

IMPACTOS NA SUCESSÃO DO FILHO CONCEBIDO VIA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM*

IMPACTS ON THE SUCCESSION OF THE CHILD CONCEIVED VIA *POST MORTEM* ASSISTED HUMAN REPRODUCTION

Ana Luiza Maia Nevares

Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professora de Direito Civil da PUC-Rio.
Vice-Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da Família do IBDFAM e
Membro do IBDFAM-RJ. Membro do IBDCivil e do IAB. Advogada.
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3246-3857>. E-mail: analuiza@bastostigre.adv.br.

Resumo: Este artigo aborda os impactos da reprodução humana assistida *post mortem* no direito sucessório, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro prevê que são legitimados a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas por ocasião da abertura da sucessão. Ao longo do texto, abordou-se a questão da autorização do titular do material genético congelado para o seu uso após a morte, à luz da decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.918.421/SP. Refletiu-se, assim, sobre os direitos sucessórios do filho que nasce após o falecimento do genitor, em ponderação diante dos princípios da igualdade com os demais descendentes e aquele da segurança das relações jurídicas.

Palavras-chave: Herança. Reprodução humana assistida *post mortem*. Herdeiro necessário. Testamento.

Abstract: This article addresses the impacts of post mortem assisted human reproduction on Succession Law, given that the Brazilian legal system provides that people born or conceived at the time of the opening of succession are entitled to succeed. Throughout the text, the issue of the holder of the frozen genetic material for its use after death was addressed, in light of the decision of the Superior Court of Justice in Resp nº 1918421/SP. Thus, it was reflected on the inheritance rights of the child who is born after the death of the parent, in consideration of the principles of equality with other descendants and that of the security of legal relationships.

Keywords: Inheritance. Assisted human reproduction *post mortem*. Forced heir. Will.

Sumário: **1** Breve introito – **2** A reprodução humana assistida *post mortem* no ordenamento jurídico brasileiro – **3** A autorização específica para a reprodução humana assistida *post mortem*. O julgamento do REsp nº 1.918.421/SP, ocorrido em 8.6.2021, pelo Superior Tribunal de Justiça – **4** A sucessão hereditária diante da reprodução humana assistida *post mortem* – **5** Angústias e reflexões: à guisa de conclusão – Referências

1 Breve introito

O presente ensaio tem por objetivo analisar estritamente a questão da reprodução humana assistida *post mortem* e seus impactos no direito sucessório, considerando a previsão do art. 1.798 do Código Civil, que determina que são legitimados a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas por ocasião da abertura da sucessão.

Dessa forma, muito embora o tema tangencie o aspecto do momento da aquisição da personalidade, adentrando no campo de debate das teorias natalista e concepcionista, essa questão não será tratada. Da mesma forma, não será abordada a natureza jurídica do embrião e dos materiais genéticos humanos consistentes nos óvulos e sêmen congelados, igualmente não serão abordadas as especificidades dos contratos que os têm como objeto.

Com efeito, não se desconhece a importância dos temas mencionados e suas respectivas relevâncias para o tema aqui tratado. No entanto, o objetivo nesta sede é debater o aspecto sucessório estrito, abordando os desafios que a doutrina e a jurisprudência vêm enfrentando nesse campo específico diante da reprodução humana assistida *post mortem*.

2 A reprodução humana assistida *post mortem* no ordenamento jurídico brasileiro

A reprodução humana assistida *post mortem* no ordenamento jurídico brasileiro está contemplada incidentalmente no art. 1.597 do Código Civil, presumindo-se concebidos na constância do casamento¹ os filhos havidos por fecundação

¹ Discute-se a extensão da presunção de paternidade para os casos de união estável. Não obstante o mérito das posições que admitem a referida interpretação extensiva, a paternidade ficta é aspecto típico do casamento, decorrente do ato formal do matrimônio, permitindo que com a apresentação da certidão de casamento no Registro Civil das Pessoas Naturais seja configurada a paternidade do marido. Não se aplica o mesmo entendimento com a união estável, exatamente pela ausência de título formal constitutivo de tal entidade familiar. Nas palavras de Luís Paulo Cotrim Guimarães, em alusão ao Código Civil de 1916: “a presunção, por seu turno, tal como se denota no art. 338 do Código, é lastreada em prazos mínimos e máximos de gestação do ser humano, tendo como marco do período presuntivo o início da convivência conjugal, o que é facilmente demonstrável no matrimônio civil pelo registro público. No entanto, em se tratando de união estável, torna-se difícil ou quase que impossível a verificação do início de tal convivência, até mesmo pela necessária informalidade que permeia este vínculo. Mas não seria esse o único obstáculo à admissão do sistema presuntivo nas uniões estáveis. Efetivamente, na própria Lei de Registros Públicos – Lei 6.015/73 – em seu art. 59, encontramos a exigência para o registro de filhos havidos *fora do casamento*, qual seja: a presença do pai ao cartório, podendo ser suprida por procuração específica. Ora, se a regra legal prevê tal formalidade – a manifestação voluntária do pai no ato registral –, de nada valeria cogitar-se de *presunção de paternidade* na união estável, posto que a principal de suas consequências – a declaração de paternidade do filho – é vetada à mãe sem o comparecimento ou assentimento do seu companheiro” (GUIMARÃES,

artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, bem como os havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga. O dispositivo em exame é permeado de discussões.

De fato, alguns autores já sustentaram que a reprodução humana assistida *post mortem* é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, por violar o disposto no art. 227, §6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, que determina ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança a convivência familiar, argumentando que a preocupação do legislador ao estabelecer os incs. III e IV do Código Civil foi apenas “reforçar a consideração da paternidade sob o critério biológico, mas sem atentar para a circunstância de que não se trata de presunção relativa de paternidade, mas de presunção absoluta (ou certeza) de paternidade”.²

Embora não se negue o desafio de uma criança já nascer sem um dos genitores, não parece haver dúvidas de que os incs. III e IV do Código Civil preveem

Luís Paulo Cotrim. A presunção da paternidade no casamento e na união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 374. Grifos no original). Corroborando este entendimento, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável, de acordo com o Novo Código Civil*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 50-52. Com efeito, como admitir que o Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais estabeleça a paternidade em virtude da união estável se não há ato formal que prove a sua constituição e o início da convivência dos companheiros? Poder-se-ia argumentar que a declaração judicial da existência da união estável poderia ensejar a presunção da paternidade. No entanto, as digressões não parariam por aí. Dir-se-ia que o contrato escrito entre os conviventes, por conseguinte, também teria esse efeito; mais tarde, qualquer documento em que incidentalmente houvesse o reconhecimento da união estável seria suficiente para tal presunção e assim por diante. Dessa maneira, seria instaurada uma insegurança para os Cartórios. Por esta razão, somente a certidão de casamento enseja a presunção de paternidade, sendo este o único título formal a autorizar a configuração da paternidade, independentemente da declaração expressa do pai. Na jurisprudência, vale citar: “Registro de nascimento. Pedido de retificação para incluir nome de pai, mediante exibição de justificação judicial. Inexistência de documento público de reconhecimento direto ou indireto da paternidade. A justificação judicial, a respeito da existência de união estável entre requerente, genitora da menor, e o companheiro falecido, não dispensa a instauração da ação investigadora da paternidade que terá no polo ativo a menor, representada por sua mãe, e no passivo os herdeiros do presumido pai. Provimento do recurso do Ministério Público”, TJRJ, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1995.001.08297, Rel. Des. Elmo Arueira, julgado em 17.04.1996. Em sentido contrário, “Recursos especiais. Ação de anulação de atos jurídicos translativos de propriedade em condomínio. [...] A regra ‘pater est...’ aplica-se também aos filhos nascidos de companheira, casada eclesiasticamente com o extinto, suposta união estável e prolongada [...]” (STJ, 4ª T. REsp nº 23/PR; Recurso especial 1989/0008158-6. Rel. Min. Athos Carneiro, j. 19.09.1989. DJ, 16 out. 1989. p. 15856). “Suprimento judicial - Assento de nascimento - união estável - desnecessidade de ajuizamento de ação de investigação de paternidade. Interpretação dos arts. 226 par. 3 da Constituição Federal e 338, II, do Código Civil. Demonstrada a existência de união estável por vários anos, desnecessidade o ajuizamento de ação de investigação de paternidade para o registro de filha nascida após a morte do companheiro da autora. Considerando que o art. 226, par. 3, da Constituição Federal reconhece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, aplica-se à espécie a presunção legal consubstanciada no art. 338, II do Código Civil. Apelo Provido” (TJRS, 4ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 598016186. Rel. Des. João Carlos Branco Cardoso, j. 3.6.1998).

² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 19, p. 41-75, ago./set. 2003. p. 53.

hipóteses de reprodução humana assistida *post mortem*,³ sendo este um procedimento viável em nossa realidade.

Apenas para ilustrar o exposto, podem ser citados alguns casos espalhados pelo mundo nos quais ocorreu reprodução humana assistida *post mortem*. Na Índia, uma mãe que havia perdido seu filho em virtude de um câncer no cérebro quando ele tinha 27 anos de idade, devastada, decidiu usar o material genético que o filho havia preservado como forma de se reaproximar dele. Os gêmeos, um menino e uma menina, nasceram a partir de uma maternidade de substituição em 2018.⁴

Em 2017, nasceu na China o filho de um casal que falecera quatro anos antes, em 2013. A iniciativa para realizar esse feito partiu dos avós da criança, que implantaram os embriões que seus filhos haviam preservado no útero de uma mãe por substituição no Camboja.⁵

Nos EUA, em 2019, uma mulher conseguiu tutela judicial para extrair sêmen do corpo de seu recém-falecido marido para uma posterior inseminação artificial. O processo todo deveria ser realizado em menos de 36 horas, ou o material decairia e a operação não poderia ser realizada. Não havia material preservado e a presunção de que o falecido desejava ter outro filho (uma vez que já tinha um) foi fruto de provas colhidas sobre a intenção dele.⁶

No Brasil, após seu marido, Roberto, falecer em 2010, Kátia obteve liminar da 13ª Vara Cível de Curitiba para usar o sêmen que ele havia preservado no início do tratamento do câncer que, infelizmente, o levou a óbito. O Conselho Federal de Medicina se opôs à medida, ameaçando punir o médico que realizasse a operação, mas a reprodução medicamente assistida foi levada à diante e, em 2011, nasceu Luíza Roberta.⁷

Diante do avanço da ciência e do fato de que os embriões podem restar congelados por prazo indeterminado, cabe ao Conselho Federal de Medicina orientar seus profissionais sobre a questão. Em 2010, ao editar nova resolução sobre a reprodução humana assistida, em substituição àquela de 1992, o Conselho Federal

³ Consoante Paulo Luiz Netto Lôbo, ao analisar o inc. III do art. .1597, “o que há de novidade legal, nessa primeira hipótese, é a possibilidade de a fecundação ocorrer quando já falecido o marido” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. XVI. p. 50).

⁴ Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/mulher-usa-semen-do-filho-morto-para-se-tornar-avo.ghtml>. Acesso em: 16 out. 2021.

⁵ Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/bebe-nasce-quatro-anos-apos-morte-dos-pais-na-china.ghtml>. Acesso em: 16 out. 2021.

⁶ Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/04/090419_americanasemen_ba. Acesso em: 16 out. 2021.

⁷ Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/05/justica-autoriza-professora-usar-semen-de-marido-morto-no-parana.html> e <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/07/mulher-comemora-dois-anos-da-filha-gerada-com-semen-do-marido-morto.html>. Acesso em 16 out. 2021.

de Medicina passou a permitir a reprodução humana assistida *post mortem* desde que haja autorização específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. Essa previsão foi mantida nas resoluções de 2013, de 2015, de 2017, bem como na Resolução nº 2.294 de maio de 2021.

Ainda que a norma acima seja de natureza deontológica, uma vez conjugada com o já citado art. 1.597 do Código Civil, conclui-se que o ordenamento jurídico não veda a reprodução humana assistida *post mortem*, ao contrário, permite-a quando há autorização específica daquele que deixou o material genético congelado.

Nessa direção, o Provimento nº 63, de 14.11.2017, do Conselho Nacional de Justiça, que institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotados pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetivas no Livro “A”, e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, prevê, em seu art. 17, §2º, que, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além dos documentos elencados nos incisos do *caput* deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

De fato, o planejamento familiar é livre, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (CR, art. 226, §7º).

Em relação à reprodução humana assistida *post mortem*, a conjugação dos princípios indicados está presente no consentimento informado daquele que deixa o material genético congelado sobre o seu uso após sua morte. Nessa linha, o Conselho Federal de Medicina prevê como princípio geral para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida o consentimento livre e esclarecido, preconizando que as informações devem atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético, deduzidas em documento de consentimento livre e esclarecido, a ser elaborado em formulário específico, que estará completo com a concordância, por escrito, a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida. É o que se verifica no item 4 do Anexo das Normas Éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, no seu Capítulo I, dos Princípios Gerais.

3 A autorização específica para a reprodução humana assistida *post mortem*. O julgamento do REsp nº 1.918.421/SP, ocorrido em 8.6.2021, pelo Superior Tribunal de Justiça

Como já apontado, de acordo com o Conselho Federal de Medicina, a reprodução humana assistida *post mortem* é admitida desde que haja *prévia autorização específica* da pessoa falecida para o uso do material genético congelado. Além da referida previsão, o Provimento nº 63 de 14.11.2017 do Conselho Nacional de Justiça, já citado, determina que o registro de filhos nascidos por força de reprodução humana assistida *post mortem* demandará a apresentação de termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

Diante do acima previsto, por quais meios poderia ser manifestada a referida autorização específica da pessoa que deixou o material congelado para a realização da reprodução humana assistida *post mortem*?

A questão foi abordada pelo Superior Tribunal de Justiça em 8.6.2021, no julgamento do REsp nº 1.918.421/SP. No caso em questão, um casal (T e Z) se submeteu às técnicas de RHA e, tal como ocorre em ditos procedimentos, foi instado a preencher formulário no qual deveria indicar o destino dos embriões excedentes em caso de óbito, doença grave ou incapacidade. Especificamente no caso de óbito de um dos cônjuges, o casal marcou a opção de “Manter todos os embriões congelados sob a custódia do cônjuge sobrevivente”. Além disso, na página de assinatura, constou no formulário uma observação, adrede introduzida, como ocorre nos contratos de adesão em geral, com o seguinte teor, a saber, “O parceiro, ao assinar a presente, desde já autoriza a realização da transferência do pré-embrião para o primeiro ciclo à parceira. Essa autorização somente será revogada mediante comunicação formal por escrito e assinada pelo parceiro”.

Após o falecimento de Z, T impugnou as primeiras declarações de seu inventário, alegando que ela e Z haviam se submetido às técnicas de reprodução humana assistida *post mortem* e que havia dois embriões a serem implantados. Os filhos de Z contestaram a impugnação e ajuizaram ação declaratória com o objetivo de ver declarada pela Justiça a impossibilidade de os embriões serem implantados.

O Tribunal de Justiça de São Paulo julgou a ação dos filhos de Z improcedente, ao argumento de que, se o casal optou em caso de morte por *manter os embriões congelados sob a custódia do cônjuge sobrevivente*, por óbvio, tinham intenção de dar prosseguimento ao procedimento nessa hipótese, aduzindo que o Provimento nº 63/2017 tem caráter infralegal, sendo flexível quanto à forma de

manifestação de vontade e, ainda, prevendo o reconhecimento de firma apenas para evitar dúvidas quanto à autenticidade da declaração prestada.

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp mencionado, reformou a decisão acima citada do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria, apresentando interpretação oposta do caso. Com efeito, o Ministro Luís Felipe Salomão, no voto vencedor do recurso especial, enquadrando a escolha de ter filhos e a determinação pela paternidade na autonomia pessoal, a merecer adequada tutela do ordenamento, assim se manifestou:

No mesmo rumo, o estudo revelado mostra que o Direito ao Planejamento Familiar, invocado pela ora recorrida, como fundamento para o atendimento de seu desejo de gerar filhos, não contém em seu espectro semântico a subserviência da autonomia da vontade de outro sujeito de direito. Ao revés, a autonomia da vontade serve de balança inafastável ao exercício adequado daquele planejamento, constitucionalmente interpretado.

Noutro ponto, ainda conclui que, nos casos em que a expressão da autodeterminação significar a projeção de efeitos para além da vida do sujeito de direito, com repercussões existenciais e patrimoniais, imprescindível que sua manifestação se dê de maneira inequívoca, leia-se expressa e formal, efetivando-se por meio de instrumentos jurídicos apropriadamente arquitetados pelo ordenamento, sob de pena de ser afrontada.

Nessa direção, o ministro enalteceu o testamento como instrumento hábil para a manifestação de vontade *post mortem* quanto a aspectos existenciais do testador, aduzindo que a decisão de autorizar a utilização de embriões consiste em disposição *post mortem* que, para além dos efeitos patrimoniais e sucessórios, relaciona-se intrinsecamente à personalidade e dignidade da pessoa, devendo, portanto, ser manifestada por forma expressa e incontestável, alcançada pelo testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia, concluindo que os contratos de prestação de serviços com a clínica de reprodução humana assistida foram instrumentos inadequados para tanto, ainda mais porque, no caso concreto, Z deixou um testamento público que nada mencionou sobre a vinda de outro filho.

Em seu voto, o Ministro Luís Felipe Salomão seguiu as lições de Maria Berenice Dias, em que se lê:

[...] A tendência é reconhecer que, ainda que o cônjuge ou companheiro tenha fornecido o sêmen, não se presume o consentimento para a inseminação depois de sua morte. Somente se houve

expressa autorização para que a implantação do óvulo fecundado ocorra após a sua morte, é possível realizá-la.

4 A sucessão hereditária diante da reprodução humana assistida *post mortem*

São pressupostos da sucessão hereditária a morte e a vocação hereditária. Esta última consiste na aptidão para determinada pessoa ser convocada a suceder nas relações jurídicas deixadas por uma pessoa falecida.

No Código Civil, há um capítulo destinado à vocação hereditária, prevendo o art. 1.798 que são legitimadas a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas por ocasião da abertura da sucessão. Nessa direção, o sucessor deve estar vivo ou já concebido quando ocorre a morte daquele de cuja sucessão se trata.

Dita regra é excepcionada na esfera da sucessão testamentária, conforme se pode depreender do disposto no art. 1.799, inc. I, que autoriza que os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão, sejam chamadas a suceder por força de disposição testamentária. Nesse caso, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz, que terá apenas poderes de administração do patrimônio (CC, art. 1.800, *caput*, §§1º e 2º). O legislador estabeleceu um prazo de espera de dois anos para a concepção do sucessor, sendo certo que, se nesse prazo não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos (CC, art. 1.800, §4º).

Ainda na sucessão testamentária podem ser chamadas a suceder pessoas não concebidas ao tempo da abertura da sucessão por força de disposição testamentária que institua o fideicomisso. Com efeito, a substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador (CC, art. 1.952). Nesse caso, não há o que se falar em prazo para a concepção ou nascimento do fideicomissário, uma vez que o direito deste só poderá ser exercido ao tempo da resolução da propriedade do fiduciário. Por conseguinte, prevê o legislador que, se ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário (CC, art. 1.952, parágrafo único). Na eventualidade de ocorrer a antecipação da substituição fideicomissária em virtude da morte do fiduciário antes da abertura da sucessão ou em razão de sua renúncia, poder-se-á invocar o disposto no art. 1.800 do Código Civil, uma vez que a hipótese estará convertida em disposição em favor de prole eventual.

Diante da normativa ora apresentada, o que se verifica é que o art. 1.798 do Código Civil, ao prever a regra geral dos vocacionados à sucessão, refere-se aos nascituros, consoante o previsto no art. 2º do Código Civil,⁸ sendo certo que, para adquirirem efetivamente a herança, devem nascer com vida.

Dessa forma, aqueles que venham a nascer após o falecimento de seu genitor, em virtude de embriões criopreservados ou por força de material genético congelado, não teriam direitos sucessórios, sendo filhos com todos os demais direitos de natureza existencial decorrentes da filiação.

Assim se posiciona Mário Delgado, quando aduz:

os filhos havidos por quaisquer das técnicas de reprodução assistida, desde que a implantação do embrião no ventre materno ou a fecundação do óvulo tenha se dado após a morte do autor da herança, não obstante o estado de filiação legalmente assegurado (art. 1.597), direito sucessório algum terão.⁹

A crítica veemente que se apresenta em relação a essa posição é a violação ao princípio da igualdade entre os filhos, insculpido no §6º do art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, uma vez que estar-se-ia, dessa forma, criando as categorias de filhos com e sem herança.

O autor acima citado, prestigiando a segurança das relações jurídicas, diante da possibilidade de o filho nascido *post mortem* vir a pleitear a herança muito tempo depois de a partilha dos bens do genitor falecido ter sido realizada, valendo-se das lições de Celso Antônio Bandeira de Melo, assim se posiciona:

Tal fator de desigualação guarda total consonância com o tratamento jurídico diversificado, ou seja, quem já era nascituro na data da morte do autor da herança, legitima-se a suceder por força do disposto no art. 1.798. Quem, naquela data, não ostentava a natureza de “ser nascente”, estado médico-legal que só adquiriu posteriormente, não! E essa correlação lógica entre fator de *discrímen* e o tratamento desigual não se choca com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional, dentre eles o respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada, os quais, por outro lado, correriam sério risco se se viesse a admitir que o filho nascido anos após o

⁸ “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

⁹ DELGADO, Mário Luiz. Filhos diferidos no tempo. Ausência de legitimação sucessória. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Direito das famílias* – Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 640-656.

encerramento do inventário do pai fosse titular de direito sucessório quanto aos bens há muito partilhados.¹⁰

De fato, a questão merece especial atenção porque, ainda que se diga que há prazo para pleitear a herança, a saber, aquele dos 10 (dez) anos a contar da abertura da sucessão, consoante a regra geral do art. 205 do Código Civil, em virtude de inexistir previsão específica para a hipótese, conforme o que preconiza o Verbete nº 149 da Súmula do STF,¹¹ não corre prescrição contra os absolutamente incapazes (CC, art. 198, I), o que significa dizer que, no mínimo,¹² o prazo para pleitear a herança em face dos herdeiros existentes por ocasião do falecimento do genitor seria de 26 (vinte e seis) anos a contar da abertura da sucessão, revelando, obviamente, uma insegurança jurídica.

Atento a essa problemática e na mesma linha de que os concebidos *post mortem* não podem pleitear direitos sucessórios, posiciona-se Gustavo Tepedino:

[...] O art. 1.798 veicula regra de contenção, pretendendo, deliberadamente, restringir a capacidade sucessória às pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. E o legislador assim agiu certamente em homenagem à segurança jurídica, prevenindo-se, intuitivamente, daquilo que vem se constituindo em evolução científica sem fim e sem limites. Resta saber se o art. 1.798 pode ser considerado inconstitucional, por violar o princípio da isonomia entre possíveis irmãos.

A resposta a tal indagação é negativa. A constitucionalidade do dispositivo do Código Civil fundamenta-se no princípio constitucional da segurança jurídica, o qual se encontra expresso em diversas normas do ordenamento, cuja constitucionalidade se revela incontestada. À guisa de exemplo, tem-se a admissibilidade de prazos decadenciais ou prescricionais para bloquear prerrogativas ou pretensões patrimoniais de toda natureza, mesmo diante da perda da propriedade privada, garantida constitucionalmente (art. 5º, XXII, Constituição da República); bem como a ação rescisória que limita o acesso à justiça – vez que cabível em hipóteses excepcionalíssimas e somente no

¹⁰ DELGADO, Mário Luiz. Filhos diferidos no tempo. Ausência de legitimação sucessória. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Direito das famílias* – Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 640-656.

¹¹ É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

¹² Diz-se aqui no mínimo porque o *dies a quo* do prazo para o ajuizamento da petição de herança vem sofrendo debates no âmbito dos nossos Tribunais e, assim, a depender da posição que prevaleça, dito prazo de 26 anos pode contar da data do trânsito em julgado do reconhecimento da paternidade ou, ainda, no caso aqui relatado, do nascimento do filho *post mortem* do *de cuius*.

prazo legal –, impedindo a revisão de decisão judicial flagrantemente injusta atinente a interesses patrimoniais e existenciais; além do discrimen legítimo entre existir ou não existir no momento da abertura da sucessão.¹³

Apesar das ponderações acima, a posição majoritária está traduzida no Enunciado nº 267 da III Jornada de Direito Civil, forjado à luz do já citado verbete nº 149 do STF, assim ementado:

A regra do art. 1.798 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.

Segundo o enunciado acima transcrito, o filho nascido por força de reprodução humana assistida *post mortem*, ainda que venha a nascer muitos anos após a abertura da sucessão, terá mais 26 anos a contar de seu nascimento para pleitear a herança de seus irmãos, pois o prazo de 10 anos do art. 205 do Código Civil só começará a contar quando o filho nascido *post mortem* completar 16 anos, considerando não correr o prazo prescricional contra o absolutamente incapaz (CC, art. 198, I).

5 Angústias e reflexões: à guisa de conclusão

A análise acima empreendida permitiu apontar importantes questões que vêm afligindo o tema dos direitos sucessórios dos filhos nascidos por força da reprodução humana assistida *post mortem*.

Inicialmente, vale pontuar a questão da autorização específica para o procedimento, exigida pelo Conselho Federal de Medicina, por força do item VII da já citada Resolução nº 2.294 de maio de 2021, que é, ainda, reproduzida no Provimento nº 63 de 14.11.2017, acima citado, que exige para o registro de nascimentos de filhos havidos por reprodução assistida *post mortem* termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

¹³ TEPEDINO, Gustavo. *Legitimidade sucessória dos embriões*. Parecer não publicado, gentilmente cedido pelo autor, 2017.

Ao analisar o julgamento do REsp nº 1.918.421/SP pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como o entendimento do caso pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, verifica-se que o aludido Tribunal Estadual concluiu que havia autorização para o procedimento da reprodução humana assistida *post mortem*, por presumir que não faria sentido que o casal tivesse decidido que os embriões congelados restassem sob custódia do cônjuge sobrevivente se não fosse para que o referido procedimento fosse concluído com a implantação. Realmente, por determinado ponto de vista, faz sentido a conclusão a que chegou o Tribunal paulista.

No entanto, diante da normativa existente no ordenamento sobre a questão, a presunção não deve ter lugar nessa seara. Ainda que o art. 107 do Código Civil preveja que a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir, neste caso, a norma deontológica existente (Resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina) exige uma forma especial, qual seja, autorização específica daquele que deixou o material congelado, o que significa dizer que dita autorização deve ser clara e evidente e não passível de presunção ou deduções.

Apesar de o Provimento nº 63 de 2017 do Conselho Nacional de Justiça ser norma infralegal, este também se posicionou no sentido de exigir termo específico de autorização do uso do material genético congelado para o registro do nascimento, a demonstrar a posição do nosso ordenamento no sentido de buscar certeza quanto à autorização.

Importante registrar que a forma para a manifestação da vontade é livre, desde que seja inequívoca, específica e expressa, sendo depreendida a autorização diretamente da manifestação de vontade, sem deduções ou inferências.

Além da questão da autorização em si para o procedimento da reprodução humana assistida *post mortem*, importante ponderar a contraposição dos interesses sucessórios do filho nascido por força da técnica com aqueles dos filhos que herdaram por ocasião da abertura da sucessão.

Como debatido acima, considerando a posição majoritária de que a ação de petição de herança é prescritível e de que não há prazo previsto para o seu ajuizamento, invoca-se a aplicação ao caso do prazo de 10 (dez) anos previsto no art. 205 do Código Civil. Considerando que dito prazo não corre contra os absolutamente incapazes (CC, art. 198, I), este só começaria a contar quando o filho nascido pela reprodução humana assistida *post mortem* completasse 16 anos, o que significaria, no mínimo, o prazo de 26 anos a contar do óbito do genitor para a disputa sucessória, como já ponderado.

Na medida em que, atualmente, as sucessões hereditárias ocorrem quando os filhos já se encontram em idade adulta, com 40, 50 ou até mesmo 60 anos,¹⁴

¹⁴ Realmente, a partir do desenvolvimento das ciências, especialmente da medicina e da higiene da população, a média da duração de vida do homem aumentou consideravelmente e, assim, a sucessão hereditária

a contar 26 (vinte e seis) anos da abertura da sucessão, estará instaurado um conflito patrimonial quanto à herança do genitor entre um jovem de 20 e poucos anos e um idoso com talvez mais do que oitenta anos, que muito provavelmente terá consumido toda a herança que recebeu, em idade avançada, possivelmente com elevadas despesas com o cuidado com sua saúde.

Aqui reside o aspecto mais sensível da questão sucessória, a saber, a contraposição entre os interesses patrimoniais dos filhos nascidos *post mortem* pelas técnicas da reprodução humana assistida quanto ao pleito à herança e os interesses daqueles que receberam o acervo hereditário deixado por ocasião da abertura da sucessão, em virtude dos longos prazos envolvidos e, em consequência, a extrema insegurança jurídica gerada. Como já apontado, esse é o fio condutor da posição de Gustavo Tepedino, quando assim se posiciona, ao se referir ao art. 1.798 do Código Civil:

Tal norma de contenção, convém repetir, traduz opção legislativa em defesa da segurança jurídica, estando presente, como já acenado, em diversas normas do ordenamento, como na prescrição extintiva, que fulmina o exercício de pretensões, impedindo a aquisição de direitos; ou, ainda, na prescrição consumativa, que admite a aquisição da propriedade pela usucapião. O sistema preocupa-se com a segurança jurídica, garantia constitucional insculpida no art. 5º, XXXVI, que assegura a paz social e permite o estabelecimento das relações humanas. Nessa esteira, a segurança jurídica há de ser observada também nas relações jurídicas decorrentes da fertilização *in vitro*, preservando-se direitos de terceiros e a consolidação das situações jurídicas no curso do tempo [...].¹⁵

Em que pese a posição majoritária defender que a ação de petição de herança é prescritível, na esteira do Verbete nº 149 do Supremo Tribunal Federal, tendo o Enunciado nº 267 da III Jornada de Direito Civil considerado a referida orientação, deve-se atentar que sempre houve firmes posicionamentos em sentido contrário, sustentando ser a petição de herança imprescritível, cabendo aos demandados sustentar em defesa a usucapião.

ocorre na maior parte das vezes quando os descendentes do autor da herança já estão adultos e independentes, não sendo, assim, a herança um mecanismo indispensável de proteção da família. Isso porque, na maior parte das vezes, os filhos herdaram dos pais quando já receberam deles a educação necessária para suas respectivas formações, estando em suas fases mais produtivas.

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Legitimidade sucessória dos embriões*. Parecer não publicado, gentilmente cedido pelo autor, 2017.

Orlando Gomes aduzia que a ação de petição de herança “[...] podia ser intentada a todo tempo”, acrescentando:

se o consumo real somente promove a aquisição do título quando já se consumou a usucapião, impossibilitado ficará de recolher os bens. Nessa hipótese, a *petitio hereditatis* torna-se inútil, em vista de não se produzir sua consequência natural, que é a restituição dos mesmos bens. Não é a ação que prescreve, mas a exceção de usucapião que a inutiliza.¹⁶

No mesmo sentido, vale citar Giselda Hironaka, que assim se posiciona:

A petição de herança não prescreve. A ação é imprescritível, podendo, por isso, ser intentada a qualquer tempo. Isso assim se passa porque a qualidade de herdeiro não se perde (*semel heres, semper heres*), assim como o não-exercício do direito de propriedade não lhe causa a extinção. A herança é transferida ao sucessor no momento mesmo da morte de seu autor, e, como se viu, isso assim se dá pela transmissão da propriedade do todo hereditário. Toda essa construção, coordenada, implica o reconhecimento da imprescritibilidade da ação, que ser intentada a todo tempo, como já se afirmou.

Mas essa construção pode restar ineficaz na prática.

Sempre que transcorrido o lapso temporal referente à prescrição aquisitiva, pode o meio originário de aquisição da propriedade ser oposto como meio de defesa pelo herdeiro aparente ou quem por ele, ou como seu sucessor, se encontre na posse dos bens da herança. Defesa desse jaez deve ser exercida individualmente, ou seja, relativamente a cada coisa pertencente à herança.¹⁷

Por conseguinte, os demandados em ação de petição de herança poderão alegar em defesa a usucapião, na esteira do que preconiza o Verbete nº 237 da Súmula do STF.¹⁸ No entanto, também nessa hipótese, longos prazos estarão

¹⁶ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 265.

¹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. Saraiva: São Paulo, 2003. v. 20. p. 196. Na mesma direção, posicionam-se, ainda, CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 288; e TARTUCE, Flávio. O início do prazo para a ação de petição de herança: polêmica. *Genjurídico*, 31 jan. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/01/31/prazo-acao-peticao-de-heranca/>. Acesso em: 16 jan. 2022.

¹⁸ A usucapião pode ser arguida em defesa.

envolvidos, permanecendo presente uma extrema insegurança jurídica em relação aos herdeiros que receberam legitimamente a herança por ocasião da abertura da sucessão. Isso porque, conforme dispõe o art. 1.244 do Código Civil, estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião.

Dessa forma, a prescrição aquisitiva em favor dos herdeiros existentes por ocasião do óbito começaria a contar da abertura da sucessão. No entanto, uma vez nascido o filho pela reprodução humana assistida *post mortem*, o prazo da usucapião em favor dos referidos herdeiros restaria suspenso até que dito filho alcançasse 16 (dezesseis) anos de idade (CC, art. 198, I), voltando a contar de onde parou a partir desse momento. Nessa direção, o prazo para que se consumasse a usucapião seria muito longo e, mais uma vez, estar-se-ia diante de um conflito de interesses patrimoniais entre herdeiros em posições bem diversas, já que um seria bem mais jovem e o(s) outro(s), bem mais idoso(s), que já teriam consumido a herança depois de muitos anos, em evidente cenário de perplexidade.

Dessa forma, diante do conflito de interesses instaurado em face do direito de herança dos concebidos *post mortem* e daqueles que receberam o acervo hereditário por ocasião da abertura da sucessão, o fiel da balança deve estar na baliza presente em nosso ordenamento jurídico, disposto no art. 1.798 do Código Civil, na esteira do posicionamento acima exposto de Mário Delgado e Gustavo Tepedino, sob pena de se comprimir indevidamente a segurança jurídica, privilegiando-se apenas o direito de herança dos concebidos *post mortem*, o que não se coaduna com a ponderação de interesses no caso concreto.

Apesar de a herança ser um direito e uma garantia fundamental do cidadão brasileiro, presente no inc. XXX do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, não se trata de um direito absoluto e que, evidentemente, deve ser ponderado com o direito de herança dos demais herdeiros que compartilham da mesma condição em determinada sucessão hereditária.

Como só são legitimados a suceder os nascidos ou já concebidos por ocasião da abertura da sucessão, em virtude do disposto no já citado art. 1.798 do Código Civil, caberá àquele que deseja ter filhos por força da reprodução humana assistida *post mortem* se planejar e prever a atribuição de herança ao filho que vier a nascer. Para tanto, a lei dispõe de ferramentas já expostas acima, a saber, a disposição testamentária em favor da prole eventual e o fideicomisso.

Quanto à disposição testamentária em favor da prole eventual, através da qual o testador chama à sucessão testamentária os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão, deve-se atentar que aplica-se à hipótese o prazo de espera de concepção do herdeiro esperado de 2 (dois) anos a contar da abertura da sucessão (CC, art. 1.800,

§4º), sendo certo que, se decorrido esse prazo sem que tenha sido concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos existentes por ocasião do óbito.

Em relação ao fideicomisso, este pressupõe que o testador nomeie o filho a nascer pela técnica de reprodução humana assistida *post mortem* como fideicomissário, ciente de que a sua fruição dos bens poderá demorar longos anos, até que se resolva o direito do fiduciário.

Realmente, não há solução perfeita. A verdade é que a matéria clama por regulamentação e reflexões, que passam não só pelo direito civil, mas em especial pelos setores da bioética.

Vale pontuar que a questão tangencia uma discussão maior, a saber, aquela relativa a uma superpopulação de embriões criopreservados e o seu destino. Indaga-se: deveria existir um prazo para a utilização do material congelado ou do embrião criopreservado? Dito prazo deveria ser o mesmo para o descarte de embriões, que atualmente é de 3 (três) anos do congelamento, conforme previsto na Lei nº 11.105/2005? Com esse prazo, poder-se-ia ponderar sobre a previsão de outro prazo, a saber, aquele para o exercício do direito à petição de herança e, assim, haver a redução dos longos períodos em que o filho nascido pela reprodução humana assistida *post mortem* poderia pleitear a herança?

A Resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina limitou o número de embriões por procedimento a 8 (oito) embriões e, ainda, exige que para o descarte de embriões haja autorização judicial. Para Lenise Garcia, professora aposentada de Biologia da Universidade de Brasília, “a reflexão provocada no casal pelo fato de eles já terem de definir, antes da criopreservação, o destino dos embriões, pode ser um fator que na prática tenha efeito. Ao ter que refletir eles podem optar por não ter embriões supranumerários”,¹⁹ o que, portanto, contribui para reduzir a referida superpopulação.

Referências

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DELGADO, Mário Luiz. A (in)constitucional limitação do fideicomisso pelo CC/2002. *Conjur*, 22 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-22/processo-familiar-inconstitucional-limitacao-fideicomisso-cc2002>. Acesso em: 2 out. 2021.

¹⁹ Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/conselho-federal-de-medicina-torna-mais-dificil-o-descarte-de-embrioes/>. Acesso em: 2 out. 2021.

- DELGADO, Mário Luiz. Filhos diferidos no tempo. Ausência de legitimação sucessória. *In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Direito das famílias – Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 640-656.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 19, p. 41-75, ago./set. 2003.
- GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. A presunção da paternidade no casamento e na união estável. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis.* Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 363-377.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil.* Saraiva: São Paulo, 2003. v. 20.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado.* São Paulo: Saraiva, 2003. v. XVI.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões.* São Paulo: Saraiva, 2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* 27. ed. [s.l.]: [s.n.], 2020. v. VI.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável, de acordo com o Novo Código Civil.* 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- TARTUCE, Flávio. O início do prazo para a ação de petição de herança: polêmica. *Genjurídico*, 31 jan. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/01/31/prazo-acao-peticao-de-heranca/>. Acesso em: 16 jan. 2022.
- TEPEDINO, Gustavo. *Legitimidade sucessória dos embriões.* Parecer não publicado, gentilmente cedido pelo autor, 2017.
- TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.]. v. 7.
- VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil: parte especial (do direito das sucessões).* São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NEVARES, Ana Luiza Maia. Impactos na sucessão do filho concebido via reprodução humana assistida *post mortem*. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, p. 315-331, out./dez. 2022. DOI: 10.33242/rbdc.2022.04.012.

Recebido em: 19.07.2022

Aprovado em: 21.08.2022