

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

CONCEPÇÃO DE EMBRIÕES CRIOGÊNICOS HOMÓLOGOS *POST MORTEM* –
PRAZO PARA SUCESSÃO

WAGNER DE OLIVEIRA JÚNIOR

Rio de Janeiro

2022

WAGNER DE OLIVEIRA JÚNIOR

CONCEPÇÃO DE EMBRIÕES CRIOGÊNICOS HOMÓLOGOS *POST MORTEM* –
PRAZO PARA SUCESSÃO

Monografia final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Professora Doutora Cintia Muniz de Souza Konder.

Rio de Janeiro

2022

CIP - Catalogação na Publicação

048c Oliveira Júnior, Wagner de
CONCEPÇÃO DE EMBRIÕES CRIOGÊNICOS HOMÓLOGOS POST
MORTEM - PRAZO PARA SUCESSÃO / Wagner de Oliveira
Júnior. -- Rio de Janeiro, 2022.
72 f.

Orientador: Cíntia Muniz de Souza Konder.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. embriões criogênicos. 2. prazo. 3. concepção
post mortem. 4. sucessão. 5. legitimidade. I. Souza
Konder, Cíntia Muniz de , orient. II. Título.

WAGNER DE OLIVEIRA JÚNIOR

CONCEPÇÃO DE EMBRIÕES CRIOGÊNICOS HOMÓLOGOS *POST MORTEM* –
PRAZO PARA SUCESSÃO

Monografia final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Professora Doutora Cintia Muniz de Souza Konder.

Data da Aprovação: __/__/__.

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Cintia Muniz de Souza Konder

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2022

RESUMO

A possibilidade de concepção póstuma é uma realidade da vida moderna. Essa concepção pode se utilizar tanto de gametas congelados como do próprio material genético já fecundado, ou seja, do embrião criogênico. Nesse trabalho, o enfoque será na concepção póstuma por embrião criogênico, apesar de os efeitos jurídicos serem semelhantes independente de qual seja a fonte do material genético utilizado na concepção. Nesse tipo de reprodução assistida controvérsias jurídicas podem surgir pois a lei vigente não cuidou de prever tais situações, antes sequer imaginadas. A doutrina enfrenta a tese da sucessão do filho póstumo cuidando de observar o direito dos coerdeiros, do cônjuge supérstite e de terceiros envolvidos. Alguns autores rejeitam a legitimidade sucessória do filho póstumo já que não há expressa previsão legal. Outros defendem que além de haver meios de garantir a sucessão legítima póstuma, que esta deve ser mitigada por um prazo, a fim de preservar a segurança jurídica. Cada autor usa uma tese argumentativa e um instituto jurídico pertinente para dar aplicabilidade prática a essa sucessão, estipulando um prazo para que a concepção ocorra. Assim, objetiva-se neste trabalho estipular qual o melhor prazo dentre os possíveis para a sucessão *post mortem*.

Palavras-chave: embrião criogênico; concepção; sucessão; legitimidade; prazo

ABSTRACT

The possibility of posthumous conception is a reality of modern life. This conception can use both frozen gametes and the genetic material already fertilized, that is, the cryogenic embryo. In this work, the focus will be on posthumous conception by cryogenic embryo, although the legal effects are similar regardless of the source of the genetic material used in the conception. In this type of assisted reproduction, legal controversies can arise because the current law did not take care to foresee such situations, which were not even imagined before. The doctrine faces the thesis of the succession of the posthumous child, taking care to observe the rights of the co-heirs, the surviving spouse and third parties involved. Some authors reject the succession legitimacy of the posthumous child since there is no express legal provision. Others argue that, in addition to having means of guaranteeing legitimate posthumous succession, this must be mitigated by a period of time, in order to preserve legal certainty. Each author uses an argumentative thesis and a relevant legal institute to give practical applicability to this succession, stipulating a deadline for the conception to occur. Thus, the objective of this work is to stipulate the best term among the possible ones for *post mortem* succession.

Keywords: cryogenic embryo; conception; succession; legitimacy; deadline

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 8 |
| 1. FILIAÇÃO E DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... | 14 |
| 1.1. Definições e contexto histórico..... | 14 |
| 1.2. A modernização como fator de mudança na construção das famílias e o uso das técnicas de reprodução assistida..... | 19 |
| 1.3. A possibilidade de geração de filho póstumo e seu direito sucessório..... | 22 |
| 1.4. Novas questões atinentes ao direito de suceder do filho póstumo..... | 26 |
| 2. REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i> , O DIREITO DE SUCESSÃO DO FILHO PÓSTUMO E OS PRAZOS PREVISTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO..... | 30 |
| 2.1. Conflito de direitos fundamentais: Direito à herança x Segurança jurídica..... | 30 |
| 2.2. Direito à herança do filho póstumo não limitado pelo tempo..... | 35 |
| 2.3. Do direito sucessório e o prazo máximo para a concepção..... | 40 |
| 3. A IMPORTÂNCIA NA DEFINIÇÃO DE UM PRAZO PARA A SUCESSÃO <i>POST MORTEM</i> E SEUS EFEITOS..... | 52 |
| 3.1. Da importância em definir um prazo para compatibilização de interesses entre os herdeiros..... | 53 |
| 3.2. Da definição do prazo para a concepção <i>post mortem</i> para fins sucessórios..... | 56 |
| 3.3. Da regulamentação legal da hipótese: projetos de lei..... | 64 |
| CONCLUSÃO..... | 69 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 71 |

INTRODUÇÃO

A sucessão, no que tange ao seu sentido estrito relacionado à *causa mortis*, ocorre quando há a transmissão de patrimônio do *de cuius* aos herdeiros. O Código Civil de 2002 trata do Direito das Sucessões em seu livro V, preceituando no art. 1.798 que serão legítimos a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Contudo, essa clareza do Código não mais abarca todas as situações possíveis em relação à reprodução humana na vida moderna. O avanço da medicina e das técnicas de reprodução assistida permitiram que novos meios de concepção antes inimagináveis se tornassem hoje possíveis. Na atualidade encontra-se diversas formas de se planejar uma família e de se conceber um filho, podendo até mesmo essa concepção ocorrer com genitores pré-mortos - concepção *post mortem*.

Pode-se dizer que o nascimento de filhos provenientes de técnicas de reprodução assistida como a concepção *post mortem* traz alguns obstáculos ao filho assim concebido em relação às questões existenciais. De imediato, percebe-se que o ordenamento jurídico ora vigente não contempla esses filhos, ao menos não de forma direta. Em relação a sua legitimidade sucessória e se deve ou não haver prazo para que o cônjuge supérstite realize a concepção desse embrião, não há lei prevendo qualquer trâmite e por isso há ainda muitas dúvidas e discussões doutrinárias. Contudo, em relação à caracterização dos filhos assim concebidos, já há um certo consenso de que é condenável pela nova ordem constitucional qualquer tipo de diferenciação com os demais filhos, tendo por base os princípios constitucionais da isonomia (art. 5º CF88), da igualdade entre os filhos (art. 227, §6º, CF88) e da liberdade no planejamento familiar (art. 226, §7º, CF88). Dessa forma, os filhos póstumos não devem ser discriminados em nenhuma circunstância. Pelos princípios supracitados, pode-se perceber que a intenção do constituinte foi de acabar com a diferenciação de filhos que era vigente no regime jurídico anterior. Assim, a nova ordem constitucional inaugura a igualdade ao dar os mesmos direitos a todos os filhos, sejam eles adotados, socioafetivos, naturalmente concebidos ou oriundos de técnicas de reprodução assistida, ainda que póstuma.

Seguindo essa linha, o atual Código Civil relaciona em seu art. 1.596 que não haverá qualquer distinção entre os filhos, proibindo inclusive a diferenciação de filho concebido de relação de casamento ou não. Esse parâmetro legal permite que se conclua que o legislador teve

o interesse de proteger a criança independentemente de sua forma de concepção. Assim, pode-se dizer que não cabe no ordenamento jurídico atual a obsoleta diferenciação de filhos, pois o foco agora no conceito de família é o laço afetivo que une as pessoas.

Uma regra muito importante para a discussão dos filhos póstumos é a trazida pelo art. 1.597 CC. Neste artigo, o Código traz a ideia de que é presumido concebido durante o casamento os filhos havidos por fecundação homóloga (que ocorre quando ambos os gametas são dos cônjuges), heteróloga (quando há participação do gameta de um terceiro, desde que com consentimento do outro cônjuge), e ainda os filhos havidos por embriões excedentários (embriões criogênicos). O que importa estudar nesse trabalho é a reprodução assistida póstuma, principalmente a decorrente de embriões excedentários, mesmo que a concepção por gametas congelados não fecundados possua conclusões jurídicas semelhantes. Em relação aos embriões excedentários, a grande questão em voga é a legitimidade sucessória do filho póstumo, e se deve haver ou não um prazo para concepção a fim de limitar esse direito sucessório. Parte da doutrina assevera que o filho póstumo não terá direito sucessório, por ausência de expressa previsão legal, havendo inclusive a defesa por alguns doutrinadores de que a técnica deve ser proibida para evitar maiores transtornos aos herdeiros já concebidos/nascidos. Outros adaptam o texto legal e apoiam-se nos princípios da Carta Magna de 1988 para argumentar que esses filhos, ainda que concebidos postumamente, devem sim suceder.

Há ainda uma outra discussão pertinente que envolve a aplicação do art. 1.798 CC à concepção póstuma. Esse artigo legitima a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. A grande questão é: o embrião criogênico pode ser considerado como um filho concebido? Se sim, poderia ser usado esse artigo para justificar o direito sucessório do embrião, sem embargo de considerar princípios associados à questão. Contudo, o debate que aqui se estabelece aninha-se em uma eterna controvérsia doutrinária a respeito de quando se inicia a proteção civil à vida pelas regras atuais do Código Civil. Nesse ponto, há duas correntes principais, a Teoria Natalista - que sucintamente defende que os direitos da personalidade se iniciam a partir do nascimento com vida, e a Teoria Concepcionista - cuja ideia principal é que os direitos da personalidade se iniciam já na concepção. Sobre a questão, o STF foi chamado a decidir no ano de 2008 em uma ação que envolvia o uso de células tronco retiradas de embriões criogênicos. Nesse julgado da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 DF, o STF teve a oportunidade de discutir o intrigante tema de

quando se inicia a vida humana. Com isso, a par da grande divergência doutrinária a esse respeito, definiu-se no contexto a favor da ideia de que alguns direitos civis só podem ser tutelados a partir da concepção, que no caso do embrião criogênico não ocorre no mesmo momento da fecundação. O nascituro que é mencionado no art. 2º do CC, ao qual a lei põe a salvo desde a concepção, seria somente o embrião nidificado no útero da mãe. Dessa forma, entendeu-se que pode ocorrer em momentos diferentes a fecundação e a concepção, sendo que essa última só vem a ocorrer quando o embrião fecundado é trazido para o corpo materno e pode passar ao desenvolvimento. Assim, é possível concluir, segundo o voto do ministro Ayres Brito, relator da ação e cuja tese foi firmada no julgamento, que a proteção do embrião quanto a considerá-lo um nascituro deve partir do início da efetiva gravidez (STF, 2008, p.177).

Dessa forma, é possível dizer que o embrião criogênico não encontra, à primeira vista, proteção direta no ordenamento jurídico, antes que ocorra sua nidificação (sua presença no útero) e a consequente gravidez, pois nesse momento só houve uma fecundação. Com esse entendimento, o STF firmou a tese permitindo o uso de embriões excedentários para fins de pesquisas medicinais, desde que observados certos requisitos. Contudo, a partir de sua implantação no útero a situação do embrião excedentário muda, pois tem-se aí o surgimento da figura jurídica do nascituro, que como visto já merece alguma proteção legal de acordo com o art. 2º CC.

Em relação especificamente ao direito sucessório, o art. 1.798 CC, como falado acima, afirma que são legitimados a suceder os nascidos ou concebidos quando da abertura da sucessão. Assim, nos parece que o Código quis proteger o direito daquele que já nasceu ou que já estava no ventre da mãe no momento da morte do outro genitor, a fim de lhe garantir o direito à herança. Contudo, pode-se dizer que a questão dos embriões criogênicos não está abarcada a priori pela lei, já que ele enquanto permanecer no congelamento não parece ser um concebido, podendo não estar abarcado pela proteção do art. 2º CC. Como na hipótese aqui tratada o embrião só será implantado após a morte de um dos genitores, ele não parece ser sequer concebido no momento da morte. Ademais, o direito sucessório do filho concebido por meio desses embriões, por ser fato relativamente novo, não foi tratada quando da tramitação do Código.

Assim, a lei civil parece não resolver a situação, ficando indefinido a priori se esse embrião, caso seja implantado e dê origem a uma criança nascida com vida, terá ou não o direito de suceder. Nesse ponto é que a doutrina se divide, tendo autores que defendem o direito sucessório e outros que o condenam. A defesa da legitimidade sucessória quase sempre parte dos princípios constitucionais antes citados, já que a Constituição Federal abomina a diferenciação entre os filhos, além de exaltar o princípio da liberdade no planejamento familiar. Ainda corrobora com a tese da legitimidade sucessória do filho póstumo a regra do Código Civil que prevê que a futura criança assim concebida será presumida filha do casal (art. 1.597, IV, CC), o que a aproxima da pretensão de recebimento de herança. Por outro lado, os autores que rejeitam a tese da legitimidade sucessória apoiam-se no vácuo legislativo sobre o assunto, além de considerar a grave insegurança jurídica que poderá recair sobre a partilha.

Além da questão da legitimidade de suceder do indivíduo concebido por embrião criogênico, há um outro ponto igualmente controvertido que envolve intimamente a questão da segurança jurídica. Uma vez que seja reconhecido que a criança concebida por esse método de reprodução assistida terá direito à herança, pode-se prever diversas situações em que a falta de um prazo razoável para que esse embrião seja concebido traga prejuízos aos herdeiros já nascidos. É possível imaginar por exemplo um casal que tenha três filhos e que por uma fatalidade ocorra a morte de um dos genitores, tendo esse deixado material genético na forma de embrião congelado. Nessa hipótese, a sucessão abrir-se-á imediatamente para os filhos nascidos na forma do art. 1.798 CC. Se entre esses filhos não houver incapaz, o inventário poderá inclusive ocorrer de forma extrajudicial por escritura pública (art. 610, §1º do Código Processo Civil), sendo nesse caso o procedimento concluído de forma bem célere. Dessa forma, a herança será transmitida, tornando o ato jurídico perfeito. Do outro lado, o cônjuge supérstite poderá resolver, após algum tempo e já finda a partilha, descongelar um dos embriões e conceber um filho. Com o nascimento com vida, essa criança terá direito sucessório, podendo (se seu genitor vivo não o fizer) ajuizar ação de petição de herança após cessada a incapacidade absoluta. O problema é que tal situação pode gerar uma insegurança jurídica enorme em relação à herança, pois uma partilha que já havia sido feita poderá ser revista, já que cabe a esse novo herdeiro o direito de requerer seu quinhão, por força do art. 1.824 CC.

Diante desses fatos, tem-se uma questão importante não resolvida pela lei e que vem sendo enfrentada e discutida na doutrina. Muitos doutrinadores têm defendido ser necessário

pensar em um prazo máximo para que esse embrião criogênico seja implantado no útero, a fim de que os herdeiros nascidos não fiquem *ad infinitum* na expectativa de um possível novo herdeiro que possa impugnar a partilha. Como o Código Civil silenciou-se diante dessa questão, assim como o fez com a legitimidade sucessória, há hoje uma discussão ferrenha se deverá haver esse prazo, e se sim, qual deverá ser ele. Existem argumentos a favor e contra, e mesmo os que defendem a aplicação de prazo à concepção póstuma divergem de forma significativa sobre qual deveria ser ele.

O fato é que vem ocorrendo nas últimas décadas uma verdadeira revolução tecnológica, que tem atingido os mais variados nichos, dentre eles a Medicina, a Genética e o Direito. Diante disso, o Direito não pode ficar silente, devendo, por outro lado, acompanhar essa evolução social. As questões relativas às modernas técnicas de reprodução assistida estão aos poucos batendo às portas do Poder Judiciário, que tem sido chamado a decidir sobre esses temas cujas implicações são muito sensíveis.

Apesar de discutida na doutrina, e tendo já alguns julgados sobre o tema, a questão do prazo para a concepção póstuma deverá crescer à medida em que a técnica de reprodução assistida se aprimore e se popularize, e à medida em que as pessoas decidam guardar seus gametas ou até mesmo um embrião por meio da criogenia para futuramente conceber um filho. Inclusive, é possível inferir que essas técnicas já têm possibilitado que famílias optem por ter filhos mais tarde, incluídos aí os nascimentos póstumos, o que traz uma ampla liberdade no planejamento familiar. Não raro, a ocasião presente não é a mais adequada para se ter um filho, pelos mais variados motivos, fazendo com que casais posterguem uma gravidez. Assim, a criogenia possibilita um melhor planejamento, ao permitir o uso do material no momento que o indivíduo julgue ser mais oportuno.

Não obstante, o Direito deve dar condições para que todos os envolvidos (cônjuge supérstite, filhos concebidos/nascidos, filhos póstumos, e terceiros) tenham seus direitos garantidos com segurança jurídica. Uma vez que se estabeleça que o filho concebido postumamente é herdeiro legítimo e, portanto, poderá estar apto a suceder, deve ser levado em conta também a possibilidade de imposição de um prazo para que a concepção ocorra a fim de que a prática não seja danosa para terceiros. Dessa forma, ainda que se aceite que um prazo deve existir, a definição de qual deve ser ele é muito incerta, merecendo melhores estudos para

elucidação. A ausência de regra expressa sobre o tema justifica um estudo mais de perto para analisar os argumentos e as proposições possíveis, que poderão servir de base a um futuro projeto de lei sobre o tema.

Para explicar as teses dos autores que se debruçam nesse tema, a monografia conta com um capítulo inicial em que é apresentado um breve histórico sobre a filiação e a sucessão no Brasil. Um outro capítulo intermediário se dedica a demonstrar as teses e argumentos jurídicos dos autores que defendem a não legitimidade sucessório do filho póstumo e também daqueles que defendem essa legitimidade, que por seu turno procuram impor um prazo para que a concepção do embrião criogênico ocorra com efeitos sucessórios. Em última análise, o capítulo final discorre sobre as consequências da existência da legitimidade sucessória do filho póstumo e o prazo adequado para que sua concepção ocorra a fim de preservar os direitos de todos os envolvidos e a segurança jurídica. Na parte final, tem-se a exposição de projetos de lei em trâmite que usam dos argumentos doutrinários até aqui levantados para tentar dar resposta legislativa ao tema.

1. FILIAÇÃO E DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1. Definições e contexto histórico

A família é uma entidade de suma importância para a existência de uma sociedade, constituindo-se como um de seus elementos estruturantes. A relação existente entre os entes formadores de uma família é estudada em vários nichos do conhecimento humano, e no que tange ao viés jurídico o estudo é feito por meio do Direito de Família. Dentre os principais entes de uma família que interessam ao presente trabalho estão os descendentes, representados pelos filhos, e os ascendentes mais próximos, que chamamos de pais.

Sabe-se que é perfeitamente natural e desejável a qualquer espécie natural que indivíduos adultos tenham descendentes a fim de manter a existência perpétua de sua espécie. No caso da espécie humana, a relação dos genitores com a prole é um elemento que recebe especial atenção em vários ramos do conhecimento e em Direito seu estudo é chamado de Filiação. O termo filiação é conceituado por Sílvio Venosa como “o termo que exprime a relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram” (VENOSA, 2017, p.239). Em outra definição, Gonçalves Dias ensina que “filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado” (GONÇALVES, 2018, p.154). Assim, pode-se depreender dessas definições que a filiação está diretamente ligada à descendência genética, contudo, conforme a parte final do conceito de Gonçalves Dias, poderá ser configurada também, por meio de um vínculo civil.

As questões envolvendo a filiação são tratadas pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio de vários diplomas legais. A Lei 10.406/2002, que institui o Código Civil, discorre sobre o assunto desde como se dá o reconhecimento de um filho até como será a distribuição dos bens quando da morte de um dos seus genitores. Por outro lado, a Lei 8.069/1990, que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, não debruça exclusivamente nas questões de filiação, mas trata dos direitos e deveres da criança e do adolescente no geral, além de trazer hipóteses de filiação por adoção. Juntamente com outras leis esparsas, a questão da filiação é amplamente tratada no ordenamento jurídico, o que não impede, contudo, de se encontrar algumas situações

cuja solução não pode ser extraída diretamente do texto da lei. O fato é que a sociedade, como um organismo vivo que é, evolui e exige constantemente novação legislativa.

Diante disso, é importante frisar que o conceito jurídico de filho evoluiu muito juntamente com a evolução da sociedade. Num passado não muito distante, havia forte discriminação entre filhos, pois dava-se a cada um deles um tratamento jurídico diferenciado utilizando-se de diversos critérios, como por exemplo o critério do casamento. Assim, se o filho fosse oriundo de uma relação matrimonial ele recebia mais proteção que aquele tido fora do casamento (FARIAS; ROSENVOLD, 2015, p.545).

Isso ocorria porque no início século XX o que existia no Brasil era uma sociedade muito marcada por um patriarcado estrutural, que nesse momento representava o espírito da época (GILDO, 2016, *online*). Nesta sociedade o homem desempenhava um papel central em todos os nichos, existindo inclusive certa hierarquia entre marido e mulher. A esta última era delegado, não raro, o papel de dona do lar, ficando a mulher a cargo do trabalho doméstico e do cuidado com os filhos. Já os filhos, como não poderia ser de outra forma, recebiam tratamento diferenciado de acordo com o sexo. Aos meninos era incentivado o estudo e o aprendizado para adquirirem pujança nos negócios. Em contrapartida, restava para as crianças do sexo feminino serem educadas para o lar e ensinadas desde cedo a serem “boas esposas”. Esse desenho de família era então passado de geração em geração, consubstanciado firmemente em leis que o resguardava. As mulheres, consideradas nessa época incapazes pela lei civil, saíam de uma situação de submissão ao pai enquanto crianças para, após casadas, passarem a ser submissas aos maridos em casamentos muitas vezes arranjados. Aos filhos do sexo masculino, como dito, era reservado o acesso à educação, sendo mostrado a eles desde cedo como lidar bem com dinheiro e negócios, a fim de que cuidassem do patrimônio da família quando da morte dos pais. É importante ressaltar que o patrimônio da família tinha grande peso nesta sociedade patriarcal e esse modelo familiar adotado tinha como escopo a proteção e preservação desse patrimônio (GILDO, 2016, *online*). Por isso, havia uma grande preocupação na época de que a lei pudesse servir como um mecanismo de bloqueio à diluição do patrimônio da então legítima família, qual seja, a família cujos filhos eram oriundos de um casamento formal.

Dessa forma, o Direito cuidava de proteger o patrimônio familiar, não permitindo o reconhecimento de qualquer filho que não viesse diretamente de uma relação conjugal formal. Os chefes de família muitas vezes mantinham relações extraconjugais que geravam filhos, mas esses filhos eram excluídos de qualquer participação do patrimônio do pai pela própria lei, causando um evidente prejuízo moral e financeiro para esses filhos. Isso ocorria porque nessa sociedade só havia um tipo de família e só poderia ser considerado filho para fins sucessórios e de filiação aquele proveniente desse modelo tradicional. Conforme bem ensina Maria Berenice Dias, “a família constituída pelo casamento era a única a merecer reconhecimento e proteção estatal, tanto que sempre recebeu o nome de família legítima”. (DIAS, 2013, p.360).

Para regular essa sociedade patriarcal havia o Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916) que permaneceu em vigor por mais de 80 anos. Espelhando os valores da época, o Código fazia uso de uma classificação dos filhos que levava em conta o estado civil dos pais. Desse modo, os filhos eram classificados legalmente de acordo com a origem conjugal, podendo ser então chamados de filhos legítimos ou ilegítimos (GILDO, 2016, *online*). Os filhos legítimos eram somente aqueles nascidos de pais unidos pelo matrimônio, ou seja, somente pais casados de acordo com os trâmites determinados pela lei poderiam ter filhos legítimos. Qualquer filho que nascesse fora do matrimônio seria considerado ilegítimo. Desde o nascimento, os filhos legítimos eram protegidos pela presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant* (é o pai aquele que o matrimônio como tal indica), o que demonstra que era considerado o pai desse filho sempre o marido da mãe (GILDO, 2016, *online*).

Já aos filhos ilegítimos não restava qualquer presunção de paternidade (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.546). Além disso, os ilegítimos recebiam uma subclassificação, sendo então divididos em dois grandes grupos, de acordo com sua origem: filhos ilegítimos naturais, que seriam os vindos de pais que a par de viverem juntos ou manter um relacionamento estável não eram casados formalmente; e filhos ilegítimos espúrios, aqueles que eram frutos de um adultério, que ainda podiam se subdividir em dois grupos – filhos espúrios incestuosos, que seriam os oriundos de relação entre pessoas com grau de parentesco muito próximo – e os filhos espúrios adulterinos, sendo este último grupo o que representava os filhos que nasciam de um adultério qualquer (GILDO, 2016, *online*).

Dessa forma, vê-se que o sistema patriarcal e o da diferenciação entre os filhos eram legitimados pelo ordenamento jurídico, cujo objetivo era, como tudo indica, dar proteção às posses da dita família legítima. Apesar disso, havia uma pequena brecha legal para que os filhos ilegítimos acessassem o patrimônio do pai. O art. 353 do Código Civil de 1916 previa que o casamento dos pais serviria como legitimação dos filhos, prevendo que nesse caso esses filhos seriam em tudo equiparados aos filhos legítimos. Assim, os filhos, antes considerados ilegítimos, passariam a ter o mesmo tratamento jurídicos dos filhos legítimos. Segundo Gonçalves Dias, “a legitimação tinha o condão de conferir aos filhos havidos anteriormente os mesmos direitos e qualificações dos filhos legítimos, como se houvessem sidos concebidos após as núpcias” (GONÇALVES, 2018, p.114).

Claramente, essa disposição legal logrou beneficiar o filho que ficava antes impedido legalmente de acessar o patrimônio familiar do pai, já que o filho uma vez considerado ilegítimo não poderia ingressar, por exemplo, com uma ação de alimentos, muitos menos ser chamado a suceder (GILDO, 2016, *online*). Ainda que tal previsão legal de legitimação fosse revestida de caráter protetivo, ela só aproveitava, em um primeiro momento, aos filhos ilegítimos naturais, deixando de lado os filhos ilegítimos espúrios.

Contudo, em 1949, com a promulgação da Lei nº 883/1949, houve algum avanço legislativo sobre o tema (FARIAS; ROSEVALD, 2015, p.546). Essa nova lei trouxe a previsão de que os filhos espúrios incestuosos e adulterinos também poderiam ganhar a chance de serem reconhecidos pelo pai, podendo a partir do momento do reconhecimento figurarem em uma partilha. Ainda que progressista em alguns sentidos, a referida lei não equiparou totalmente os filhos espúrios incestuosos e adulterinos aos legítimos, já que ainda persistiu a previsão de que os filhos espúrios ficassem com apenas a metade do destinado aos legítimos em uma partilha. Foi somente com a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77) que houve de fato uma equiparação do direito sucessório de todos os filhos, legítimos ou não (GILDO, 2016, *online*). A partir de então, passou a não caber mais deixar um filho de fora de uma sucessão sob o argumento de ter sido concebido fora de um casamento, regra que veio a proteger sobremaneira os filhos até então ditos ilegítimos.

A partir desse momento, pode-se ver que a questão dos filhos ilegítimos passou a ser regrada legalmente, dando a eles os mesmos direitos dos considerados legítimos. Contudo, o

estigma de ser considerado um filho ilegítimo continuava nesse momento entranhado na sociedade, devido a manutenção desses termos pejorativos no corpo social, inclusive legalmente (GILDO, 2016, *online*). Em contraste a essa verdadeira moralidade patriarcal que ainda estava presente na sociedade, o constante avanço social passou a trazer novos arranjos familiares que timidamente foram aparecendo, não sendo mais possível aceitar conceitos retrógrados, como o de que somente o matrimônio deveria ser aceito como a base de uma família. Com isso, foi necessário um aperfeiçoamento legislativo que assegurasse direitos às novas instituições familiares que lentamente surgiam, sendo esse aperfeiçoamento legal o motivador de uma mudança de paradigma no tratamento das bases da família brasileira.

Assim, a Constituinte de 1988 veio a promover uma nova Carta Magna que trouxe importantes avanços e novos princípios no tocante ao Direito de Família (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.546). Cumprindo sua função de norteadora de todo o ordenamento jurídico, a Constituição Federal de 1988 trouxe ao primeiro plano normativo a ideia de que todos os filhos devem ter tratamento igual dado pela lei, independentemente de como se dá a filiação. Além disso, a partir desse momento a base legal usada para a consideração do que é família deixou de ser unicamente o matrimônio e passou a ser os laços de afeto que unem determinado grupo de pessoas (GILDO, 2016, *online*). Essa nova visão focada no laço afetivo trouxe importantes repercussões para o ordenamento infraconstitucional e vem sendo usada desde então como parâmetro na interpretação jurídica e social de casos concretos envolvendo as novas estruturas familiares que continuam surgindo.

A sociedade, como deve ser, seguiu avançando e graças a isso a visão do que seja família hoje é bem diferente do conceito que se tinha no início do século XX. Atualmente é possível encontrar muitas estruturas sociais que se inserem no conceito amplo de família, como as famílias monoparentais (sendo inclusive muito comum que essas famílias sejam chefiadas por mulheres), outras formadas por pessoas do mesmo sexo com filhos e, mais recentemente, até famílias cujos animais de estimação recebem tratamento parecido ao de um filho, sendo possível inclusive encontrar julgados que concedem a guarda compartilhada de animais em caso de separação. Nesse tema, há também uma discussão muito atual no STJ a respeito da possibilidade ou não de pensão para animais de estimação.

Aliado a essa nova forma de encarar o Direito de Família, a lei civil passou a prever a possibilidade de reconhecimento até mesmo de filho não consanguíneo, mas que possua laços de afeto com alguém que age como se filho fosse. Para o reconhecimento desse vínculo familiar, é preciso que exista o afeto recíproco entre o pai/mãe e o filho(a). Nessa hipótese, o filho é chamado de filho afetivo e seu reconhecimento está previsto no art. 1.593 CC, sendo nesse caso o parentesco classificado como civil (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.593).

Diante de todo o exposto, é possível afirmar que na atualidade é totalmente inadmissível que exista qualquer distinção entre filhos. Não se deve distinguir em direitos os filhos utilizando-se de qualquer critério, já que eles devem ter tratamento isonômico sejam eles consanguíneos, adotados ou afetivos (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.546). Neste sentido, ensina Gonçalves Dias: “A Constituição de 1988 (art. 227, §6º) estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima e ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que existia no Código Civil de 1916” (GONÇALVES, 2018, p.114).

Na esteira da Constituição Federal de 1988, entrou em vigor, em 2003, o novo Código Civil (Lei 10.406/2002) que em seu art. 1.596 repetiu o texto do art. 227, §6º da CF, reafirmando assim o princípio de não discriminação entre os filhos. Apesar do grande avanço e o bom alinhamento da lei com a realidade social, o Código manteve em seu texto a presunção de paternidade dentro do matrimônio (art. 1.597 CC), o que na prática obriga os filhos tidos fora do casamento a terem que buscar judicialmente o reconhecimento de paternidade, quando o pai não o faz espontaneamente (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.547). Contudo, deve-se destacar o grande avanço no marco legal que estabeleceu proteção constitucional a todos os filhos, não importando se o vínculo é biológico, jurídico ou afetivo. Assim, o que se tem hoje é que independentemente da origem da filiação, todos os filhos devem ser iguais em direitos perante a lei.

1.2. A modernização como fator de mudança na construção das famílias e o uso das técnicas de reprodução assistida

A mudança de viés interpretativo no conceito de família - do matrimônio para o laço afetivo - trouxe importantes avanços ao Direito de Família no Brasil e como não poderia ser

diferente, também mudou um outro ramo do Direito correlato: o Direito das Sucessões. Todos os avanços foram importantes e serviram para acomodar a realidade social em novas regras que puderam garantir o direito de todos até então. Contudo, deve-se reafirmar que a sociedade é um organismo vivo e por isso está em constante mudança. Nos dias de hoje, apesar de todos os louváveis avanços legislativos alcançados, já é possível depara-se com casos concretos atinentes ao direito familiar e sucessório que não podem ser resolvidos pelo texto de lei.

A construção das famílias hoje em dia tem passado por mais uma mudança. Pode-se dizer por exemplo que o aumento do trabalho de mulheres fora de casa nas últimas décadas é um fator que tem favorecido o adiamento do plano de ter filhos, muitas delas decidindo inclusive em não os ter. Além disso, a melhora dos níveis de desenvolvimento científico pelo mundo e o aumento da renda de muitas famílias têm igualmente ajudado na procura de soluções para o que tem sido chamado de Planejamento Familiar (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.561). Atualmente tem se tornado relativamente comum que mães e pais tenham filhos mais tarde e até mesmo guardem material genético para conceber filhos futuramente. Por isso, a questão de ter um planejamento familiar voltado para o futuro tem se tornado muito importante para a construção de muitas famílias.

Nessa esteira, as técnicas ultramodernas de reprodução assistida vêm crescendo em número e qualidade e hoje não são mais restritas à casais com dificuldades de ter filhos (SCALQUETTE, 2010, p.23). Por outro lado, essas técnicas também têm sido amplamente usadas como uma ferramenta de planejamento familiar. Assim, as técnicas empregadas em laboratório para fertilização artificial estão se tornando cada vez mais comuns à medida em que a necessidade de um planejamento familiar cresce. Desde o primeiro bebê de proveta, concebido artificialmente e depois implantado no útero da mãe no ano de 1978, muitas técnicas de reprodução assistida surgiram, o que gerou um novo descompasso entre a realidade social e o ordenamento jurídico (GILDO, 2016, *online*). Em consequência disso, hoje já é possível deparar-se com situações atinentes à filiação oriundas da concepção de filhos por meio de técnicas de reprodução assistida que geram conflitos sociais cuja solução não é encontrada no texto de lei.

O descompasso entre essa nova realidade e a lei fica evidente quando se observa que o Código Civil, com seus mais de dois mil artigos, só dedicou alguns incisos para tratar do tema

da reprodução assistida. A questão do tratamento legal restrito sobre o assunto se torna ainda mais evidente quando se observa que o Código traz o tema da reprodução assistida relacionando-a somente a algumas hipóteses de presunção de paternidade, relatadas no art. 1.597 CC (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.576). Por isso, tem sido tarefa árdua para os operadores do Direito a tratativa da questão, por haver pouca produção legislativa sobre o tema.

A partir da leitura do art. 1.597 do Código Civil, vê-se que seus incisos III, IV e V abordam timidamente o tema da reprodução assistida. Esses incisos tratam, respectivamente, da presunção de paternidade a partir dos filhos gerados por fecundação homóloga artificial ainda que falecido o marido (inc. III), dos filhos havidos a qualquer tempo por meio de embriões excedentários decorrentes de fecundação artificial homóloga (inc. IV), e dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido (inc. V). Apenas para ilustrar um conceito, pode-se dizer que a fecundação homóloga é aquela em que um casal decide ter um filho utilizando-se de seus próprios gametas (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.577). Já a heteróloga opõe-se a essa quando se utiliza do gameta de um terceiro doador na fecundação, muitas vezes pela impossibilidade de um dos interessados em utilizar seus próprios gametas (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.580). Mas, o que há de comum nessas duas técnicas é que em ambas é preciso que ocorram diversas tentativas de fecundação nas quais vários óvulos são fertilizados até que, após uma ou algumas fecundações bem-sucedidas, um dos embriões então formados possa ser implantado no útero da genitora. Ocorre que os outros embriões formados nas várias tentativas de fecundação e não implantados de imediato nem sempre são logo descartados, sendo que alguns casais decidem congelá-los para um possível uso futuro. Nesse caso, os embriões são conservados em câmaras criogênicas, e por fazerem parte de uma sobra de fertilização recebem o nome de Embriões Excedentários (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.574). A partir dessa moderna técnica de preservação de material genético, a liberdade para o planejamento familiar passou a ser bem mais ampla, sendo possível inclusive que um dos cônjuges decida conceber um filho até mesmo após a morte de seu par.

Essa interessante possibilidade abre novos questionamentos jurídicos que ultrapassam as questões da legitimidade dos filhos tratadas no Código Civil. A partir do nascimento de um filho póstumo por exemplo, abrem-se questões atinentes não só a sua presunção de paternidade, mas também outras dúvidas como as relacionadas ao seu direito sucessório. No tocante à

paternidade, o Enunciado nº 106 da 1ª Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal determina 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.

No mesmo sentido é o que impõe uma recente norma do Conselho Federal de Medicina. A Resolução 2.294 de maio de 2021 do CFM se alinha à ideia de presunção de paternidade do filho póstumo desde que haja autorização prévia do pai. A resolução é clara ao dizer que “será permitida a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.

Dessa forma, não há dúvidas que o planejamento familiar ganhou contornos na atualidade que dão grande liberdade aos pais no momento de conceber seus filhos, o que tem inevitavelmente resvalado em questões jurídicas, como sua legitimidade sucessória.

1.3 A possibilidade de geração de filho póstumo e seu direito sucessório

Uma das grandes questões abertas a partir da possibilidade de geração de um filho póstumo envolve a legitimidade em suceder desse filho. O art. 1.784 CC informa que a herança é transmitida aos herdeiros desde o momento da abertura da sucessão, ou seja, ocorrendo a morte a transmissão da herança do *de cuius* é imediata. Uma vez que se tem na presente hipótese um dos genitores ou até mesmo ambos pré-mortos à data do nascimento do filho, conclui-se que nesse momento a herança já estaria transmitida para os herdeiros que estavam nascido à época da morte do genitor. Assim, poderia então esse filho nascido após a transmissão da herança pleitear o direito ao seu quinhão hereditário? A doutrina inflama-se nessa discussão, existindo argumentos a favor e outros contra sobre o direito de suceder desse filho póstumo.

Para responder com mais cuidado essa questão, deve-se analisar mais de perto a estrutura do Direito Sucessório no ordenamento jurídico brasileiro. Iniciando por algumas breves definições dos termos mais comumente utilizados, pode-se conceituar sucessão que nas palavras de Sílvio Venosa, seria “substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos” (VENOSA, 2008, p.12). Assim, suceder nada mais é que ocupar o lugar vazio

deixado por alguma entidade. No caso do Direito sucessório, suceder é ocupar o lugar jurídico de alguém por ocasião de sua morte.

Seguindo nas definições, pode-se dizer que as causas que levam a uma sucessão são divididas em duas: as ocorridas por ato *intervivos*, que se dá por meio de um contrato de compra e venda por exemplo; ou por *causa mortis*, sucessão essa cuja causa é a morte de alguém, momento em que suas obrigações, direitos e bens são transmitidos aos herdeiros (GOMES, 2012, p.8). Por sua vez, a figura jurídica do herdeiro para Gustavo Tepedino pode ser definida como “aquele que sucede na totalidade da herança ou parte dela, sem determinação dos bens ou valores que a integram, a exemplo dos filhos que herdam frações ideais da herança na sucessão legítima” (TEPEDINO, 2020, p.23). O herdeiro pode ainda apresentar-se de duas formas: o legítimo, quando a própria lei lhe dá o direito de suceder, a exemplo do que ocorre com filhos, cônjuge e outros parentes consanguíneos; ou testamentário, quando a pessoa figura na sucessão como herdeira por ato de vontade do *de cuius* a partir da lavratura de um testamento (GOMES, 2012, p.40).

Para além dessas definições doutrinárias, tem-se que o direito de herança é constitucionalmente protegido e vem insculpido no art. 5º, inciso XXX da Constituição Federal (GAMA, 2017, p.23). Portanto, a herança é um dos direitos fundamentais da pessoa humana e merece especial atenção. Em razão dessa proteção constitucional pode-se dizer que a herança deve pertencer em qualquer hipótese aos herdeiros, só se transmitindo para a posse do Estado em caso de não haver o *de cujos* deixado qualquer sucessor legal ou testamentário, caso em que a herança é considerada vacante (GOMES, 2012, p.76).

Olhando agora mais de perto para a questão da legitimidade em suceder do filho póstumo, deve-se primeiramente levar em conta qual seria a natureza jurídica do embrião criogênico para então verificar se há respaldo legal a sua legitimação sucessória. Partindo para essa análise, verifica-se que o art. 1.798 CC assegura o direito de sucessão ao filho nascido ou já concebido no momento da sucessão. Alguns autores argumentam ser perfeitamente possível que haja a sucessão no caso de nascimento *post mortem*, pois consideram que desde a fecundação do embrião a concepção já ocorreu. Assim, um embrião excedentário estaria legitimado a suceder por já estar concebido na ocasião da morte do *de cuius*, situação então abarcada pela hipótese

do art. 1.798 CC. É o que defendem os doutrinadores Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald que asseveram:

Promovendo uma interpretação sistêmica dos comandos dos arts. 1.597, III e 1.798 do Código de 2002, diferentes conclusões surgem. Se já havia concepção laboratorial, quando do falecimento do genitor, o filho terá direito sucessório, uma vez que o art. 1.798 é de clareza solar ao afirmar que a capacidade para suceder é reconhecida em favor de quem nasceu ou foi concebido. Ora, não havendo diferenciação entre a concepção uterina ou laboratorial, é forçoso concluir que ambas estão abarcadas, em homenagem ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos (que é princípio de inclusão). (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.577)

Outros autores defendem que não é possível considerar esse embrião preservado criogenicamente como um ser concebido, pois sua concepção só ocorreria a partir da implantação do embrião no útero.

De uma ou de outra forma, é possível chegar à conclusão de que o filho concebido postumamente deve figurar como herdeiro em uma sucessão. Ainda que se considere o embrião criogênico como não concebido, o que poderia provocar, a priori, a sua exclusão da partilha por falta de previsão legal expressa, não se pode perder de vista que o ordenamento jurídico como um todo é permeado de princípios - alguns de alçada constitucional - e que devem ser observados. Assim, não se pode ignorar o fato de que esse filho, ainda que póstumo, deve ser considerado tão filho quanto os outros que já estavam concebidos quando da morte do genitor. A partir disso é possível invocar em defesa do filho póstumo vários princípios que dão sustentação ao seu legítimo direito em suceder (GAMA, 2017, p.195). Dentre esses princípios pode-se citar a Dignidade da Pessoa Humana que é vista como um valor supremo, vista muitas vezes como um macroprincípio e um direito pré-estatal (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.59); o princípio do melhor interesse da criança extraído da interpretação do art. 227, CF88; e o princípio da igualdade entre os filhos, trazido pelo art. 227, §6º, CF88, que impede qualquer discriminação ao considerar que todos os filhos independentemente da origem devem receber o mesmo tratamento legal.

Diante desses princípios considerados, fica claro que o interesse da Constituição e do ordenamento jurídico como um todo é o de igualar a situação jurídica dos filhos, qualquer que seja a situação dos seus genitores, não se admitindo que normas infraconstitucionais restrinjam os direitos do filho concebido *post mortem*, tendo em vista que o constituinte originário não

determinou qualquer exceção ao princípio da isonomia entre os filhos. Logo, pode-se concluir que “o legislador ordinário não poderá limitar esses direitos” (ALBUQUERQUE FILHO, 2005, *online*). O princípio da igualdade entre os filhos deve por seu turno garantir aos filhos tratamento isonômico, o que deve incluir os concebidos *post mortem* para todos os efeitos, sejam eles sociais, jurídicos ou legais. É preciso lembrar ainda que pela leitura do artigo 1.597, inciso III do Código Civil, é presumida a paternidade de filhos na constância do casamento havidos por fecundação homóloga, mesmo que falecido o marido. Assim, essa regra vem reforçar a ideia de que esse filho deve ter a paternidade reconhecida e deve, portanto, suceder.

Dessa forma, conclui-se que o embrião criopreservado, ainda que esteja fora do corpo da mulher e não podendo de imediato ser igualado ao concebido para ter aplicação direta do direito de suceder de acordo com o art. 1.798 CC, ele não está totalmente desprotegido pois encontra respaldo em seu direito sucessório quando observados os princípios que permeiam o ordenamento jurídico. A liberdade ao planejamento familiar, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia entre os filhos não permitem a diferenciação entre filhos concebidos antes da morte de um de seus genitores com aquele que foi concebido postumamente, “pois deve-se dar ao cônjuge supérstite o direito de conceber os seus filhos com plenos direitos, inclusive claro o de filiação e herança” (ALBUQUERQUE FILHO, 2005, *online*).

Em última análise, levando-se em consideração a proteção constitucional e infraconstitucional à criança, fica claro que esses filhos devem sim ter seu direito à sucessão reconhecido. O texto do art. 1.798 CC, ao estipular que ao filho nascido ou já concebido no momento de aberta da sucessão deve ser garantido o direito à herança, deixa claro que o Código quer proteger o direito daquele que já nasceu ou que já está no ventre da mãe no momento da morte do outro genitor, a fim de lhe garantir o direito à herança. Logo, é possível concluir que a intenção do legislador foi o de ampliar a margem dos legitimados a suceder, protegendo até mesmo a situação dos não nascidos. Nas palavras de Mauro Antonini, “este artigo é inclusivo e busca ampliar direitos e não os suprimir” (ANTONINI, 2010, p.2.120). Portanto, não haveria qualquer razão para usar esse texto para excluir o filho póstumo.

Dessa forma, apesar de a questão dos embriões criogênicos e seu direito sucessório, por ser fato relativamente novo, não ter sido tratada quando da tramitação do Código Civil, conclui-

se pelo exposto que esse embrião, enquanto permanecer no congelamento, não é protegido em relação aos seus direitos patrimoniais e, portanto, quando da morte de um dos doadores do material genético que lhe deu origem, esse embrião não será, pela lei, automaticamente um legitimado a suceder. Contudo, a doutrina tem se inclinado na tese de garantir o direito sucessório a esse embrião a partir de sua concepção, ainda que ocorra *post mortem*. Neste sentido, preceitua o Enunciado 267 do Conselho de Justiça Federal:

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.

1.4. Novas questões atinentes ao direito de suceder do filho póstumo

Partindo-se do ponto em que se aceita a legitimidade sucessória do filho póstumo, há o aparecimento de novas questões igualmente intrigantes com repercussão na esfera jurídica. Uma questão muito importante que pode surgir é a respeito do prazo em que esse embrião poderá ser concebido a partir do momento de abertura da sucessão (SCALQUETTE, 2010, p.21). A discussão do prazo é muito relevante, no sentido em que um prazo pode proteger não só o direito do filho póstumo, mas também o dos herdeiros que já estejam figurando na partilha. Além disso, a discussão de um prazo é importante já que o caso presente envolve conflito de direitos fundamentais: se por um lado tem-se o direito fundamental à herança do herdeiro póstumo, tem-se de outro o direito fundamental dos demais herdeiros à segurança jurídica por exemplo.

É possível imaginar várias situações em que esse conflito de princípios ocorra. Se por exemplo a partilha do genitor falecido já tenha ocorrido quando do nascimento desse filho póstumo, o legítimo direito dos demais herdeiros de terem seu patrimônio protegido a partir da partilha já encerrada estaria em conflito com o direito do filho póstumo em suceder. Assim, essa hipótese põe em voga discussões que envolvem o ato jurídico perfeito e a segurança jurídica. Uma vez que já tenha ocorrido a sucessão e os bens do *de cujos* já tenham sido distribuídos entre os herdeiros já nascidos ou concebidos na ocasião de sua morte, poderia ser o inventário reaberto para incluir o filho póstumo? Se sim, deveria haver um prazo para que esse filho requeira seu quinhão hereditário judicialmente? Ou de outro modo, deveria ser estabelecido um prazo máximo de conservação desses embriões criogênicos que, uma vez

expirado, impediria que esses embriões fossem usados em uma concepção, protegendo assim pelo lapso temporal o direito dos demais herdeiros? Essas questões precisam de solução, e suas respostas, ao menos hoje, não podem ser encontradas diretamente na lei, tampouco há solução pacificada na doutrina.

A respeito especificamente do prazo que o filho póstumo teria para ajuizar uma ação de petição de herança, há certo consenso que deve ser observado o prazo prescricional geral de 10 anos previsto no art. 205 do Código Civil (GAMA, 2017, p.169). O Supremo Tribunal Federal inclusive reconhece em sua Súmula 149 que a par de não possuir prazo a ação de reconhecimento de paternidade, a de petição de herança pode prescrever. Assim, uma vez concebido e nascido com vida o filho póstumo e tendo ele o direito sucessório reconhecido, ele terá 10 anos, a partir da cessação de sua incapacidade absoluta (por força do art. 198, I, CC), para ingressar com ação de petição de herança, na forma do art. 1.824 CC.

Por outro lado, o prazo máximo para que esse embrião seja implantado no útero a fim de evitar uma eterna insegurança jurídica para os herdeiros já concebidos no momento da morte do genitor não encontra, à primeira vista, consenso doutrinário, e a discussão de tal prazo é causadora de muitas discussões.

O fato é que há uma questão importante e contemporânea não resolvida pela lei e que por isso vem sendo enfrentada e discutida na doutrina. Muitos doutrinadores, dentre eles Guilherme Calmon, Ana Beraldo e Ana Scalquette, têm defendido ser necessário pensar em um prazo máximo para que esse embrião criogênico seja implantado no útero, a fim de que os herdeiros nascidos não fiquem *ad infinitum* na expectativa de um possível novo herdeiro que possa impugnar a partilha. Como o Código Civil silenciou-se diante dessa questão, muito provavelmente por sequer ter sido prevista na tramitação do Código a hipótese de uma concepção de filho cujo genitor seja pré-morto, há hodiernamente uma discussão se deverá haver esse prazo, e se sim, qual seria ele.

Para tentar resolver a questão, os doutrinadores têm se utilizado de alguns prazos já previstos pelo ordenamento jurídico e usados em temas correlatos. Uma primeira tentativa de estipulação de prazo parte da leitura do art. 1.799, inc. I do Código Civil, combinado com o art. 1.800, artigos que tratam do herdeiro testamentário. O art. 1.799 permite que o testador garanta

direito sucessório a descendentes de pessoas indicadas por ele, desde que essa pessoa esteja viva quando da abertura da sucessão. No art. 1.800, §4º, o legislador estipulou um prazo máximo de 2 anos para que a concepção desse descendente ocorra, sob pena de perda dos bens, hipótese em que os bens reservados no testamento a esse herdeiro não concebido deverão ser passados aos herdeiros legítimos. Parte da doutrina defende que o mesmo prazo deve ser usado em relação ao filho oriundo de concepção *post mortem*, ainda que no caso o assim nascido seja um herdeiro legítimo e não testamentário como prevê o artigo em questão.

Há ainda considerações a respeito do prazo trazido pela Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005). Essa lei prevê um prazo de 3 anos para que os embriões permaneçam congelados a fim de que sejam destinados, ao final desse prazo, para estudos científicos e terapias medicinais. Esse prazo também poderia ser usado como tempo máximo para a concepção do embrião. O mesmo prazo de 3 anos é previsto pela Resolução 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe no capítulo V do anexo, em seus tópicos 4 e 5, que os embriões devem ser descartados após 3 anos, desde que autorizado pelos doadores ou por abandono desses, essa última hipótese exigindo autorização judicial.

Contudo, há também doutrinadores que defendem que não deveria haver prazo algum, levando-se em conta princípios constitucionais. Marcio Rodrigues Delfim compactua desse entendimento, alegando que a “viúva não deve ter prazo algum para iniciar a inseminação artificial *post mortem*, sob pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana” (DELFIN, 2009, *online*). Para esse autor, a viúva não pode sofrer uma imposição jurídica para conceber o filho após a morte do seu marido, já que seria sempre possível uma futura sobrepartilha.

Já outra hipótese de prazo seria o de se considerar o prazo geral de 10 anos fixado pelo Código Civil, já que não há menção específica sobre qualquer prazo na lei, sendo então justificável a utilização dessa regra subsidiária (GAMA, 2017, p.194-195).

De todo modo, a questão do prazo para se conceber um filho póstumo a fim de se proteger o seu direito e o dos demais herdeiros é ainda muito controversa. Sendo assim, é imprescindível uma análise mais de perto da situação em comento. Uma vez definido que o filho concebido postumamente poderá ser herdeiro legítimo e, portanto, apto a suceder, não se deve olvidar da

questão dos demais herdeiros, levando-se em conta a possibilidade de existir uma partilha finalizada. Portanto, ainda que seja aceito que deve haver um prazo para que ocorra a concepção, sua definição é ainda muito incerta, merecendo um olhar mais de perto para elucidação.

2. REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*, O DIREITO DE SUCESSÃO DO FILHO PÓSTUMO E OS PRAZOS PREVISTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A reprodução assistida *post mortem* é uma possibilidade de planejamento familiar surgida na vida moderna. Como visto, essa possibilidade tem trazido grande liberdade às famílias quando o assunto é a geração de descendentes. Na esfera jurídica, a questão da reprodução assistida ainda encontra vazios legais que têm sido preenchidos por estudos doutrinários e arranjos hermenêuticos. Isso ocorre porque uma vez garantido o direito de suceder do filho concebido postumamente, tem-se o surgimento de discussões outras que envolvem conflitos de princípios normativos e direitos fundamentais. Deve-se sempre lembrar que o filho póstumo tem, como qualquer outro filho, direitos patrimoniais a serem protegidos e também os direitos inerentes à pessoa humana (SCALQUETTE, 2017, p.196). Da mesma forma, os coerdeiros devem ser protegidos bem como os terceiros que porventura com eles tenham contratado em razão de uma partilha. Portanto, diante desse cenário é preciso considerar uma colisão entre certos direitos fundamentais. O conflito de direitos fundamentais é uma questão comumente tratada em Direito cujo estudo possui robusta teoria que ajuda na elucidação de diversas situações. Na hipótese aqui tratada, pode-se levantar principalmente a colisão entre os princípios fundamentais do direito à herança e o da segurança jurídica.

2.1. Conflito de direitos fundamentais: Direito à herança x Segurança jurídica

Inicialmente, é preciso lembrar que os direitos fundamentais são uma classe especial de direitos que possuem envergadura constitucional e são protegidos de supressão, segundo disposição do art. 60, §4º. inc. IV da Constituição Federal. Em uma definição trazida por Ingo Sarlet, os direitos fundamentais são vistos como espécies de direitos inerentes à pessoa humana, algo próximo aos direitos naturais, e que devem ser protegidos pelo Estado na Constituição. Nesse sentido, o autor afirma que “o termo direitos fundamentais se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” (SARLET, 2018, p.321). A partir dessas definições, a Constituição Federal traz um extenso rol de direitos e garantias fundamentais em seu art. 5º, dentre os quais destaca-se aqui o direito à herança e o direito à segurança jurídica. Ambos, como direitos fundamentais que são, estão previstos na Constituição como cláusulas pétreas e por isso

são valores inegociáveis na vigência da atual Carta Magna brasileira, não podendo serem suprimidos nem mesmo por emenda constitucional. O direito à herança está previsto no art. 5º, inc. XXX da Constituição e a segurança jurídica vem descrita no inciso XXXVI do mesmo artigo.

A consagração do direito fundamental à herança à alçada constitucional está em linha com a recente constitucionalização do Direito Civil (GAMA, 2017, p.23). Essa nova visão do Direito Civil cotejado pela ordem constitucional impõe que se faça uma leitura dessa regra, antes eminentemente privada, à luz dos princípios constitucionais. Vale ressaltar que essa moderna visão não faz com que as regras do Direito Civil deixem de ter caráter privado, mas sim traz a ideia de que essas regras devem ser vistas como mandamentos jurídicos a serem interpretados conforme a Constituição. Logo, o direito à herança é garantido, mas sua aplicação fática deve conformar-se com outros princípios de ordem constitucional.

A segurança jurídica, por seu turno, é igualmente um princípio muito caro ao Direito e espalha-se como parâmetro interpretativo por vários de seus ramos. Em suma, esse princípio enaltece a importância de haver previsibilidade e estabilidade nas relações jurídicas, o que por si só é muito importante, já que uma falta de previsibilidade é capaz de trazer caos social e degradação de instituições judiciárias e administrativas. Dessa maneira, esse princípio carrega a ideia de que é necessário a existência de certa previsibilidade nas normas e das consequências de sua aplicação para que o Direito sirva como instrumento efetivo de pacificação social. Devido seu amplo alcance de atuação e sua inegável primazia para uma eficiente aplicação do Direito, o princípio da segurança jurídica é encontrado no sistema jurídico como um todo. No presente caso, esse princípio aparece quando se fala do ato jurídico perfeito (uma partilha finalizada, por exemplo), considerando o direito patrimonial dos coerdeiros e de terceiros que com eles podem ter contratado.

O conflito desses dois princípios constitucionais na hipótese em discussão fica claro quando se considera a possibilidade de o herdeiro póstumo impugnar uma partilha já finalizada, acarretando prejuízos numa cadeia de indivíduos. A solução de problemas que envolvem direitos fundamentais leva em conta o que se chama na doutrina de “mandado de otimização” (ALEXY, 2006, p.90), ou seja, de acordo com o caso concreto, um ou outro princípio poderá se sobrepor e sacrificar em certa medida a eficácia do outro. Assim, os dois (ou mais) princípios

são considerados válidos e devem ser “pesados” no caso concreto para definir a extensão da aplicação de cada um. Dessa forma, diferentemente das regras que são do tipo “tudo ou nada”, podendo ser consideradas válidas ou inválidas objetivamente, os princípios devem ter sua aplicação equilibrada em um caso concreto. Diante disso, a solução do caso necessita da aplicação de certa carga de subjetividade. Conforme ensina Robert Alexy: “...nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”. (ALEXY, 2006, p.93-94). No caso em discussão, observa-se que se de um lado o direito à herança deve ser garantido ao filho concebido após a morte de seu genitor, por outro os coerdeiros também devem ser protegidos de uma eterna expectativa de uma possível sobrepartilha, o que pode ser invocável a partir do que prevê o princípio da segurança jurídica. Do mesmo modo, os terceiros que contrataram com os herdeiros já nascidos na ocasião da sucessão devem ter proteção legal, em especial os adquirentes de boa-fé.

Tratando desses conflitos de interesses patrimoniais, o Superior Tribunal de Justiça, no AREsp 479.648, foi chamado a decidir em um caso envolvendo o surgimento de um herdeiro após ocorrida uma partilha. Na ocasião, com o fim de dar uniformidade a julgamentos dessa espécie, o STJ firmou um entendimento que deve ser observado nas instâncias inferiores. No caso em comento, o herdeiro já era nascido quando ocorreu a morte do autor da herança, contudo a existência do herdeiro era desconhecida da família. Com isso, a 4ª Turma do STJ, no julgamento ocorrido em dezembro de 2019, entendeu que deve haver um prazo prescricional para petição de herança a partir do momento de abertura da sucessão, ainda que o herdeiro não saiba da sua condição jurídica ou nem mesmo saiba do falecimento do autor da herança. Anterior a essa decisão, cabia o entendimento do STJ de que a prescrição só passava a contar a partir do trânsito em julgado de uma ação de reconhecimento de paternidade. O problema levantado pelos ministros do STJ era de que isso tornava o direito de petição de herança praticamente imprescritível, já que a ação de reconhecimento de paternidade pode ser intentada a qualquer momento até a morte do filho (art. 1.606 do Código Civil), sendo, portanto, uma ação imprescritível na prática. O fato de essa ação de reconhecimento de paternidade ter um prazo que termina com a morte do filho (cujo direito poderá passar ainda a herdeiros caso ele morra menor ou incapaz) trazia uma insegurança jurídica enorme aos coerdeiros e uma situação de grave perturbação às relações sociais, pois o risco de uma sobrepartilha poderia se prolongar

por anos. Assim, o risco de aparecimento a qualquer tempo de um novo herdeiro estava ferindo o direito fundamental à segurança jurídica e o ato jurídico perfeito e acabado (neste caso representado pela partilha). De outro lado, havia o direito fundamental à herança desse filho posteriormente reconhecido, que também deve ser protegido, cuja legitimação na ação de petição de herança ficava pendente do reconhecimento de paternidade. Assim, a alternativa trazida pelo STJ foi trazer o termo inicial da contagem do prazo prescricional na ação de petição de herança para a abertura da sucessão, o que deu uma solução mais razoável ao conflito de interesses e trouxe maior estabilidade às relações jurídicas. Dessa forma, excluiu-se a aplicação do prazo prescricional da ação de reconhecimento de paternidade, já que uma vez morto o autor da herança o eventual filho já está sob o manto da prescrição, ainda que não saiba da morte ou não tenha requerido o reconhecimento da paternidade. Sobre o tema, é bem esclarecedor o trecho do voto do Min. Moura Ribeiro no julgamento do REsp. 1.368.677 cujos argumentos vão ao encontro do acima exposto:

Sob outra perspectiva, é preciso alertar que a orientação adotada no voto do ministro relator e nos precedentes anteriores desta 3ª Turma depõe contra o entendimento majoritário a respeito da prescritibilidade da pretensão em debate. Com efeito, postergar para o final da ação de investigação de paternidade o termo inicial da prescrição é o mesmo que, na prática, tornar imprescritível a própria pretensão de petição de herança. Afinal, se a ação de petição de herança puder ser ajuizada no prazo de dez anos depois do trânsito em julgado da decisão havida na ação investigatória de paternidade, que pode ser proposta a qualquer tempo, isso significa que, na prática, ela será imprescritível. A orientação adotada no voto do Relator acaba por tornar virtualmente imprescritível a pretensão de recebimento de herança o que não se compatibiliza, em absoluto com a necessidade de estabilização das relações jurídicas. [...]

A prevalecer o entendimento adotado pelo ministro relator, teríamos de reconhecer que a maioria das partilhas sucessórias realizadas até hoje no país estariam agora sob suspeita. Se a qualquer momento pode, em tese, surgir alguém se apresentando como sucessor do de cujos, caso se admita que a ação de petição de herança possa ser ajuizada no prazo de dez anos a partir do reconhecimento da paternidade, teríamos de reconhecer que as partilhas já realizadas, não importa a quanto tempo tenham sido homologadas, também poderão ser questionadas. Esse cenário, a toda evidência, atenta contra o princípio da segurança jurídica. Todos temos, em nossas famílias, entes queridos que já faleceram e cujos patrimônios foram inventariados e partilhados entre os herdeiros então conhecidos. A tese adotada no voto do ministro relator e também nos julgados desta turma anteriormente citados impõem, como consequência, a eterna possibilidade de essas partilhas virem a ser questionadas judicialmente. Com efeito, se não existe prazo para o ajuizamento da ação de investigação de paternidade e se a petição de herança puder ser proposta após o trânsito em julgado da decisão havida naquele feito, teremos de reconhecer que todas as partilhas já realizadas podem, em tese, ser desfeitas, não importa quão antigas, bastando para isso, que surja um novo herdeiro.

Seguindo essa tese do STJ, o mesmo entendimento a respeito do termo inicial da ação de petição de herança é encontrado na doutrina majoritária. Guilherme Calmon, por exemplo,

compactua com o início do termo prescricional da petição da herança a partir da abertura da sucessão. Esse autor trabalha o conceito de lesão à direito e considera que o direito à herança do herdeiro superveniente nasce no momento da morte do genitor, ou seja, quando há a abertura da sucessão, e não quando ele vem a saber que pode ser filho e que deve adentrar com reconhecimento de paternidade. Assim, ensina o autor que “a lesão ao direito de herança se deu no momento em que ocorre a abertura da sucessão, época em que os herdeiros adquirem concretamente o direito à herança” (GAMA, 2017, p.172). Dessa maneira, é a partir desse momento que o prazo prescricional deve passar a ser contado.

Não soaria estranho, portanto, que o mesmo tratamento prescricional seja dado ao caso de filho concebido *post mortem*. A construção doutrinária nessa hipótese passa pela consideração de uma ficção jurídica que considera o filho como nascido na constância da vida conjugal, ainda que esteja na forma de um embrião excedentário criopreservado e venha a ser concebido posteriormente. Ou seja, ainda que o filho não tenha nascido no momento da morte do genitor e, portanto, não poderia haver lesão ao seu direito por se tratar de pessoa ainda não nascida, deve-se considerar que “o vínculo de parentesco do pai com seu filho se constituiu no curso da vida comum do casal, mesmo no caso de reprodução assistida *post mortem*” (GAMA, 2017, p.175). Esse vínculo, portanto, enseja na lesão ao seu direito no momento da morte do genitor, mesmo que ele venha a ser concebido em momento posterior.

De todo o exposto, pode-se perceber que deve se dar tratamento semelhante às hipóteses de herdeiro superveniente (já nascido, porém desconhecido na sucessão) e de herdeiro póstumo, uma vez que da mesma forma que ocorre no caso de filho já nascido na abertura da sucessão, mas reconhecido após a morte do genitor, a concepção de filho com genitor pré-morto é capaz de causar enorme insegurança às partilhas já terminadas. Isso nos leva a crer que um prazo deve ser estipulado para que o embrião criogênico seja concebido e figure como herdeiro legítimo em uma sucessão, com o intuito de proteger o direito adquirido de terceiros. Dessa forma, recapitulando a questão dos direitos fundamentais, a colisão entre o direito fundamental à herança e o direito fundamental à segurança jurídica poderá ser resolvida ao considerar-se a aplicação de cada um deles de forma otimizada por meio da estipulação de um prazo prescricional. No caso da sucessão *post mortem*, esse prazo prescricional que incidirá a partir da morte do genitor e, portanto, da abertura da sucessão, implicará na prática que o cônjuge supérstite terá um prazo determinado para conceber o embrião criogênico. Se concebido após

o prazo, o filho assim nascido não terá qualquer direito relativo à herança de seu genitor pré-morto.

Ainda que razoáveis tais argumentos, existem autores que são contrários à estipulação de qualquer prazo para a concepção de embriões criogênicos. Alguns autores lançam mão de outros direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e o direito ao planejamento familiar para defender que o cônjuge supérstite não deve ficar à mercê de um prazo para realizar seu plano familiar, o que de certo também não deve limitar o acesso aos direitos sucessórios do filho concebido postumamente. Passa-se assim a analisar os argumentos trazidos por esses autores no tópico seguinte.

2.2. Direito à herança do filho póstumo não limitado pelo tempo

Como visto, o direito à herança foi muito valorizado na Constituição Federal de 1988 e mereceu elevação ao status de princípio constitucional. Diante desse fato, muitas discussões centralizadas nesse direito estão sendo levantadas nos dias de hoje, sendo uma delas a questão do direito de herança do filho póstumo.

Devido a constitucionalização do direito à herança e sua colocação como direito fundamental, alguns autores defendem que ele não deve ser limitado por um fator temporal como na hipótese em análise. Para esses autores, limitar com um prazo prescricional o direito da prole concebida postumamente em participar da partilha é provocar uma diferenciação entre esse filho e os demais concebidos com o genitor ainda em vida. Um argumento utilizado por esse grupo de autores é que a estipulação de prazo para a concepção afetaria o direito do cônjuge supérstite de ver concebido seu filho após a morte de seu par, já que o genitor, ao ter a certeza de que este filho a partir de certo tempo não teria mais como participar da herança do genitor pré-morto, ficaria desestimulado a conceber tal filho. Além disso, eles consideram que não se deve limitar o direito à herança do filho póstumo seja qual momento for a concepção, pois ele sempre deverá ter a mesma garantia em suceder dos demais herdeiros, pois é filho legítimo assim como os outros.

Essa corrente que defende a não estipulação de um prazo para a concepção, apesar de trazer louváveis argumentos, é hoje minoritária, contando com autores como Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Rolf Madaleno e Marcio Rodrigues Delfim.

Se alguns desses autores defendem a proteção ao direito patrimonial do filho póstumo, outros argumentam que, pelo fato de o Código Civil não ter tratado o caso de filho concebido *post mortem* em seus artigos, a reprodução assistida de genitor pré-morto deve ser considerada ilegítima e por consequência a concepção de embrião criogênico deve ser proibida para fins de herança. Assim, ainda que um filho fosse concebido dessa maneira, a lei deveria tratar de não considerá-lo um herdeiro “legítimo” nos termos do art. 1.829 do Código Civil, o que de certo traria sérias restrições não só de cunho patrimonial mas também existencial ao filho póstumo. Portanto, na hipótese de se proibir efeitos patrimoniais à concepção *post mortem*, a estipulação de prazo para conferir direito sucessório tornar-se-ia irrelevante, já que esses filhos póstumos sequer seriam considerados herdeiros legítimos e, portanto, não teriam espaço na partilha, a qualquer momento que fosse a concepção. Uma questão que fica nesse ponto é que tal imperativo legal poderia ser contestado na Corte Suprema e ser declarado inconstitucional por violação a princípios legais, notadamente o princípio da igualdade entre os filhos. Por outro lado, os defensores de tal tese levam em conta que o Código Civil protege o filho nascido ou já concebido no momento da morte do autor da herança (art. 1.798 do Código Civil), e para grande parte desses autores o embrião criogênico não pode ser considerado concebido, pois ainda não está no ventre materno. Assim, considerando a literalidade do texto legal, esse filho concebido postumamente não estaria incluído na hipótese do artigo em comento, não tendo que se falar, portanto, em prazo de concepção para fins sucessórios, já que a lei já o exclui da sucessão legítima.

Entretanto, esses autores defendem de uma forma geral que o direito sucessório para o filho póstumo poderá existir caso haja previsão testamentária. Neste sentido é o que ensina Maria Berenice Dias que defende um mecanismo previsto em lei que permite ao testador deixar seus bens a um herdeiro a nascer (herdeiro eventual). Segundo ela, existe a possibilidade de o texto legal ser aplicado no caso de filho póstumo quando fala da sucessão testamentária: “de qualquer sorte, há a possibilidade de o filho fruto de reprodução assistida, quer homóloga, quer heteróloga, mesmo não concebido, ser contemplado mediante testamento (art. 1.799, I, CC), basta que nasça até dois anos após a abertura da sucessão (art. 1.800, §4º, CC)”. (DIAS, 2021,

p.225). Apesar de o texto legal se referir a filhos de terceiros, a autora defende que poderá o testador deixar também para sua própria prole. Dessa forma, é possível notar que para essa autora o direito de suceder existirá, se por meio de um ato de vontade instrumentalizado no testamento o *de cuius* assim o declarar, ainda que a morte do genitor ocorra antes da concepção de seu filho. Essa doutrinadora afirma ainda que a legislação não proíbe a inseminação *post mortem* e a Constituição consagra a igualdade entre os filhos para efeitos sucessórios. Portanto, não é admissível que a legislação infraconstitucional restrinja o direito ao planejamento familiar e do filho assim concebido. Contudo, ela considera que deve haver um lapso temporal para que ocorra a concepção a partir da morte do genitor, extraindo o prazo de 2 anos a partir da leitura do §4º do art. 1.800 CC, só havendo herança para esse filho caso haja o testamento. Já em relação à sucessão legítima, a autora defende que não há qualquer justificativa para se estabelecer o prazo de dois anos para concepção, mas é omissa em relação ao direito sucessório nessa hipótese (DIAS, 2021, p.224-225). Essa autora adverte que ao estabelecer prazo para concepção, faz-se uma discriminação entre o filho legítimo e os havidos por inseminação artificial *post mortem*. Assim, essa autora descarta qualquer estipulação de prazo mínimo para a concepção do embrião criogênico, somente fazendo referência a prazo quando se trata de seu direito de suceder por testamento. A autora afirma ainda que o prazo de 2 anos para prole eventual serve para estabelecer segurança jurídica aos demais sucessores e não deve prevalecer sobre esse indivíduo assim concebido (DIAS, 2021, p.225).

Entendimento semelhante é o de Maria Helena Diniz, que defende que o testamento seria o único instrumento capaz de garantir herança aos filhos concebidos com técnicas de reprodução assistida *post mortem*. Dessa maneira, essa autora adverte que só poderá haver direito sucessório mediante expressa disposição do testador (DINIZ, 2001, p.558). Não obstante a esse limitado reconhecimento ao direito sucessório, a autora defende que a concepção *post mortem* deveria ser proibida, já que “o filho concebido *post mortem* não terá um lar sob o amparo dos pais, nem uma vida normal” (DINIZ, 2001, p.457). Para essa autora, a biparentalidade seria essencial para um desenvolvimento saudável da criança, o que não seria possível numa concepção *post mortem*, já que somente um dos genitores (ou até mesmo nenhum deles) estaria vivo quando do nascimento do filho.

Por seu turno, Rolf Madaleno verifica a necessidade de avaliar a legalidade da concepção *post mortem*, no sentido de considerar ou não o embrião criogênico como sujeito de direitos.

Esse autor assevera que a possibilidade de nascimento de filho póstumo a partir dos avanços científicos nas últimas décadas tem trazido muitos desafios ao mundo jurídico, pois “a ciência humana com suas técnicas de fecundação assistida rompeu a regra da cadeia temporal entre o autor da herança e seu sucessor, porquanto a concepção de um sucessor pode ser arquitetada para depois da sua morte” (MADALENO, 2020, p.140). Diante desse desafio jurídico criado a partir do avanço científico, entende o referido autor que essa possibilidade de o sucessor sequer estar concebido no momento de abertura da sucessão poderá ser abarcada pela hipótese do art. 1.799, I, CC, que trata do direito de suceder de herdeiro ainda não concebido, desde que haja previsão testamentária. Assim, o autor não discute a sucessão legítima no caso de concepção *post mortem*, considerando ser possível que o filho póstumo herde somente na hipótese de disposição testamentária. Da mesma maneira como Maria Berenice Dias, o autor lembra que o inciso primeiro do art. 1.799 CC se refere a filho de terceiros e não do próprio autor da herança. Esclarecedor é o traz o autor no seguinte trecho:

Desse modo, sem estabelecer qualquer limite temporal, o inc. IV do art. 1.597 da Lei Civil admite a possibilidade de ser gerado um filho após a morte de um dos pais, mas, certamente, não será esse próprio filho do autor da herança, gerado após a sua morte, o beneficiário de seu testamento, pois o inc. I do art. 1.799 do Código Civil se refere à prole de terceiros que lhe devem sobreviver. Contudo, é viável a inseminação *post mortem* com sêmen congelado do autor da herança, que então será pai depois de morto (CC, art. 1.597, inc. III). (MADALENO, 2020, p.141)

Ainda que o texto do Código Civil trate da prole de terceiros, na parte final do trecho acima o autor considera cabível a concepção *post mortem* de filho do autor da herança, e assim haveria a possibilidade de o testador deixar bens para sua própria prole em caso de concepção *post mortem*, desde que haja expressa autorização para uso do material genético. Continua o autor:

Trata-se no mais usual e que a própria legislação civil admite, da utilização *post mortem* de esperma criopreservado do esposo e por igualdade constitucional deve ser incluído o companheiro ou qualquer pessoa e sua parceira, para a fecundação da viúva, ou da ex-companheira do falecido, ou ex-namorada, desde que o varão tenha deixado, em vida, anuência escrita para a realização do ato após o seu óbito. (MADALENO, 2020, p.142)

O autor discute igualmente a sucessão *post mortem* como possível no caso de filhos de terceiros, pois “também estes pais podem já ter falecido e expressado sua vontade de que seu material genético pudesse ser utilizado para fecundação assistida *post mortem*” (MADALENO, 2020, p.140).

Assim, de forma semelhante ao que preceituam Maria Berenice Dias e Maria Helena Diniz, esse autor vai limitar os efeitos sucessórios testamentários da concepção *post mortem* pelo prazo de 2 anos, de acordo com o trazido na lei civil:

Para os efeitos do inc. I do art. 1.799 do Diploma Civil, o §4º do art. 1.800 do Código Civil confere o prazo de dois anos, contado da abertura da sucessão, para nascer ou ao menos ser concebido, e posteriormente nascer com vida, o herdeiro esperado e indicado pelo testador, caducando após esse prazo a cláusula testamentária. (MADALENO, 2020, p.142)

Ainda a respeito deste tema, Juliane Fernandes Queiroz entende de forma semelhante e considera que o testador poderá deixar seus bens não só para filhos de terceiros, mas também para sua própria prole. Afirma essa autora que "se o testador pode atribuir a sua herança à prole eventual de terceiros, também o pode, sem qualquer restrição à sua própria prole" (QUEIROZ, 2001, p.80) Analogamente aos demais citados, a autora considera que a fecundação *post mortem* pode gerar filhos com direitos sucessórios, mas isso deve estar previsto em um testamento deixado pelo *de cuius*, ainda que o filho seja geneticamente seu.

O autor Marcio Rodrigues Delfim possui uma visão mais abrangente sobre o tema e leva em consideração vários princípios para defender o direito sucessório do filho póstumo sem prazo prescricional. Esse autor diverge em parte na linha argumentativa dos autores acima referidos, pois exclui o prazo prescricional não por eliminar o filho concebido *post mortem* da sucessão legítima, mas sim por levar em consideração vários princípios normativos. Para esse autor, não pode haver limitação temporal para garantia de direitos sucessórios ao filho póstumo, sob o risco de "violação do princípio da dignidade da pessoa humana da esposa, bem como do princípio do livre planejamento familiar". (DELFIN, 2009, *online*). Segundo ele, o cônjuge supérstite deve ter garantido seu direito à concepção no momento que melhor lhe aprouver, e que isso não pode impedir uma sobrepilha futura. Esse autor diverge dos demais ao considerar que a legitimidade para a sucessão não poderá se dar somente no caso de sucessão testamentária, pois o princípio constitucional da igualdade entre os filhos não admite que haja qualquer distinção. Portanto, na visão desse autor, esses filhos postumamente concebidos devem ser considerados herdeiros legítimos, tendo o direito de suceder da mesma forma que os filhos já concebidos/nascidos quando da morte do autor da herança. A sucessão do filho oriundo de inseminação homóloga *post mortem* é por esse autor defendida utilizando-se de princípios aplicáveis ao cônjuge supérstite (dignidade da pessoa humana e planejamento familiar) e outros

aplicáveis ao sucessor (como a igualdade entre os filhos), relegando ao segundo plano a segurança jurídica aplicável aos coerdeiros e terceiros que com eles tenham contratado.

Em síntese, pode-se ver que na visão dessa corrente minoritária não haveria sucessão legítima e então um prazo para concepção não seria aplicável (somente aplicável no caso de disposição testamentária), tendo inclusive quem defenda a proibição da técnica sob pena de não consideração de efeitos patrimoniais para o filho nascido postumamente. Por outro lado, há quem defenda que princípios normativos impedem a limitação pelo tempo ao direito de conceber e conseqüentemente de suceder. A corrente majoritária, contudo, contando com nomes como Guilherme Calmon, Ana Beraldo e Ana Scalquette, defende que deve haver a estipulação de prazo, levando-se em conta todos esses princípios destacados, inclusive a segurança jurídica. As discussões levantadas pela corrente majoritária demonstram a importância da otimização entre princípios e concluem sobre a necessidade de impor um prazo máximo para que a concepção ocorra. Muitos autores defendem que os filhos oriundos de embriões excedentários são herdeiros legítimos e, portanto, não podem ficar à mercê de um testamento para garantir seu quinhão hereditário. Dessa forma, o filho póstumo deverá ter legitimidade para figurar na partilha, contudo sua concepção deve ocorrer durante um determinado período para não ofender a segurança jurídica.

2.3. Do direito sucessório e o prazo máximo para a concepção

Não restam dúvidas que a maioria da doutrina admite a sucessão legítima para o filho concebido *post mortem*. Ao considerar os princípios da ordem constitucional atual e a análise feita por inúmeros doutrinadores, percebe-se que de fato deverão ser atribuídos ao filho concebido postumamente os mesmos direitos garantidos aos filhos que já haviam nascido ou sido concebidos no momento da abertura da sucessão.

O tema da legitimidade em suceder do filho póstumo é muito debatido na doutrina e teve especial abordagem na III Jornada de Direito Civil. Na ocasião, foi aprovado o enunciado 267, de autoria do doutrinador Guilherme Calmon, e que dispõe que a regra do artigo 1.798 CC deve ter aplicação aos embriões formados a partir de técnicas de reprodução assistida. O referido artigo do Código Civil fala especificamente da legitimidade em suceder dos nascidos ou já concebidos quando da abertura da sucessão. Dessa forma, é possível dizer que o enunciado

criado visou a proteger o embrião criopreservado, admitindo-se que a ele seja atribuído direitos patrimoniais, equiparando-o para esse fim à pessoa a nascer, ou seja, a que já está no ventre materno. O enunciado prevê ainda que esse embrião, uma vez concebido e nascido com vida, deverá socorrer-se da ação de petição de herança para que requeira seu quinhão hereditário, observando-se o disposto na legislação vigente.

Em apertada síntese, a ação de petição de herança tem como fundamento a possibilidade de o herdeiro reclamar a sua quota parte na herança antes, durante ou depois da partilha. É uma ação bem abrangente, sendo capaz de impugnar uma partilha já feita e conseqüentemente obrigar a uma sobrepartilha, ainda que o reclamante requeira a totalidade da herança, na hipótese de ele ser o único herdeiro legítimo. É igualmente possível que o herdeiro requeira sua inclusão na partilha junto com outros coerdeiros de mesma classe. Neste sentido é o que ensina Caio Mário da Silva Pereira ao afirmar que a petição de herança “é uma ação real universal, quer o promovente postule a totalidade da herança, se for o único da sua classe, quer uma parte dela, se a sua pretensão é restrita a ser incluído como sucessor, entre os demais herdeiros”. (PEREIRA, 2007, p.71).

Apesar de seu caráter protetor em relação ao herdeiro eventual, uma questão importante que deve ser considerada no processamento desta ação diz respeito à possibilidade de sua propositura após finalizada a partilha. Foi visto acima que a petição de herança pode ser intentada mesmo após a finalização do inventário e da partilha, pois o herdeiro, ainda que eventual, não pode ser impedido de acessar o patrimônio que lhe é de direito, já que muitas vezes ele sequer tem maneira de saber que pode figurar como herdeiro ou que a sucessão foi aberta. Assim, não se pode cogitar que a partilha finalizada faz coisa julgada para esse herdeiro. Segundo Orlando Gomes “o julgamento do processo de divisão hereditária não faz coisa julgada em relação ao pretense herdeiro real, por ter sido a ele estranho” (GOMES, 2012, p.279). Portanto, pode-se dizer que isso traz implicações não só a um herdeiro eventual já concebido/nascido, mas também ao que é concebido *post mortem*, pois este sendo um filho concebido após abertura da partilha por meio de embrião excedentário seria igualmente considerado um herdeiro estranho à partilha, podendo, portanto, reivindicar seu quinhão por meio de ação própria, qual seja, a petição de herança. A questão crucial neste ponto envolve considerar o prazo prescricional para ingressar com essa ação, já que mais uma vez a segurança

jurídica e o direito dos coerdeiros entram em colisão com o direito à herança do herdeiro eventual.

Outro ponto a ser considerado nesta ação é que o pretense herdeiro deve fazer prova da sua relação de parentesco com o falecido e conseqüentemente de sua condição de herdeiro. Para esse fim, a petição de herança deve ser cumulada com uma ação de investigação de paternidade. Neste ponto, é preciso lembrar o que já foi discutido acima, que uma grande diferença entre a ação de petição de herança e a da investigação de paternidade é a questão da prescrição. Enquanto a investigação de paternidade tem caráter pessoal e é imprescritível, a ação de petição de herança possui caráter patrimonial e deve prescrever, conforme recente entendimento da Suprema Corte. A Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal é clara na questão ao dizer: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não é a de petição de herança”. Deste modo, a petição de herança somente pode ser acolhida se intentada dentro de um prazo prescricional determinado, que será o prazo geral de 10 anos do Código Civil (art. 205 CC). O prazo deve ser contado com termo inicial a partir do falecimento do autor da herança e não do reconhecimento da paternidade, como já discutido.

O problema encontrado nessas ações é a grande probabilidade de extensão por décadas da possibilidade de o herdeiro eventual requerer sua herança. Não se pode perder de vista que existe uma questão que pode elevar o prazo prescricional da ação de petição de herança para muito além dos 10 anos e que se amolda perfeitamente à situação dos embriões excedentários. O artigo 198, I, CC traz a regra da não aplicação de prazo prescricional para menores de 16 anos (art. 198, I, CC), o que de certo aumenta a insegurança jurídica dos coerdeiros no caso da reprodução assistida. Desta forma, considerando a soma do prazo legal de 10 anos com o da não ocorrência de prescrição para o menor de 16 anos, vê-se que para o filho concebido *post mortem* o prazo prescricional para petição de herança terá fim somente quando ele atingir os 26 anos de idade, momento em que perderá a pretensão ao direito por prescrição. Assim, ainda que um prazo de prescrição esteja previsto, esse lapso temporal enorme, insista-se, traz grande insegurança jurídica aos coerdeiros. Mesmo que a aplicação da prescrição geral de 10 anos busque de certa forma encontrar um equilíbrio entre os interesses da pessoa que foi concebida postumamente e dos interesses dos demais herdeiros, a possibilidade de alongamento do prazo prescricional por mais de duas décadas é capaz de trazer muita insegurança aos coerdeiros, já que 26 anos é um prazo perfeitamente razoável para que uma partilha ocorra que, contudo,

ainda poderá ser impugnada até esse momento. Dito isto, é viável que se considere limitar não somente a pretensão processual à herança, mas também a própria concepção *post mortem*, a fim de tornar o emprego de técnica de reprodução assistida por meio de embriões excedentários mais segura sob o ponto de vista jurídico.

Apesar de haver certa uniformidade sobre o prazo de prescrição da petição de herança, o mesmo não ocorre com a limitação temporal dos efeitos patrimoniais de uma concepção *post mortem*. Cabe lembrar que a par de os incisos III e IV do art. 1.597 CC tratarem da presunção de paternidade do filho concebido por meio de técnicas de reprodução assistida, nada dizem sobre o prazo máximo de concepção. Igualmente, não se encontra por todo o Código qualquer menção ao direito sucessório dos filhos assim concebidos. Dessa forma, percebe-se que as técnicas de reprodução assistida e a possibilidade de utilização, a priori a qualquer tempo, dos embriões excedentários crioconservados, trazem um problema jurídico que deve ser enfrentado. Como dito, o Código é omissivo no que tange ao estabelecimento de prazo para a implantação do embrião no ventre materno e essa ausência de limitação temporal cria problemas de ordem prática no aspecto familiar e sucessório, especialmente quando já houve encerramento do inventário e da partilha. O risco de sobrepilha por um longo tempo torna necessária a utilização de um mecanismo adicional de proteção, qual seja, a definição de prescrição para a concepção *post mortem*.

Assim, o que torna a concepção criogênica uma difícil questão para o Direito é o fato de o embrião assim preservado pode manter-se apto ao desenvolvimento durante muitos anos. A possibilidade de concepção a qualquer tempo, como já amplamente citado neste trabalho, pode levar a sérios problemas de segurança jurídica, quando considerado o lado dos coerdeiros e de terceiros que por ocasião da morte já tenham se beneficiado da partilha. Segundo Ana Carolina Brochado, “no Direito das Sucessões é preciso raciocinar com situações certas, prazos, sob pena de comprometimento da segurança jurídica” (TEIXEIRA, 2008, p.720). Desse modo, não havendo lei ou posição jurisprudencial firmada que estabeleça prazo máximo para que a concepção ocorra a fim de não prejudicar o direito sucessório desses outros herdeiros, a doutrina inflama-se em discussões e teses para definir um prazo adequado.

Diferentemente do entendimento da corrente minoritária, vale ressaltar que a doutrina majoritária considera que não somente por testamento o filho póstumo terá direito sucessório,

mas também na ausência deste, já que o herdeiro assim concebido deve ser considerado legítimo. Neste sentido, Guilherme Calmon ressalta:

De imediato, é importante desconsiderar a possibilidade de o filho póstumo, como regra, somente poder suceder o falecido na sucessão testamentária – como herdeiro testamentário ou legatário”. Pois, conforme entendimento, a regra estabelecida no art. 1.798 não expressa tudo que deveria e, assim, se torna necessária a interpretação de modo a estender o preceito legal, inclusive, para os casos de filhos nascidos a partir de embriões congelados, já formados ou daqueles embriões que ainda serão formados, caso dos materiais genéticos congelados, e não permitir que seja restrito aos nascituros. (GAMA, 2017, p.146)

Caio Mario Pereira da Silva tem entendimento semelhante e aceita a possibilidade do concebido, ainda que após a morte do genitor, ser considerado herdeiro legítimo, pois o Código Civil, no artigo 1.597, o protege presumindo-o concebido na constância do casamento:

Resta saber como semelhante “presunção” (rectus, ficção) se harmoniza com a regra do artigo 1.798, que apenas reconhece legitimação sucessória às “pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão”. Se o filho havido artificialmente, após a morte do pai, reputa-se concebido “na constância do casamento”, estaria aparentemente preenchido o requisito para sua legitimação sucessória: seria ele, para os efeitos legais, um nascituro (e não mero concepturo), plenamente equiparado ao que, já concebido por um processo natural, apenas não houvesse ainda nascido quando da abertura da sucessão. (PEREIRA, 2007, p.34)

Portanto, considerando a condição de herdeiro legítimo desse filho e o silêncio do Código a respeito do prazo para concepção, muitos autores têm se debruçado nesta questão na tentativa de encontrar um prazo razoável que possa ser aplicado à concepção *post mortem*. O objetivo, como já mencionado, é trazer mais segurança jurídica à utilização de embriões excedentários em reprodução humana. Para Guilherme Calmon, é necessário observar os princípios que regem a situação de forma mais ampla possível para encontrar a melhor solução:

“é necessário analisar os vínculos de família que determinam e estabelecem a ordem de vocação hereditária, assim como, que as soluções se harmonizem com os princípios constitucionais da dignidade e igualdade do herdeiro legítimo, fruto de técnica de reprodução assistida post mortem, assim como do direito à herança dos já nascidos ou nascituros na época da abertura da sucessão, e a segurança jurídica dos terceiros envolvidos devido ao vínculo patrimonial”. (GAMA, 2017, p.186)

Em suas reflexões, esse autor assevera que ainda não há solução amplamente aceita sobre o tema. Em relação ao prazo, ele relata que ainda há muitas questões pendentes, notadamente as relacionadas à prescrição, termo inicial, causas impeditivas e suspensivas de contagem do prazo (GAMA, 2017, p.60). A questão é de fato complexa pois envolve encontrar solução

jurídica que abarque todos os atores envolvidos, a saber, o cônjuge supérstite, o filho póstumo, os coerdeiros e as pessoas que com eles porventura tenham contratado.

Para ilustrar uma opção de enfrentamento a essa difícil tarefa, a alternativa trazida por Guilherme Calmon é considerar a instituição do fideicomisso aplicável na concepção *post mortem*. Definindo o instituto em apertada síntese do trazido por Orlando Gomes, o fideicomisso pode ser conceituado como um instrumento jurídico no qual o testador (chamado fideicomitente) institui um herdeiro ou legatário (o fiduciário ou gravado) impondo-lhe a condição de transmitir a herança ou legado a outrem (o fideicomissário) após falecer ou mediante certa condição (GOMES, 2012, p.223). Na hipótese, o fiduciário fica com a propriedade dos bens, contudo essa propriedade é resolúvel. Assim, o fiduciário funciona como curador dos bens que deverão passar à propriedade do fideicomissário quando ocorrida a condição estabelecida em testamento ou morte do primeiro. Em relação à pessoa do fideicomitente, o fideicomisso serve para favorecer prole eventual ainda não nascida no momento da morte do testador (art. 1.952 CC), podendo ser seu próprio filho ou de terceiros. Na hipótese de o fideicomissário já estar concebido no momento da morte do testador, mas ainda não haver nascido, a regra do art. 1.952 ainda é aplicável, já que o fideicomissário só poderia ser considerado proprietário direto da herança caso já estivesse nascido no momento da morte do testador (parágrafo único do art. 1.952). Em suma, quando ocorrer a morte do fiduciário ou cumprida a condição do testamento, o fideicomissário será o proprietário dos bens e o direito do fiduciário fica convertido em usufruto (GAMA, 2017, p.130). Assim, considerando o caráter temporário da propriedade do fiduciário, Guilherme Calmon defende que o fideicomisso é um recurso jurídico que poderá ser usado no caso de sucessão de filho póstumo. O autor defende ainda que o fideicomisso pode ser usado tanto no caso de conservação de sêmen como para os embriões criogênicos:

Devido à conservação de sêmen ou de óvulo do autor(a) da sucessão, e o fato jurídico morte do testador, com a posterior concepção e, em seguida, nascimento da criança designada fideicomissária, a última disposição de vontade do falecido será cumprida, aguardando-se a morte do fiduciário, o implemento da condição resolutiva do direito deste ou o advento do termo resolutivo, para o fim de haver a transmissão da propriedade dos bens da herança ou deixados em legado em favor do filho póstumo (GAMA, 2017, p.132).

Não há qualquer incompatibilidade em se considerar a viabilidade da instituição de fideicomisso em favor do filho póstumo do testador que se origine de embrião congelado ainda no período de sua vida, e não desenvolvido até a época da abertura da sucessão. A *mens legis* que se extrai da previsão contida no art. 1.952 CC é a de viabilizar a instituição de herdeiro testamentário ou legatário na condição de

fideicomissário pessoa ainda não existente e que não esteja no estágio de nascituro no momento da feitura do testamento. (GAMA, 2017, p.135).

Contudo, na hipótese do fideicomisso também não há menção sobre qualquer prazo para que o fideicomissário venha a nascer após a morte do testador. É situação divergente da que ocorre com a disposição testamentária para prole eventual de terceiros, que deve obedecer ao prazo legal máximo de 2 anos para o nascimento do herdeiro. Assim, a vantagem do fideicomisso para o filho póstumo estaria nesse ponto, pois o seu direito patrimonial estaria protegido sem limitação de prazo, já que com a morte do testador ocorre a imediata transferência dos bens ao fiduciário e em um dado momento futuro ao fideicomissário (o filho). A limitação nesse caso seria o implemento do evento descrito no testamento, qual seja, morte do fiduciário ou implemento de certa condição ou advento de termo (BERALDO, 2012, p.159).

Vale observar aqui que o fideicomisso é modalidade de transmissão testamentária e não envolve a discussão mais acurada e abrangente da sucessão legítima do filho póstumo, ou seja, a sucessão que deve existir independentemente da existência de testamento. A abordagem da sucessão legítima é muito importante, já que é a modalidade sucessória mais comum no Brasil, pois não há em nosso país a tradição de escrever testamentos por razões de aspectos culturais e psicológicos. De acordo com Guilherme Calmon, a regra do Código Civil que trata da capacidade sucessória passiva em geral (art. 1.798) disse menos do que queria, de modo que o intérprete da lei “deve estender o preceito legal para os casos de crianças desenvolvidas a partir de embriões já formados ou daqueles embriões a formar, e não se restringindo aos nascituros” (GAMA, 2017, p.146). Nesse ponto, o autor lembra que a sucessão legítima de filho póstumo traz os já mencionados problemas de segurança jurídica em relação aos coerdeiros, igualmente como o que acontece na hipótese de surgimento de filho do *de cuius* que não havia sido reconhecido em vida por ele. A ação de investigação de paternidade cumulada com a petição de herança são as ações cabíveis na hipótese que, apesar de esta última já possuir previsão de prescrição, possui prazos demasiadamente longos o que mantém a insegurança jurídica por anos. Uma alternativa que reduz a insegurança para os herdeiros nessas ações é a possibilidade de requerimento de concessão de tutela de urgência de modo a reservar o quinhão hereditário até a solução definitiva. Outra opção mitigadora possível no caso do filho póstumo é a que se aplica na hipótese de ainda estar tramitando o inventário judicial quando esse vem a nascer, momento em que poderá também haver reserva de quinhão antes de realizada a partilha, nos

termos do art. 650 CPC. Nessas situações, os coerdeiros ficam cientes da possibilidade de divisão da herança com esse novo herdeiro, o que reduz a insegurança jurídica.

Contudo, mesmo com essas proteções processuais de cunho mais imediatista, no âmbito da reprodução assistida *post mortem* é mais provável que o filho venha a ser concebido e nascer anos após a abertura da sucessão em razão de o embrião criopreservado manter-se apto ao desenvolvimento por bastante tempo (BERALDO, 2012, p.174). Somado a isso, o prazo previsto para a petição de herança, que pode chegar a 26 anos, não resolve de forma satisfatória a questão. Diante disso, é preciso pensar um prazo para a concepção *post mortem*, resguardando não só o direito do concepturo póstumo mas também dos coerdeiros e os terceiros que porventura com eles tenham contratado.

Nesse ponto, alguns autores defendem que o silêncio legal a respeito do prazo força o uso do prazo geral de prescrição de 10 anos do Código Civil, que deve ser contado a partir da abertura da sucessão (morte do genitor). Nesse sentido é o que defende Guilherme Calmon:

A conclusão a que se chega é a de que, mesmo sem expressa previsão legal a respeito, o início da contagem do prazo prescricional geral para não permitir o encobrimento da eficácia da pretensão relativa à petição de herança é exatamente a data da abertura da sucessão. Logo, se entre a data da abertura da sucessão e o momento em que se caracteriza o decurso do prazo de 10 anos não houver concepção do embrião com o início da gravidez da mulher que poderá gestar o filho póstumo, terá de ser operado a prescrição decenal referente à eficácia da pretensão da herança. (GAMA, 2017, p.175)

O autor lembra ainda que assim como ocorre com o incapaz, não pode haver contagem de prazo para o nascituro, pois há impedimento. Assim, considerando um prazo de 10 anos para que a concepção ocorra e o posterior nascimento com vida do herdeiro póstumo, deveria esperar-se ainda 16 anos para que a contagem de um novo prazo de 10 anos (prescrição da ação petição de herança) seja iniciado. Desse modo, o tempo máximo poderia chegar a quase 36 anos, considerando que o prazo para a concepção é o mesmo prazo prescricional para a ação de petição de herança. Assim, a omissão legal sobre o prazo cria um risco aos coerdeiros de espera por décadas, já que extrair-se-ia para a concepção o mesmo prazo geral de 10 anos. Apesar dessa conclusão, o autor reconhece a complexidade do tema e sua contemporaneidade que impedem um estudo mais aprofundado apoiado na jurisprudência:

Verifica-se que há questões bastante complexas sob o prisma do Direito das Sucessões relacionadas às intercorrências referentes ao prazo prescricional da petição de

herança, tal como anteriormente analisadas. É certo que, como os temas tratados neste trabalho ainda são relativamente recentes, não houve posicionamento dos tribunais brasileiros a respeito da sucessão legítima do filho póstumo decorrente de técnicas de reprodução assistida e a busca de conciliação dos vários interesses envolvidos. (GAMA, 2017, p.177)

De forma semelhante, a autora Anna Beraldo considera que a definição de um prazo é imprescindível, e que tal prazo deve ser previsto por meio de lei, a fim de trazer mais segurança às relações jurídicas. A autora salienta que a longa fase recursal dos processos no Brasil, bem como a possibilidade de múltiplas gestações por meio de técnicas de reprodução assistida póstuma tem o condão de trazer enorme instabilidade às relações sociais (BERALDO, 2012, p.185). Diante disso, a referida autora defende a tese de que “é imperativo que uma lei que preveja um prazo seja editada, e que o embrião criogênico seja concebido no prazo determinado” (BERALDO, 2012, p.132). Em paralelo, essa autora defende ainda a aplicação de uma regra contida na Resolução 2.294 do Conselho Federal de Medicina. Essa resolução, que trata de normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, traz em seu capítulo V, tópico 3 do anexo uma regra prevendo que a concepção só pode ser feita desde que haja autorização expressa do genitor falecido. Esse entendimento é o mesmo que se observa nas obras de FREITAS (2008, *online*) e PISETA (2014, p.147). Em relação à estipulação de prazo, assim como ocorre na lei, a resolução silencia-se sobre o tempo máximo em que a concepção pode ocorrer. Desse modo, entende a autora que há falha legislativa e que deve ser fixado um prazo por meio de lei para que o embrião congelado seja utilizado nos casos de reprodução assistida póstuma. Esse entendimento possui fundamento na necessidade de fixação de um prazo temporal entre a abertura da sucessão e a realização do procedimento, trazendo estabilidade para os coerdeiros.

De forma semelhante, Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho entende ser de crucial importância a estipulação de um prazo, a fim de que uma eventual ação de herança não venha a causar insegurança jurídica, especialmente considerando a contemporânea possibilidade de se proceder ao inventário extrajudicialmente, conforme se extrai da leitura do art. 610, §1º CPC. Nessa hipótese, o inventário será concluído de forma bem mais célere que quando efetuado na via judicial, e um nascimento posterior ao trânsito em julgado tornará custoso o gozo do direito à herança em relação ao filho póstumo. Como analisado, o nascimento desse filho e a possibilidade de este reclamar seu quinhão hereditário por meio da ação de petição de herança (cujo prazo de prescrição é longo, chegando aos 10 anos), e considerando ainda a não ocorrência de prescrição contra os incapazes, o que pode ocorrer na prática é uma espera indefinida de uma

possível impugnação da partilha, o que claramente é altamente prejudicial à ordem jurídica (ALBUQUERQUE FILHO, 2005, *online*). Portanto, o referido autor defende que o mesmo prazo do Código Civil estipulado para dispor de herança testamentária para a prole de terceiros a nascer deve ser usado como tempo máximo de espera na concepção *post mortem*. Assim, além da manifestação expressa de vontade pelo de cujos de uso de seu material genético (conforme idêntico entendimento de Anna Beraldo acima exposto), o cônjuge supérstite deverá observar o prazo de até dois anos para que seja realizada a concepção dessa prole eventual, de forma análoga ao que é usado para prole a nascer de terceiros indicada como sucessora em testamento, conforme se depreende do artigo 1.799, inciso I combinado com o artigo 1.800 §4º, do Código Civil. Apesar de o texto de lei não mencionar concepção por reprodução assistida, muito menos por embriões criogênicos, poderia ser feita uma adaptação interpretativa para o uso do referido artigo no caso de concepção homóloga póstuma. Sobre esse assunto, a autora Ana Cláudia Scalquette faz ainda referência à diferença entre a prole eventual (art. 1.799, I) e do filho póstumo. Esse último, ainda que não previsto pelo testador, é seu descendente em 1º grau e por isso legítimo a suceder (SCALQUETTE, 2010, p.216).

Por seu turno, Ana Cláudia Scalquette entra em defesa do reconhecimento do filho póstumo a partir da regra codificada no art. 1.597 CC. A autora afirma que uma vez que o Código admite a presunção de paternidade do filho concebido postumamente, é bem confortável afirmar que o Código também admite a possibilidade da filiação *post mortem*. A partir disso, a autora se preocupa com as consequências sucessórias dessa afirmação, já que o filho nascido após a morte do genitor pode comprometer as relações jurídicas já constituídas. A solução que a autora apresenta para a hipótese sugere fazer uma correlação com o instituto da ausência do Código Civil para estabelecer os parâmetros sucessórios do filho póstumo. Lembra acertadamente a autora que esse instituto jurídico serve como proteção não só para os futuros herdeiros do ausente, que herdarão seus bens caso seja confirmada sua morte ou que essa seja presumida, mas também como proteção dos bens do próprio ausente, já que esse pode reaparecer em um prazo relativamente longo e ter seus bens de volta. Assim, os aspectos observados nas fases de curadoria dos bens do ausente, sucessão provisória e definitiva, poderiam ser adaptados ao caso de filhos póstumos. Então, “uma vez escoado o prazo estipulado em lei sem que haja formação e implantação do embrião, todo o direito patrimonial seria extinto relativamente aos bens deixados pelo falecido” (SCALQUETTE, 2010, p.212). Portanto, a autora defende que a abertura de uma sucessão provisória da ausência, com as devidas

adaptações, atenderia tanto o direito dos filhos já nascido (que já cientes da possibilidade de nascimento de outro descendente por embrião excedentário não poderiam se valer da anterioridade de seus nascimentos) como o direito do filho a nascer que teria seu patrimônio resguardado por prazo certo e por regras claras e pré-estabelecidas. Contudo, caso o filho venha a ser concebido após o período previsto, não terá qualquer direito à herança.

Em uma análise adaptativa de prazo, a alternativa trazida pela autora é usar o disposto na Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) que discorre sobre uso de embriões para estudos com células-tronco. Essa lei prevê que os embriões devem ser mantidos congelados por um prazo mínimo de 3 anos para que sejam usados em estudos científicos, desde que haja consentimento dos genitores. Assim, a autora considera o prazo de 3 anos bastante adequado por não ser tempo longo demais de espera para os coerdeiros (SCALQUETTE, 2010, p.200). Assim, a sucessão definitiva já poderia ser aberta a partir desse prazo sem concepção do filho póstumo, uma vez que os herdeiros já nascidos estariam na posse dos bens desde a sucessão provisória (SCALQUETTE, 2010, p.196-197). De forma similar, o prazo atenderia ao cônjuge ou companheiro supérstite por não ser demasiadamente curto de maneira a forçá-lo, ainda sob o efeito do luto da perda do ente querido, a se submeter ao procedimento de reprodução assistida póstuma. Não por acaso a Resolução 2.294 de 2021 do CFM estipula o mesmo prazo para descarte de embriões não utilizados. No capítulo V do anexo, em seus tópicos 4 e 5, a resolução prevê o descarte de embriões criopreservados que por lá permaneçam por um prazo de 3 anos, desde que autorizado pelos doadores ou por abandono desses. Esse prazo poderia ser aplicado na hipótese da concepção *post mortem*, considerando que a não utilização do material nesse tempo leva em conta fatores científicos, pois após determinado tempo de congelamento os embriões podem tornar-se inviáveis. Dessa forma, a autora defende que esse prazo deveria ser tomado emprestado e usado como tempo máximo de espera para a concepção do embrião criogênico, sendo assim possível ter-se um limite temporal para o uso de embriões criogênicos na geração póstuma de prole. (SCALQUETTE, 2010, p.198-199).

Em consonância com os autores acima citados, Ana de Moraes Salles Beraldo compactua do entendimento que reconhece o direito sucessório do filho póstumo. Para ela, à luz dos mandamentos constitucionais de não discriminação dos filhos, não é possível defender que um filho, mesmo que concebido após a morte do genitor, seja privado de seus direitos patrimoniais. (BERALDO, 2012, p.123). Além disso, a leitura conjunta dos arts. 1.597 e 1.798 CC levam a

essa mesma conclusão. Igualmente, a autora considera muito importante a estipulação de um prazo para que a implantação do embrião ocorra (BERALDO, 2012, p.130). Isso porque a concepção de um filho póstumo pode ocorrer muitos anos após a morte do genitor e tem o condão de provocar eterna expectativa desse novo descendente. Cita a autora que há inclusive notícia de nascimento póstumo por meio de material fecundante que permaneceu congelado por 22 anos. No caso, uma menina nasceu nos EUA de sêmen congelado deixado pelo pai que teve leucemia na adolescência. Na ocasião, ele resolveu congelar certa quantidade de sêmen que só foi utilizado quando ele já tinha 39 anos, o que deu origem a uma filha. Vale observar que ainda que o caso narrado não seja de um embrião criogênico concebido postumamente, os efeitos jurídicos de ter-se sêmen congelado para fecundação futura são os mesmos. Desse modo, a autora defende que seja estipulado um prazo para que o material criopreservado seja usado na concepção de uma criança. Em sua opinião, o prazo de 2 anos trazido pelo §4º do art. 1.800 CC não pode ser usado por violar a igualdade entre os filhos (BERALDO, 2012, p.130). A autora então se socorre dos princípios constitucionais para a defesa de um prazo, e considera essencial a ponderação entre os direitos dos coerdeiros, das pessoas que com eles negociaram e do herdeiro póstumo para a definição desse prazo, levando-se em consideração a segurança jurídica e os valores da justiça. Apesar de defender o prazo, a autora é sucinta ao dizer apenas que este não deve ser muito longo, deixando a definição para o trabalho jurisprudencial o qual deve observar os princípios vigentes a fim de não prejudicar nenhum dos lados (BERALDO, 2012, p.201).

De todo o exposto percebe-se que a definição de um prazo para que a concepção homóloga póstuma ocorra torna-se preponderante no resguardo da segurança jurídica, pois desse tipo de concepção surgem direitos sucessórios. É importante que os herdeiros já concebidos não fiquem eternamente sujeitos à possibilidade de revisão dos seus quinhões hereditários, o que seria motivo de caos social. Por isso, a imposição de um prazo para que se possa exigir os efeitos sucessórios deve prevalecer. Todavia, como há muita divergência e diversos posicionamentos, o melhor caminho para encontrar o prazo passa pela análise de princípios constitucionais tais como o do livre planejamento familiar, o direito à herança e o princípio da segurança jurídica que está associado aos demais coerdeiros e com quem eles tenham contratado. Assim, a conclusão a que se chega é que não há amadurecimento do tema na doutrina, tampouco nos tribunais brasileiros, o que torna imperiosa uma resposta legislativa para pacificar o tema.

3. A IMPORTÂNCIA NA DEFINIÇÃO DE UM PRAZO PARA A SUCESSÃO *POST MORTEM* E SEUS EFEITOS

A questão sucessória do filho póstumo é bastante complexa e envolve muitas discussões com temas sensíveis. Além disso, o tema passou a estar em pauta hodiernamente. Contudo, se por um lado o tema é contemporâneo, por outro já é possível observar que os julgados envolvendo uso de material genético *post mortem* estão ficando cada vez mais comuns. Apesar disso, a doutrina que serve para ajudar o operador do Direito nessa questão ainda não está madura, a despeito de já ter direcionamentos majoritários. Diante do grande impasse envolto na questão, não é surpreendente que alguns doutrinadores, diante do “estado da arte” das coisas, defendam inclusive a vedação da técnica de reprodução assistida para fins sucessórios (BERALDO, 2012, p.187). Para esse grupo de autores, há na hipótese grave violação da segurança jurídica a ponto de tornar-se insustentável o uso da técnica, já que devido ao êxito da técnica de reprodução assistida póstuma o filho assim concebido poderá figurar em uma partilha não só como concorrente sucessório com os demais herdeiros de mesma classe, mas também terá o poder de excluir por inteiro herdeiros em situações que esses figuravam como únicos legítimos antes do aparecimento do filho póstumo.

Segundo os ensinamentos de Guilherme Calmon, parte da doutrina defende que nos casos de reprodução assistida a herança dos herdeiros nascidos à época é real e não aparente, pois no momento da abertura da sucessão não estava ainda sequer concebido o embrião criogênico, pois ainda não estava no ventre materno (GAMA, 2017, p.169). Dessa forma, não se pode invocar por exemplo a má fé em negócios realizados por esses herdeiros com terceiros, e por isso não há como invalidá-los. Ainda segundo esse autor, a propriedade adquirida pelos herdeiros legítimos originariamente chamados à sucessão deve ser qualificada como propriedade *ad tempus* e, assim, se adequa a uma espécie de propriedade resolúvel sujeitando-se à regra do art. 1.360 CC. Isso significa dizer que a propriedade dos herdeiros legítimos ou testamentários no momento da sucessão é revogável de acordo com uma condição futura, que no presente caso é o nascimento de filho póstumo com vida. Desse modo, na hipótese da sucessão *post mortem*, não há uma propriedade resolúvel propriamente dita, nos moldes do art. 1.359 CC, mas sim uma propriedade resolúvel cuja condição é futura, ou seja, é um tipo de propriedade *ad tempus*. Esclarecedor em conceito da propriedade *ad tempus* é o trecho abaixo:

É modalidade de propriedade que não é adquirida para durar certo tempo, mas se apresenta potencialmente temporária, podendo seu titular perde-la por força de certos acontecimentos ulteriores que tenham efeito jurídico de revogar a propriedade anteriormente adquirida. (GAMA, 2017, p.101)

Assim, o autor defende que haja uma ação própria para o herdeiro póstumo requerer sua cota parte da herança (a ação de petição de herança), podendo ocorrer nesse momento dois efeitos para os herdeiros legítimos ou testamentários que, como visto, têm propriedade *ad tempus*: poderão perder a propriedade em favor do herdeiro póstumo, caso o bem ainda esteja no patrimônio daquele; ou então deverão ressarcir proporcionalmente o herdeiro legítimo póstumo na hipótese de o objeto da herança ter se transmitido a terceiro cujo título seja anterior à concepção, hipótese em que o terceiro será proprietário perfeito.

Dito isto, percebe-se que ao lado do direito do herdeiro deve-se também considerar - como extensamente debatido anteriormente - um prazo para que a concepção póstuma ocorra de forma a garantir a segurança jurídica, já que o litígio a respeito da herança pode renascer após anos de finalizada a partilha.

3.1. Da importância em definir um prazo para compatibilização de interesses entre os herdeiros

Como visto, a corrente majoritária defende que deve ser garantido ao filho póstumo o direito de suceder. Além disso, essa corrente defende, de uma forma geral, que deve haver um prazo entre a abertura da sucessão e a concepção *post mortem*, a fim de que a segurança jurídica possa igualmente ser preservada. Considerando os princípios constitucionais, o moderno conceito de família, a igualdade entre os filhos e a segurança jurídica, adota-se, nesse trabalho, filiar-se a essa corrente que defende o direito de sucessão do filho póstumo mitigado por um prazo para a concepção.

Deve-se observar que, diferentemente da situação do filho já nascido no momento da abertura da sucessão, mas que não sabia da morte de seu genitor, o caso do filho póstumo apresenta uma situação peculiar, uma vez que sequer há concepção quando seu genitor falece. Como o embrião não está no ventre materno e, portanto, esse embrião criogênico não encontra, à primeira vista, definição da lei civil quanto a ser considerado ou não como um sujeito de direitos, alguns autores, como por exemplo Anna Beraldo, indagam se poderia haver a

contagem de prazo prescricional para o filho oriundo desse embrião (BERALDO, 2012, p.183). Esse questionamento pode ser considerado válido, já que na doutrina majoritária considera-se ser possível a contagem de prazo prescricional quando há um sujeito de direitos o qual “tem condições de, sem qualquer empecilho, deduzir sua pretensão em juízo”. (GAMA, 2017, p.174). Como não há início da gravidez no momento da abertura da sucessão, é possível defender que não há sujeito de direito apto a estar em juízo. Assim, não se pode dizer, a priori, que o embrião criogênico esteja tendo seu direito lesionado, nem mesmo seria possível aplicar a ele um prazo prescricional, já que a lei civil não é contundente em defini-lo como um sujeito de direitos. Portanto, seria possível admitir que seu direito à herança só surgiria a partir da concepção (de sua implantação no útero), momento em que passaria a correr os prazos prescricionais já previsto em lei, bem como a possibilidade de lesão ao direito de herança. Assim, seu direito à herança restaria violado quando, ao nascer com vida, o então filho póstumo ficasse impedido de acessar seu quinhão hereditário. Na esteira dessa afirmação, Anna Beraldo observa que “somente quando há o nascimento com vida e a verificação de que este herdeiro não consta como sucessor no inventário é que se pode falar em lesão ao direito (BERALDO, 2012, p.183). Contudo, Guilherme Calmon considera que o direito à herança do filho póstumo é lesionado “na data da morte do autor da sucessão devido a sua preterição no inventário”. (GAMA, 2017, p.196). Com esse impasse, pode-se observar a clara omissão legislativa que a par de presumir como biológico filho concebido por técnicas de reprodução assistida *post mortem* como filho do homem casado (art. 1.597, III, CC), não cuidou de prever sua legitimidade sucessória, tampouco previu prazo para isso.

Além da discussão da natureza jurídica do embrião criogênico, observa-se que a definição de um prazo para que a fertilização homóloga póstuma ocorra com efeitos sucessórios torna-se preponderante no resguardo de direitos dos coerdeiros e de terceiros, o que também garante a estabilidade das relações sociais representada pela segurança jurídica. É importante que os herdeiros já concebidos não fiquem eternamente sujeitos a possibilidade de revisão dos seus quinhões hereditários, sendo por outro lado igualmente importante que o herdeiro póstumo não tenha sua sobrevivência ameaçada. É preciso lembrar que o direito à herança possui alçada constitucional e não se limita à preservação da propriedade privada, mas tem também a função de “proteção da pessoa humana de modo a assegurar-lhe condições dignas de sobrevivência e permitindo o pleno desenvolvimento de suas potencialidades” (GAMA, 2017, p.145). Diante do evidente choque de interesses, a imposição de um prazo para que se possa exigir os efeitos

sucessórios deve prevalecer, levando-se em conta os já citados princípios aplicáveis à questão, tais como o princípio constitucional do livre planejamento familiar, o direito à herança e o princípio da segurança jurídica associado aos demais coerdeiros.

Em relação à natureza jurídica do embrião criogênico, há construções doutrinárias para considerá-lo um sujeito de direitos, sendo apto, portanto, a sofrer aplicação de prazos prescricionais e/ou decadenciais. Para Guilherme Calmon, a definição de prazo deve ser defendida ainda que o futuro herdeiro não possa ser considerado sujeito de direitos por estar na forma de material genético congelado. Na hipótese, adverte o autor que a solução seria criar uma ficção jurídica, ao considerar que o filho possua vinculação de parentesco com os pais no curso da vida conjugal, mesmo que esteja na forma de embrião congelado. Assim, a lesão ao direito de herança ocorrerá no momento da morte do genitor, ainda que não concebido o filho. Sobre essa afirmação do autor, tem-se o seguinte trecho:

De todo modo, considerando a ficção jurídica estabelecida quanto à paternidade e filiação – e, por consequência, à maternidade e à filiação, com base na igualdade material entre os sexos – tratadas no art. 1.597 CC, para considerar que o vínculo de parentesco do pai com seu filho (originário da técnica de reprodução assistida) se constitui no curso da vida comum do casal, mesmo no caso de técnica post mortem, a solução para a questão será considerar que a lesão teria realmente ocorrido na data da morte do autor da sucessão devido à sua preterição. (GAMA, 2017, p.175)

Diante dessa construção doutrinária, o filho terá seu direito sucessório assegurado pois poderá ser afastado o argumento de que o embrião não seria um sujeito de direitos para fins sucessórios, e por isso poderá correr prazo prescricional contra ele.

Em relação aos coerdeiros, está do lado deles o princípio da segurança jurídica. Não é demais lembrar que o princípio da segurança jurídica é essencial para a confiança no Judiciário e no Estado de Direito. Sua importância reverbera em todos os ramos do Direito, sendo que a estabilidade alcançada pela aplicação desse princípio é importante para o desenvolvimento saudável de uma sociedade, pois traz paz social. Neste princípio está incutida a ideia de que o Estado deverá buscar o respeito e a aplicação das normas jurídicas da maneira mais previsível possível, para que se tenha conhecimento do conteúdo das normas e dos efeitos decorrentes delas. Assim, uma previsibilidade a respeito do direito sucessório do filho póstumo, mesmo no caso de uma sucessão legítima, envolve o estabelecimento de um prazo a ser observado entre a abertura da sucessão e a concepção que, entende-se nesse trabalho, deverá ser classificado como um prazo decadencial, já que seu escoamento levará a perda da condição de herdeiro legítimo,

ou seja, à efetiva perda de um direito. Em outras palavras, uma vez que o filho póstumo seja concebido após a expiração do prazo, o herdeiro póstumo não poderá requerer seu quinhão hereditário. A principal consequência disso será a de salvaguardar a segurança jurídica, o direito adquirido dos coerdeiros e dos terceiros que porventura com eles tenham contratado após a partilha, além de garantir o planejamento familiar e a herança do filho póstumo. Assim, com a aplicação do prazo o interesse de todos estará equalizado. Vale lembrar nesse ponto que o autor Guilherme Calmon, ao considerar que a propriedade de herança é *ad tempus*, admite que os terceiros já se encontram protegidos do herdeiro póstumo independentemente do prazo que ocorra a concepção, desde que o negócio que deu origem à propriedade tenha título anterior à concepção. Na hipótese em comento, será o herdeiro legítimo ou testamentário o responsável por ressarcir o herdeiro legítimo póstumo, mesmo considerando que a propriedade de herança daquele seja real e não aparente (GAMA, 2017, p.196). Portanto, na solução encontrada por Guilherme Calmon, o herdeiro legítimo está, pode-se dizer, menos protegido que o terceiro adquirente.

De todo o exposto, nota-se que a importância na definição de um prazo reside principalmente na ideia da segurança jurídica, levando-se em conta que o embrião criogênico pode ser considerado um sujeito de direitos e sofre lesão ao seu direito de herança no momento da morte de seu genitor. Como sujeito de direitos na ficção jurídica criada, contra ele pode correr prazo, cuja incidência vem a dar melhor previsibilidade tanto à situação dos coerdeiros como ao planejamento familiar. Assim, uma vez justificado a importância do prazo, cabe definir, dentre as diversas possibilidades legais hoje existentes, qual deve ser ele. A lei é omissa quanto ao assunto, mas construções doutrinárias, como analisado anteriormente, buscam equalizar os interesses e definir um prazo.

3.2. Da definição do prazo para a concepção *post mortem* para fins sucessórios

O prazo para uma concepção de filho concebido postumamente a fim de que a ele seja garantido direito sucessório é tema controvertido na doutrina. O que se vê na prática são muitos autores defendendo ou condenando a aplicação do prazo, cada qual utilizando-se de determinado instituto jurídico para encontrar um caminho factível para que o prazo seja ou não aplicado. No capítulo anterior foi analisado por exemplo que Ana Beraldo defende que deve haver um prazo, mas não entra em mais detalhes para definir qual deveria ser ele. Essa autora

anota que o filho póstumo deve ser considerado como filho do casal por força da interpretação do texto do art. 1.597, III, CC, já que esse filho é concebido durante o casamento e não em momento posterior à abertura da sucessão. A interpretação sistemática do Código Civil (art. 1.597 e 1.798 CC) leva à inevitável conclusão de que o filho póstumo tem legitimidade sucessória (BERALDO, 2012, p.168). De fato, não poderia haver conclusão diferente ao levar em conta também a hermenêutica constitucional. Apesar disso, a autora não traz um prazo determinado para que a concepção *post mortem* ocorra, mas considera importante a ponderação dos interesses dos herdeiros existente na abertura da sucessão, do filho póstumo, e de terceiros que negociaram os bens da herança, que deve buscar a “harmonização entre os valores da justiça e da segurança jurídica” (BERALDO, 2012, p.127).

Por outro lado, analisou-se que o doutrinador Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho procurou definir prazo certo para que o filho póstumo nasça e tenha direitos sucessórios. Esse autor defende um prazo de 2 anos para a concepção, prazo esse que é emprestado da sucessão testamentária de herdeiro não nascido indicado pelo testador (art. 1.800, §4º, CC). (ALBUQUERQUE FILHO, 2005, *online*). Pode-se dizer que o tempo de 2 anos é um prazo razoável considerando o direito do herdeiro póstumo e acomoda bem seu direito fundamental à herança, já que 2 anos é um prazo relativamente curto para que uma sucessão ocorra. Assim, ao nascer é provável que a partilha não esteja finalizada e que não haja maiores problemas jurídicos em incluir o filho póstumo, a não ser que seja hipótese de inventário extrajudicial, fato que acelera o processo. Por outro lado, pode-se contestar esse prazo por parecer pequeno demais para que o cônjuge supérstite tome a decisão de ter prole do genitor falecido. Além disso, o uso desse prazo necessita de uma construção hermenêutica sofisticada, já que o referido prazo é aplicado na sucessão testamentária e não para a legítima. Dessa forma, ao considerar esse prazo, é preciso invocar princípios constitucionais outros que corroborem para a ideia de que o filho legítimo deve receber o mesmo tratamento do herdeiro testamentário, o que de certa forma tenta igualar a condição do filho póstumo a de um herdeiro testamentário, “rebaixando” em alguma medida sua condição de herdeiro legítimo.

Continuando no tema da sucessão testamentária póstuma, Guilherme Calmon considera que deve ser aplicado o instituto do fideicomisso quando o genitor resolver deixar herança por testamento a filho ainda não concebido (GAMA, 2017, p.194). De forma análoga, Anna Beraldo também vê como uma boa escolha a opção pelo fideicomisso para proteger o filho póstumo que

seja do próprio testador (BERALDO, 2012, p.155). Desse modo, com a morte do fideicomissário ou com implemento de condição predefinida, haverá a transmissão da herança em favor do filho póstumo. É preciso lembrar, contudo, que no fideicomisso não há prazo para que a concepção ocorra (GAMA, 2017, p.134), mas na hipótese de filho póstumo há de se observar o prazo geral de 10 anos para que ela venha a ocorrer (GAMA, 2017, p.140). Em se tratando da sucessão legítima, esse autor leva em conta o princípio da igualdade material entre os filhos para que a herança seja igualmente reconhecida em favor do filho póstumo (GAMA, 2017, p.146). Para esse autor, a leitura sistemática do art. 1.597, III e do art. 1.798 CC leva à conclusão de que a concepção póstuma é aceita no ordenamento jurídico vigente e por isso deve haver sucessão legítima para o filho póstumo. Em relação ao prazo, o autor considera que é aplicável o prazo geral de 10 anos para a concepção do filho póstumo, que deve ser contado entre a abertura da sucessão e a concepção. A solução trazida pelo autor, contudo, leva a contagem de um período que pode chegar a quase 36 anos no qual a partilha poderá ser revista, de acordo com o entendimento do próprio autor:

Na eventualidade de o embrião ser formado e implantado no corpo feminino após 9 (nove) anos e 11 (onze) meses da morte do autor da sucessão, será necessário esperar o nascimento com vida do filho póstumo, o decurso do período de 16 (dezesesseis) anos para, em seguida, ser possível a contagem do prazo de prescrição da petição de herança, cujo termo final, em tese, poderá ocorrer quase 36 (trinta e seis) anos após o falecimento do autor da sucessão: 9 (nove) anos e 11 (onze) meses iniciais – período da concepção e início da gravidez da mulher -, 16 (dezesesseis) anos – correspondente à absoluta incapacidade do filho póstumo – e 10 (dez) anos – decurso do prazo prescricional referente à eficácia da pretensão relativa à petição de herança. (GAMA, 2017, p.176-177).

Dessa forma, pode-se perceber que a aplicação do prazo geral do Código Civil à sucessão de filho póstumo não traz uma solução factível sob o ponto de vista da segurança jurídica. A possibilidade de surgimento de litígio sobre a partilha por até 36 anos não é razoável e traz enorme instabilidade para as relações sociais. Para Anna Beraldo, essa situação ainda pode ser agravada pela lentidão dos processos no Brasil, além da possibilidade de haver sucessivas gestações no período posterior ao falecimento do autor da sucessão (BERALDO, 2012, p.185-186). Considerando tais embaraços de ordem prática, o autor Guilherme Calmon apresenta uma construção doutrinária adicional para dar solidez à sucessão, que seria considerar a propriedade hereditária como um tipo de propriedade *ad tempus*. Dessa maneira, é defendido pelo referido autor que o efeito mitigador do direito de propriedade deverá ser projetado para o futuro por meio de um evento superveniente, diferentemente do que ocorre com a propriedade resolúvel propriamente dita, cujo termo é certo e determinado. Em outras palavras, o herdeiro póstumo

poderá exigir o bem da herança do proprietário *ad tempus* (o herdeiro nascido/concebido no momento da sucessão) se com este ainda estiver os bens após o decurso dos 36 anos (GAMA, 2017, p.196). Destarte, o nascimento do herdeiro póstumo é o evento superveniente que mitiga o direito de propriedade do herdeiro *ad tempus*. Na hipótese de o herdeiro *ad tempus* não estar mais na posse dos bens da herança quando nascer o filho póstumo, este deverá dar o valor correspondente dos bens a esse herdeiro póstumo. Vale observar que em relação ao terceiro que tenha contratado com o herdeiro *ad tempus* haverá uma proteção maior para o seu patrimônio, já que o terceiro adquirente é considerado proprietário perfeito (art. 1.360 CC), desde que seu título de propriedade seja anterior à resolução da propriedade *ad tempus*. Dessa forma, sempre será o herdeiro *ad tempus* que deverá responder perante o herdeiro póstumo a respeito da herança. (GAMA, 2017, p.196).

Apesar de ser uma boa opção, notadamente para o terceiro adquirente, a consideração de propriedade *ad tempus* pode trazer consequências muito gravosas para o herdeiro *ad tempus*, já que a possibilidade de revisão de seu quinhão hereditário permanece por décadas. Além disso, a estipulação do prazo de 10 anos para a concepção *post mortem* parece ser tempo demasiadamente longo para garantir a segurança jurídica, uma vez que esse prazo possibilita a contestação da herança por muito tempo. Assim, a par de a solução trazida por Guilherme Calmon implicar em uma propriedade *ad tempus* para o herdeiro legítimo nascido à época da abertura da sucessão e proteger de forma satisfatória o direito de propriedade dos terceiros adquirentes, nota-se que a situação dos herdeiros *ad tempus* ainda é de insegurança, já que ficam por décadas sob expectativa de uma situação superveniente (o nascimento do filho póstumo) que poderá impugnar a partilha. Com esse entendimento, considera-se que deve haver um prazo menor para que a concepção ocorra, devendo ter esse prazo a natureza decadencial.

Uma hipótese considerada ser mais sustentável e que também se encontra no ordenamento jurídico vigente é a trazida pela autora Ana Claudia Scalquette. Essa autora considera que nenhum dos dois prazos apresentados anteriormente deve ser utilizado (nem o prazo de 2 anos, tampouco o de 10 anos). Ela considera que deve ser usado um prazo intermediário de 3 anos na concepção *post mortem* com efeitos sucessórios, o que segundo ela não seria tempo curto demais para o cônjuge supérstite realizar a concepção e nem longo demais para que os coerdeiros permaneçam na expectativa do nascimento de um herdeiro póstumo:

“O prazo de três anos não é demasiadamente longo para o fim de gerar algum prejuízo aos herdeiros já existentes à época do falecimento do autor da sucessão que, inclusive já tem a posse dos bens com base na abertura da sucessão provisória”, além de não ser muito curto a fim de que o cônjuge supérstite seja obrigado a, ainda de luto, conceber um filho. (SCALQUETTE, 2010, p.215-216).

Na construção prática de como se daria a sucessão póstuma e a aplicação desse prazo, a autora defende o uso do instituto da ausência do Código Civil, com as devidas adaptações. Na hipótese, abrir-se-ia uma sucessão provisória para os herdeiros já nascidos, momento em que esses herdeiros manteriam uma posse provisória dos bens, devendo guardá-los até o eventual surgimento do herdeiro póstumo. Após os 3 anos e não concebida a prole póstuma, os bens passariam à propriedade dos herdeiros existentes de forma definitiva. Segundo as palavras da autora, “poder-se-ia abrir uma sucessão provisória que passaria a ser definitiva com o transcurso do prazo, a exemplo do que já se prevê para o ausente” (SCALQUETTE, 2010, p.197).

Fazendo uma breve observação, pode-se dizer que essa hipótese traz uma resposta equitativa em relação à aplicação da segurança jurídica e do direito dos coerdeiros, semelhantemente à hipótese do prazo de 2 anos. A grande vantagem na aplicação do prazo de 3 anos é que não se trata de tomar emprestado um prazo previsto para a sucessão testamentária, mas sim de resgatar um prazo estipulado em uma lei específica sobre Biodireito e uso de material genético humano, que no caso é a Lei de Biossegurança.

A autora lembra que prever um prazo é muito importante, pois várias são as possibilidades de herança póstuma que podem aparecer, levando todas elas à graves situações de insegurança jurídica. Portanto, a mitigação das consequências por meio de um prazo para concepção e o uso do instituto da ausência para lhe dar aplicabilidade prática é fundamental:

Some-se a este fato o nascimento de gêmeos ou trigêmeos, a sucessão do cônjuge sobrevivente que, nem sempre é o genitor dos outros herdeiros..., ou seja, abrindo-se a sucessão provisória, com o nascimento de possíveis filhos, todos os interesses estariam resguardados: o interesse da coletividade que não correria o risco de ter de conviver com uma situação de insegurança jurídica e o interesse de todos os herdeiros envolvidos na sucessão. (SCALQUETTE, 2010, p.197)

Com o uso desse prazo na concepção, ficam protegidos todos os atores da relação jurídica, a saber, o herdeiro póstumo, os filhos já existentes à época do falecimento, o cônjuge supérstite, e os terceiros; que saberão quando o direito hereditário do filho póstumo deverá decair. Assim,

a existência de uma regra clara e pré-estabelecida como essa possibilita uma tranquilidade para o planejamento familiar bem como segurança jurídica a todos os envolvidos.

Em relação ao referencial legal para o prazo, como dito anteriormente, é ele a Lei de Biossegurança (Lei 11.105 de 2005), que em seu art. 5º prevê prazo de 3 anos para descarte de embriões criogênicos. Segundo Ana Cláudia Scalquette, que possui uma visão a qual é possível concordar, a expiração desse prazo sem a concepção póstuma deve levar a perda do direito à herança do futuro filho assim concebido. Ressalte-se que o uso desse prazo na hipótese em comento pode ser justificado em questões de ordem técnica, já que expirado esse prazo é possível que o embrião não esteja mais viável para concepção. Contudo, ainda que possa estar inviável para uma gravidez, o embrião ainda poderá ser usado em pesquisas e terapias com células-tronco embrionárias, desde que haja consentimento prévio dos genitores. É preciso lembrar nesse ponto que o uso de embriões criogênicos excedentários para terapias e pesquisa em células-tronco foi um tema muito polêmico no início dos anos 2000. Inclusive, o art. 5º da Lei de Biossegurança foi, na ocasião, alvo de contestação na Suprema Corte. Contudo, o STF confirmou sua constitucionalidade por seis votos a cinco ainda no ano de 2008, no julgamento da ADI 3510. Leia-se abaixo o que prevê o art. 5º da referida lei, *in verbis*:

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

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

No trâmite do julgamento da referida ADI, o prazo de três anos foi ressaltado no voto do Ministro Ayres Britto, ocasião em que o ministro advertiu, levando-se em conta dados médicos, que a viabilidade de embriões congelados há mais de três anos é muito baixa. Dessa forma, seriam raríssimos, segundo ele, os casos em que a partilha anteriormente realizada seria afetada

pelos direitos sucessórios do filho concebido após a morte de seu pai, se feita após os três anos. Portanto, pode ser adequado que se use esse prazo para limitar os direitos sucessórios na concepção *post mortem*, já que há certo consenso de que se trata de um parâmetro técnico sob o ponto de vista biológico (STF, ADI 3510, p.181). Na verdade, a conclusão a que se pode chegar é de que o cônjuge supérstite já teria alguma dificuldade em obter sucesso numa concepção de embrião excedentário congelado há mais de 3 anos.

Dito isto, pode-se ainda trazer justificativas de ordem existencial para a imposição desse prazo. Outrossim, para além da justificativa técnica, entende-se que uma vez transcorridos 3 anos sem que o genitor tenha concebido o filho, é possível dizer que não há vontade por parte do genitor sobrevivente em dar continuidade ao projeto familiar, e por isso os embriões excedentários, vistos por sua condição não como nascituros mas como vidas em potencial, poderão ser utilizados para outros fins igualmente nobres, como para extração de células-tronco usadas em tratamento de diversas doenças que sem eles seriam incuráveis. Vale observar que, de qualquer modo - seja para a concepção, para o descarte, ou para o uso em pesquisas e terapias - exige-se o consentimento dos genitores.

Assim, uma vez expirado esse prazo, o filho poderá até vir a ser concebido, contudo não terá seu direito à sucessão garantido, pois este terá decaído. Dessa forma, a imposição do prazo da Lei de Biossegurança à concepção póstuma incentiva de um lado a concepção do filho dentro desse prazo pré-determinado e por outro protege os coerdeiros, além de possibilitar uma destinação útil ao embrião não utilizado na concepção, qual seja, seu uso para extração de células-tronco que serão utilizadas no tratamento de diversas doenças graves. É o que ensina a referida autora no trecho abaixo:

Após três anos de congelamento, ressalte-se, para aqueles embriões que já se encontravam congelados quando da publicação da referida lei e desde que exista consentimento dos genitores, os embriões podem ser destinados à pesquisa com o uso de suas células tronco, ou seja, permitiu-se a utilização destas vidas em potencial, pois se implantados gerariam um ser humano, culminando todo e qualquer direito a ser a eles resguardado, direitos pessoais e patrimoniais. Uma vez cedidos à pesquisa, ainda que não utilizados imediatamente, já não pertencem mais a seus pais e, portanto, a potencialidade de virem a se tornar seres humanos formados fica afastada e, conseqüentemente, de serem considerados, no mínimo, sujeitos de direitos condicionados ao nascimento com vida. Pois bem, se assim já se permitiu foi porque, para o legislador, a intenção de implantar aqueles embriões, após três anos de congelamento - período que puderam refletir suficientemente sobre a decisão de ter ou não estes filhos - poderia ser afastada por seus genitores, que lhes dariam outro destino que não o do congelamento eterno. (SCALQUETTE, 2010, p.199)

Dessa maneira, na hipótese de sucessão de filho póstumo, o autor da herança deve deixar por escrito a sua vontade de que seu material genético seja usado em uma concepção *post mortem*, caso contrário a concepção não será possível. Por outro lado, o cônjuge sobrevivente deve se atentar ao prazo de três anos para realizar a concepção, pois uma vez expirado e mesmo assim realizada a técnica, o filho nascido estará impedido de acessar o patrimônio do genitor falecido. Uma vez amparada por essas proteções legais, a concepção *post mortem* poderá vir a ser uma interessante hipótese de planejamento familiar, já que com regras claras os indivíduos interessados na técnica poderão sentir-se seguros para a tomada de decisão, não sendo prejudicados por incertezas.

Além dessas considerações, a autora em comento defende a pertinência do prazo de 3 anos ao dizer:

o prazo de três anos não é demasiadamente longo a ponto de prejudicar sobremaneira os herdeiros já existentes à época do falecimento, destacando-se que, segundo a hipótese específica apresentada para o caso, já estariam eles em posse dos bens por força da abertura da sucessão provisória, que aqui gostaríamos de nomear de condicional; como também não é demasiadamente curto a ponto de forçar o possível genitor sobrevivente, ainda sob as dores do luto, a se submeter ao procedimento necessário para que a criança fosse gerada. (SCALQUETTE, 2010, p.348)

A autora em referência ainda ressalta o bom equilíbrio alcançado entre os direitos envolvidos ao aplicar o prazo de 3 anos para limitar a sucessão póstuma ao dizer que “a dosimetria dos interesses atende à harmonia que se deve procurar entre direitos tão importantes quanto à vida, direitos hereditários e estabilidade social” (SCALQUETTE, 2010, p.200).

Deve-se lembrar também que mesmo com a previsão do prazo de 3 anos para a concepção *post mortem* com efeitos sucessórios, ainda haverá alguns anos pela frente nos quais a partilha poderá ser objeto de litígio. Na hipótese de o herdeiro recém-nascido ser preterido da partilha, ele terá o prazo de 10 anos para ingressar com ação de petição de herança a partir da cessação de sua incapacidade, ou seja, após completar 16 anos. Assim, os cordeiros poderiam ser compelidos a dividir os bens da herança com esse herdeiro póstumo após 26 anos de seu nascimento. Dito isto, entende-se que não é a melhor solução, do ponto de vista dos coerdeiros, que esse filho póstumo seja preterido da sucessão logo após seu nascimento, uma vez que terá tempo suficiente para pôr a questão sob litígio. Portanto entende-se que considerar a hipótese da abertura da sucessão provisória por 3 anos é a melhor solução, já que a exclusão definitiva

desse herdeiro da partilha somente estaria certa se este fosse concebido após 3 anos da abertura da sucessão.

Em face do exposto, defende-se que o prazo de três anos, juntamente com a aplicação do instituto da ausência, é o que melhor se acomoda à situação do embrião criogênico. A aplicação da decadência ao direito de suceder postumamente após esse tempo não exige a frágil comparação entre a situação do herdeiro testamentário e do legítimo (como ocorre com a utilização do prazo de 2 anos). Também é possível defender que 3 anos não é tempo demasiadamente longo como o prazo geral de 10 anos do Código Civil (o qual não mitiga de forma satisfatória a insegurança jurídica). Além disso, o prazo de 3 anos possui justificativa técnica, já que muitos embriões não permanecem viáveis à concepção após 3 anos. Ademais, esse prazo representa um intervalo de tempo adequado para equilibrar os direitos fundamentais e interesses envolvidos, como extensamente debatido nesse trabalho.

Com isso, alguns projetos de lei têm surgido ao longo dos anos a fim de dar vida legal ao prazo para a concepção póstuma. De forma semelhante às construções doutrinárias, esses projetos procuram equilibrar os interesses envolvidos, de forma a tornar a reprodução assistida com embriões excedentários ou gametas congelados uma opção factível para o planejamento familiar.

3.3. Da regulamentação legal da hipótese: projetos de lei

Como debatido ao longo do trabalho, a ausência de uma resposta legislativa para pacificar o tema tem levado a doutrina a procurar um prazo adequado que possa ser adaptado à situação da concepção criogênica *post mortem*. Há consenso no meio acadêmico que existe uma clara omissão normativa a respeito desse tema na legislação civil brasileira, pois apesar de ser possível defender a possibilidade de direito sucessório *post mortem* por meio da interpretação da lei, a legislação não cuidou de qualquer limitação temporal ou de critérios claros para que isso ocorra. Assim, ainda que a reprodução assistida póstuma possa conferir ao filho uma presunção legal de paternidade, conforme prevê o art. 1.597 do CC, as questões atinentes à sucessão legítima relacionada ao herdeiro assim concebido não foram tratadas em nenhum momento no Código Civil.

Não é por acaso que muitos autores renomados procuram tratar do tema dos direitos sucessórios do filho resultante de reprodução artificial *post mortem* ressaltando a importância de uma posição proativa do legislativo. O fato é que o ordenamento jurídico atual não fala explicitamente da legitimidade sucessiva *post mortem*, muitos menos aborda suas consequências. Nesse sentido Caio Mário da Silva Pereira afirma que “uma reforma legislativa deverá prever tal hipótese, até mesmo para atender ao princípio constitucional da não discriminação de filhos” (PEREIRA, 2007, p.328). A preocupação com princípios constitucionais é muitas vezes usada como justificativa para legitimar o filho concebido postumamente em receber seu quinhão hereditário, o que tem evidente relação com a constitucionalização do Direito Privado que ocorreu de uma forma geral após 1988.

Historicamente, a questão do aparecimento de filho após a morte do genitor já era prevista em legislações longínquas, contudo sem levantar a hipótese, por óbvio, de reprodução assistida, já que ninguém poderia naquele momento prever tal hipótese. As Ordenações Filipinas traziam no 4º Livro, Título LXXXII, artigo 5º, a seguinte solução para filho já nascido, porém desconhecido quando aberta a sucessão: “outrosi, se o pai, ou mãe, ao tempo do testamento não tinha filho legítimo, e depois lhe sobreveio, ou o tinha, e não era disso sabedor, e he vivo ao tempo da morte do pai ou mãe, assi o testamento como os legados nelle conteúdos são nenhuns e de nenhum vigor” (PORTUGAL, Ordenações Filipinas, *online*).

Dessa forma, as primeiras legislações sobre o tema já entendiam o valor da herança legítima para o filho ainda que este fosse desconhecido, tanto que o testamento deixado pelo genitor deixava de ter valor para garantir o direito de herança desse filho legítimo, como pode-se perceber da leitura do trecho acima. Assim, está claro que a preocupação em proteger os herdeiros legítimos não é tema novo. A mesma ideia protetiva pode ser extraída do atual Código Civil, que cuida de pôr a salvo os direitos do nascituro desde a concepção (art. 2º CC), sem imaginar, contudo, que os avanços científicos poderiam permitir, como hoje permitem, que um embrião permanecesse fora do corpo materno a espera de uma concepção. Não obstante, tem-se no embrião criogênico uma possível vida que merece atenção, ainda que ele não seja de imediato protegido pela lei. Como bem conceitua Ana Claudia Scalquette, esses embriões apesar de não serem os nascituros do Código Civil podem ser vistos como vidas em potencial (SCALQUETTE, 2010, p.199).

Assim, com o alvorecer do século XX, os códigos mantiveram a previsão, ainda que excepcional, de que um filho eventual pudesse surgir e impugnar uma partilha já feita. Como já exposto, a forma de tratamento ao tema foi seguida pelo atual Código Civil e legislação processual correspondente, que põe à disposição desse filho ferramentas que lhe garantam o acesso ao patrimônio deixado pelo genitor, como a investigação de paternidade e a petição de herança. Contudo, com os avanços científicos e as novas possibilidades em termos de reprodução humana, novas situações surgiram as quais possuem o mesmo efeito prático do filho desconhecido na sucessão. O fato é que a popularização de técnicas de reprodução assistida tem levado ao aumento paulatino de judicializações de casos envolvendo a paternidade e a herança. O problema é que nesse momento o Poder Judiciário se vê privado de regras claras para dar respostas à sociedade, mas por outro lado pode-se considerar que as demandas ali depositadas funcionam como verdadeiras “molas propulsoras para que nossos legisladores legislem” (SCALQUETTE, 2010, p. 272).

A favor da defesa de uma melhor regulação da situação legal do filho concebido postumamente, existe a disposição do atual Código Civil que o presume como sendo filho do casal, quando este é oriundo de embrião excedentário de reprodução assistida homóloga. Para muitos, esse texto leva a crer que o legislador, ao admitir que um filho seja assim reconhecido, admite expressamente a reprodução assistida póstuma e, portanto, a lei deveria regular melhor a situação patrimonial desse herdeiro póstumo.

Diante desse grande impasse, alguns projetos de lei têm surgido ao longo do tempo a fim de dar uma resposta legislativa e trazer a segurança jurídica exigida ao caso. Um dos projetos em destaque é o projeto de lei que começou seu trâmite no Senado em 1999 – PLS nº 90/1999. Esse projeto apresentado há 23 anos trazia algumas considerações importantes sobre o uso de gametas e do destino de embriões criogênicos excedentários. O projeto original previa que os gametas e embriões deveriam ser descartados em caso de morte de um dos doadores, salvo se houvesse consentimento expresso do falecido para uso de seu material genético de forma póstuma. Caso o uso do material fosse feito sem consentimento, o projeto previa considerar tal conduta como crime, com pena de reclusão de 1 a 3 anos e multa. O projeto chegou a ser aprovado no Senado, e passou a casa revisora como Projeto de Lei (PL) nº 1.184, de 2003. Contudo, atualmente esse projeto encontra-se arquivado desde 2007.

Em uma tentativa de regulação mais recente, o Projeto de Lei 115/2015 que está atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, tem o objetivo de estabelecer o Estatuto da Reprodução Assistida. O texto prevê em seu art. 31 que a pessoa beneficiada com a técnica, juntamente com seu cônjuge, deve prever o destino dos embriões excedentários em diversos casos específicos, como o de rompimento da sociedade conjugal, da união estável, hipótese de doença grave ou de falecimento de um dos genitores ou de ambos, e a hipótese que envolve uma desistência, por qualquer motivo, do tratamento proposto. Nesses casos, o projeto prevê inclusive a possibilidade de adoção dos embriões. Contudo, assim como no caso anterior, este projeto propõe que a lei preveja o consentimento expresso do cônjuge falecido para uso do material (art. 35). Em relação à herança, o estatuto prevê de forma expressa o direito sucessório do filho póstumo e dá um prazo máximo para que a concepção ocorra. Assim, o caput do art. 59 dispõe que a gravidez deve ocorrer em até 3 anos da morte do genitor para garantir ao filho póstumo direito à herança, adotando para isso o instituto da sucessão provisória para os herdeiros já nascidos:

Art. 59. Tratando-se de fecundação post mortem, garantir-se-á o direito sucessório do descendente, caso a gravidez ocorra em até 3 anos da abertura da sucessão do genitor que autorizou expressamente a utilização de seu gameta ou embrião criopreservado.

§ 1º As partes que se submeterão aos procedimentos de reprodução assistida serão informadas clara e expressamente quanto à condição apresentada no caput, no termo de consentimento informado, antes de se submeterem ao tratamento.

§ 2º Caso haja material genético congelado de pessoa que tenha deixado autorização expressa para sua utilização, nos termos desta lei, será aberta sucessão provisória ou condicional até que transcorra o prazo de 3 anos ou que, dentro desse período, se constate a gravidez do descendente biológico da pessoa falecida.

§ 3º Transcorrido o prazo previsto ou nascido o filho a sucessão passará a ser definitiva.

§ 4º O previsto neste artigo não exclui o direito de petição de herança, nos termos do Código Civil.

Portanto, caso haja aprovação da proposta em seu texto original, passar-se-á a contar com o direito legalizado de que o filho póstumo figure na sucessão, com a regra clara que estipula limite máximo de 3 anos para a concepção. Em relação ao uso do material, deverá haver autorização expressa do genitor falecido.

Por seu turno, o Projeto de Lei 1.851/2022 é mais permissivo em relação ao uso póstumo de gametas e embriões. Esse projeto prevê que o silêncio do falecido não deve ser considerado proibição ao uso de seu material genético, mas sim uma permissão para o procedimento. Assim, caso haja silêncio do falecido em relação aos embriões criopreservados, será presumida sua autorização para o uso do material. Esse projeto prevê que seja modificado o art. 1.597 CC

incluindo nele dois parágrafos que tratarão de excluir a exigência de consentimento expresso do cônjuge falecido para uso do material genético. Se por outro lado houver a recusa expressa, o procedimento não poderá ser realizado. Segue a proposta de texto apresentada para os novos parágrafos:

“Art. 1.597...

§ 1º A implantação de embriões do casal que se submeteu conjuntamente a técnica de reprodução assistida é permitida ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, independentemente da autorização prévia expressa do cônjuge ou companheiro falecido, cabendo disposição em sentido contrário quando da formalização do consentimento no momento em que se submeter às técnicas de reprodução assistida, ou posteriormente, mediante qualquer outro documento formal que explicita essa manifestação de vontade, inclusive no seu testamento.

§ 2º As clínicas médicas, centros ou serviços responsáveis pela aplicação de técnicas de reprodução assistida deverão indagar ao cônjuge ou companheiro, na oportunidade em que for documentada a sua autorização para participar de técnicas de reprodução assistida, se discorda quanto ao uso desse material para a fecundação artificial ou implantação de embriões após a sua morte, registrando a sua manifestação de vontade no mesmo documento.”

Hoje, o entendimento que prevalece é que deve haver o consentimento do falecido para uso do material genético. A proposta do projeto de lei estabelece que essa permissão passe a ser presumida e que a proibição, e não o consentimento, deva ser declarada de forma expressa. Dessa forma, prevê a justificativa ao projeto de lei que essa é a solução mais justa, já que se o casal resolveu recorrer à reprodução assistida para conceber um filho, não há por que proibir o cônjuge supérstite de realizar o plano familiar original. Assim, o doador do material poderá deixar clara sua vontade de não utilização do material após sua morte na própria clínica, ou em outro documento formal, inclusive testamento. Não havendo qualquer manifestação expressa por documento idôneo dispondo de forma contrária, o genitor vivo poderá ter vez na reprodução assistida póstuma.

Nessa breve análise, percebe-se que alguns movimentos legislativos vêm acontecendo com o intuito de pôr fim às polêmicas envoltas na reprodução assistida póstuma. Enquanto a resposta legislativa não vem, cabe ao judiciário cuidar da questão da forma como vem acontecendo, aproveitando-se das construções doutrinárias que cercam o tema.

CONCLUSÃO

A reprodução póstuma, hoje possível graças à avanços científicos, traz intrigantes questões ao campo jurídico. Foi possível constatar nesse trabalho que a corrente majoritária hoje aceita que o filho póstumo tenha garantido seus direitos sucessórios, bem como defende a imposição de um prazo para o início da gravidez a fim de proteger os demais herdeiros e os terceiros que com eles tenham contratado. Esse prazo poderá ter natureza decadencial cujo termo inicial seria a morte do genitor, pois é o momento em que é aberta a sucessão.

Em relação a sua duração, diversos autores trazem, cada qual com sua linha argumentativa, a previsão de um prazo, sendo os mais expoentes o tempo de dois, três ou dez anos. Nessa pesquisa foi possível perceber que o prazo que poderá melhor se adequar à questão suscitada é o de três anos, já que não é um tempo muito curto a fim de que o cônjuge supérstite enfrente nova gestação após a morte de seu par, além de ter recomendações técnicas de seu uso na Lei de Biossegurança. Nesse sentido, foi defendido a utilização do instituto jurídico da ausência, tratada na parte geral do Código Civil, para dar aplicabilidade prática à sucessão póstuma com esse prazo.

Com o paulatino amadurecimento dessas discussões, projetos de lei vêm surgindo a fim de dar resposta legislativa ao intrigante tema, como o recente Projeto de Lei 115/2015. O então projeto de Estatuto da Reprodução Assistida traz em seu texto a previsão expressa da legitimidade sucessória do filho póstumo, desde que sua concepção ocorra em até três anos. Por seu turno, o Projeto de Lei 1.851/2022 define que o silêncio do cônjuge falecido deve ser interpretado como autorização do uso de seu material genético congelado, seja na forma de gametas ou embriões criogênicos, o que virá a facilitar a concepção póstuma.

Diante disso, é possível perceber que a discussão do tema é contemporânea e pertinente, possuindo hodiernamente algumas conclusões parcialmente consolidadas, o que já tem ajudado na construção de discussões legislativas que esperam solucionar o tema aqui tratado.

Nesse trabalho, buscou-se analisar as proposições possíveis para estipulação ou não de prazo para concepção e discutir temas laterais sobre a sucessão do filho póstumo. Longe de esgotar o assunto, foi possível concluir que deverá haver legitimidade sucessória do filho

póstumo, desde que sua concepção ocorra dentro de um prazo pré-determinado, que seria o prazo de 3 anos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação Artificial *Post Mortem* e o Direito Sucessório**. In: IBDFAM, V Congresso Brasileiro de Direito de Família. 2005. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/8.pdf>.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ANTONINI, Mauro. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Barueri: Manole, 2010.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

BRASIL. **Lei nº 11.105**, de 24 de março de 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 106**. Provimento no 63, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 267**. In: III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº479648 / MS (2014/0039759-2)**. Relator Min. Raul Araújo, 26/02/2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=AREsp%20479648>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº3510**. Relator Min. Ayres Brito, 29/05/2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>

CÂMARA DOS DEPUTADOS, **Projeto de Lei nº 115 de 2015**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>.

CONGRESSO NACIONAL, **Projeto de Lei nº 1.851 de 2022**. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pl-1851-2022>.

DELFIN, Marcio Rodrigo. **As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga “post mortem”**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12965/as-implicacoes-juridicas-decorrentes-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem>.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª ed. ver. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodvim, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - direito das famílias**. 6. ed. Salvador: Juspodvim, 2015.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/423/Reproduç>

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GILDO, Nathália. **Evolução histórica do conceito de filiação**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46589/evolucao-historica-do-conceito-de-filiacao>.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15. ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

MIRANDA, Pontes de; CAVALCANTI, Francisco. **Tratado de Direito Privado**. Vol.9
Campinas: Bookseller, 2000. v. 9, Tomo 1

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: V. VI: Direito das Sucessões**.
16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PISETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga *post mortem*: aspectos jurídicos sobre a filiação e o Direito Sucessório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PORTUGAL, **Ordenações Filipinas**. Disponível
em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. <https://jus.com.br/artigos/78758/filho-concebido-post-mortem/3>

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCALQUETTE, Ana Cláudia. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SENADO, **Projeto de Lei nº 90 de 1999**. Disponível em:
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1304>.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Direito das Famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey e Mandamentos Editora, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do Direito Civil – Direito das Sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017