

CENTRO UNIVERSITÁRIO ATENAS

JORDANNA MARIA CÔRTEZ CORRÊA

**DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO
IN VITRO POST MORTEM DE UM DE SEUS
GENITORES**

Paracatu

2020

JORDANNA MARIA CÔRTEZ CORRÊA

**DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO *IN VITRO POST MORTEM* DE
UM DE SEUS GENITORES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Atenas, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Ciências Jurídicas: Direito Civil

Orientadora: Prof.^a Msc. Flávia Christiane Cruvinel Oliveira.

Paracatu

2020

JORDANNA MARIA CÔRTEZ CORRÊA

**DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO *IN VITRO POST MORTEM* DE
UM DE SEUS GENITORES**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentada ao Curso de Direito do
Centro Universitário Atenas, como
requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Ciências Jurídicas: Direito Civil

Orientadora: Prof.^a Msc. Flávia Christiane
Cruvinel Oliveira.

Banca Examinadora:

Paracatu – MG, 14 de agosto de 2020

Prof.^a Msc. Flávia Christiane Cruvinel Oliveira.
Centro Universitário Atenas

Prof.^a Amanda Cristina de Souza Almeida
Centro Universitário Atenas

Prof. Sérgio Batista Teixeira Filho
Centro Universitário Atenas

Dedico esta pesquisa aos meus pais, os quais sempre me apoiaram, me incentivaram, estiveram ao meu lado, sempre me ensinaram a lutar pelos meus sonhos e a nunca desistir. Aos meus maiores exemplos de perseverança, o meu muito obrigada.

AGRADECIMENTOS

Pela conclusão deste projeto, agradeço a Deus, por ser tão presente em minha vida, por ser minha base e meu refúgio. Agradeço à Ele pela sabedoria que me apresentou para que escolhesse este curso e pela coragem que me deu para que eu conseguisse lutar para vencer cada obstáculo.

Agradeço aos meus pais e ao meu irmão, que sempre acreditaram em mim e que me encorajaram perante todos os empecilhos da minha vida acadêmica. Agradeço pelo apoio, incentivo, pelas palavras e gestos, de amor e de afeto. Eu sou infinitamente grata a vocês, por tudo que ensinaram e me proporcionaram.

Agradeço também ao meu namorado, pelo apoio, incentivo, por me ensinar a acreditar mais em mim mesma e por toda a paciência que sempre teve comigo. Obrigada por ser esse companheiro indispensável para mim.

Agradeço a todos os meus amigos, que de alguma forma contribuíram para que este projeto se concretizasse. O meu muito obrigada a todos.

E não menos importante, agradeço a minha orientadora, professora, Msc. Flávia Christiane Cruvinel Oliveira, por toda a sabedoria e ensinamento que compartilhou comigo durante o desenvolver deste projeto. Muito obrigada, pela confiança e incentivo que sempre me ofertou. Além de todo o conhecimento que passou, agradeço também pelo carinho que sempre demonstrou ter por mim, isso me faz querer a sua amizade para a vida toda!

RESUMO

Atualmente com os imensos avanços tecnológicos, no cotidiano se encontra com reflexos destes desenvolvimentos. Um deles, o qual é objeto deste trabalho de conclusão de curso, se traduz na busca não convencional por métodos conceptivos em casos infortúnios de morte de um dos genitores, o qual em vida teria deixado material genético, bem como uma autorização, para uma posterior reprodução humana assistida, o qual não teria ocorrido em vida do genitor falecido. Ocorre que perante tal situação, o atual ordenamento jurídico pátrio, encontra-se em omissão para resguardar os direitos sucessório deste embrião gerado e concebido após a morte de um de seus genitores. Dessa forma, tendo em vista o descompasso entre os avanços tecnológicos na medicina e o regime jurídico brasileiro atual, surge a necessidade de trazer a proteção dos direitos deste embrião póstumo. Para tanto, se faz necessário, o estudo para demonstrar quando se dá o início da personalidade jurídica do embrião, a partir de qual momento poderia este ocupar o seu lugar como legítimo sucessor de genitor falecido e ainda nos casos herança já partilhada sobre quais as consequências, poderia sofrer esse regime sucessório.

Palavras-chave: Embrião *in vitro*. Reprodução Humana Assistida. Direito Sucessório. Quinhão Hereditário.

ABSTRACT

Currently, with the immense technological advances, in daily lives are reflected in these developments. One of them, which is the object of this course conclusion work, translates into the unconventional search for conceptual methods in the unfortunate cases of death of one of the parents, who in life would have left genetic material, as well as an authorization, for a later assisted human reproduction, which would not have occurred in the life of the deceased parent. It so happens that in view of this situation, the current national legal system, is in default to safeguard the succession rights of this embryo generated and conceived after the death of one of its parents. Thus, in view of the mismatch between technological advances in medicine and the current Brazilian legal regime, there is a need to bring the protection of the rights of this posthumous embryo. For that, it is necessary, the study to demonstrate when the embryo's legal personality begins, from when it could take its place as legitimate successor of deceased parent and even in cases where inheritance already shared on what the consequences, this succession regime could suffer.

Keywords: *Embryo in vitro. Assisted Human Reproduction. Succession Law. Hereditary share*

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
1.1	PROBLEMA	10
1.2	HIPÓTESE DE ESTUDO	10
1.3	OBJETIVOS	10
1.3.1	OBJETIVO GERAL	10
1.3.2	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	11
1.4	JUSTIFICATIVA	11
1.5	METODOLOGIA DO ESTUDO	12
1.6	ESTRUTURA DO TRABALHO	12
2	ASPECTOS DO DIREITO CIVIL E DA REPRODUÇÃO	14
2.1	DIREITO A PERSONALIDADE JURÍDICA	14
2.2	DO INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	15
2.2.1	TEORIA NATALISTA	15
2.2.2	TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL	16
2.2.3	TEORIA CONCEPCIONISTA	16
2.3	DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E DA FILIAÇÃO	18
3	GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	21
3.1	DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	21
3.2	DO DIREITO HEREDITÁRIO	22
3.2.1	DA CAPACIDADE SUCESSÓRIA DO NASCITURO E DO EMBRIÃO	23
4	AVANÇOS GENÉTICOS <i>VERSUS</i> AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA	27
4.1	DA LACUNA DO ORDENAMENTO JURÍDICO	27
4.2	DOS IMPACTOS SUCESSÓRIOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	29
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	31
	REFERÊNCIAS	33

1 INTRODUÇÃO

Será tratado no presente trabalho acerca da possibilidade de aplicação ao embrião *in vitro* (em vitro) que foi concebido e nascido *post mortem* (após a morte) de um dos seus genitores, os direitos sucessórios em decorrência do óbito de um dos seus pais.

O tema em questão possui alta relevância, tendo em vista que atualmente vem aumentando os números de casais que decidem se valer de métodos conceptivos não convencionais, como a reprodução humana assistida. Assim, para aqueles que por um infortúnio da vida não consigam realizar tal reprodução, possa o cônjuge supérstite utilizar o material genético deixado do já falecido para valer de uma das modalidades de reprodução humana assistida, assim neste caso, sendo póstuma.

No entanto, o vigente ordenamento jurídico pátrio, não traz nenhuma proteção jurídica explícita para o embrião formado e gerado na condição de filho póstumo. Então, em decorrência dos avanços biotecnológicos e na medicina genética, se torna fundamental, resguardar os direitos e prerrogativas inerentes ao embrião *in vitro* póstumo.

São diversas questões que surgem sob o referido tema, mas os principais questionamentos que o presente trabalho focará se refere à sucessão que seria legítima ou testamentária no caso de aplicação dos direitos sucessórios, ou ainda no caso de partilha dos bens do *de cuius* (do autor da herança), entre os demais herdeiros, como ficaria a situação do herdeiro póstumo. E ainda qual seria o mecanismo ideal para que fosse possível assegurar direitos sucessórios ao embrião nascido *post mortem*.

Para tanto, se torna necessário definir parâmetros do início da personalidade jurídica do embrião, a perspectiva da equiparação do embrião com o nascituro, como se dá a reprodução humana assistida *post mortem*, as características da filiação que é aplicada ao filho póstumo e aplicação dos direitos constitucionais como a dignidade da pessoa humana, direito à vida e direito à herança.

Desse modo, ao definir o início da personalidade jurídica do embrião *in vitro post mortem*, se buscará apontar uma possível aplicação de maneira análoga

da legislação pátria vigente buscando a proteção de direitos sucessórios deste embrião, uma vez que a lei permite em casos de lacunas legais a aplicação análoga de dispositivos normativos em casos concretos.

Para alcançar este objetivo, o presente trabalho se valerá de pesquisa descritiva e explicativa, através do método dedutiva e por abordagem direta. Além disso, será utilizado, na pesquisa bibliográfica material já publicado, livros, artigos, doutrinas, revistas, meios eletrônicos, enunciados e artigos vigentes no ordenamento jurídico.

1.1 PROBLEMA

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é possível a garantia do direito sucessório ao embrião fruto da fertilização *in vitro post mortem* de um de seus genitores?

1.2 HIPÓTESE DE ESTUDO

O futuro trabalho de conclusão de curso buscará estabelecer parâmetros do início da personalidade jurídica do embrião *in vitro* póstumo, perante a aplicabilidade tanto do princípio da dignidade da pessoa humana, como do direito sucessório deste embrião. Analisando-se dessa forma, o grande descompasso entre os avanços genéticos e a falta de regulamentação jurídica. Então, ao definir o início da personalidade jurídica do embrião *in vitro post mortem*, se buscará demonstrar a possível aplicabilidade análoga da legislação pátria a este, tendo em vista, a falta desta acerca do direito da sucessão de um embrião gerado pós a morte de um de seus genitores.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 OBJETIVO GERAL

Demonstrar a possibilidade de assegurar, ao embrião fruto de uma fertilização *in vitro post mortem*, o direito sucessório decorrente do óbito de um dos seus genitores.

1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Estabelecer parâmetros do início da personalidade jurídica do embrião para que possa figurar como herdeiro;
- b) Descrever como se dá a proteção da dignidade humana e a aplicação do direito de herança ao embrião;
- c) Analisar a discrepância entre os avanços genéticos e a falta de regulamentação jurídica pátria.

1.4 JUSTIFICATIVA

O assunto em questão vem se desdobrando de maneira significativa nos tempos atuais, tendo em vista que vários casais, vem adotando métodos conceptivos alternativos ao método tradicional, como a reprodução humana assistida e a fertilização *in vitro*. Independentemente da razão pela qual os futuros pais vem buscando esses métodos, se faz necessário que se tenha previsão jurídica, para os casos infortúnios que possam a ocorrer.

A partir do momento em que um casal, pretendendo se valer dos avanços genéticos, faz o recolhimento, seja de esperma ou de óvulo, para uma futura reprodução assistida ou uma fertilização *in vitro*, se faz necessário ter no ordenamento jurídico pátrio, uma proteção para o embrião, que venha a ser concebido em um caso de adversidade do óbito de um dos seus genitores.

Nesse diapasão, surge a impetuosa necessidade de ter no ordenamento jurídico, normas que possam reger sobre a proteção de um embrião póstumo que foi concebido por meio alternativo, definindo inicialmente a sua personalidade jurídica e posteriormente a aplicabilidade do direito sucessório decorrente do óbito de um de seus genitores.

Dessa forma, se faz preciso, buscar esclarecimentos sob os quais o embrião póstumo, possa se valer para a proteção dos seus direitos, seja da dignidade da pessoa humana e do seu direito sucessório. Assim, pela omissão da lei no que tange a normatização do embrião concebido *post mortem* de um dos seus genitores, se torna essencial, pelo número crescente de famílias que adotam a reprodução humana assistida ou a fertilização *in vitro*, ter uma base normativa para aplica-se nesses casos em específico.

1.5 METODOLOGIA DO ESTUDO

Inicialmente há de classificar brevemente o futuro trabalho, em uma pesquisa descritiva, sendo a qual elaborada com a finalidade de apontar possíveis relações entre variáveis, o que se traduzirá na pesquisa pelo número de casais que buscam se valer de métodos conceptivos alternativos, ao método comum (GIL, 2010).

Conforme Gil (2010,) há de se classificar também em pesquisa explicativa, tendo em vista que esta visa teorizar o assunto, apontando os motivos e processos por trás da temática, o que se manifestará no apontamento da necessidade de normatização para os casos do embrião *in vitro* concebido após a morte de um dos seus genitores.

Quanto à metodologia fez-se a opção pelo método dedutivo. Em relação ao procedimento optou-se por uma abordagem direta.

Para o futuro trabalho será utilizado na pesquisa bibliográfica no que tange a material já publicado, livros, artigos, revistas, teses e outros meio impressos e eletrônicos. Se fará a utilização também de enunciados e de artigos vigentes no ordenamento jurídico, bem como entendimentos doutrinários (GIL, 2010).

1.6 ESTRUTURA DO TRABALHO

Inicialmente, no capítulo 1, aborda aspectos gerais do presente trabalho, como o problema que ensejou a discursão, a hipótese de estudo, os objetivos gerais

e específicos, buscando uma resposta para o problema levantado, a justificativa e a metodologia utilizada para desenvolvimento do trabalho.

Por conseguinte, o capítulo 2 busca estabelecer parâmetros do início da personalidade jurídica do embrião para que possa figurar como herdeiro, bem como traz aspectos gerais acerca da reprodução humana assistida e filiação.

Já no capítulo 3, descreve como se dá proteção constitucional da dignidade humana e a aplicação do direito de herança ao embrião. Além disso, busca demonstrar a possibilidade de conceder, a capacidade sucessória ao embrião *in vitro*, nos moldes legais.

Em seguida no capítulo 4, analisa a discrepância entre os avanços genéticos e a falta de regulamentação jurídica.

Por fim, no capítulo 5, busca trazer solução a questão principal, levantada no presente trabalho, qual seja, sobre a possibilidade de aplicar direitos sucessórios à um embrião *in vitro* após a morte de um de seus genitores.

2 ASPECTOS DO DIREITO CIVIL E DA REPRODUÇÃO

2.1 DIREITO A PERSONALIDADE JURÍDICA

A previsão legal que inaugura o Código Civil de 2002, é que “*toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*”. Essa disposição, assim como alude Venosa (2013), é de absoluta garantia de igualdade dos direitos a todos como previsto na Constituição Federal de 1988, onde se substitui o termo *homem* por *ser humano*, o qual diz respeito a toda a humanidade. Surge assim, o entendimento que toda pessoa, sem distinção de idade, sexo, raça, etnia e nacionalidade, é sujeito de direitos e deveres, como consequência de sua natureza humana.

Para ser assegurado os direitos e deveres, é necessário que o homem detenha de capacidade e personalidade. Conforme Gonçalves (2017), capacidade é a medida da personalidade, onde para uns é plena, e para outros é limitada. A capacidade que todos têm e adquirem ao nascer com vida, é a capacidade de *direito* ou de *gozo*, denominada de aquisição de direitos.

A personalidade, por sua vez, está ligada a pessoa, a qual todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, e adquire personalidade, ressalvados os nascituros. A personalidade é conferida a todo ser humano, e independente de sua consciência e de sua vontade. Assim, para Quintella (2016), a personalidade é suscetibilidade de um ente para adquirir direitos, ou seja, possui aptidão genérica, potencial, para adquirir direitos.

Dessa forma, Farias e Rosenvald (2017) abordam que enquanto personalidade tende ao exercício das relações existenciais, a capacidade diz respeito ao exercício de relações patrimoniais. Dessa forma, ter personalidade é titularizar os direitos da personalidade, e por outro lado, ter capacidade é poder concretizar relações obrigacionais.

À vista disso, depois de definidos as diferenças entre capacidade e personalidade, se faz necessário o estudo do momento que se dá início à personalidade jurídica do ser humano, de maneira excepcional, do início dessa personalidade de um embrião.

2.2 DO INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Para estabelecer a aquisição da personalidade jurídica de uma pessoa natural, isto é, a capacidade de possuir direitos e deveres o artigo 2º do Código Civil dispõe, que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”; mas a lei põe a salvo, “desde a concepção, os direitos do nascituro”. Assim o nascimento com vida, seria o marco inicial da personalidade, muito embora os direitos do nascituro seriam também respeitados desde a concepção.

Nesse sentido, se faz importante mencionar que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 478/2007, chamado Estatuto do Nascituro, objetiva, para fins de personalidade jurídica, equiparar os nascituros e os embriões. Desta maneira, prevê o parágrafo único do artigo 2º do mencionado Projeto:

Art. 2º Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido.
Parágrafo único. O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos “in vitro”, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito.

Diante disso, no presente momento, surgem ideologias divergentes acerca de que a personalidade jurídica, de um lado somente se iniciaria com o nascimento com vida; de outro, que a mera concepção já garantiria tal prerrogativa; ou ainda que se iniciaria com o nascimento e resguardaria o direito do nascituro. Para tanto é necessário a análises das teorias que apreciam tal sistemática.

2.2.1 TEORIA NATALISTA

Nesta teoria, a qual é adotada pelo ordenamento jurídico vigente, tem-se que a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida, o que traz a conclusão de que o nascituro não seria pessoa e teria apenas “expectativas de direito”. Por essa linha de pensamento, a qual é adotada por Silvio de Salvo Venosa, Sílvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira e San Tiago Dantas, faz-se um interpretação literal da lei, onde a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, o que traz a conclusão de que o nascituro não é “pessoa”. Perante essa teoria, aponta e critica Tartuce (2018, *online*):

A teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem.

Com essa negativa, a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária.

Ademais essa teoria, foge da realidade, dos métodos não convencionais de concepção como as novas técnicas de reprodução humana assistida e da proteção dos direitos do embrião. Estando distante também, de uma proteção mais amplas do direito à personalidade jurídica, contrariando o Direito Civil *pós moderno*.

2.2.2 TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL

A personalidade civil, se inicia com o nascimento com vida, contudo o direito do nascituro se sujeita condição suspensiva, sendo direitos apenas eventuais. Essa condição suspensiva, se traduz na eventualidade do nascimento com vida daquele que foi concebido. Assim, ao nascer poderia este titular de direitos extrapatrimoniais, não lhe sendo assegurados direitos pessoais.

A teoria da Personalidade Condicional se encontrava presente no Projeto Código Civil de 1916, adotada por Clóvis Beviláqua, Washington de Barros Monteiro, Miguel Maria de Serpa Lopes e Arnaldo Rizzardo. Por todo o exposto, essa teoria é essencialmente natalista, com o ponto em comum que a aquisição da personalidade apenas se daria com o nascimento com vida.

2.2.3 TEORIA CONCEPCIONISTA

Por meio desta teoria, a personalidade civil da pessoa natural já existe no nascituro, sendo adquirida desde a concepção. Apesar desta não ser a teoria adotada atualmente, vem ganhando inúmeros adeptos como Pablo Stolze, Flávio Tartuce, Maria Berenice, Ponte de Miranda, Silmara Chinellato, entre outros.

A personalidade aqui seria dividida, segundo Diniz (2017), em: personalidade jurídica formal e personalidade jurídica material. A primeira, formal, é relacionada com os direitos da personalidade, o que nascituro já tem desde a

concepção. Já a segunda, material, mantém relação com os direitos patrimoniais, onde o nascituro só a adquire com o nascimento com vida.

Nos moldes desta teoria, conforme Diniz *in* Silva (2012) entende-se que na verdade o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozoide no ovulo, mesmo que fora do corpo da mulher, como ocorrer na reprodução humana assistida, dando assim razão e apoio a teoria concepcionista.

A Igreja Católica, pela Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé (1965-2010) adota ainda que indiretamente, a mesma concepção, de que a partir do momento em que o óvulo é fecundado, inaugura-se uma nova vida que não é aquela do pai ou da mãe, e sim, de um novo ser humano que se desenvolve por si mesmo.

Ademais, está teoria tem prevalecido na recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no qual em um dos seus julgados foi reconhecido dano moral ao nascituro, pela morte de seu pai ocorrido antes de seu nascimento, senão vejamos:

Direito civil. Danos morais. Morte. Atropelamento. Composição férrea. Ação ajuizada 23 anos após o evento. Prescrição inexistente. Influência na quantificação do quantum. Precedentes da turma. Nascituro. Direito aos danos morais. Doutrina. Atenuação. Fixação nesta instância. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. I – Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II – O nascituro também tem direito danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III – Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional (STJ, REsp 399.028/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.^a Turma, j. 26.02.2002, DJ 15.04.2002, p. 232).

Cabe ainda mencionar, assim como aponta Tartuce (2019), no posicionamento do Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, dispõe: “Todas as pessoas tem o direito de que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, e, em geral desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Para tanto, na visão de Camargo (2016, *online*):

O Código Civil de 2002 aparentar adotar a teoria natalista, no que tange ao momento de surgimento da personalidade jurídica da pessoa natural, conclui-se, com fulcro na doutrina majoritária, sufragada pelo entendimento do egrégio STJ, que a teoria adotada pelo Código Civil de 2002 foi a concepcionista.

Isto posto, mesmo que a teoria concepcionista não seja a adotada pela legislação vigente, por esta ser mais abrangente e estar intimamente ligada com o direito moderno, garantindo o nascituro direito à vida, à dignidade, ao nome, ao reconhecimento da paternidade, à alimentos, à imagem, à herança e até mesmo em caso de natimorto o direito sepultamento, entre demais direitos, se tornando cada vez mais usual, possuindo inúmeros doutrinadores que buscam amparo a proteção do nascituro nesta teoria. Além disso a Igreja Católica e os Superiores Tribunais, vem adotando as disposições dessa ideologia, visando a ampliação dos direitos daquele concebido, mas que ainda não nasceu.

2.3 DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E DA FILIAÇÃO

A impossibilidade de ter filhos pelos métodos conceptivos convencionais vem assolando a humanidade desde tempos antigos, onde o desejo de construir família era frustrado pela inconveniência da infertilidade ou esterilidade de um dos desejosos pais. Assim com o decorrer dos anos e com o avanço científico e biotecnológico, a concretização do desejo de ter filhos em diversos contextos da reprodução, permanece como tendência no âmbito da medicina reprodutiva, através da Reprodução Humana.

As técnicas de reprodução humana assistida acarretam em direitos fundamentais à vida, à saúde, à dignidade humana e ao planejamento familiar, que por esta razão devem encontrar suporte científico e jurídico. Deste modo, dispõe no vigente ordenamento jurídico brasileiro, na Lei nº 9.236 de 12 de janeiro de 1996, em seu artigo 9º, que qualquer método ou técnica conceptiva ou contraceptiva poderá somente ser prescrita após avaliação e acompanhamento clínico, com previa informação sobre os riscos, eficácia da medida, suas vantagens e bem como suas desvantagens. Assim, o casal que opte por meios conceptivos não tradicionais, será necessário todo um acompanhamento clínico para tal feito.

Nesse sentido, para Faria (2015, *online*):

As técnicas de reprodução assistida trouxeram muitas inovações ao campo da medicina reprodutiva, com o surgimento dos bancos de sêmen e a facilidade de congelar ou criopreservar o esperma para utilização futura, tornou-se possível realizar a inseminação depois da morte do cônjuge ou companheiro.

Das mencionadas técnicas, as que são relevantes para o presente estudo, se compreendem em reprodução humana assistida homologa e heteróloga.

A reprodução assistida heteróloga consiste quando há a doação de material biológico por um terceiro anônimo ou há a doação de embrião por casal anônimo. Tal modo de reprodução assistida se configura em espécie de filiação socioafetiva, ou seja, de um parentesco natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem, como prevê o artigo 1.533 do Código Civil.

Já a reprodução assistida homologa, a que devemos dar mais atenção, sob a visão de Couto (2015) é aquela em que é usado somente o material genético dos pais (os paciente das reprodução assistida), não há aqui doação de material biológico por terceiro anônimo. Podendo esta, inclusive ser realizada *post mortem*, ou seja, após a morte de um dos genitores, por meio de fertilização *in vitro* - que consiste na união do espermatozoide com o ovócito em ambiente laboratorial e que depois de formado o embrião este é implantado no útero ou ainda por embrião já criopreservado.

Para tanto, se torna necessário se atentar ao disposto no Anexo Único da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017, no item V. 3, o qual dispõe:

No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Nesse sentido aponta Gama (2003, p.732):

É possível que o sêmen, o embrião, e também o óvulo – quanto a este, as experiências científicas são mais recentes – possam ser criopreservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida.

Para Silva (2012, *online*) quando se trata de fecundação homologa há a presunção de filiação, mesmo aquele que foi concebido após a morte do marido.

Na fecundação homóloga considera-se, por presunção, filho do marido aquele concebido após a sua morte, inclusive por meio da técnica de congelamento de sêmen, bem como aquele concebido a qualquer tempo, tratando-se de embrião excedentário, e na fecundação heteróloga, desde que com esta amplitude seja considerado o termo inseminação utilizado no inciso V, do artigo 1597 do Código Civil, presume-se a filiação do marido diante de seu consentimento prévio.

Nesse diapasão é disposto no artigo 1597 do Código Civil, as formas de presunção de paternidade.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...III — havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV — havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V — havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Nesse sentido, acrescenta-se o disposto no Enunciado nº 106 da Jornada de Direito Civil, em 2002, sob coordenação do Ministro Ruy Rosado de Aguiar que:

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

Assim, as novas técnicas de reprodução humana assistida possibilitam a ocorrência concreta de filiação biológica após a morte do *de cuius*, de maneira que o homem ou a mulher que houver conservado material genético poderá possibilitar que o seu cônjuge ou companheiro supérstite, utilize desse material após o seu falecimento.

Nesse sentido, cabe mencionar o posicionamento de Krell (2011, p. 190):

Se a fecundação *post mortem* vier a ser utilizada, o filho gerado não deverá sofrer quaisquer discriminações nos direitos decorrentes de sua filiação, em observância do art. 227, §6º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual as relações pessoais e patrimoniais que se estabeleçam entre pais e filhos, independentemente de sua origem natural ou artificial, são absolutamente iguais.

Portanto, na possibilidade da adoção pelo método da reprodução humana assistida, mesmo que ela seja póstuma ao óbito de um dos genitores, é assegurado ao concebido o reconhecimento de filiação, bem como, tratamento igualitário em relações pessoais e patrimoniais estabelecidas em lei.

3 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Conforme Mendes (2009), a Constituição Federal Brasileira de 1988, atribui significado impar aos direitos individuais. Sendo que, o constituinte reconhece ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade da Constituição, considerando ilegítima qualquer reforma no texto constitucional que tente suprimi-los.

3.1 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É disposto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, que a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ligado à República Federativa do Brasil, visando assegurar ao homem um mínimo de direitos, os quais devem ser respeitados e protegidos pela federação.

O ser humano, assim como afirma Agra (2018), é dotado de uma dignidade imanente sem necessitar de qualquer requisito. A qual não é positivada pelo Estado, mas é reconhecida por ele como um direito natural e inato, estruturado de forma progressiva ao longo da história da humanidade.

É a dignidade que fornece ao Direito subsídios para ampla existência do ser humano e sua garantia, haja vista que toda pessoa é detentora de dignidade. Assim, a dignidade além de ser uma garantia fundamental é um dos requisitos para o direito à vida. Desse modo, preconiza Bittar (2015, *online*):

Trata-se de direito que se reveste em sua plenitude, de todas as características gerais dos direitos da personalidade, devendo-se enfatizar o aspecto da indisponibilidade, uma vez que se caracteriza, nesse campo, um direito à vida e não um direito sobre a vida.

A vida humana, deve assim, ser considerada desde o início com a menor expressão, como a vida embrionária, que mesmo tendo duração de apenas alguns meses, faz parte do desenvolvimento de cada ser humano.

Nesse sentido, nos artigos 1º, §2º e 4º do Pacto de São José da Costa Rica, estabelece que para os efeitos dessa Convenção “pessoa é todo ser humano”, e que toda pessoa tem direito a que se respeita sua vida “a partir do momento da concepção”. Assim, enfatiza a Rocha (2004), “que se a proteção constitucional do

direito à vida refere-se ao ser humano, ao *humanum genus*, nem se há duvidar que o embrião está incluído na sua proteção jurídica. O embrião é ser e é humano”.

Ainda, Barroso (2010), dispõe que o princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dessa forma, a doutrina civilista extrai desse princípio os denominados direitos da personalidade, reconhecidos a todos os seres humanos e oponíveis aos demais indivíduos e ao Estado.

Podendo assim entender, que o direito à vida deve ser protegido ordinariamente e em geral a partir do momento da concepção. Ainda, com tal proteção se dá a possibilidade da aplicação de diversos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, como além do direito à vida, o direito à liberdade, intimidade, igualdade, informação, à herança – o que nos mais importa, entre outras prerrogativas inerentes a pessoa humana.

3.2 DO DIREITO HEREDITÁRIO

Dentre várias garantias asseguradas pelo texto constitucional, está o direito à herança, disciplinado no artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal de 1988. Pelo referido dispositivo “é garantido o direito à herança”, existindo em virtude da necessidade do repasse dos bens deixados pelo autor da herança no momento de seu óbito.

A herança é um instituto previsto pelo texto constitucional da Carta Magna como garantia fundamental, o qual se traduz em um conjunto de bens deixados em razão da morte do *de cuius* que serão transmitidos aos herdeiros. Assim na visão de Gonçalves (2018) a herança é um somatório, onde se incluem os bens e as dívidas, os créditos, débitos, direitos e obrigações que o falecido era titular.

Vista disso, quando ocorre o óbito de um indivíduo que possuía bens, inicia-se o regime sucessório, que é respaldado pelos princípios constitucionais como o da dignidade humana e igualdade, e ainda regido pelas normas do Direito Civil e das legislações extravagantes.

É previsto, no texto da Constituição Federal de 1988, acerca do direito à propriedade hereditária, sob qual Moraes (2018) aponta que é um direito de recolher

os bens da herança, enquanto patrimônio deixado pelo autor da sucessão, e esta é estremada em legítima (descendentes, ascendentes, cônjuges e colaterais) ou testamentária (disposição de última vontade). Assim é previsto no texto constitucional, que todos possuem a garantia do direito de herança, sendo esta uma garantia fundamental.

Assim, dispõe o artigo 1.784 do Código Civil, que aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, tal definição da força para o princípio da *saisine*. Essa transmissão, depois de aberta a sucessão se dará a herdeiros que detenham de capacidade sucessória, onde a aquisição, conforme Dias (2013), estará condicionada à capacidade de suceder.

A regra geral constitui que a legitimação para suceder se dá pelas pessoas nascidas até o momento da abertura da sucessão, com exceção do nascituro. Pelo sistema adotado pelo Código Civil, em seu artigo 2º, tem-se nascimento com vida o marco inicial da personalidade, respeitando-se os direitos do nascituro, que conforme Gonçalves (2018), desde a concepção, pois desde esse momento já começa a formação do novo ser. Podendo, os nascituros, serem chamados a suceder tanto na sucessão legítima ou testamentária, ficando condicionado ao seu nascimento com vida.

No contexto de herança deixada por testamento a vigente legislação permite, a possibilidade de que o concepturo (denominado de prole eventual), seja colocado como herdeiro testamentário, nos termos do artigo 1.799, inciso I do Código Civil, uma vez que “na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder, os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

3.2.1 DA CAPACIDADE SUCESSÓRIA DO NASCITURO E DO EMBRIÃO

O titular do direito hereditário, é denominado herdeiro, o qual recebe os bens de quem faleceu, sendo transmitido esses bens aos herdeiros legítimos e testamentários, ao momento da abertura da sucessão, que se dá efetivamente com a morte do autor da herança. Os herdeiros testamentários, são eleitos por testamento. Já os legítimos integram a vocação hereditária, do artigo 1.829 do Código Civil.

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; 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.

Para que o herdeiro legítimo adquira a herança deve existir no momento da abertura da sucessão para que lhe seja transmitida, assim como dispõe o artigo 1.798 do Código Civil, “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Ainda, neste sentido, Dias (2013), aponta que somente pessoas nascidas ou já concebidas, incluindo os nascituros com vida intrauterina e os embriões concebidos *in vitro*, possuem capacidade sucessória.

Nesse diapasão, a Comissão de Trabalho em Direito de Família e Sucessões, entende que pelo Enunciado 267 da III Jornada de Direito Civil, sob coordenação do Ministro Luiz Edson Fachin, havendo herdeiros necessários, conforme artigo 1.789 do Código Civil, o testador só poderá dispor da metade da herança, devendo está prerrogativa ser estendida aos embriões concebidos pelas técnicas de reprodução humana assistida.

A regra do art. 1798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

Afirma ainda, Diniz (2017), que o nascituro ou embrião tem seus direitos resguardados desde a concepção, possuindo personalidade jurídica formal, tendo alguns direitos condicionados até o nascimento com vida.

O embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independentemente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina, ou mesmo *in vitro*, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida.

Pela visão de Dias (2013), além dos nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão, também teriam capacidade sucessória os embriões concebidos *in vitro*. Ainda no dizer, de Gonçalves (2017), todos serão

filhos, onde surgiu a necessidade do reconhecimento e reserva dos direitos do embrião *post mortem*. Assim, entende-se que existe um direito a ser assegurado além dos nascituros também aos embriões fecundados após a morte de um dos seus genitores.

Ainda para Chinelato (2007), entre o embrião implantado e não implantado pode haver diferença entre a capacidade de direito, mas não quanto a personalidade. Alude ainda, que o conceito de nascituro abrange o embrião pré-implantatório (já concebido) e que apenas aguarda *in vitro*, a sua implantação no ventre materno. Dispõe, portanto, de capacidade sucessória, uma vez que a norma não distingue o *locus* da concepção e nem exige que seja implantado. Exige-se somente a concepção.

Isto posto, considerando-se a possibilidade de uma fecundação *post mortem* gerar efeitos jurídicos no plano sucessório, se torna necessário analisar de que forma poderia ser resguardado o quinhão hereditário do concebido. Nesse sentido, uma outra questão que se torna extremamente importante refere-se no prazo para utilização do material genético preservado, se haveria ou não um prazo.

Para Albuquerque Filho (2006, *online*), caso o autor da sucessão não manifestasse o prazo de espera do nascimento dos filhos, seria aplicado por analogia o prazo previsto no artigo 1.800 do Código Civil.

Assim, caberia ao autor da sucessão quando manifestou a sua vontade por documento autêntico ou por testamento fixar o prazo de espera do nascimento dos filhos, o qual não deve ultrapassar os dois anos previstos para concepção da prole eventual de terceiro, ou, não havendo prazo previamente estabelecido aplicar-se, por analogia, o prazo constante do art. 1.800, § 4º, do Código Civil, ou seja, de dois anos a contar da abertura da sucessão.

Em contrapartida, Dias (2013, p. 126), critica que tal limitação não teria justificativa alguma, não podendo discriminar o filho concebido *post mortem* depois do prazo de dois anos.

A tentativa de emprestar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que veio a nascer, ainda que depois de alguns anos. Basta lembrar que não há limite para o reconhecimento da filiação por meio de investigação de paternidade, e somente o direito de pleitear a herança prescreve no prazo de 10 anos.

Já para Gama (2017), ao se tratar de filho póstumo, desde a concepção ao nascimento com vida deverão ocorrer dentro de dez anos a contar da abertura da

sucessão, o qual prazo seria o mesmo da prescrição legal do direito da petição de herança, sob penalidade de não lhe ser atribuído direito à herança legítima. Com isso, se faz uma equiparação do filho nascido após a morte de um dos seus pais com o herdeiro preterido, sendo aquele não reconhecido como herdeiro e excluído da partilha.

Logo, em virtude de uma proteção mais ampla do nascituro e do embrião *in vitro* que seja concebido após a morte de uma de seus genitores, estes poderiam figurar em um polo da sucessão hereditária, como sucessor legítimo ou ainda como testamentário. Ficando a sua efetiva inclusão como herdeiro, condicionada a seu nascimento com vida. Assim, para que o filho póstumo goze de seus direitos hereditários, fazendo uma analogia ao prazo prescricional do direito de petição de herança, deveria este ser concebido e nascido dentro do prazo de 10 anos a contar da abertura da sucessão.

4 AVANÇOS GENÉTICOS VERSUS AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA

A partir dos valores e princípios constitucionais já aludidos no presente trabalho, se torna necessário analisar a questão envolvendo a filiação e o posterior direito sucessório de um filho concebido mediante adoção de técnicas de reprodução humana assistida após o falecimento de um de seus genitores.

Tal alusão gera muita polemica nos tempos de hoje, não só entre os doutrinadores, mas também em toda sociedade, uma vez que envolve questões éticas e jurídicas. Tendo em vista, inúmeros questionamentos em relação ao concebido, dentre eles, a possibilidade, ou não, de participar da sucessão.

4.1 DA LACUNA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Perante os atuais desenvolvimentos dos casos provenientes dos avanços genéticos e biotecnológicos, o atual ordenamento jurídico pátrio não consegue acompanhar o referido avanço, onde como consequência o Direito acaba trazendo um conjunto de normas obsoletas e surgimento de lacunas legais. Dessa forma, por não possuir legislação específica, a questão acarreta diversas discursões, tanto no direito, na ética, na medicina e na sociedade.

Menciona Leite (2009), que a concepção por inseminação póstuma, se caracteriza como situação anômala, o qual para que o fruto de tal inseminação tenha solução favorável no que tange ao seu direito sucessório, seria que houvesse disposição legislativa favorecendo o concebido por essa técnica.

A Resolução 2.168/2.017, do Conselho Federal de Medicina, no seu item VIII, mesmo não possuindo força de lei, pode ser usada como referência ética para disciplinar as técnicas de reprodução humana assistida, a qual dispõe:

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.

Nesse diapasão, é coerente recorreremos ao disposto no artigo 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, a qual confere ao juiz a possibilidade de utilizar-se da analogia, do costumes e dos princípios gerais do Direito, para decidir

quando a lei for omissa. Assim utilizando-se um método de aplicação do direito, de processo lógico para descobrir o que teria pensado o legislador se tivesse regulado, diretamente, o caso concreto.

Ainda, por esse imenso lapso legislativo, no que tange a possibilidade de sucessão de um embrião concebido *post mortem* de um de seus genitores, os doutrinadores divergem muito sobre os seus posicionamentos.

Parte da doutrina defende, que aquele que foi teve a sua concepção póstuma, poderia, ser herdeiro testamentária, fazendo analogia sobre a disposição do artigo 1.799, inciso I do Código Civil, onde seria chamado a suceder a prole eventual de terceiro, concedendo esse direito à prole do próprio testador. Entre os adeptos desse posicionamento, cabe mencionar o dizer de Ferraz (2011, p. 102):

O filho nascido posterior não teria direito a sucessão legítima. Configurar-se-ia a situação de um filho vivo se ver preterido na sucessão de seu pai por outros filhos, ou caso fosse o único filho, por outros herdeiros na ordem de vocação hereditária. Nada obsta, porém que o futuro filho seja contemplado em testamento, conforme estabelece o art. 1.799, inc., I, do Código Civil em vigor que permite a sucessão testamentária para a prole eventual.

Nessa continuidade, preconiza Diniz (2017, *online*):

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

Ainda para Chinelato (2007), no caso da existência do embrião por ocasião da morte do pai, seria reconhecida a capacidade sucessória aplicando-se as regras relativas ao nascituro. De outra forma, se existir apenas o gameta masculino ainda não utilizado na fertilização, seria admitido somente a sucessão testamentária como prole eventual.

Por outro lado, há uma parte da doutrina que defende a possibilidade do filho que foi concebido póstumo ao falecimento de um dos seus pais, ter o direito de herança tanto, por testamento, bem como da legítima, levando em consideração o já mencionado artigo 227, §6 da Constituição Federal do Brasil de 1988, no que tange ao tratamento igualitário dos filhos e também do artigo 1597, incisos III e IV do Código Civil, que assegura a presunção de concebido na constância do casamento, bem como a filiação. Assim, para Dias (2013, p. 126):

A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico

concebido depois do falecimento de um dos seus genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários.

Já Albuquerque Filho (2006, *online*), aponta que seria como vedar um sonho, senão reconhecesse o direito sucessório daquele concebido de maneira póstuma:

A possibilidade de não se reconhecer direitos à criança concebida mediante fecundação artificial post mortem pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno. Pune-se o desejo de ter um filho, de realizar um sonho. Tal perspectiva vai de encontro aos modernos princípios do direito de família, especialmente aos princípios da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

Pela visão de Beraldo (2012), a reprodução assistida póstuma, gera uma presunção de que a concepção ocorreu durante o casamento, e não em momento posterior à abertura da sucessão. Dessa forma, mesmo que o embrião de fato não tivesse sido formado antes da morte do homem casado, tem-se uma presunção da concepção ocorrida na constância do casamento.

Diante do exposto, pela falta de normatização jurídica acerca do direito sucessório do embrião concebido após a morte de um dos seus genitores, visualiza-se que gera controvérsias sobre a aplicabilidade da analogia dos direitos sucessórios a este filho póstumo, ficando sem uma aparo concreto de seus direitos.

4.2 DOS IMPACTOS SUCESSÓRIOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Assim como já mencionado, a legitimação sucessória está prevista no artigo 1.798 do Código Civil, sendo que por tal dispositivo, participará da sucessão os já nascidos ou concebidos ao tempo da morte do *de cuius*. Sob essa visão, posiciona-se favoravelmente Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves, Maria Berenice Dias e também uma das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que tal prerrogativa também seja estendido aos embriões póstumos para sejam inclusos na vocação hereditária.

Uma vez sendo reconhecida a possibilidade de reprodução humana assistida *post mortem*, a melhor solução a se levar em consideração é que a disposição do artigo 1.798 do Código Civil, é omissa, devendo, se ter uma interpretação extensiva sob o os casos de embriões *in vitro* já formados e aqueles

que estão futuramente a se formar. Portanto, ao se fazer uma interpretação extensiva do referido artigo, seria assegurado ao embrião concebido os direitos sucessórios como se nascido fosse, ao tempo da morte de seu antecessor.

Diante disso, surge um embaraço no que se refere ao caso do filho gerado de maneira póstuma, que venha a nascer após o término do inventário e da partilha, com a efetiva transferência do quinhão hereditário para os demais herdeiros. Para tanto, Gama (2017, p.106), aponta duas possibilidades no caso de eventual concepção por reprodução póstuma com o nascimento após a divisão dos bens do autor da herança:

Duas principais ordem de efeitos poderão vir no caso de tal eventualidade: a) o proprietário *ad tempus* perderá a propriedade em favor do proprietário que, no caso, é o herdeiro legítimo póstumo, caso o bem ainda esteja no patrimônio daquele; b) o terceiro adquirente do bem, por título anterior à resolução da propriedade *ad tempus*, será o proprietário perfeito, cabendo à pessoa do herdeiro legítimo póstumo em cujo benefício ocorrido a resolução da propriedade *ad tempus*, haver o valor da coisa do ex-proprietário *ad tempus*.

A mencionada propriedade *ad tempus*, se configura naquela adquirida para durar tempo certo, que é potencialmente temporária, onde o titular pode vir a perde-la em razão de acontecimentos posteriores que tenham efeitos de revogar a propriedade já adquirida.

Assim, se houver transmissão da propriedade dos bens do falecido aos herdeiros existentes, poderá a transmissão ser analisada devido ao aparecimento de filhos concebidos e nascidos em virtude de técnicas de reprodução humana assistida *post mortem*. Para tanto, o referido herdeiro póstumo, poderá, se valer de petição de herança buscando reconhecimento da sua qualidade de herdeiro, reclamando de terceiros ou de outros herdeiros seu quinhão hereditário deixado pelo falecido.

Deste modo, havendo omissão ou controvérsia sobre a qualidade de herdeiro, poderá este ajuizar ação de petição de herança se não teve a oportunidade de ser admitido nos autos do inventário. Ajuizada a petição pleiteando a pretensão de herança, busca-se igualar os interesses de um herdeiro póstumo que foi desenvolvido com material genético do falecido, com os interesses dos demais herdeiros, tendo em vista, a inexistência de leis específicas para tanto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se tratar de embrião fruto de uma fertilização *in vitro* após a morte de uns de seus genitores, surgem diversos questionamentos, como por exemplo, quando se dá o início de sua vida, quando adquire personalidade jurídica, qual tratamento jurídico deve ser dado a esse embrião e ainda se seria possível lhe atribuir direitos. Sobre a maioria desses questionamentos, tais como, se o embrião teria personalidade jurídica e se poderia gozar de direitos, o vigente ordenamento jurídico é omissivo, não possuindo qualquer normatização específica para tais indagações.

Apesar da notória ausência de regulamentação jurídica sobre a proteção de direitos do embrião póstumo, não podemos deixar este desamparado e sem quaisquer garantias, haja vista que existe uma aproximação entre o embrião *in vitro* e o nascituro, merecendo, dessa forma, proteção jurídica.

Pelo vigente ordenamento jurídico é adotado a teoria natalista, no dizer ao início da personalidade jurídica, que seria iniciada com o nascimento com vida, sendo o nascituro apenas detentor de expectativas de direitos. No entanto, pelo significado de personalidade jurídica e pelos decorrentes avanços genéticos, tal teoria não atenderia as necessidades atuais, ficando essa teoria obsoleta.

Assim, longe de criticar os sábios legisladores, entende-se que a teoria mais adequada em virtude das evoluções da genética e do direito moderno, seria a concepcionista, a qual confere personalidade jurídica desde a concepção, sendo assegurado ao nascituro e ao embrião (por equiparação) todas as prerrogativas legais. Adotando tal pensamento, o embrião *in vitro* bem como o nascituro seriam detentores de direitos e deveres, fazendo *jus* aos princípios basilares da Constituição Federal de 1988, como da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o que nos parece certo.

No que se refere a reprodução humana assistida póstuma e a eventual sucessão, não há disposição legal acerca de direitos sucessórios do embrião fecundado *in vitro* depois da morte de um de seus genitores. Por pesquisas doutrinárias, conclui-se que perante à essa lacuna legal deve-se fazer toda uma interpretação análoga respeitando determinadas limitações. Assim, mesmo não havendo disposições legais sejam permitindo ou proibindo a reprodução humana

com material genético de um falecido, é possível que seja realizada desde que o cônjuge supérstite tenha uma autorização para tal finalidade e que seja realizada a fertilização no prazo de 10 anos a contar da abertura da sucessão.

Desse modo, compreende-se que o embrião *in vitro* por ser detentor de personalidade jurídica, teria os seus direitos sucessórios, bem como seria atribuído as características da filiação, herdando por testamento ou como legítimo herdeiro, desde que seja concebido no prazo de 10 anos a contar da morte do autor da herança. Dessa forma, mesmo que ao tempo de seu nascimento os bens deixados pelo *de cuius* já tenham sido partilhados com os demais herdeiros, seria garantido ao herdeiro póstumo o direito da propriedade *ad tempus*, ou seja, que mesmo o quinhão que seria seu estivesse em posse de outro herdeiro ou já em posse de terceiro, tal propriedade por possuir característica de temporária, seria passada para a posse herdeiro legítimo póstumo, ou na impossibilidade que fosse havido o valor da coisa do ex-proprietário *ad tempus*.

Portanto, a partir desse pensamento, buscando respaldo constitucional dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, conclui-se que o embrião fertilizado *in vitro*, concebido e nascido após a morte de um dos seus genitores, seria apto a condição de herdeiro legítimo ou testamento, em virtude da equiparação constitucional que é conferido ao filho natural e artificial. Merecendo assim, uma proteção legislativa sobre os direitos sucessórios do embrião *in vitro post mortem* de um de seus genitores.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ministro Ruy Rosado de, **Enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil**, Comissão de Trabalho Direito de Família e Sucessões. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>> Acesso em: 30 jun. 2020.

AGRA. Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
<file:///C:/Users/Jordanna%20Cortes/Desktop/Projeto%20TCC%20I/Direito%20Sucesorio%20do%20embrião/LIVROS%20e%20DOCUMENTOS%20PARA%20PESQUISA%20TCC/Direito%20Constitucional%20-%20Agra,%20Walber%20de%20M.%20-%209ª%20ed%20-%202018-1.pdf>> Acesso em: 08 abr. 2020.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. Família e dignidade humana, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). São Paulo: IOB Thompson, 2006. Disponível em: < <file:///C:/Users/Jordanna%20Cortes/Desktop/Projeto%20TCC%20I/Direito%20Sucesorio%20do%20embrião/LIVROS%20e%20DOCUMENTOS%20PARA%20PESQUISA%20TCC/FECUNDAÇÃO%20ARTIFICIAL%20POST%20MORTEME%20E%20O%20DIREITO%20SUCESSÓRIO%20-%20Carlos%20Cavalcanti.pdf>> Acesso em 14 abr. 2020

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: < <file:///E:/Kit%20284%20livros-20170722T171946Z-001/Kit%20284%20livros/Direito%20Constitucional/Direito%20Constitucional%20-%20Luis%20Roberto%20Barroso.pdf>> Acesso em: 08 abr. 2020.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução Humana Assistida e Sua Aplicação Post Mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. Disponível em: < <https://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:2012:000955844>> Acesso: 24 abr. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº399.028/SP. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª turma. Sessão de 15/04/2002. <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293761/recurso-especial-resp-399028-sp-2001-0147319-0>> Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, 4 de setembro de 1.942. Institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF, set. 1942. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm> Acesso em 30 jun. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.263, 12 janeiro de 1996. Institui a Lei do Planejamento Familiar. Brasília, DF, jan. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm> Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Assembleia Legislativa. Projeto de lei 478/2007. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 e a Lei nº 8.072, de 1990. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>> Acesso em: 30 jun. 2020

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8ª ed., rev., aum. e mod. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=5DhnDwAAQBAJ&pg=PT143&lpq=PT143&dq=Trata-se+de+direito+que+se+reveste+em+sua+plenitude,+de+todas+as+caracter%C3%AADsticas+gerais+dos+direitos+da+personalidade,+devendo-se+enfatar+o+aspecto+da+indisponibilidade,+uma+vez+que+se+caracteriza,+ness+e+campo,+um+direito+%C3%A0+vida+e+n%C3%A3o+um+direito+sobre+a+vida.&source=bl&ots=my3wCSdPuo&sig=ACfU3U3Fs0INun5B8t2iOa_0E1Gn4j-ghA&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwik6e2zlafqAhV9G7kGHXkXDQcQ6AEwAHoECAoQAQ#v=onepage&q=Trata-se%20de%20direito%20que%20se%20reveste%20em%20sua%20plenitude%2C%20de%20todas%20as%20caracter%C3%ADsticas%20gerais%20dos%20direitos%20da%20personalidade%2C%20devendo-se%20enfatar%20o%20aspecto%20da%20indisponibilidade%2C%20uma%20vez%20que%20se%20caracteriza%2C%20ness+e+campo%2C%20um%20direito%20%C3%A0%20vida%20e%20n%C3%A3o%20um%20direito%20sobre%20a%20vida.&f=false> Acesso em: 29 jun. 2020.

CAMARGO, Diego Guimarães. A teoria adotada pelo Código Civil acerca do início da personalidade civil da pessoa natural: uma análise à luz da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Conteúdo Jurídico**, 2016. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45959/a-teoria-adotada-pelo-codigo-civil-acerca-do-inicio-da-personalidade-civil-da-pessoa-natural-uma-analise-a-luz-da-doutrina-e-da-jurisprudencia-do-superior-tribunal-de-justica>> Acesso em: 17 fev. 2020.

CHINELATO, Silmara Juny. **Estatuto do Nascituro: O Direito Brasileiro**. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueredo. Novo Código Civil: Questões Controvertidas. São Paulo: Método, 2007. V. 6.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Adota as normas éticas para a utilização de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamento e procedimentos médicos -, tornando-se o dispositivo deontológico a ser erguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121/2015. Resolução n. 2.168/2017, de 10 de novembro de 2017. Brasília.

Disponível em: <
<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em:
 30 jun. 2020.

COUTO, Cleber. Reprodução Humana Assistida Homóloga e Heteróloga, Monoparentabilidade Programada e Coparentabilidade. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: < <https://professorclebercouto.jusbrasil.com.br/artigos/211560163/reproducao-humana-assistida-homologa-e-heterologa-monoparentalidade-programada-e-coparentalidade>> Acesso em: 30 jun. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. O Estado atual do Biodireito. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017
 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINB**. 15. ed. Salvador: Ed. Jus. Podivm, 2017. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://stream.docero.com.br/pdf/366342.5/5sx1c8/MTk1MTk2NzI2NzA3LjU>> Acesso: 20 abr. 2020

FACHIN, Ministro Luiz Edson, **Enunciado 267 da III Jornada de Direito Civil**, na Comissão de Trabalho Direito de Família e Sucessões. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>>. Acesso: 20 fev. 2020.

FARIA, Dario da Silva. Direito a Sucessão Hereditária do Embrião Fecundado *Post Mortem*. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44703/direito-a-sucessao-hereditaria-do-embriao-fecundado-post-mortem>> Acesso: 20 abr. 2020.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. Curitiba: Juruá, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

-----, **Herança Legítima Ad Tempus: Tutela Sucessória no Âmbito da Filiação Resultante de Reprodução Assistida Póstuma**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. V.1.

-----, **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. V.7 <
<file:///C:/Users/Jordanna%20Cortes/Desktop/Projeto%20TCC%20I/Direito%20Sucesorio%20do%20embrião/LIVROS%20e%20DOCUMENTOS%20PARA%20PESQUISAS%20TCC/Direito%20Civil%20Brasileiro%207%20Sucessoes.pdf>> Acesso em: 08 abr. 2020

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil: Princípios Éticos e Jurídicos**. 4 reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **Comentário ao Novo Código Civil: Do Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Disponível em < http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=item-global&doc_library=SEN01&doc_number=000854627> Acesso: 05 abr. 2020

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e Seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional**. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/2009.

MORAES, Guilherme Peña. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: <[file:///C:/Users/Jordanna%20Cortes/Desktop/Projeto%20TCC%20I/Direito%20Succesorio%20do%20embrião/LIVROS%20e%20DOCUMENTOS%20PARA%20PESQUISA%20TCC/Curso de Direito Constitucional.pdf](file:///C:/Users/Jordanna%20Cortes/Desktop/Projeto%20TCC%20I/Direito%20Succesorio%20do%20embrião/LIVROS%20e%20DOCUMENTOS%20PARA%20PESQUISA%20TCC/Curso%20de%20Direito%20Constitucional.pdf)> Acesso: 07 abr. 2020.

Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 07 abr. 2020.

QUINTELLA, Felipe. Repensando o Direito Civil Brasileiro: A Teoria da Personalidade Jurídica, o Nascituro e o Aborto. **GenJurídico.com.br**, 2016. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/12/02/repensando-o-direito-civil-brasileiro-8-a-teoria-da-personalidade-juridica-o-nascituro-e-o-aborto/>> Acesso em: 17 fev. 2020.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). O direito à vida digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé. Documentos publicados desde o Concílio Vaticano II até nossos dias (1965-2010). Declaração sobre o aborto provocado III, n. 12-13. Disponível em <<http://revistas.pucsp.br/index.php/culturateo/article/viewFile/14993/11189>> Acesso em: 10 fev. 2020.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Código Civil Comentado**. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2012 <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/9046/970-CDIGO-CIVIL-COMENTADO-8-edio.pdf>> Acesso em: 16 abr. 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 8. ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

----- Jurisprudência do STJ vem reconhecendo nascituros como sujeitos de direito. **Revista Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822695/a-tutela-da-vida-humana-embriionaria>> Acesso em: 08 abr. 2020.