras ocorrem dentro do organismo feminino, tal como a inseminação intrauterina. As segundas ocorrem em laboratório, como por exemplo, a fertilização in vitro. Além do mais, podem os tipos de RHA se separarem em Homóloga e Heteróloga, em que aquela é a inseminação realizada por meio de material genético dos próprios pacientes, e nesta é utilizado material genético de terceiro.

Dentre essas, destacam-se, excepcionalmente, a Inseminação Intrauterina (IIU); a Fertilização In Vitro (FIV); a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICIS); a Transferência de Embrião Congelado (TEC); e a Reprodução Humana Assistida com Zigotos.

A Inseminação Artificial Intrauterina consiste em uma técnica na qual há a introdução do gameta masculino (espermatozoide) na cavidade intrauterina da mulher, em seu período de ovulação. Trata-se de uma técnica mais simples que as outras e de menor custo, tendo em vista que se diferencia da reprodução natural apenas pelo fato de que a introdução do espermatozoide na cavidade uterina acontece por meio de processo médico (FERNANDES, 2005, p. 28-29).

A Fertilização In Vitro, também, pode ser utilizada para tratar a infertilidade independentemente da causa, envolvendo os seguintes procedimentos, conforme Robert W. Rebar (2020), estimulação dos ovários: fase em que os ovários da mulher são estimulados com

---

para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

gonadotrofinas humanas<sup>2</sup>, com ou sem clomifeno<sup>3</sup>. Dessa forma, muitos óvulos geralmente amadurecem. Posteriormente, a gonadotrofina coriônica humana é administrada para estimular a ovulação.

O próximo passo é a coleta de óvulos liberados, e, para isso, utiliza-se uma ultrassonografia para guiar o médico a inserir uma agulha através da vagina da mulher até chegar ao ovário e, assim, remove vários óvulos que já cresceram e se desenvolveram (aproximadamente 34 horas depois). Pode acontecer dos óvulos serem removidos por meio de um pequeno tubo (laparoscópio) inserido através de uma pequena incisão, logo abaixo do umbigo.

A terceira fase se caracteriza por ocorrer a fertilização dos óvulos, os quais são colocados num prato de cultura e fertilizados com os espermatozoides que foram selecionados como sendo os mais ativos. Verifica-se que um único espermatozoide pode ser injetado em cada oócito<sup>4</sup>. Em seguida, os óvulos são deixados em desenvolvimento por aproximadamente dois a cinco dias para que haja o crescimento dos embriões resultantes em um laboratório.

Por fim, há a implantação dos embriões no útero da mulher, em que o número de embriões implantados é determinado pela idade da mulher e pela probabilidade de sucesso ao tratamento. Observa-se, ainda, que, frequentemente, embriões adicionais (aqueles que não são implantados no útero feminino) estão sendo congelados para serem utilizados em caso de insucesso da primeira tentativa.

Apesar de ser uma técnica de bastante sucesso, a fertilização in vitro apresenta o risco de gestação múltipla, situação em que ocorre a gestação de mais de um feto, podendo causar várias complicações às mães e aos recém-nascidos. Diante disso, os médicos têm transferido uma menor quantidade ou apenas um embrião para o útero da mulher, diminuindo assim os riscos (REBAR, 2020).

Os ovócitos fertilizados são transferidos para o útero, na intenção de obter-se uma gravidez, este método ficou conhecido como técnica bebê de proveta. As chances de gravidez através da FIV dependem de vários fatores, entre eles, a idade da mulher, a qualidade dos embriões produzidos e a causa da infertilidade. (SOUZA; ALVES, 2016, p. 32).

---

<sup>2</sup> A Gonadotrofina Coriônica humana é um hormônio glicoproteico, conhecido comumente como hCG, que é produzido pela placenta durante a gestação. Esse hormônio é exclusivo da gravidez e por isso é usado para a confirmação de tal condição (SANTOS, Vanessa Sardinha dos. "Gonadotrofina Coriônica humana (hCG)"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/biologia/gonadotrofina-coriônica-humana-hcg.htm>. Acesso em 23 de outubro de 2021.)

<sup>3</sup> Este medicamento é destinado ao tratamento da infertilidade feminina decorrente de anovulação, ou seja, para aquelas pacientes que não conseguem ovular. (Clomid – Citrato de Clomifeno. Sanofi Medley Farmacêutica LTDA – Comprimido. Bula de Remédio, p. 2).

<sup>4</sup> Um procedimento denominado injeção intracitoplasmática de espermatozoide (REBAR, 2020).

A utilização e o sucesso da Fertilização In Vitro necessitam da coadunação de diversos influenciadores, como por exemplo, a idade da genitora, a qualidade dos embriões fecundados, a causa da infertilidade dos envolvidos, dentre outros, tendo em vista que quanto mais jovem a mulher e quanto melhor bem preparados os embriões, maiores serão as chances de sucesso na possível gravidez.

A Injeção Intracitoplasmática De Espermatozoides (ICSI) é indicada para casais cujo parceiro do sexo masculino não tenha espermatozoides ou tenha em quantidade insuficiente, bem como pode ser usado quando existem problemas de motilidade dos gametas, ou seja, quando os pacientes tenham feito vasectomia e não seja possível a reversão ou quando alguns homens já sofreram traumas na medula que tenha ocasionado problemas de ereção e ejaculação. A fertilização na ICSI também acontece in vitro, distinguindo pela não ocorrência da espontaneidade, mas sim da manipulação dos gametas em microscópio e com micro manipuladores. Nesse sentido, a ICIS consiste em injetar o espermatozoide diretamente dentro do óvulo feminino, realizado em laboratório, por um embriologista (SOUZA; ALVES, 2016, p. 32).

A Transferência De Embrião Congelado (TEC) pode ser usada se as trompas de falópio<sup>5</sup> estiverem funcionando normalmente. Assim, os óvulos e os espermatozoides ativos selecionados são obtidos para a fertilização in vitro, no entanto, não ocorre essa fertilização em laboratório, mas sim a transferência dos óvulos e dos espermatozoides para outra extremidade das trompas de Falópio da mulher através de uma pequena incisão no abdômen ou através da vagina (REBAR, 2020). Ademais, esse procedimento pode ser feito em ciclo natural com o preparo do endométrio (SOUZA; ALVES, 2016, p. 34).

A Reprodução Humana Assistida com zigotos diferencia-se da fertilização in vitro apenas pelo fato de que há o implante do óvulo já fecundado nas trompas do falópio, que poderá ocorrer entre 18 horas após a fecundação até quando o embrião estar composto por oito células (FERRAZ, 2011, p. 46-48).

Isto posto, observa-se diversas maneiras que os sujeitos que desejam constituir família com filhos possuem para atingir tal finalidade. Esses indivíduos, que não conseguem se reproduzir naturalmente, podem recorrer às intervenções clínicas ou cirúrgicas ou às técnicas de reprodução assistida médicas já explanadas. Essas intervenções médicas, por sua vez,

---

<sup>5</sup> As tubas uterinas, também conhecidas por trompas de Falópio, são dois tubos contráteis, com 10 cm aproximadamente, que se estendem de cima do útero para os lados da pelve. As tubas uterinas transportam os óvulos que romperam a superfície do ovário até a cavidade do útero (AMATO, Juliana. Trompas de Falópio. Fundamentos da Fertilidade. 2021. Disponível em: < <https://fertilidade.org/trompas-de-falopio/>>. Acesso em: 23 out 2021).

precisam observar princípios e normas do ordenamento jurídico brasileiro, as quais visam regulamentar as formas como procedem as técnicas de reprodução humana assistida, bem como proteger os sujeitos envolvidos.

## 2.2.DOS PRINCÍPIOS E NORMAS APLICÁVEIS AO PROCEDIMENTO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM NO BRASIL.

O ordenamento jurídico brasileiro não vislumbra normas específicas e eficazes sobre biodireito e, principalmente, sobre a matéria de Inseminação Artificial Post Mortem. Contudo, existem algumas disposições constitucionais e infraconstitucionais que abarcam esse tipo de demanda, tratando de maneira geral como deve ocorrer o procedimento e o desenrolar de suas consequências jurídicas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não possui normas específicas sobre Biodireito. Contudo, existem algumas disposições constitucionais que abarcam temáticas relacionadas ao estudo, tais como o direito à saúde (art. 6º), ao meio ambiente (art. 225), à liberdade científica (art. 5º, IX e 218), ao planejamento familiar (art. 226, §7º), entre outros. (RIOS, 2021). Dessa forma, a Constituição abarca de maneira generalizada possíveis normas que podem amparar as relações jurídicas criadas a partir do Biodireito.

Não obstante, a inércia e a omissão legislativa no Brasil, sejam constitucional ou ordinária, não pode acarretar a exclusão de direitos aos filhos resultantes das técnicas de reprodução humana assistida, tendo em vista que os direitos ligados à reprodução humana assistida correlacionam-se estreitamente com os direitos fundamentais, previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988, tais como princípio da dignidade humana, em que se funda a República Federativa do Brasil (RIOS, 2021), bem como os princípios da Igualdade entre os Filhos, do Melhor Interesse da Criança, do Planejamento Familiar, da Liberdade, do Respeito pelas Pessoas, da Beneficência e da Justiça.

### 2.2.1. Dos Princípios Aplicáveis ao Procedimento de Inseminação Artificial Post Mortem no Brasil.

Conforme expõe Flávia Piovesan (2013, p. 60), o ordenamento jurídico pátrio é composto por princípios e regras cuja distinção não está apenas no grau de importância, haja vista que os princípios prevalecem às regras legais, pois aqueles incorporam as exigências de justiça e de valores éticos, servindo de suporte axiológico e conferindo coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico. Nesse sentido, os princípios são normas jurídicas diferentes das regras, pois, além de possuir um alto grau de generalidade, constituem-se mandatos de otimização (ALEXY, 2008, p. 84).

Diante disso, verifica-se a importância significativa que está atrelada à aplicação dos princípios no seio jurídico. A partir deles, é possível uma releitura ética, coerente e harmônica de todo o ordenamento legislativo e jurídico, sem os quais a legislação brasileira seria apenas um apanhado de regras sistêmicas e centradas em uma única forma de aplicação e desdobramento.

O princípio da dignidade da pessoa humana se caracteriza como o núcleo de todo o Estado Democrático de Direito difundido nos parâmetros constitucionais. Esse princípio basilar é afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal, uma vez que a preocupação com a promoção e garantia dos direitos humanos e da justiça social fez com que o constituinte estabelecesse a dignidade da pessoa humana como valor fundante da ordem constitucional. (DIAS, 2016, p. 74).

No caso específico da inseminação artificial *post mortem*, o princípio da dignidade da pessoa humana funciona tanto como um limite à atuação médica, a qual deve estar pautada na segurança e no respeito aos pacientes, quanto uma proteção aos sujeitos que se envolvem no procedimento, seja a mulher que irá ser submetida à inseminação artificial, seja o doador do espermatozoide já falecido, seja da possível vida que pode ser gerada. Todos precisam estar amparados pelos seus direitos mais básicos, com proteção de sua dignidade.

Outrossim, além do princípio da dignidade da pessoa humana funcionar como um limite à atuação estatal, comporta-se como um direcionamento para sua ação positiva (DIAS, 2016, p. 73), pois, estabelece parâmetros para que o Estado institua políticas públicas capazes de abarcar toda a sociedade, no sentido de consagrar os direitos fundamentais e promover mecanismos básicos de subsistência humana.

Nesse diapasão, o princípio maior, o mais universal de todos os princípios, como é conhecido o princípio da dignidade da pessoa humana, é um macro princípio do qual se irradiam todos os demais, representando o epicentro axiológico da ordem constitucional, disseminando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e sendo aplicado tanto na ordem pública quanto na privada (SARMENTO, 2003, p. 60).

Portanto, a colocação do ser humano como centro do sistema jurídico faz com que as garantias fundamentais sejam acolhidas e difundidas, possibilitando que os sujeitos tenham acesso ao mínimo de dignidade e, conseqüentemente, ao mínimo de seus direitos. Em soma, a aplicabilidade da dignidade da pessoa humana possibilita que todos os indivíduos possuam acesso igualitário, na medida de sua desigualdade, aos meios necessários para efetivação de seus direitos e garantias, o que favorece a promoção da democracia em um Estado de Direito.

Dessa forma, é imperioso a observância do Princípio da Dignidade no procedimento de Inseminação Artificial *Post Mortem*.

Já o Princípio da Igualdade entre os filhos está assentado constitucionalmente, no art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, em que dispõe sobre proteção integral e a igualdade no âmbito das relações paterno-filiais, sendo assegurado aos filhos os mesmos direitos e qualificações e vedada designações discriminatórias. Dessa forma, a denominação "filho" não comporta nenhum adjetivo, não havendo o que se falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos. Filho é simplesmente "filho". (DIAS, 2016, p. 81).

Nessa perspectiva, percebe-se que os filhos advindos da Inseminação Artificial *Post Mortem* não são menos filhos do que aqueles concebidos de maneira natural em vida ou por qualquer outra forma. A Constituição da República Federativa do Brasil vedou as formas de discriminação quando estabeleceu que “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” (BRASIL, 1988).

De mesmo modo, o art. 1.596, do Código Civil de 2002, menciona que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Assim como o art. 20, da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), o qual dispõe que “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”.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico pátrio protege com generalidade todos os filhos de um sujeito, reconhecendo-os como legítimos, não importando como se deu a criação dessa relação. Ou seja, os filhos terão os mesmos direitos e as mesmas garantias, independentemente de ser havidos ou não na constância de um casamento, em vida ou em morte, proibidas quaisquer formas de discriminação entre os descendentes de primeiro grau.

Conforme leciona Paulo Lobo (2015), o princípio do melhor interesse estabelece que a criança deve ter seus interesses e garantias tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, devendo esse tratamento prioritário ser desenvolvido tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente especificamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.

O Princípio do Planejamento Familiar está intimamente atrelado ao Princípio da Igualdade, tendo em vista que o casal é livre para decidir sobre o seu planejamento familiar,

conforme disposto nos artigos 1.565, § 2º, do Código Civil<sup>6</sup> e 226, § 7º da Constituição Federal<sup>7</sup>. A interferência estatal limita-se a proporcionar os recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito. (DIAS, 2016, p. 78).

Dessa forma, o planejamento familiar está interligado à dignidade da pessoa humana, em que ocorre a garantia de que cada membro da família possa resguardar seus direitos personalíssimos, bem como o dever à paternidade responsável, haja vista que os pais devem se atentar para que os filhos possuam todos os meios para o seu completo desenvolvimento.

Consubstanciado a isso, o Princípio da Liberdade consagrou os laços de solidariedade entre pais e filhos, como também a igualdade entre os cônjuges no exercício conjunto do poder familiar, sempre voltada ao melhor interesse do filho (ALBUQUERQUE, 2004, p. 165).

Ana Maria Passos (2009) relatou a existência de três princípios específicos aplicados à bioética, os quais foram criados pelo Congresso dos Estados Unidos, por uma Comissão Nacional Específica para a criação desses princípios éticos: Princípio do Respeito pelas Pessoas, Princípio da Beneficência e Princípio da Justiça.

O Princípio do respeito pelas pessoas assegura que os indivíduos devam ser tratados como agentes autônomos, sendo a autonomia da vontade um pré-requisito fundamental para a participação na pesquisa científica. No entanto, nas situações em que o sujeito tenha a pouca ou nenhuma autonomia, deve haver a proteção desses seres de qualquer forma de prejuízo ou abuso (PASSOS, 2009, p. 33-34). Assim, esse princípio visa dar autonomia e respeitar as opiniões e escolhas pessoais.

Pelo princípio ético da beneficência, a autora destaca que o pesquisador necessita assumir o compromisso de proporcionar o bem-estar das pessoas direta e indiretamente envolvidas na pesquisa científica, maximizando-se seus benefícios e minimizando-se os prejuízos. Dessa forma, a beneficência consiste na obrigação de não causar danos às pessoas, proporcionando mais benefícios do que riscos.

No que concerne ao princípio da justiça, há a exigência de cuidado redobrado na escolha dos participantes da pesquisa científica, ou seja, deve haver a proteção dos seres humanos envolvidos em pesquisa científica. (PASSOS, 2009, p. 34). Destarte, para a justiça

---

<sup>6</sup> 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 (BRASIL, 2002).

<sup>7</sup> Art. 226, § 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 (BRASIL, 1988).

uma pessoa não pode ser tratada de maneira diferente de outra, com exceção de existir diferenças relevantes entre uma e outra.

### 2.2.2. Das Normas Aplicáveis ao Procedimento de Inseminação Artificial Post Mortem no Brasil.

Em relação às normas aplicáveis ao Procedimento de Inseminação Artificial Post Mortem no Brasil, verifica-se a escassez de esquemas normativos capazes de regulamentar devidamente esse tipo de procedimento, havendo uma omissão legislativa ordinária, em que deixa a cargo da própria medicina o estabelecimento de resoluções para resguardar alguns direitos e deveres.

Nesse contexto, em 1992, foi publicada a Resolução nº 1.358/1992 pelo Conselho Federal de Medicina, a qual determinou normas éticas para o emprego das técnicas de reprodução assistida, sendo elas já utilizadas com êxito no Brasil.

#### I - Princípios Gerais.

1 - As Técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2 - As Técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibida a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária (CFM-BRASIL, 1992).

Desse modo, essa resolução estabeleceu princípios gerais para as técnicas de Reprodução Humana Assistida que são seguidos até os dias atuais. Esses princípios exprimem o caráter residual dessas técnicas, tendo em vista que são utilizadas como último recurso para a procriação, além de se atentarem à proteção da saúde da paciente e da possível prole. Ademais, há a necessidade de consentimento informado por parte dos doares e dos pacientes inférteis,

bem como essas técnicas não podem servir, em geral, para escolha de sexo do feto ou para outro fim que não seja a procriação humana.

Em 1997, foi criado o projeto de Lei nº 2.855/1997 que tratou sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida, e dá outras providências.

## **TÍTULO**

### **Dos**

### **Princípios**

## **I**

### **Gerais**

**Art 1º** Esta lei regulamenta as técnicas e as condutas éticas sobre a Reprodução Humana Assistida (RHA): Inseminação Artificial (IA), Fecundação "In Vitro" (FJV), Transferência de pré-Embriões (TE), Transferência Intrabutária de Gametas (TIG) e outros métodos, observados os princípios da eficiência e da beneficência.

**Art 2º** As técnicas de RHA têm por finalidade a participação médica no processo de procriação notadamente ante a esterilidade ou infertilidade humana, quando outras terapêuticas tenham sido consideradas ineficazes.

**Art 3º** A utilização das técnicas de RHA é permitida nos casos em que haja possibilidade concreta de êxito e não incorra em risco grave para saúde da mulher ou para a possível descendência.

**Art 4º** Toda mulher capaz, independentemente de seu estado civil, poderá ser usuária das técnicas de RHA, desde que tenha solicitado e concordado livre e conscientemente em documento de consentimento informado.

**Art 5º** É obrigatória a informação completa à paciente ou casal sobre a técnica de RHA proposta, especialmente sobre dados jurídicos, éticos, econômicos, biológicos, detalhamento médico de procedimentos, os riscos e os resultados estatísticos obtidos no próprio serviço e em serviço de referência.

§ 1º A informação prevista no caput é condição prévia para a assinatura da paciente ou do casal de documento formal de consentimento informado escrito em formulário especial.

§ 2º A revogação do consentimento informado poderá ocorrer até o momento anterior à realização da técnica de RHA.

**Art 6º** É vedada a utilização de técnica de RHA com finalidade: I - de clonagem, entendida como a reprodução idêntica do código genético de um ser humano;

II - de seleção de sexo ou de qualquer outra característica biológica; eugênica;

III - eugênica.

Parágrafo único. A vedação prevista no inciso II deste artigo não se aplica nas situações em que se objetiva prevenir doenças.

**Art 7º** É proibida a fecundação de oócitos com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

**Art 8º** A transferência de oócitos ou pré-embriões para receptora obedecerá aos métodos considerados mais adequado para assegurar a gravidez.

**Art 9º** Em caso de gravidez múltipla, não será permitida a redução seletiva, exceto se houver risco à vida da gestante (BRASIL, 1997).

Essa lei coaduna com a Resolução nº 1.358 de 1992 em diversos aspectos, diferenciando pela previsão de vedações para o uso das técnicas de Reprodução Humana Assistida, como: a clonagem, a seleção de sexo ou de qualquer outra característica biológica e a eugênica (seleção genética para criar seres humanos melhorados).

No Brasil, as técnicas de Inseminação Artificial são regulamentadas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio da Resolução nº 2.168/2017 que dispõe sobre as normas éticas de reprodução assistida.

## NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

### I - PRINCÍPIOS GERAIS

1. As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.
2. As técnicas de RA podem ser utilizadas na preservação social e/ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos.
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.
  - § 1º A idade máxima das candidatas à gestação por técnicas de RA é de 50 anos.
  - § 2º As exceções a esse limite serão aceitas baseadas em critérios técnicos e científicos fundamentados pelo médico responsável quanto à ausência de comorbidades da mulher e após esclarecimento ao(s) candidato(s) quanto aos riscos envolvidos para a paciente e para os descendentes eventualmente gerados a partir da intervenção, respeitando-se a autonomia da paciente.
4. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta.

As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

5. As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças no possível descendente.
7. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade:
  - a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões;
  - b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões;
  - c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões;
  - d) nas situações de doação de oócitos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos oócitos. O número de embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro.
8. Em caso de gravidez múltipla decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

### VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM

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 (CFM-BRASIL, 2017).

Além de reproduzir os princípios gerais já dispostos na citada Resolução nº 1.358/1992, a Resolução nº 2.168/2017 estabeleceu a idade máxima de 50 anos para as candidatas à gestão por reprodução assistida, a quantidade de embriões a serem transferidos para o útero da paciente, de acordo com a idade, como também, permitiu a reprodução assistida post mortem, desde que haja autorização prévia do falecido.

Ademais, o art. 1.597 do Código Civil dispõe:

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 (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Nessa perspectiva, no que concerne ao disposto no inciso III, o filho concebido em tais circunstâncias pode vir a ser considerado filho, desde que reunidos vários critérios, como a autorização do *de cuius* e a utilização de exame genético que comprove o vínculo, tendo em vista que não se pode presumir a filiação de um indivíduo concebido após a morte daquele considerado seu genitor. Destarte, deve-se observar como ocorre a aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana nas especificidades da Bioética e do Biodireito.

### 2.3.BIOÉTICA E BIODIREITO E A PROMOÇÃO DA PESSOA COMO CENTRO DA ORDEM JURÍDICA.

O princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe a centralização do ser humano na ordem jurídica, expansão essa trazida pelo neoconstitucionalismo atrelado ao Estado Democrático de Direito. Esse princípio está disposto como fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988).

Art. 1º **A República Federativa do Brasil**, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e **tem como fundamentos:**

**III - a dignidade da pessoa humana;** (BRASIL, 1988, grifo nosso).

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 também estabeleceu no bojo de seu preâmbulo e em seu art. 1º a necessidade de reconhecimento de dignidade inerente a todos os seres humanos a fim de serem asseguradas a liberdade, a justiça e a paz social.

Preâmbulo

Considerando que o **reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo**, [...]

Artigo 1

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

[...] (ONU, 1948)

Nesse sentido, o princípio jurídico em questão, por estar na posição de fundamento da República, estabelece como pressuposto a intangibilidade da vida humana, uma vez que sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2004, p. 14). Nessa mesma linha, entende-se que o ser humano é o fim, ou seja, é o limite e o fundamento do domínio político da República (CANOTILHO, 2002, p. 225).

Dessa forma, o ser humano deve ser observado como parâmetro para que haja o desenvolvimento de todas as relações sociais e jurídicas, não como meio para se atingir determinada finalidade, mas como o próprio fim, isto é, a integridade humana deve ser considerada como o objetivo principal do ordenamento jurídico.

Por consequência, a promoção da pessoa humana como centro da ordem jurídica está intimamente presente no âmbito da bioética e do biodireito. Nessa perspectiva, é necessário observar atentamente a aplicação desse fundamento na inseminação artificial, atentando-se tanto para quem está proporcionando a geração da vida quanto para aquele que ainda há de ser concebido.

Primeiramente, é importante compreender o conceito de pessoa para o ordenamento jurídico brasileiro. A CF/1988 define genericamente quem é a “pessoa humana” a ser digna: o povo; os pobres e os ricos; a população em geral, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Assim, desde a concepção, o nascituro (ovo que sofreu nidação) tem direitos assegurados, entretanto, não plenos. O embrião elaborado em laboratório ou clonado, por sua vez, não possui a mesma proteção, vindo a alcançar esse status quando alocado no útero materno. No entanto, não se pode desrespeitá-lo, sob o risco de fazer perder a dignidade de sua existência; não obstante, não se pode tratá-lo como nascituro ou uma pessoa plena. É necessário que haja um meio termo capaz de prevalecer a sua respeitabilidade (NAMBA, 2015, p. 22, 32-33).

Observado o exposto, ao mesmo tempo em que não se pode dizer que o concepturo é nascituro ou pessoa plena, não se pode alegar a inexistência de direitos e garantias que o rodeia. É preciso compreender que esse ser, ainda não concebido, mas idealizado, não possui direitos concretos, mas deve haver a possibilidade desses direitos serem garantidos a partir de uma possível concepção por inseminação artificial, ou seja, a partir do surgimento de um embrião, mesmo que fora do útero materno, bem como deve-se observar a respeitabilidade para com a técnica e para com todos os envolvidos.

Na Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília, de 11 a 13 de setembro de 2002, foram elaborados alguns enunciados, dentre eles o Enunciado 2 da I Jornada de Direito Civil, relacionado ao art. 2º do Código Civil: “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”. Verifica-se, a partir dessa

leitura, que ao embrião são reconhecidos alguns direitos atribuídos ao nascituro, no entanto, quando se fala em reprodução, a regulamentação não está disposta no Código Civil.

Mesmo que não haja uma regulamentação adequada sobre os direitos fundamentais do embrião, ou até mesmo de sua dignidade, Maria Helena Diniz (2005, p. 09) estabelece que o embrião possui resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, haja vista que é a partir da concepção que esse ser passa a ter existência e vida orgânica. Nesse sentido, a vida começa com a fecundação e a vida viável com a gravidez. Portanto, observa-se que o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozoide no óvulo, ainda que fora do corpo da mulher.

Já para Silmara Chinelato e Almeida (2000, p.11), não há o que se falar em nascituro na fecundação *in vitro* enquanto o óvulo fertilizado *in vitro* não tiver sido implantado na futura mãe, impondo-se, assim, o conceito de nascituro sempre e apenas quando haja gravidez, seja ela obtida naturalmente ou por inseminação artificial, seja de fecundação *in vitro*.

Nessa perspectiva, Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p. 8-9) preconiza haver três teorias sobre a condição do embrião obtido em laboratório, quais sejam, a corrente concepcionista, a qual defende que o embrião goza de direitos a partir da concepção, pois, desde esse momento, é caracterizado como pessoa; a teoria genético-desenvolvimentista, que sustenta que a proteção da dignidade humana do embrião ocorre em um segundo momento, em que se reconhece a necessidade de protegê-lo, identificando-o como único, individualizado; a terceira corrente caracteriza o embrião como um ser humano em potencial.

Embora a autora defenda a existência das três teorias, para ela, a pessoa humana deve ser considerada em qualquer fase de seu desenvolvimento e, portanto, é merecedora de proteção jurídica em qualquer uma das fases, tendo em vista que essa proteção lhe é fundamental. Diante disso, a vida e a dignidade antecedem e superam as categorias jurídicas abstratas. Não é necessário auferir personalidade jurídica ao embrião ou concepturo para que haja sua proteção jurídica, bem como a observância de sua dignidade (MEIRELLES, 2000, p. 9-16).

O princípio da dignidade humana está além das proposições jurídicas e das discussões sociais e, por isso, o ser humano possui uma proteção inigualável e fundamental para o desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito. Nesse interim, no que concerne as formas de reprodução humana assistida, mais especificamente a inseminação artificial, a dignidade humana deve rodear todas as pessoas e passos envolvidos, estabelecendo a dignidade da pessoa humana como condutora de toda a relação construída.

A dignidade da pessoa humana é conceituada como valor fundamento de interpretação em qualquer sistema jurídico, seja internacional ou nacional. Observar esse princípio é compatibilizar a aplicação das respectivas normas aos valores éticos, tais como, da justiça e da democracia. Portanto, a pessoa humana deve ser considerada em sua plenitude, como centro e norte para qualquer processo jurídico de interpretação (OLIVEIRA; LAZARI, 2017, p. 125), devendo ser resguardada sua dignidade em todas as fases de sua criação.

Dito isso, para a bioética e o biodireito, a dignidade da pessoa humana possui um sentido humanista, sem perder a relação com a justiça. Os direitos e garantias, decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa, referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade. Nesse contexto, intervenções científicas nos seres humanos devem subordinar-se aos ensinamentos éticos dos direitos humanos, sem contrariá-los, respeitando a pessoa humana e sua vida, integridade e dignidade (DINIZ, 2002, p. 19-20).

A bioética e o biodireito andam necessariamente juntos com os direitos humanos, não podendo, por isso, obstinar-se em não ver as tentativas da biologia molecular ou da biotecnociência de manterem injustiças contra a pessoa humana sob a máscara modernizante de que buscam o progresso científico em prol a humanidade. Se em algum lugar houver qualquer ato que não assegure a dignidade humana, ele deverá ser repudiado por contrariar as exigências ético-jurídicas dos direitos humanos” (DINIZ, 2002, p. 20).

Os processos biotecnológicos, para sua consecução, devem se atentar aos direitos humanos, não podendo esconder arbitrariedades e ilegalidades sob o argumento de avanços científicos para modernização de técnicas reprodutivas. Para isso, a observação da dignidade humana é imperiosa no intuito de assegurar a proteção e o respeito à pessoa humana, em sua plenitude. Assim, independentemente de crença, a dignidade humana deve ser propagada a fim de proporcionar integridade a todos os envolvidos em processos científicos de reprodução.

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um **espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo**. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência (BARROSO, 2009, p. 382, grifo nosso).

Posto isso, a dignidade da pessoa humana é o principal valor do ordenamento jurídico, visando consolidar o ser humano como sujeito pleno de direitos e obrigações, em que seu desrespeito pode acarretar a própria exclusão de sua personalidade. Nesse diapasão, deve ser observado criteriosamente na aplicação do direito de herança ao concepturo advindo de inseminação artificial *post mortem*.

### **3. DIREITO DE HERANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANÁLISE DA REALIDADE DO CONCEPTURO**

O direito de herança é o direito de herdar um patrimônio advindo da morte de outrem, o que fará com que o herdeiro suceda o falecido em seus bens móveis e imóveis, créditos e débitos. Além do mais, esse direito caracteriza-se por ser um direito fundamental, abarcando todos os indivíduos, uma vez que qualquer um pode exercer o direito de herança e ser herdeiro de alguém, seja pela legitimidade ou pela via do testamento. Nesse contexto, ao ser verificado o falecimento de uma pessoa, o seu patrimônio é automaticamente transferido aos herdeiros, mesmo que não se saiba quem os são, por força do princípio da saisine, o qual garante que os bens deixados não fiquem sem dono.

A partir disso, o direito à sucessão se faz presente no Código Civil Brasileiro de 2002, em que, entre os art. 1.784 ao 1.790, estão dispostas as disposições gerais aplicáveis a toda e qualquer espécie de sucessão, seja legítima ou testamentária. Outrossim, é imperioso evidenciar, na presente pesquisa, como é a regulamentação sucessória daquele ainda não nascido nem concebido, analisando quais os parâmetros utilizados pela atual legislação, para conceder o direito fundamental de herança a esse ser que poderá ou adquirir personalidade e capacidade jurídica em momento futuro.

Posto isso, é imperioso compreender quais os direitos patrimoniais do nascituro que se estendem ao concepturo, levando em consideração que o ser ainda não concebido pode ter proteção jurídica, mesmo que condicionada à sua concepção e ao seu nascimento com vida. Além disso, verifica-se que a existência de duas maneiras de se transmitir a herança do *de cuius*, quais sejam, sucessão legítima e sucessão testamentária, sendo a primeira utilizada quando existirem herdeiros legítimos e a última quando o testador quiser beneficiar outros agentes que não os estabelecidos no rol de legítimos, como é o caso do concepturo.

#### **3.1.HERANÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL, BASEADO NO PRINCÍPIO DA SAISINE E LEGISLAÇÃO COMPARADA**

O direito de herança está intrinsicamente ligado ao direito patrimonial, ou seja, o direito de herança é o direito ao patrimônio de uma pessoa que deixou de existir. Esse patrimônio é composto de bens móveis e imóveis, créditos e obrigações. No art. 5º, inciso XXX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) consta o direito de herança como um direito fundamental: “XXX - é garantido o direito de herança”. Dessa maneira, verificando o caráter fundamental do direito de herança, deve haver a correta

regulamentação infraconstitucional para o exercício pleno dessa garantia, o que não acontece quando se fala em inseminação artificial *post mortem* no Brasil.

Consoante Paulo Nader (2016, p. 30-31), o direito à herança e, conseqüentemente à sucessão, não está atrelado à morte do autor da herança exclusivamente, mas também à necessidade de o *de cuius* ter deixado um patrimônio a partilhar, pois, além do fato morte, devem existir relações jurídicas de natureza econômica, já que são transmitidos os valores e as dívidas. Não obstante, os pertences do falecido não se tornam coisas sem dono, pois são repassadas aos seus sucessores.

Para haver o exercício do direito fundamental da herança, deve ocorrer a morte do titular de patrimônio, tendo em vista que são as relações econômicas que embasam o processo de transmissão de herança. Dessa forma, o patrimônio deixado é repassado aos herdeiros com todos os seus bônus e ônus, isto é, eles herdam tanto os créditos quanto os débitos.

Nos termos do art. 80, inciso II, do Código Civil de 2002 (CC/2002), “consideram-se imóveis para os efeitos legais o direito à sucessão aberta”. Nesse sentido, a herança é considerada um bem imóvel. Ademais, no art. 1.791, do mesmo diploma legal, expressa-se que “A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.”, o qual é complementado pelo parágrafo único: “Até a partilha, o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.” Há, portanto, uma relação condominial entre os herdeiros, a qual decorre da morte, fazendo com que a herança seja um bem imóvel indivisível até a partilha.

Nesse diapasão, a herança está atrelada ao conceito de patrimônio, ou seja, patrimônio do *de cuius*, em que reúne direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes à pessoa falecida (VENOSA, 2017). O patrimônio do *de cuius* não pode permanecer como uma universalidade de bens sem dono, precisa ser repassado aos seus herdeiros, que herdarão como um todo, como condôminos, como um bem imóvel indivisível, abarcando todos os seus malefícios e benefícios.

Assim, conforme Cristiano Farias (2017, p. 34):

Em nosso sistema jurídico, a herança é alçada à altitude de garantia constitucional fundamental, como reza o inciso XXX do art. 5º da *Lex Fundamentallis*. Trata-se, por conseguinte, de cláusula pétrea que não pode ser afrontada, sequer, pelo poder constituinte derivado. Efetivamente, o direito de herança é o desdobramento natural do direito à propriedade privada, que será transmitida com a morte do respectivo titular. Confirma-se, pois, a transmissibilidade das relações jurídicas de conteúdo econômico.

A garantia de herança, por estar inserida no art. 5º da CRFB/1988 e por ser reconhecida como direito fundamental, está inserida no rol de cláusulas pétreas, previsto no art. 60, § 4º, da CRFB/1988<sup>8</sup>, não podendo ser suprimida em hipótese alguma. Além do mais, o direito de herança possui características vinculadas ao direito à propriedade privada, a qual será repassada aos novos titulares (herdeiros) com a morte do fundador da herança.

Falecendo o autor da herança, portanto, cria-se, em abstrato, uma massa patrimonial cuja titularidade, por força do Princípio da *Saisine*, passa aos herdeiros, mesmo que não se conheça quem eles sejam. O Princípio da *Saisine* garante que, embora que fictamente, ocorra a transmissão imediata e automática da posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários. Nesse contexto, a *saisine* é regra primordial do direito sucessório, a qual objetiva impedir que o patrimônio deixado pelo de cujus fique à mercê, sem titularidade e sem controle, enquanto se espera a transferência definitiva da titularidade dos bens deixados (GAGLIANO, 2017).

O art. 1.784 do CC/2002 preconiza que “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”, ou seja, com a abertura da sucessão, ocorre a transmissão automática e imediata aos herdeiros. Por esse motivo, com a morte do autor da herança, os herdeiros já estabelecem uma relação de condomínio e composses para com os bens deixados, tendo em vista a aplicação do princípio da *saisine*, que garante essa imediatidade da sucessão.

Nos termos das declarações de Paulo Nader (2016), a partir da aplicabilidade da *saisine*, não há de fato a transmissão da herança, mas apenas teoricamente. A concreta transmissibilidade dos bens opera-se com a aceitação no inventário. Com isso, observa-se que a abertura da sucessão acarreta a transmissão da herança, independentemente de requerimento, tanto em favor dos herdeiros legítimos quanto dos testamentários, situação em que os interessados podem até desconhecer a sua condição de herdeiros.

Verifica-se que no Direito Romano, havia a exigência de aceitação da herança pelos herdeiros para que fosse possível reconhecer, juridicamente, a morte como um elemento de transmissão da herança (FARIAS, 2017, p. 90), isto é, não se aplicava a disposição do princípio

---

<sup>8</sup> Art. 60, § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988).

da *saisine*, não havendo transmissão automática da herança, mas tão somente após a aceitação dos herdeiros, ficando o patrimônio sem titular até a ocorrência desse reconhecimento.

A regra da transmissão automática (princípio da *saisine*) somente começou a ser a desenvolvida com o direito germânico e gaulês: “*der Todte erbt den lebendigen e le mort saisit te vif*”, em que era estabelecido que os vivos dão continuidade às relações que pertenciam ao morto. Nesse contexto, surgiu a ideia da transmissão automática da herança, no intuito de não permitir que os senhores feudais pudessem se apossar dos bens deixados pelos servos falecidos, localizados em suas terras. Ademais, foi na França que houve a consolidação e a criação de fato da regra de transferência automática da herança, tendo como fim impedir que o patrimônio de quem faleceu fosse considerado acéfalo, sem titular (FARIAS, 2017, p. 112).

Os senhores feudais eram considerados os verdadeiros donos de todas as terras submetidas à sua autoridade [...] Pensava-se, portanto, que o vassalo entregava, ao morrer, as terras que possuía ao senhor de quem as recebera, e que a este deviam pedir os herdeiros a posse, mediante uma contribuição. Para fugir deste tributo odioso, imaginou-se que o vassalo falecido, no momento mesmo da morte, tinha imitado os seus herdeiros na posse de todos os seus bens. E, assim, uma ficção destruiu a outra (BEVILÁQUA, 2000, p.65-66).

Com base nisso, a ideia de transmissão automática e imediata da herança aos devidos herdeiros surgiu com a premissa de inibir o poderio dos senhores feudais, os quais se intitulavam como os verdadeiros donos de todas as terras, e, por isso, defendiam que, ao morrer, os sucessores de seus vassalos nada herdariam, pois, a terra ocupada pertencia ao dono da terra. Assim, surge o princípio da *saisine* a fim de garantir que a terra, fictamente, fosse transmitida aos herdeiros do vassalo falecido e não ao senhor feudal.

O princípio da *saisine*, desse modo, é uma ficção que não fornece ao sucessor, herdeiro ou legatário, direito imediato a bem exclusivo da herança, mas somente o direito abstrato, calculado em fração do patrimônio transferível. Não é permitido, portanto, mesmo que único herdeiro, a nenhum dos sucessores, sem a devida autorização judicial, e enquanto não concluído o procedimento de arrolamento ou inventário, alienar bem da herança. A par de transmitir a imediata posse e propriedade da herança, o faz como um todo (GAGLIANO, 2017).

A transmissão patrimonial *mortis causa*, que se opera baseada no princípio da *saisine*, é de natureza provisória, dependente de aceitação pelo herdeiro ou legatário. Assim, para o ordenamento jurídico brasileiro, a transmissão da herança se verifica no momento da abertura da sucessão, ficando o direito de herança subordinado à aceitação, a qual fornece o domínio e posse própria do bem herdado (NADER, 2016). Assim, a cessão de direitos sucessórios encontra lugar no falecimento do autor da herança, em que os herdeiros adquirem a posse

indireta dos bens, bem como sua propriedade, mas sob a condição de aceitação da herança quando aberto o inventário, ou seja, a efetivação da transferência da propriedade não ocorre com a morte do *de cujus*, mas sim há uma presunção de mudança de propriedade, sujeita a realização de uma condição.

Havendo uma pluralidade de herdeiros, a incidência de *saisine* estabelece a formação de um condomínio e de uma *compasse*, automaticamente, entre eles, uma vez que a herança é universal e indivisível. Somente depois, com a partilha (judicial ou extrajudicial), é que será dissolvido o condomínio e a *compasse* formados automaticamente (FARIAS, 2017, p.115).

Diante dessa concepção, infere-se que a herança, por ser universal e indivisível, é transferida aos herdeiros em sua totalidade, como se bem imóvel fosse. Assim, somente poderá ser partilhada após o processo de inventário, o qual garantirá a efetivação da transmissão da propriedade e do desfazimento do condomínio formado automaticamente entre os sucessores, por força da *saisine*.

Isto posto, compreende-se que o direito fundamental de herança, previsto constitucional, no art. 5º, inciso XXX, é exercido desde logo, quando evidenciada a morte de quem deixou bens a serem partilhados, garantindo uma transmissão ficta, automática e imediata aos prováveis herdeiros, sejam legítimos ou testamentários. No que tange aos herdeiros advindos de inseminação artificial *post mortem*, esse direito fundamental, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, somente poderá ser exercido pela via testamentária. Entretanto, a regulamentação do exercício do direito de herança e da consequente sucessão do *concepturo* ainda é uma zona cinzenta do Código Civil de 2002, matéria que será explicitada.

### 3.2.SUCCESSÃO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E A REGULAMENTAÇÃO DO CONCEPTURO

O Direito Sucessório é o ramo do Direito Civil que regulamenta a transmissão do patrimônio da pessoa falecida aos seus herdeiros, seja por estar na ordem de vocação hereditária, nos termos do art. 1.829<sup>9</sup> do Código Civil de 2002 (CC/2002), ou por ter sido premiado com uma fração da herança por testamento. O Código Civil Brasileiro de 2002 dispõe sobre o Direito Sucessório em seu Livro V, entre os artigos 1.784 até o artigo 2.046.

<sup>9</sup> 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. (BRASIL, 2002).

Como explanado anteriormente, a existência da pessoa natural termina com a sua morte, ainda que presumida nos termos da lei (artigos 6º e 7º do Código Civil)<sup>10</sup>. A abertura da sucessão ocorre no momento em que o titular do direito morre, transmitindo-se assim a herança aos herdeiros, conforme o Princípio da *Saisine*, o qual preconiza que, a partir da morte do *de cuius*, a propriedade e a posse da herança são transmitidas imediata e automaticamente aos herdeiros legítimos e testamentários, independentemente da abertura do inventário (RIBEIRO, 2017, p. 15). Com a transferência dos bens pela *saisine*, abre-se a sucessão, em que suas disposições gerais estão contidas do artigo 1.784 ao 1.790, do CC/2002.

Com fulcro no art. 1.784, do CC/2002, “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”, assim, o início da sucessão é marcado pela morte do autor da herança, a qual, por influência do princípio da *saisine*, é transmitida automaticamente aos herdeiros. Os sucessores, portanto, passam a ser os titulares da universalidade de bens deixados pelo morto de maneira unitária e indivisível, até o momento da partilha.

O art. 1.785, do CC/2002, estabelece que “A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido”, não tendo importância o lugar que o autor da herança faleceu. A determinação da competência é a do domicílio do morto, e, na falta deste, será indicado, primeiramente, pelo local onde estão seus bens, se todos no mesmo foro, e, por segundo, o local do óbito (RIBEIRO, 2017, p.16). Com isso, verificando-se a morte do autor da herança, a sucessão de seu patrimônio, com todos os ônus e bônus, deve ser realizado no lugar em que por último esteve domiciliado.

Já o art. 1.786, do CC/2002, impõe que “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.”, isto é, a lei beneficia apenas aqueles chamados de legítimos ou necessários, em que há a chamada sucessão legítima; ou pode haver a sucessão testamentária, situação em que o *de cuius* transfere seus bens por ato de disposição de última vontade, o testamento, segundo observa-se também na jurisprudência pátria:

A sucessão pode ser legítima ou testamentária, como enuncia o art. 1786. Na legítima, os herdeiros são designados pela lei, pela ordem de vocação hereditária, sem concurso da manifestação de vontade do *de cuius*. Na testamentária, prevalece a manifestação

---

<sup>10</sup> Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra. (BRASIL, 2002).

do autor da herança, veiculada por testamento ou codicilo. A sucessão pode ser exclusivamente legítima ou testamentária, ou ambas podem existir.<sup>11</sup>

O art. 1.787, do mesmo diploma legal, estabelece que “Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela”. A partir disso, infere-se que a lei que estiver em vigor na data do óbito será a que regulará o exercício do direito de herança, vide:

Pelo princípio da saisine, a transmissão da herança aos herdeiros se dá no momento do óbito. - Pela previsão expressa do artigo 1.787 do Código Civil, a sucessão é regulada pela legislação vigente à época de sua abertura. - A sucessão é aberta no momento do falecimento do autor da herança<sup>12</sup>.

O art. 1.788, do CC/2002, por sua vez, afirma que “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”. Como regra, as pessoas morrem sem deixar testamento (sucessão *ab intestato*), e, dessa forma, a herança é transmitido exclusivamente pelos critérios da sucessão legítima. Ademais, se houver bens não inclusos no testamento, esses também serão partilhados pelas regras da legítima. De mesmo modo, caso o testamento não consiga surtir efeitos, a herança também será partilhada apenas pelos herdeiros legítimos.

No art. 1.789, do CC/2002, está contido que “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”. A lei reserva metade da herança aos herdeiros legítimos, quando existirem, assim, o autor da herança não poderá dispor desse quinhão, devendo preservá-lo. Nesse sentido, terá a liberdade de dispor de apenas metade de seus bens em testamento. Caso não haja herdeiros legítimos, a liberdade para testar é ilimitada.

APELAÇÃO CÍVEL. ANULAÇÃO DE TESTAMENTO. LEGÍTIMA. ALEGADO EXCESSO DE DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA. PEDIDO DE REDUÇÃO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA DO VALOR DO PATRIMÔNIO A SER AFERIDO NO MOMENTO DA LIBERDADE. SENTENÇA REFORMADA. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor de metade da herança. É nula a doação da parte que exceder a parte disponível da herança. Todavia, deve ser observado, para apurar o eventual excesso, o valor do patrimônio no momento da liberdade<sup>13</sup>.

Por fim, o art. 1.790 regula como se desenvolve a sucessão do companheiro quando os bens são adquiridos onerosamente na vigência de União Estável.

<sup>11</sup> (trecho do voto da relatora MARIA DE NAZARE SAAVEDRA GUIMARAES, TJ-PA – APELAÇÃO CÍVEL: AC 200730033749 PA 2007300-33749, Data do Julgamento: 18/09/2008).

<sup>12</sup> TJMG – Agravo de Instrumento-Civ 1.0024.12.195156-0/001, Relator(a): Des.(a) Hilda Teixeira da Costa, 2ª Câmara Cível, julgamento em 19/08/2014, publicação da súmula em 02/09/2014.

<sup>13</sup> TJMG - Apelação Cível 1.0511.04.000200-4/001, Relator(a): Des.(a) Armando Freire, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/03/2014, publicação de súmula em 03/04/2014.

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança (BRASIL, 2002).

No inciso primeiro, a sucessão do companheiro, se houver concorrência com filhos em comum, será de parcela igual à devida aos filhos, no que concerne aos bens havidos na constância da união estável. Já em caso de concorrência com os filhos somente do autor da herança, o companheiro ou companheira fará jus a metade da parcela que será devida a cada descendente.

O inciso terceiro, por sua vez, estabelece que se o companheiro/companheira terá direito a um terço da herança, caso esteja concorrendo com outros parentes que não descendentes. Por derradeiro, o inciso quarto elege que o companheiro somente obterá a totalidade da herança, quando não houver parentes sucessíveis. No entanto, o Supremo Tribunal Federal declarou esse dispositivo inconstitucional, em 2017, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 878.694. São essas as disposições gerais a respeito da Sucessão no Código Civil Brasileiro.

Nesse contexto, cabe analisar as disposições da sucessão patrimonial relacionadas ao concepturo e como ocorre o seu exercício do direito de herança no ordenamento jurídico pátrio, em que essa regulamentação é bastante deficiente e não abarca todas as nuances que decorrem no estado de concepturo. As previsões estão contidas nos art. 1.798 e art. 1.799, inciso I, do CC/2002.

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

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;

[..] (BRASIL, 20002).

Nos termos do já mencionado art. 1.798, aquele ainda não concebido não está legitimado a suceder, sem que haja previsão testamentária. Isso ocorre pois, no direito brasileiro, adota-se a teoria natalista, em que, para haver sucessão patrimonial, a pessoa deve nascer com vida, mas desde a concepção a lei põe a salvo os direitos do nascituro. Desse modo,

para a teoria natalista, o nascituro não é pessoa, a qual somente será a partir do nascimento com vida, possuindo, desde a sua concepção, mera expectativa de direito. (SILVA, 2017, p. 26). Compreende-se, ainda, que a personalidade civil está associada à instituição de deveres e direitos, que, para o direito brasileiro, não são diretamente aplicáveis ao nascituro, sendo que esse apenas espera os direitos e deveres, caso nasça com vida.

De maneira complementar, o inciso I, art. 1.799 preconiza que somente pela sucessão testamentária podem herdar os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador. Verifica-se que há a hipótese de testar a respeito dos direitos patrimoniais de uma prole eventual, ou seja, de pessoas não nascidas nem concebidas.

O testamento se qualifica como a expressão da última vontade do indivíduo em relação ao seu patrimônio ou outro assunto diverso, v. g., a destinação de seus restos mortais, tendo reflexos apenas após o falecimento do sujeito.

Testar significa, portanto, para o Direito Sucessório, dispor, por meio de um instrumento formal, denominado testamento, para escolher a destinação de seus bens, de forma total ou parcial, após a ocorrência do fato morte. O testamento está intrinsecamente ligado na autonomia da vontade e no exercício do direito de propriedade, tendo em vista que, já que o testador pode dispor de seus bens em vida, pode também estabelecer sua destinação após seu falecimento. Nesse contexto, o testamento nada mais é do que um negócio jurídico, pelo qual alguém declara a sua vontade, com o intuito de dispor, total ou parcialmente, dos seus bens, podendo também estabelecer obrigações de caráter não patrimonial, para depois da sua morte (GAGLIANO, 2017).

Consoante o art. 1.857, do CC/2002, todos são capazes de destinarem a transmissão de seus bens para depois da morte por meio de um testamento, não podendo excluir, entretanto, a legítima dos herdeiros necessários.<sup>14</sup>

Art.1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado (BRASIL, 2002).

Somado a isso, o testamento pode amparar pessoas diferentes dos herdeiros legítimos, beneficiando inclusive pessoas ainda não nascidas ou ainda não concebidas, além disso, pessoas jurídicas também podem fazer parte do rol de herdeiros testamentários, conforme o art. 1.799,

---

<sup>14</sup> São herdeiros necessários, de acordo como o CC/02, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Sua legítima constitui o pleno direito de obterem a metade dos bens da herança.

do CC/2002 (DIAS, 2008, p. 109). Destarte, observa-se que o concepturo, mesmo que descendente do *de cuius*, somente pode herdar caso esteja prevista em disposição de ato de último vontade, o testamento; em sentido contrário, o concepturo não é considerado herdeiro necessário para o Código Civil Brasileiro, haja vista que não faz parte do rol de herdeiros legítimos e, conseqüentemente, do de herdeiros necessários.

Portanto, para haver sucessão patrimonial do concepturo é necessário que esteja previsto em testamento, e somente assim serão aplicadas as disposições gerais sobre a sucessão. Com a previsão testamentária por disposição de última vontade, o concepturo poderá exercer, caso nasça com vida, o direito fundamental de herança, com submissão ao princípio da *saisine*, isto é, o concepturo, mesmo vindo a ser filho do autor da herança, não possuíra o caráter de herdeiro legítimo.

Não obstante, deve-se analisar quais os direitos patrimoniais disponíveis ao nascituro que se estendem a concepturo.

### 3.3.DIREITOS PATRIMONIAIS DO NASCITURO QUE SE ESTENDEM AO CONCEPTURO E A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

O nascituro é aquele ser já concebido, mas ainda não nascido, isto é, ainda se encontra alocado no útero materno. Esse ser, conforme será demonstrado, não possui personalidade civil, pois essa começa a partir do nascimento com vida, mas possui expectativa de direitos, os quais serão efetivados após o nascimento. Já o concepturo não está abarcado por essa proteção, uma vez que não ainda não concebido. Dessa forma, o Código Civil Brasileiro entende que o concepturo não possui direitos patrimoniais tais como o nascituro.

No caso do Direito Sucessório, o concepturo, diferentemente do nascituro, somente poderá exercer o direito fundamental de herança caso esteja expressa tal hipótese em ato de disposição de última vontade do testador, não sendo considerado, portanto, herdeiro legítimo, mesmo que descendente do autor da herança. Diante disso, cabe analisar quais as nuances das espécies de sucessões, legítima e testamentária, e compreender como o Código Civil dispõe sobre cada uma delas.

O nascituro se qualifica como o ser já concebido, mas ainda não nascido. Ele não é considerado pelo ordenamento jurídico brasileiro vigente como uma pessoa, pois não possui personalidade jurídica, tendo apenas expectativa de direitos, conforme disposto no artigo 2º do Código Civil de 2002 (CC/02), “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002).

Para Cristiano Farias, “o termo nascituro (*nasciturus*, aquele que está por nascer) deve, por conseguinte, ser empregado para designar o ser já concebido que se encontra em desenvolvimento no ventre de sua genitora [...]” (2017, p. 30). Conforme o sistema adotado no Brasil, o nascimento com vida é o ponto inicial da personalidade. Entretanto, respeita-se os direitos do nascituro, desde a concepção, pois a partir desse momento já começa a formação do novo ser (GONÇALVES, 2016, p.100).

O nascimento com vida, na legislação do Brasil, é fator primordial para que um ser seja considerado pessoa e usufrua de todos os direitos e garantias concernentes à pessoa humana. A lei apenas garante que se aquele já concebido nascer com vida terá seus direitos aplicados, até lá, essas garantias ficam resguardadas, aguardando a efetivação da condição do nascimento com vida, pois, se morto nascer, é como se nunca tivesse existido.

Para Pussi (2012, p. 26), a definição de pessoa, em seu aspecto jurídico, difunde-se no ser ou no ente coletivo, os quais são dotados de personalidade civil, ou seja, possuem aptidão para contrair direitos e deveres. Assim, a personalidade civil em si torna o ser pessoa no sentido jurídico, não sendo um direito, mas sim uma capacidade do sujeito em adquirir direitos. Pussi ainda acrescenta que o termo “pessoa” pode ser tanto para designar um indivíduo singular, denominando-o pessoa natural ou física, quanto um conjunto de sujeitos, os quais podem constituir uma pessoa jurídica.

Diante disso, o nascituro se encaixa em nenhuma dessas definições jurídicas, de acordo com o ordenamento pátrio, uma vez que não possui personalidade civil. Assim, o nascituro não pode ser considerado pessoa em sentido estrito, mas apenas algo que possa vir a se tornar pessoa. No entanto, isso não o desqualifica como detentor de algumas garantias e, até mesmo, como possuidor de dignidade a ser preservada. Essa expectativa de direitos do nascituro é discutida desde a antiguidade.

Na Grécia Antiga, os gregos acreditavam que o nascituro possuía capacidade jurídica, como exemplo tem-se a história de Plutarco, em que Polydecte faleceu quando a rainha estava grávida, e Licurgo afirmou que se o filho dela nascesse, a ele pertenceria a coroa (PUSSI, 2012, p. 52-53).

No direito romano, por sua vez, observou-se que o nascituro era conceituado como parte do corpo da genitora, de forma que a proteção era reflexa, tendo em vista que o corpo da mãe era protegido e, conseqüentemente, a vida intrauterina também, punindo-se o aborto (SOARES, s.d., p.2). Entretanto, conforme Steinwascher Neto (2016, p. 188), evidencia-se,

também, que, no direito romano, o nascituro era caracterizado por ter existência própria (*in rerum natura*) e autonomia (*persona e homo*), uma vez que os pretores<sup>15</sup> de Roma o tratavam, em algumas situações, como um ser autônomo, independentemente de sua genitora, com vantagens a serem auferidas, desde a concepção.

Nessa trilha, é importante destacar as concepções apresentadas por algumas religiões no que concerne ao começo da vida. O Judaísmo defende que a vida começa apenas no 40º dia da gestão, quando acreditam que o feto começa a adquirir forma humana. Para o Islamismo, a vida começa quando a alma é soprada por Alá no feto, cerca de 120 dias após a fecundação. O Budismo, por sua vez, difunde um ideal mais complexo, alegando a existência contínua e ininterrupta que gera a vida, não se atrelando ao momento da concepção ou do nascimento, mas entrelaçando caminhos além da fecundação. O Hinduísmo defende que a vida começa na fecundação do óvulo. E o Catolicismo perpassa a certeza de que a vida inicia com a concepção, havendo, nessa etapa, a formação de um ser humano completo, e não apenas um ser humano em potencial (RIOS, 2021).

Já no ordenamento brasileiro, verifica-se que há uma proteção ao nascituro, pois, ainda há a criminalização do aborto, bem como há a garantia de direitos que podem ser gozados pelo o ainda não nascido, mas já concebido. Como por exemplo, o direito a paternidade do nascituro, previsto no art. 1.609, parágrafo único<sup>16</sup>, do Código Civil, em que preconiza que o reconhecimento de paternidade pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes. Ademais, o art. 1.779<sup>17</sup>, do mesmo diploma legal, estabelece que haverá proteção mediante curatela, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Não obstante, o nascituro possui algumas tutelas de natureza patrimonial, como a doação disposta no artigo 542<sup>18</sup>, do Código Civil e a sua legitimidade sucessória, conforme o

---

<sup>15</sup> Os cidadãos apresentavam suas queixas ao pretor e este decidia quais eram justificadas e as despachava para serem julgadas pelos juízes. Quando um pretor assumia o cargo, publicava um edito que estabelecia a maneira como interpretar a lei ao conceder julgamentos. Cada novo pretor em geral copiava ou melhorava os editos dos pretores anteriores. Disponível em: < <https://www.dicio.com.br/pretor/>>. Acesso em: 20 nov 2021.

<sup>16</sup> Art. 1.609. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendente (BRASIL, 2002).

<sup>17</sup> Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro (BRASIL, 2002).

<sup>18</sup> Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal (BRASIL, 2002).

artigo 1.798<sup>19</sup> do Código Civil, o qual garante àquele já concebido no momento da abertura da sucessão a legitimidade de suceder. Diante disso, a doutrina entende que, se o já concebido nasce morto, deve ser considerado como se nunca tivesse existido (PEREIRA, 2015). A aplicabilidade desse dispositivo é observada no ordenamento pátrio, *vide*:

DIREITO DAS SUCESSÕES - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA - NASCITURO - ALVARÁ JUDICIAL - RECEBIMENTO DE VALOR - AVÓS - CONCEPÇÃO ANTERIOR À MORTE - QUALIDADE DE HERDEIRO - ART. 1.798 CC - SENTENÇA MANTIDA - A ação de petição de herança constitui uma proteção da qualidade de sucessor, tendo em vista que pelo princípio da "saisine", desde a abertura da sucessão a herança pertence ao herdeiro, conforme dispõe o art. 1.784 do CC. - Nos termos dos artigos 2º e 1.798 do Código Civil, as pessoas já concebidas no momento da abertura da sucessão devem ser consideradas legítimas herdeiras. (grifo nosso).<sup>20</sup>

Sendo o nascituro pessoa já concebido no momento da abertura da sucessão, ele deve ser considerado herdeiro legítimo e necessário, devendo estar abarcado por todas as garantias que perpassam o direito fundamental de herança. O princípio da *saisine* deve ser aplicado à sucessão do nascituro, portanto, transmitindo, desde a morte do autor da herança e de maneira automática e imediata, os bens deixados.

Nesse diapasão, verifica-se que o nascituro é o ser já concebido no ventre de sua genitora, o qual, se nascer com vida, mesmo que essa vida dure minutos ou segundos, adquire a personalidade jurídica, tornando-se detentor de direitos e deveres na órbita civil.

Já o concepturo é conceituado por Cristiano Chaves de Farias (2017, p. 136) como prole eventual de uma pessoa, não se tratando de um nascituro, que já está concebido no útero materno, mas também não se restringindo à figura do embrião criogenizado no laboratório. A prole eventual ou concepturo diz respeito ao filho ainda não concebido de uma pessoa. A prole eventual refere-se aos filhos havidos antes ou depois do testamento, antes ou depois da morte. Por conseguinte, o concepturo é aquele que pode vir a ser concebido, existe uma expectativa de se tornar um nascituro e, provavelmente, nascer com vida, devendo, portanto, possuir garantias, caso seja efetivada essa condição.

No ADI 3510, a Suprema Corte julgou que, embora o embrião pré-implanto seja um bem a ser protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro, levou-se em consideração que esse ser não seja pessoa no sentido constitucional e, portanto, não faz jus aos direitos ou às

<sup>19</sup> Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão (BRASIL, 2002).

<sup>20</sup> TJ-MG - AC: 10153150018841001 MG, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 19/10/2017, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/10/2017.

expectativas de direitos atribuídos ao nascituro em sentido estrito da palavra, havendo, apenas, um modo variado de proteção jurídica nessa fase do desenvolvimento biológico.

A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: **o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“in vitro” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível.** O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. (ADI 3510). (Grifo nosso).

Não obstante, com o avanço das tecnologias da medicina, pode-se entender que há um novo conceito de nascituro, isto é, o nascituro não pode ser somente aquele que está por nascer, já concebido, mas deve avançar para abranger também o que há de nascer, tal qual o embrião pré-implamatório, o qual também já foi concebido, mas em laboratório (RIBEIRO, 2010, p. 18). Os embriões humanos devem ser assemelhados às pessoas já concebidas, uma vez que possuem a mesma natureza. Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser aplicado à classe embrionária, o protegendo e o complementando em todos os sentidos. E, para isso, é imprescindível a criação de legislações eficazes que o considere pessoa por nascer, com titularidade de direitos, sem distinção com o nascituro definido na lei civil brasileira (SÁ E TEIXEIRA, 2005, p. 105).

Desse modo, é importante analisar quais os direitos patrimoniais do nascituro e do embrião que deveriam se estender ao concepturo, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não iguala essas figuras e, portanto, não lhe concedem os mesmos direitos.

Maria Helena Diniz (2012, p. 221-222) dispõe sobre os direitos reservados ao nascituro na legislação brasileira:

Conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil da pessoa, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, como o direito à vida, à integridade física, à honra e à imagem; a alimentos, a uma adequada assistência pré-natal, à representação, a um curador que o represente e zele pelos seus interesses em caso de incapacidade ou impossibilidade de seus genitores de receber herança, a ser contemplado por doação, a ser adotado, a ser reconhecido como filho, a ter legitimidade ativa na investigação de paternidade etc. Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intrauterina tem o nascituro e na vida extrauterina tem o embrião, concebido in vitro, personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela in vivo ou in vitro, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, somente com

o nascimento com vida. Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer nenhum direito patrimonial terá.

Nesse sentido, percebe-se a variação de direitos que são garantidos tanto ao nascituro, o qual possui vida intrauterina, quanto ao embrião concebido in vitro, de vida extrauterina, ambos possuindo personalidade jurídica formal no que tange aos direitos da personalidade, e, passando a ter personalidade jurídica material em relação aos direitos patrimoniais a partir do nascimento com vida. Portanto, embora o nascituro e o embrião somente adquirem personalidade civil a partir do nascimento com vida, eles possuem, de certa forma, resguardados, pelo ordenamento jurídico, direitos fundamentais, personalíssimos e sucessórios, os quais garantem uma expectativa de concretização desses direitos com a primeira respiração extrauterina do nascituro.

Percebe-se que nascituro é o termo que indica vida que depende de outra vida por determinado período, até que aquela adquira autonomia biológica. Isto é, o tempo em que o nascituro possui a vida intrauterina pode ser chamado de simbiose temporária, em que o indivíduo não nascido serve de seu hospedeiro para que complete certo estágio de desenvolvimento e adquira meios para sobreviver no ambiente externo (MOURA, 2011, p. 06).

O nascituro, apesar de não lhe ser garantida a personalidade jurídica desde a concepção, possui uma larga escala de direitos que o acompanha durante toda a vida intrauterina, que são reconhecidos e assegurados pela lei, não sendo mera expectativa de direitos. Ou seja, não se pode negar que foram atribuídos ao nascituro os direitos fundamentais, tidos como de personalidade. Assim, o nascituro tem direito à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, à imagem, ao nome e à intimidade (TARTUCE, 2017).

Em relação aos direitos patrimoniais, de acordo como o artigo 542 do Código Civil de 2002, o nascituro possui resguardado o direito de receber doações, desde que sejam aceitas pelos seus representantes legais. Outrossim, o legislador confere ao nascituro direitos à sucessão desde que já esteja concebido no momento em que a sucessão for aberta, como já elucidado anteriormente, sendo o nascimento com vida condição resolutiva para a disposição desse direito (SOARES, s.d., p.18).

Ante o exposto, verifica-se que muitos direitos são reconhecidos e assegurados ao nascituro e até mesmo ao embrião, o que acarreta o questionamento sobre o fato de ser ou não o feto um sujeito de direitos dotado de personalidade jurídica desde a concepção. Destarte, observa-se que a mesma expectativa de garantias deve ser resguardada ao concepturo,

estabelecendo a condição de ser concebido e nascer com vida, podendo ser abarcado pelos direitos patrimoniais de doação e de sucessão.

#### **4. CONCEPTURO ENQUANTO HERDEIRO LEGÍTIMO**

O art. 1.597, inciso III, do Código Civil de 2002 (CC/2002), dispõe sobre a inseminação artificial homóloga *post mortem*, estabelecendo a possibilidade do reconhecimento de filiação desse ser, em que se presume terem sido concebidos na constância do casamento. No entanto, não é assim que funciona, tendo em vista que não há uma presunção, mas sim, no ordenamento jurídico pátrio, em situações de inseminação artificial homóloga *post mortem*, deve-se provar que o gameta utilizado foi do cônjuge falecido.

Consubstanciado a isso, deve o cônjuge falecido ter deixado consentimento expresso para essa prática, pois, em caso de inexistência dessa autorização, presume-se que o gameta utilizado adveio de um terceiro doador, o que retira a hipótese de reconhecimento de paternidade por parte do *de cuius*; além do mais, deve a cônjuge sobrevivente permanecer no estado de viuvez para se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, nos termos do Enunciado 106, do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil de 2002.

A partir disso, surgem outras discussões sobre a extensão dos direitos sucessórios do filho havido pelas formas de reprodução humana assistida. A primeira se entrelaça na conceituação de concepção, pois, verifica-se que ela pode ocorrer tanto da forma convencional, com a concepção intrauterina, quanto de maneira artificial, com a concepção realizada em laboratório. Já o segundo debate está atrelado ao momento da concepção e seu reflexo no direito de herança, pois para parte da doutrina, somente possuía o direito à sucessão aquele que for concebido, de qualquer forma, anteriormente ao falecimento do autor da herança. A outra parte de doutrinadores e pesquisadores entende que o direito de herança deve ser usufruído também por aqueles concebidos somente após a morte do genitor.

Dessa forma, surge o princípio constitucional de igualdade entre os filhos, no intuito de proteger e garantir o exercício de todos os direitos, vinculados à filiação, aos filhos de um sujeito. Esse princípio reflete que a prole de uma pessoa deve ser reconhecida de maneira igualitária, sem distinções ou discriminações, defendendo que os filhos possuem direitos iguais, independentemente da sua origem, ou seja, não importa se fora concebido na constância do matrimônio ou não.

Isto posto, surge o debate acerca da extensão do direito à sucessão legítima ao concepturo concebido por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem*, tendo em vista que a legislação infraconstitucional não permite essa situação, prescrevendo que o ainda não concebido somente pode herdar por meio da sucessão testamentária, mesmo que existindo autorização na seara médica para utilização do material genético do *de cujus*, assinado por ele próprio. Essa disposição contraria a norma constitucional que defende a igualdade entre os filhos, sem distinções, pois, estabelece limites para o filho concebido após a morte do genitor, impedindo que aquele seja reconhecido como herdeiro necessário e legítimo.

#### 4.1.DO DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEPTURO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM.

Conforme explanado por toda a pesquisa, observa-se que a relação de filiação é reconhecida pelo Código Civil de 2002 (CC/2002) mesmo após a morte do pai biológico<sup>21</sup>. Contudo, no que se refere aos direitos sucessórios ainda há um enorme impasse sobre a legitimidade do filho concebido *post mortem* na ordem de vocação hereditária. O art. 1.798, do CC/2002, qualifica que apenas serão legitimados a suceder as pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão, isto é, quando do falecimento do autor da herança. Destarte, forma-se a discussão sobre a legitimidade sucessória daquele concebido pós morte do autor da herança, uma vez que àquele é concedida a natureza de filho legítimo, denominado também de prole eventual.

Noutro plano, vale destacar, pela alta relevância prática, que a eventual concepção utilizando material genético, conservado criogenicamente, após a morte do titular, desperta aceso debate a respeito do reconhecimento, ou não, de direito sucessório em favor do filho que somente veio a ser implantado no útero materno após o óbito do seu genitor. A discussão envolve o comando do art. 1. 798 da Lei Civil, que faz reconhecer a capacidade para suceder em favor das pessoas nascidas ou já concebidas quando do falecimento do titular. Controverte-se, no ponto, se o termo concebido envolve, também, a concepção artificial ou, tão somente, a concepção intrauterina, embora prevaleça, ao nosso ver com razão, a opção pelo reconhecimento de sucessório em prol do embrião já concebido no laboratório, até mesmo em homenagem ao princípio constitucional da isonomia entre filhos (FARIAS, 2016, p. 597).

Outra discussão que envolve a questão do citado art. 1.798 concerne na problemática de considerar ou não a concepção artificial ou, tão somente, a concepção intrauterina, tendo em vista que é relevante que se reconheça o termo concepção de maneira geral, pois, com os avanços tecnológicos, biológicos e científicos, não se pode mais estabelecer apenas uma forma

---

<sup>21</sup> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; (BRASIL, 2002).

de concepção de vida, devendo haver o reconhecido dessas outras formas ligadas à reprodução humana assistida, até mesmo em prol da aplicação do princípio constitucional da isonomia entre os filhos.

Quando há a fecundação *post mortem*, ou seja, quando já falecido o cônjuge-doador do sêmen e requer a inseminação artificial, é necessário que o sêmen ou o próprio embrião tenham sido preservados criogeneticamente e somente implantados no corpo da mulher/esposa/viúva após o óbito de seu esposo. (FARIAS, 2016, p. 598). Nesses casos, parte da doutrina defende que somente poderia haver reconhecimento de direito sucessório para aquele já concebido artificialmente, ou seja, quando já existisse um embrião, conforme leciona Cristiano Farias (2016, p. 599):

Não havendo diferenciação entre a concepção uterina ou laboratorial, é forçoso concluir que ambas estão abarcadas, em homenagem ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos (que é princípio de inclusão). A outro giro, se não havia concepção, ou seja, em se tratando apenas de sêmen congelado, sem que tenha ocorrido a concepção laboratorial, não há que se falar em direito sucessório, exatamente pelo princípio da isonomia porque as situações são absolutamente distintas. Se a igualdade substancial consiste em tratar desigualmente quem está em situação desigual. Mas, curiosamente, haverá a presunção de paternidade, caso preenchidas as diretrizes do inciso III do art. 1.597. Ou seja, o exuberante quadro novo pelas novas técnicas reprodutivas nos apresenta uma singular situação jurídica, na qual uma pessoa será filha de um homem já morto, mas não será seu herdeiro legítimo. Poderá, de qualquer sorte, ter sido beneficiada por testamento deixado pelo seu pai em favor da prole eventual (CC. art. 1.800, § 4º), dès que tenha sido concebida no prazo de dois anos, contados a partir da data do óbito (abertura da sucessão), sob pena de caducidade da disposição testamentária.

Assim, para essa parte da doutrina, poderia haver a presunção de paternidade em relação àquele ainda não concebido, mas de certa forma esperado, pois existe o sêmen congelado para posterior fecundação, por força do art. 1.597, inciso III, do CC/2002. Entretanto, nada haveria de existir no que concerne ao direito fundamental de herança e, conseqüentemente, de sucessão, uma vez que, para essa corrente, somente pode ocorrer o exercício desses direitos por meio de testamento em favor da prole eventual (art. 1.799, inciso I, do CC/2002), aplicando-se, ainda, por analogia, o prazo de dois anos para a concepção do concepturo, contados a partir da morte do autor da herança, nos termos do §4º<sup>22</sup>, do art. 1.800, do CC/2002.

Ademais, o enunciado 267, da III Jornada de Direito Civil confirma que o disposto no art. 1.798 do Código Civil de 2002 deve ser aplicado também aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abarcando a vocação hereditária da pessoa humana

---

<sup>22</sup> Art. 1.800. §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 (BRASIL, 2002).

ainda não nascida, mas já concebida, cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

Por outro lado, existe a parte doutrinária que defende os direitos sucessórios daqueles concebidos por meio de reprodução assistida homóloga após a morte do genitor. O professor Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (2006, p. 173-175) assevera que não se pode excluir do direito à filiação e do direito à sucessão aquele fecundado com intervenção médica após o falecimento do autor da herança, pois, caso a criança venha a existir e haja comprovação da relação de parentesco, ela deve ser inserida na ordem de vocação hereditária, como herdeira legítima, tal como os outros descendentes de primeiro grau, na condição de filho, com direito à sucessão.

Outrossim, o professor também sugere que se utilize, por analogia, o prazo contido no art. 1.800, § 4º, do CC/2002, qual seja, o prazo de dois anos, a contar da abertura da sucessão, para utilização do material genético preservado pelo cônjuge. Dessa forma, na hipótese de o filho não ser concebido em até dois anos da abertura da sucessão, não haverá mais qualquer direito sucessório em face da herança do *de cuius* (ALBUQUERQUE FILHO, 2006, p. 188).

Desse modo, o prazo estabelecido no §4º do art. 1.800 da Lei Civil, refere-se ao prazo que a prole eventual tem para ser concebida, e não para o nascimento com vida. Caso não haja a concepção nesse prazo, os bens pertencerão definitivamente aos herdeiros legítimos, exceto se houver disposição testamentária diversa, situação em que o testador pode alterar o prazo de espera, em observância à autonomia privada e ao respeito à vontade do testador (FARIAS, 2017, p. 137).

Nessa perspectiva, percebe-se que a inseminação artificial *post mortem*, no ordenamento jurídico brasileiro, estabelece a existência de vínculo parental de filiação, com o reconhecimento de paternidade, mesmo que não tenha ocorrido a concepção artificial antes do falecimento do autor da herança. Entretanto, ainda há controvérsias quanto à aplicação de todas as consequências resultantes dessa relação, como a inclusão dos direitos sucessórios, haja vista que a doutrina se divide entre aqueles que defendem o exercício do direito fundamental de herança para apenas os já concebidos no momento da abertura da sucessão, seja a concepção intrauterina ou laboratorial; e aqueles que defendem que deve ser incluso como herdeiro legítimo, na sucessão, aquele fecundado com intervenção médica após o falecimento do autor da herança.

Ante o exposto, como a inseminação artificial *post mortem* opera, conforme o Código Civil de 2002, a existência de um vínculo parental de filiação, devem ser estendidas e aplicadas todas as consequências resultantes dessa relação, conforme a regra basilar da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pelo seu art. 227, § 6º<sup>23</sup>, o qual estabelece o princípio da igualdade entre os filhos, incluindo, portanto, os direitos sucessórios relativamente à herança do pai falecido.

#### 4.2.DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE ENTRE OS FILHOS.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) estabeleceu como fundamento da República o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual consagrou que todos são iguais perante a lei, instituindo, assim, o princípio da isonomia. Outrossim, o direito de família abarcou forte influência da norma constitucional, visto que a família recebe proteção especial do estado.

Além do mais, os avanços da sociedade, principalmente no que tange ao direito de filiação, contribuíram para a criação do direito fundamental da igualdade constitucional entre os filhos, seja qual for a origem da relação de filiação, impedindo, dessa forma, discriminações entre os filhos e garantindo a preservação de direitos iguais (CASTELO, 2010).

O princípio constitucional de igualdade entre os filhos impõe proteção jurídica e garantia de direitos a todos os filhos de um indivíduo, impedindo que este conceda maiores privilégios para uns do que para outros. Estabelece, portanto, que a prole de um sujeito, independentemente se gerada na constância de um matrimônio ou não, deve possuir suas garantias resguardadas de forma igualitária, abarcando, assim, o direito fundamental de herança.

O princípio da igualdade foi proclamado no preâmbulo<sup>24</sup> da Carta Maior, bem como em seu art. 5º, caput<sup>25</sup>. A partir disso, no âmbito do direito de família, primordialmente no

---

<sup>23</sup> Art. 227, § 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 (BRASIL, 1988).

<sup>24</sup> [...] para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, **a igualdade** e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, [...] (BRASIL, 1988, grifo nosso).

<sup>25</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, **à igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (BRASIL, 1988, grifo nosso).

direito de filiação, foi preconizado no art. 227, § 6º, da CRFB/1988, e repetidamente no art. 1.596, do Código Civil de 2002 (CC/2002).

Art. 227. § 6º, CRFB/1998. 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 (BRASIL, 1988).

Art. 1.596, CC/2002. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (BRASIL, 2002).

A igualdade se caracteriza, portanto, no texto constitucional como princípio estruturante do próprio Estado Democrático de Direito. No âmbito dos objetivos fundamentais, o princípio da igualdade é aplicado para reduzir as desigualdades regionais e a promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. No mais, a igualdade constitui parte primordial do seio constitucional dos direitos fundamentais, sendo imprescindível a aplicação do princípio da igualdade entre os filhos, como proibição de discriminação em razão da filiação (SARLET, 2019).

O princípio da igualdade alcança os vínculos de filiação e os direitos advindos dessa relação. Desse modo, há a proibição de se realizar quaisquer designações discriminatórias relativas aos filhos, havidos ou não na constância do casamento, ou por adoção, garantindo-se a eles os mesmos direitos e qualificações (MASSON, 2020, p. 1756). A igualdade entre os filhos possui natureza de norma constitucional, a qual deve ser respeitada e garantida, independentemente da situação, proporcionando aos filhos de um indivíduo igual tratamento.

Para Barroso (2016), a igualdade constitui um direito fundamental que faz parte da essência da democracia. Tal princípio parte da dignidade da pessoa humana, o qual considera que todas as pessoas são fins em si mesmas, bem como possuem o mesmo valor e merecem, igual respeito e consideração. Nessa perspectiva, a igualdade proíbe a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, requerendo o respeito à diferença. Assim, igualar os filhos, é mais do que garantir direitos relacionados à filiação, é respeitar a própria dignidade humana, é valorar as pessoas da mesma forma, é oportunizar a manifestação e vivência de cada um.

Posto isso, tanto a CRFB/1988 quanto o CC/2002 elencam a proteção de igualdade entre os filhos, proibindo qualquer modo de discriminações ou diferenças no que concerne à filiação e defendendo a aplicação de direitos e deveres iguais para quaisquer dos filhos de um sujeito. Dessa forma, essa inovação traga pelo Estado Democrático de Direito eliminou, ao

menos juridicamente, qualquer hipótese de haver prioridade ou privilégio por parte de um dos filhos em detrimento de outro.

O direito de constituir família, por sua vez, está consagrado no Pacto de São José da Costa Rica, que o Brasil é signatário, em seu art. 17, inciso 1<sup>26</sup>. No entanto, apenas depois da promulgação da CRFB/1988, esse direito passou a ser tratado como tal.

A filiação não encontra conceituação definida na legislação pátria, mas se caracteriza por ser um vínculo jurídico que une pais e filhos. Dessa forma, é uma relação de parentesco, mesmo que não sanguíneo, estabelecendo uma ligação de primeiro grau, em linha reta e indissociável.

Consoante Luiz Guilherme Loureiro (2009, p. 1.052-1.054), o direito de filiação foi bastante modificado nos últimos anos, não somente na ordem social, mas, principalmente, na concepção jurídica, tendo em vista que o surgimento e a aprimoração de técnicas de reprodução humana assistida. Essas modificações foram consagradas na CRFB/1988 no que se refere ao direito à igualdade, pois, a norma constitucional disposta no art. 227, § 6º, consagrou a igualdade jurídica entre os filhos advindos de todas as formas.

Ademais, para o mesmo doutrinador (LOUREIRO, 2009, p.1.125), a proteção à família e à igualdade não está disposta apenas na CRFB/1988 e CC/2002, mas também no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o qual o Brasil é signatário desde 1991. O referido Pacto estabelece, em seu artigo 24<sup>27</sup>, que o Estado, a família e a sociedade devem adotar medidas especiais de proteção e de assistência que a sua condição de menor requer, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição.

Nesse contexto, o princípio constitucional da igualdade entre os filhos defende que, em qualquer caso, os descendentes da mesma classe possuem os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes, de acordo com o art. 1.834 do CC/2002. Assim, um filho não pode receber por sucessão legítima mais do que outro, bem como não pode um dos filhos ser excluída da sucessão legítima, exceto nos casos de exclusão da sucessão (art. 1.814, do CC/2002) ou

---

<sup>26</sup> Art. 17, 1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado (ONU, 1969).

<sup>27</sup> ARTIGO 24. 1.Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado (ONU, 1966).

deserdação (art. 1.962, do CC/2002), o que representaria atentado ao princípio da igualdade entre os filhos (TARTUCE, 2020).

A Suprema Corte já decidiu que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar. Não obstante, é defesa discriminação entre os filhos havidos ou não da relação de casamento<sup>28</sup>.

Todos filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange qualquer um dos filhos, mesmo que filhos adotivos, filhos socioafetivos e havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro). Nesse diapasão, não se pode mais fazer uso de expressões como “filho adulterino”, “filho incestuoso”, “filho ilegítimo”, “filho espúrio” ou “filho bastardo”, eis que, juridicamente, todos são iguais (TARTUCE, 2020).

Destarte, o princípio constitucional da igualdade entre os filhos deve ser aplicado a todos os filhos, sem distinções, mesmo para aqueles concebidos por meio de intervenção médica, após a morte do genitor – caso este tenha deixado autorização para o uso de seu sêmen. Desse modo, devem ser a eles estendidas todas as garantias decorrentes desse princípio, tal como o direito de herança, na qualidade de herdeiro legítimo, sem qualquer diferenciação, uma vez que os filhos havidos por inseminação artificial *post mortem* possuem a característica de descende de primeiro grau como qualquer outro que tenha sido concebido antes da morte do *de cuius*.

#### 4.3. DA EXTENSÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS AO CONCEPTURO NO QUE CONCERNE À SUCESSÃO PATRIMONIAL

O princípio constitucional da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, § 6º, da CRFB/1988, garante que todos os filhos, sem diferenciações, tenham as mesmas garantias e os mesmos ônus perante seus genitores, decorrendo dessa relação o direito à sucessão, o qual pode e deve ser exercido, quando da morte do autor da herança, por toda a prole, inclusive por aqueles concebidos por meio de concepção laboratorial, após o falecimento do *de cuius*.

A Carta Maior, no que concerne à igualdade de direitos sucessórios entre os filhos, estabelece a ideia de reconhecimento do direito sucessório, mesmo que a prole eventual decorra de uso de material genético do falecido genitor. Pois, em caso contrário, acabará por excluir os

---

<sup>28</sup> RE. 248.869, voto do min. Mauricio Correa, julgamento: 07.08.03, DJ: 12.03.04.

direitos de filhos. (FARIAS, 2017, p. 137-138). Nesse contexto, impossibilitar que o concepturo exerça, em caso de ser concebido e nascer com vida, o direito fundamental de herança é vedar a aplicação do princípio da igualdade entre os filhos e contrariar a própria segurança jurídica, uma vez que estaria garantindo direitos apenas para parte dos filhos.

Em continuação, a CRFB/1988, em seu art. 226, §7º, defende a livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar, sendo defeso, portanto, qualquer diminuição do exercício desse direito, por quem quer que seja, e, caso haja, contrariará os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Dito isso, o desejo do doador, seja cônjuge ou companheiro, na reprodução humana assistida, sempre será expressa, com fulcro da Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, pois, não há dúvidas de que é primordial a autorização do sujeito para que seu material genético seja utilizado. Existindo a autorização, não haveria de ser necessária a realização de um testamento pelo doador, tendo em vista que, por meio da referida autorização, já haveria a clara vontade do casal gerar sua prole, sem que houvesse qualquer restrição sucessória, devendo o futuro filho ser reconhecido como herdeiro legítimo e necessário (FREITAS, 2008).

A Resolução n. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina consta ainda como as clínicas, os centros ou os serviços podem criopreservar os espermatozoides, óvulos e pré-embriões, devendo os doadores e cônjuges ou companheiros, no momento da criopreservação, expressarem sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado material genético preservado, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos. (ALBUQUERQUE FILHO, 2006, p. 8)

A partir do princípio constitucional entre os filhos, quaisquer dos descendentes de primeiro grau devem possuir tratamento jurídico igualitário, mesmo que concebidos por técnicas de reprodução humana assistida, após a morte do pai, em situação de inseminação homóloga. Cabendo, assim, exercer a sucessão legítima e herdar sem a necessidade de inserção no testamento do genitor, pois, é filho como qualquer outro, além de já existir uma declaração/autorização escrita para utilização do material genético e sua fertilização.

Nessa visão, percebe-se que há o reconhecimento no que tange à relação de filiação e, dessa forma, não existe justificativa que impeça a incidências dos efeitos patrimoniais advindos dessa relação. A ideia de que não existem direitos patrimoniais hereditários para os ainda não concebidos está pautada no antigo tratamento dado aos filhos, em que eram diferenciados conforme sua origem. No entanto, aqueles que não possuía direito sucessória, também não

vislumbravam direito de filiação. Na atualidade, ao contrário, a lei garante o vínculo para aqueles concebidos por inseminação artificial *post mortem*, mas negam o direito de herança legítima (ALMEIDA, 2003, p. 104).

Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho (2006, p. 20) aduz ainda que:

Entendemos que os efeitos sucessórios da inseminação *post mortem* são amplos não se restringindo à sucessão testamentária, pois se é certo que o falecido poderá chamar a suceder, por testamento, a prole eventual de terceiros, nos termos do artigo 1.799, inciso I, do Código Civil, poderá, igualmente, beneficiar a sua própria prole eventual, inclusive estabelecendo se a deixa testamentária saíra da sua parte disponível ou se constitui adiantamento da legítima, com necessidade de colação.

Nesse contexto, é evidente que o direito sucessório do concepturo não pode ser restringido à sucessão testamentária, uma vez que, se advindo da própria prole do falecido, deve ser considerado herdeiro legítimo, passível de todos os efeitos da transmissão da herança, sem a necessidade de um testamento que comprove isso. O filho proveniente da inseminação artificial *post mortem* é de fato portador da qualificação de herdeiro legítimo, tendo direito à sucessão legítima.

A concessão dos direitos sucessórios aos concebidos por inseminação artificial deve contemplar o princípio constitucional da igualdade entre os filhos. Quando houver a determinação de abertura da sucessão e transmissão da herança, deve-se considerar herdeiros os não nascidos e também os não concebidos. Nada fundamenta a exclusão do patamar de herdeiro ao concepturo. Dessa forma, descabida é a expulsão da sucessão legítima do filho concebido em laboratório após a morte do genitor, mas com seu consentimento (DIAS, 2011, p. 123).

Nesse sentido, por haver a proteção jurídica de igualdade entre os filhos no texto constitucional brasileiro, não poderia a legislação infraconstitucional restringir o direito do filho concebido mediante fecundação artificial *post mortem*, tendo em vista que o legislador constitucional não previu exceção, não cabendo ao legislador ordinário, tampouco ao intérprete da norma, preconizar exceções ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos (ALBUQUERQUE FILHO, 2006, p. 7-8).

A aplicação do princípio constitucional da igualdade entre os filhos, portanto, não depende de qualificação e origem do filho, mas sim aplica-se sem distinções e abarca a situação do concebido após o falecimento do autor da sucessão. A restrição de direitos ao concepturo acarretaria em discriminação atentária à igualdade com os demais filhos (ALBUQUERQUE FILHO, 2006, p. 7-8).

Para Catarina Medeiros de Luca (2010, p. 31-32), o princípio da igualdade entre os filhos não admite exceções, ou seja, é absoluto, tendo em vista que aquele concebido através de inseminação artificial *post mortem* é presumidamente filho do casal, e considerado concebido na constância do casamento, de acordo com o artigo 1.597, inciso III do Código Civil de 2002. Nesse diapasão, a ele devem garantidos os mesmos direitos que possuem os outros filhos, não excluindo o de ser considerado herdeiro legítimo do seu falecido pai. A legislação ordinária não pode fazer, assim, exceções ou estabelecer distinções quando a própria Carta Magna não o faz.

Além do mais, mesmo que não houvesse o princípio da igualdade entre os filhos, não poderia haver a exclusão do concepturo da qualidade de herdeiro legítimo, pois, com base no princípio norteador do melhor interesse da criança, haveriam de ser resguardados os direitos do ainda não concebido, mas esperado. Isso porque, caso fosse concebido e nascesse com vida, justo seria que, como elo mais frágil, tivesse garantidos todos os seus devidos direitos, inclusive o de suceder sem necessitar de um testamento (FABRE, 2014, p. 38).

É manifesto, pois, que o filho proveniente de inseminação artificial *post mortem* necessita ter o reconhecimento de seus direitos sucessórios, independentemente de testamento, bastando para tanto a autorização do genitor da utilização de seu material genético para o respectivo fim, haja vista que o concepturo é filho legal, biológico e legítimo deste, conforme evidencia e garante o princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

Em vista disso, a imposição de que o ainda não concebido somente poderá herdar e exercer o direito à sucessão com a confecção e inserção dessa situação em um testamento, nos termos dos artigos 1.798 e 1.799, do Código Civil de 2002, opõe-se aos princípios constitucionais da dignidade, da isonomia e, principalmente, da igualdade entre os filhos, visto que faz a distinção entre os filhos concebidos na constância do casamento e os concebidos por meio de intervenção médica, em laboratório, após a morte do genitor, mas com sua autorização. Ante o exposto, fundamental e urgente é o reconhecimento da igualdade do concepturo no que tange ao direito de herdar e suceder como herdeiro legítimo e necessário, por meio da sucessão legítima e não mais somente pela sucessão testamentária.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por todo o exposto, a presente pesquisa evidenciou a problemática existente na legislação brasileira atual a respeito da regulamentação do direito sucessório daquele concebido por inseminação artificial *post mortem* do genitor, uma vez que, para o Código Civil de 2002,

esse filho não é considerado herdeiro legítimo e conseqüentemente não faz jus a sucessão legítima. A legislação civil somente caracteriza como herdeiros legítimos aqueles já nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão, negando aos filhos concebidos após a morte do *de cuius* o direito de herança.

Nesse pensamento, analisa-se que, pela leitura do Código Civil, o concepturo somente herdaria se houvesse essa previsão em disposição de ato de última vontade do testador. A partir disso, verifica-se que há uma inconstitucionalidade latente na lei, haja vista que o texto constitucional garante a igualdade entre os filhos, independentemente da origem do filho, vedada qualquer discriminação e diferenciação entre os descendentes de primeiro grau.

O filho concebido por inseminação artificial *post mortem*, no entanto, possui, conforme infere-se da legislação, direito ao reconhecimento da relação de filiação, mas lhe é negado o direito à sucessão legítima, não havendo, portanto, uma complementariedade entre as disposições legais. Diante disso, imperioso destacar a necessidade de se reconhecer não somente o direito de filiação, mas também o direito fundamental de herança e o direito sucessório, baseados nos princípios da igualdade entre os filhos e da dignidade humana.

Posto isso, foi desenvolvido ao longo do trabalho a definição das técnicas de reprodução assistida desenvolvidas nos dias atuais, destacando como ocorre a inseminação artificial *post mortem* no Brasil. Ademais, explanou-se quais os princípios e as normas aplicáveis a essa técnica de reprodução humana, com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana.

Consubstanciado a isso, evidenciou o direito de herança como uma garantia fundamental prevista constitucionalmente, bem como quais os direitos relativos ao nascituro que podem ser estendidos aos concepturo. As formas de transmissão da herança também foi pontos discutidos, em que se observou o caráter testamentário da possibilidade de herdar do concebido por inseminação artificial *post mortem*.

Ao fim, foi trazido o conceito do princípio constitucional da igualdade entre os filhos e suas ramificações e extensões, atribuindo ao concepturo essa proteção, tendo em vista que não devem haver distinções e discriminações entre os filhos, necessitando que todos sejam tratados em igualdade de direitos e deveres. Devem, dessa forma, serem abarcados por todos os direitos e privilégios provenientes da relação de filiação, como é o caso do direito à sucessão

legítima. Assim, o concepturo advindo de inseminação artificial post mortem deve ser considerado como herdeiro legítimo, portador da legitimidade da sucessão patrimonial de seu genitor falecido.

Destarte, resta evidente a defesa de que deve haver a extensão do direito à sucessão legítima àqueles concebidos após a morte do genitor, no que concerne à reprodução assistida *post mortem*, pois a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante a proteção da igualdade entre os filhos. Dessa forma, verifica-se que não pode haver a exclusão dos ainda não concebidos da legítima.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião. **Código Civil Comentado**. Direito das Sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima. São Paulo: Atlas, 2003.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 161-197.

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

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008.

ARAUJO, J. P. M. de; ARAUJO, C. H. M. de. **Biodireito e legislação na reprodução assistida**. Medicina (Ribeirão Preto), [S. l.], v. 51, n. 3, p. 217-235, 2018. DOI: 10.11606/issn.2176-7262.v51i3p217-235. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/152104>. Acesso em: 21 out. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; OSORIO, Aline. **“Sabe com quem está falando?”: Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo**. Revista Direito e Práxis, v. 7, n. 13, p. 204-232, 2016.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Campinas: Red Livros, 2000.

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Código Civil**, Brasília, DF, jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <[Constituição \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br)>.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Brasília, 1990. Disponível em <[L8069 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br)>.

\_\_\_\_\_. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <[DEL2848compilado \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br)>.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Projeto de Lei nº 2.855/1997. **Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida, e dá outras providências**. Disponível em: <[Projeto de Lei 2855/97 \(ghente.org\)](http://www.ghente.org)>. Acesso em: 26 out 2021.

\_\_\_\_\_. DECRETO Nº 592, DE 6 DE JULHO DE 1992. Atos Internacionais. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação**. 1992. Disponível em: <[D0592 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 17 nov 2021.

\_\_\_\_\_. DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (**Pacto de São José da Costa Rica**), de 22 de novembro de 1969. 1992. Disponível em: <D678 (planalto.gov.br)>. Acesso em: 18 nov de 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTELO, Fernando Alcântara. **A Constitucionalização Do Direito De Família E O Direito De Filiação – A Igualdade Jurídica Entre Os Filhos**. 2010. Disponível em:< Microsoft Word - FERNANDO ALCANTARA CASTELO.docx (pgj.ce.gov.br)>.

CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny A. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM-BRASIL). **Resolução nº 1.358/1992. São Paulo, 1992**. Disponível em: <Resolucao CFM 1358-1992.pdf (procriar.com.br)>. Acesso em: 26 out 2021.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 2.168/2017**. Brasília, 2017. Disponível em: <Resolução CFM Nº 2168 DE 21/09/2017 - Federal - LegisWeb>. Acesso em: 26 out 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direitos das Famílias** (livro eletrônico). 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito de Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Código Civil anotado**. 11. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei no 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **O estado atual do biodireito**. 2.ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

FABRE, Ana Sofia de Souza. **Os reflexos, no direito sucessório, da inseminação artificial homóloga post mortem**. 2014. 57 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: Acesso em: 04 dez. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de et al. **Código Civil para concursos**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil: sucessões**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil: famílias I**. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Ed JusPodivm, 2016.

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

FERRAZ, Carolina Valença. **Biodireito: a proteção jurídica do embrião in vitro**. São Paulo: Verbatim, 2011.

FREITAS, Márcia de; SIQUEIRA, Arnaldo AF; SEGRE, Conceição A M. **Avanços em Reprodução Assistida**. Rev Bras Crescimento Desenvol Hum. 2008; 18 (1): 93-97. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S010412822008000100012&script=sci\\_abstract](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S010412822008000100012&script=sci_abstract)>. Acesso em: 21 out 2020.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>, consultado em 02 set. 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 1: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**, 2004.

LOBO, Paulo. **Direito de Família e Os Princípios Constitucionais. Texto Inserido da Obra Coletiva Denominada: Tratado de Direito das Famílias**. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte/MG: IBDFAM, 2015.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009.

LUCA, Catarina Medeiros de. **O Concebido Post Mortem no Direito das Sucessões**. Revista de Artigos Científicos dos Alunos da Emerj, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 2010. Semestral. Disponível em: <[caterinaluca.pdf \(tjrj.jus.br\)](#)>. Acesso em: 04 dez. 2021.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. 1.792 p.

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

MOURA, Alessandro. As teorias do nascituro e o contexto jurídico nacional. **Caderno Virtual**, v. 2, n. 24, 2011. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/538/380#>>. Acesso em: 18 jun 2020.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NAMBA, Edilson Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos: volume único**. 3.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspdvim, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

PASSOS, Ana Maria Maciel Bittencourt. **Direito à filiação e inseminação post mortem: uma solução à luz do direito positivo brasileiro**. Salvador, 2009. 122 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PUSSE, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2008. 448p. – 1ª Reimpressão (Ano 2012).

REBAR, Robert W. **Técnicas de Reprodução Assistida**. Manual MSD – Versão Saúde para a Família. 2020. Disponível em: < <https://www.msmanuals.com/pt-br/casa/problemas-de-sa%C3%BAde-feminina/infertilidade/t%C3%A9cnicas-de-reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida>>. Acesso em: 23 out 2021.

RIBEIRO, Ana Luiza Boulos. **O nascituro como pessoa e os reflexos no sistema da responsabilidade civil**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

RIBEIRO, Thaissa Pessoa. **O direito sucessório do filho concebido por inseminação artificial post mortem à luz do Código Civil e da Constituição Federal**. 2017 64 p. (Trabalho de Conclusão de Curso - Monografia), Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal de Campina Grande – Sousa- Paraíba - Brasil, 2017. Disponível em: < <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/15117>>. Acesso em: 16 nov 2021.

RIOS, Calânico Sobrinho. **Direito à herança do embrião resultante da fertilização in vitro**. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, Diego Rodrigues. **O direito sucessório dos inseminados post mortem em face dos princípios constitucionais**. 2017. Disponível em: <<http://www.meuadvogado.com.br/entenda/download/Direito-Successorio.pdf>>. Acesso em: 02 abril 2020.

SOARES, Wilcinete Dias. **Status Jurídico do Nascituro**. Disponível em: <[https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/status\\_juridico\\_do\\_nascituro.pdf#:~:text=EVOLU%C3%87%C3%83O%20HIST%C3%93RICA%20DO%20NASCITURO%20Se%20recuamos%20um%20pouco,em%20que%20eram%20previstas%20penas%20a%20quem%20praticasse](https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/status_juridico_do_nascituro.pdf#:~:text=EVOLU%C3%87%C3%83O%20HIST%C3%93RICA%20DO%20NASCITURO%20Se%20recuamos%20um%20pouco,em%20que%20eram%20previstas%20penas%20a%20quem%20praticasse)>. Acesso em: 14 jul 2021.

SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano; ALVES, Oslania de Fátima. **As Principais Técnicas De Reprodução Humana Assistida**. Saúde & Ciência Em Ação – Revista Acadêmica do Instituto de Ciências da Saúde. v.2, n.01:Jan-Julho 2016. Disponível em: <

<http://www.revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICS/article/view/182>>. Acesso em: 21 out 2020.

STEINWASCHER NETO, Helmut. **A proteção pretoriana ao nascituro no direito romano**. 2016. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/>>. Acesso em: 29 jul 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**, Volume Único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito civil**: volume único / Flávio Tartuce. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: sucessões**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.