



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Reprodução Assistida *Post Mortem*  
e o Direito Sucessório

LEONARDO SOUSA LANDI

Rio de Janeiro  
2016

LEONARDO SOUSA LANDI

**Reprodução Assistida *Post Mortem*  
e o Direito Sucessório**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:  
Mônica Areal  
Néli Luiza C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior  
Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro  
2016

## REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM E O DIREITO SUCESSÓRIO

Leonardo Sousa Landi

Graduado pela Universidade Veiga de Almeida. Advogado.

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo focar pontos bastante discutidos na doutrina: os efeitos sucessórios previsto no artigo 1.799, inciso I, do Código Civil e a reprodução assistida *post mortem*. Assim, verifica-se a evolução crescente das técnicas de reprodução assistida ao longo dos tempos, com a utilização de tecnologias modernas para realizar o desejo de pessoas conceberem filhos. Não obstante, em nossa legislação pátria, ainda carecemos de legislação que regule ou fiscalize estes métodos (in)comuns de conceber filho, havendo Resolução do Conselho Federal de Medicina de 2015 sobre reprodução humana assistida. Ressalta-se que tais técnicas estão previstas na legislação Civil de 2002. O concebido por meio de reprodução assistida recebe o nome de prole eventual, configurando-se exceção à regra no Direito das Sucessões, segundo os princípios norteadores da matéria – princípio da *saisine*. Por fim, conclui-se pela possibilidade deste concebido vir a herdar os bens do pai falecido, seja via sucessão testamentária, seja pela sucessão legítima, porém, havendo limites temporais para tal exercício, sob pena de insegurança jurídica.

**Palavras-chave:** Direito das Sucessões. Reprodução assistida post mortem. Sucessão Testamentária. Princípios hereditários. Direito à herança.

**Sumário:** Introdução. 1. Reprodução humana assistida. 2. Princípios Constitucionais e Sucessórios. 3. Direito à herança do concebido por meio da reprodução assistida *post mortem*. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute acerca do direito sucessório da prole eventual que decorre de reprodução assistida homóloga *post mortem*, à luz dos princípios constitucionais e sucessórios. Procura-se demonstrar que embora não haja legislação sobre o tema, deve ser feita interpretação dos princípios para dar segurança jurídica a todos os herdeiros sobreviventes e ao que eventualmente poderá ser gerado.

Para tanto, serão abordadas as diversas posições doutrinárias a respeito do tema bem como a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, que atualmente dispõe sobre as práticas de reprodução assistida, incluindo a *post mortem*, de modo a estabelecer limites para o uso de tais técnicas em decorrência da insegurança jurídica que poderá advir de tal reprodução.

A lei civil garante direitos sucessórios às "pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão" (art. 1.798, Código Civil). Assim, filhos de inseminações *post mortem* não seriam herdeiros para o Direito Positivo, contrariando o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, 6º da Carta Magna, que determina que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a intervenção do Poder Judiciário nas relações familiares.

Inicia-se o primeiro capítulo discutindo sobre os limites éticos e legais para realização da reprodução assistida *post mortem* tendo em vista que já é realidade em nossa sociedade, porém não tem legislação que disponha sobre os efeitos jurídicos de tal técnica.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, o direito sucessório dos herdeiros legítimos à época da abertura da sucessão e o da prole eventual gerada por meio de reprodução assistida, à luz dos princípios constitucionais e sucessórios.

Por fim, no terceiro capítulo, será discutido sobre as possíveis soluções no âmbito da legislação bem como interpretação sistemática tendo como fundamento a Carta Magna e o Código Civil de 2002, para que seja possível à prole eventual o direito sucessório.

O trabalho em epígrafe irá tratar essas questões utilizando a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

## 1. REPERCUSSÕES ÉTICAS E JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A família é um dos pilares do Direito desde a Antiguidade, e não obstante todas as mudanças e inovações nas espécies de família no decorrer dos séculos, um de seus elementos mais simbólicos não foi extinto, o desejo de procriar.

Conforme ensina Rizzardo, a reprodução “é a lei da preservação da vida. Todos os seres vivos se reproduzem por ação própria e só assim é que a vida se conserva sobre a face da Terra”. O desejo de ter filhos não resulta somente do instinto de reprodução. Atualmente, é a vontade do casal em deixar sucessores, imortalizando-se em seus descendentes<sup>1</sup>.

Tendo em vista que muitos casais enfrentam problemas com a infertilidade, as técnicas de reprodução assistida surgiram como meio alternativo de procriação, realizando o sonho destes casais que por uma impossibilidade física não poderiam gerar filhos naturalmente.

No entanto, apesar de ser prática relativamente comum nos dias atuais, ainda esbarra em grandes conflitos éticos e jurídicos. Como se não bastasse, a falta de legislação em nosso ordenamento jurídico deixa a questão ainda mais em aberto, ficando a responsabilidade para o Conselho Federal de Medicina, que por meio da Resolução nº. 2.121/2015 estabeleceu algumas normas de deontologia que devem ser observadas acerca do procedimento.

Tomando como base a legislação alienígena, pode-se retirar algumas conclusões sobre algumas questões que cercam a procriação artificial. Em Portugal, tem-se a Lei n. 32/2006 tratando da Procriação medicamente assistida de forma bem restritiva, vedando-se até a utilização da técnica por casais homossexuais, muito embora a regulamentação legal

---

<sup>1</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 404.

sofra bastante crítica bem como já existam projetos de lei pretendendo ampliar o alcance dos meios artificiais de procriação<sup>2</sup>.

No Brasil, o Conselho Federal de medicina tem uma visão ampliadora das técnicas de reprodução assistida enquanto os projetos de lei tendem a ser mais restritivos. Vê-se, ainda, muito embrionário discutirmos sobre os efeitos jurídicos, porém extremamente necessário visto que são vários interesses em jogo, não apenas dos “pais” – estes podem ser formados por mais de dois, homossexuais ou heterossexuais, não cabendo neste trabalho abordar as formas de família - que pretendem a realização de um desejo, mas, principalmente, da prole gerada.

Se no âmbito do Direito de Família as questões estão longe de serem resolvidas, com diversos posicionamentos, questão de tão complexidade quanto se encontra no Direito sucessório, sobretudo porque há uma situação peculiar de reprodução assistida *post mortem*, prevista na Resolução n. 2.121/2015<sup>3</sup>, que nada mais é do que a utilização da técnica de reprodução assistida após a morte de um dos cônjuges/companheiros, com o seu material criopreservado.

Prevê o capítulo VIII da Resolução n. 2.121/2015 do CFM, quando trata da reprodução assistida *post mortem*, que “É permitida a reprodução assistida *post-mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.”.

No entanto, tal ato de disposição do falecido é visto com enormes críticas pela doutrina, pois embora a legislação civil admita em seu artigo 1.597 a presunção de paternidade dos filhos gerados por meio de técnica de reprodução assistida, bem como

---

<sup>2</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Reflexões sobre a Procriação ou Reprodução Assistida nas Uniões entre pessoas do mesmo sexo. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares. (Org.); NETO, Theodureto de Almeida Camargo. Grandes temas de Direito de Família e das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19.

<sup>3</sup> BRASIL. Resolução CFM n. 2.121/2015. Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117. Disponível em <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em: 19 mai. 2016.

permite ao testador deixar bens em nome de filhos ainda não concebidos (art. 1799, I Código Civil), a criança nascerá com um pai/mãe já falecido, podendo acarretar inúmeros problemas psicológicos diante disto, além da questão patrimonial.

Segundo Beraldo<sup>4</sup>, mesmo que o de cujus deixe expressamente o consentimento autorizando a implementação de seu material biológico ou embrião criopreservado, a questão não é tão simples. Isto porque as consequências do ato não ficam apenas na esfera dos genitores. Com o nascimento da criança após a morte de seu genitor, havendo ou não consentimento expresso do falecido, essa criança deve receber proteção, conforme dispõe o princípio constitucional do melhor interesse da criança, previsto no artigo 227 da CRFB/88. Destarte, o filho terá direito ao nome de família, à convivência com seus avós e demais familiares e, considerando o campo financeiro, se o genitor sobrevivente não possuir condições financeiras de sustentar a criança, poderá esta, por meio de seu representante legal, pleitear alimentos, inclusive gravídicos, aos avós.

Segundo Mônica Aguiar<sup>5</sup>:

Saber se a vontade de procriar deve ser protegida para além da morte, é tema que divide os doutrinadores em duas correntes básicas. De um lado, os que defendem essa proteção, ao argumento de ser convergente do direito da criança à existência. De outro, os que sustentam a impossibilidade dessa técnica, como forma de assegurar o direito do filho a uma estrutura familiar formada por ambos os pais.

Entre aqueles que são plenamente favoráveis à reprodução *post mortem*, o fundamento de validade se encontra na própria Constituição Federal, seu artigo 226, §4<sup>o6</sup> que prevê a família denominada de monoparental, isto é, aquela em que é constituída por um dos pais e seu filho.

---

<sup>4</sup> BERALDO apud DIAS, Helena Soares Souza Marques. *A reprodução humana assistida homóloga post mortem e Direito Sucessório*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4069, 22 ago. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29287>>. Acesso em: 13 out. 2015.

<sup>5</sup> AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p.117.

<sup>6</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Entretanto, Eduardo de Oliveira Leite<sup>7</sup> assevera que:

A inseminação *post mortem* constitui uma prática fortemente desaconselhável. Como se não bastassem as contraindicações de natureza ética e psicológica, resta ainda a consideração de ordem jurídica a dissuadir esta tentativa. A fecundação póstuma poderia provocar vários problemas na herança e sucessão. O direito precisaria levar em consideração potenciais descendentes que poderiam nascer anos depois da morte do marido.

A par desses questionamentos, se colocam outros que vão repercutir na própria existência humana. Conforme aponta Regina Beatriz Tavares da Silva<sup>8</sup>:

Se escolhermos o caminho da ampliação, estaremos na vanguarda? Parece-nos que não, já que haverá apenas uma aparência de inovação. Esse caminho pode reduzir o ser humano procriado artificialmente à “coisificação”, ou à formação de casais que não devem prestar contas à sociedade.

Se optarmos pelo caminho da restrição, pareceremos antiquados? Parece-nos que não, porque assumiremos a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana, como cláusula geral de tutela da personalidade, voltada em especial à proteção daquele ser indefeso que nascerá por procriação artificial.

A falsa ideia de que a sociedade quer a amplitude incontida dessas novas tecnologias precisa ser enfrentada, já que devemos lembrar que o direito não deve estar aquém ou além dos anseios sociais, o ideal é que fique sempre *pari passu* com esses almejos.

Logo, a utilização de tais técnicas merece muita cautela, pois a filosofia que defende a ampliação do uso desses recursos para procriação artificial visa somente os interesses paternos e das pessoas que doam material genético para as clínicas de criopreservação, baseando-se aqueles com posicionamento mais restritivo no interesse da criança que vai nascer, que não deve ser tratado como coisa<sup>9</sup>.

Ademais, em que pese os avanços tecnológicos serem imprescindíveis na busca de curas, tratamentos e soluções para as mais diversas necessidades humanas, seria aceitável tudo que seja possível, em nome do Princípio da felicidade, adotando o Direito postura meramente ratificadora de todas as inovações científicas, incluindo práticas irrefletidas, que se violasse o postulado supra da Constituição Federal, qual seja, o da dignidade da pessoa humana?

---

<sup>7</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.155.

<sup>8</sup> SILVA, op. cit., p. 20.

<sup>9</sup> Ibid., p. 19.

Parece que não. Para os casos de reprodução assistida *post mortem* aparecem várias questões para o Direito – principalmente de Família e Sucessões – as quais abordaremos, sem pretensão de esgotar o assunto, tendo como base a ponderação de princípios Constitucionais, reconhecendo os postulados da dignidade humana e segurança jurídica norteadores de todo o ordenamento jurídico.

## **2. PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUCESSÓRIOS**

Como é sabido, desde os primórdios da humanidade consegue-se visualizar o direito sucessório, desde que o homem abandona a vida nômade, fixando-se na terra, passando a habitar pequenos conglomerados junto com seus pares, formando uma verdadeira espécie de sociedade.

A transmissão de bens por sucessão, que se faz a alguém indicado pela lei ou por testamento, apresenta inúmeras variações na história do direito. Suceder tem como significado substituir, isto é, entrar no lugar do outro. Sucessão, em seu sentido genérico é a sequencia de fatos ou atos que surgem uns após os outros<sup>10</sup>.

Conforme disciplina o artigo 1798 do Código Civil, legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Zeno Veloso afirma que, “desde o Direito Romano, já se concebe seja beneficiada em testamento pessoa ainda não nascida, mas já concebida quando da abertura da sucessão<sup>11</sup>”.

Carlos Roberto Gonçalves afirma que a regra segundo a qual só tem legitimação para suceder aquelas pessoas que nascidas por ocasião da abertura da sucessão encontra uma exceção: no caso do nascituro. Ainda de acordo com o jurista, tendo em vista o sistema adotado no Código Civil acerca do início da personalidade natural (art. 2º), entende-se como

---

<sup>10</sup> DIAS, Maria Berenice Dias. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 30.

<sup>11</sup> VELOSO, Zeno. *Testamentos*. 2. ed. São Paulo: Cejup, 1993. p. 418.

sendo o nascimento com vida o marco temporal de começo da personalidade, respeitando-se, entretanto, os direitos do nascituro desde o momento da concepção. Logo, para ele, os nascituros podem ser chamados a suceder, sendo sucessão legítima ou testamentária, dependendo do seu nascimento para produzir eficácia<sup>12</sup>.

Segundo Maria Berenice Dias, adquirir capacidade sucessória está ligado à ocorrência de condição suspensiva que é o nascimento com vida. Portanto, o nascituro enquadra-se como tendo capacidade sucessória passiva condicional, posto que ainda não tem personalidade civil. Não sobrevivendo ao parto, não adquire a condição de herdeiro. Assim, a sua parte a que caberia caso nascesse, retorna ao montante da herança para ser partilhada entre os outros sucessores. Contudo, sobrevivendo, ainda que por pouco tempo, assume a qualidade de herdeiro, e a ele é transmitida a herança. Ainda que venha a óbito logo após o nascimento, os bens adquiridos são transmitidos aos seus sucessores. Nota-se que a controvérsia é mais específica da área médica legal, a fim de ser identificado o momento do nascimento, com vida ou não<sup>13</sup>.

Veja-se que, conquanto a possibilidade do nascituro suceder é pacífica, a discussão sobre o embrião congelado poder suceder ou não no direito brasileiro merece maiores considerações. Analisando-se a redação do artigo 1798 do diploma civil, que traz expressamente a possibilidade de sucessão dos já concebidos no momento da abertura da sucessão, nota-se que há uma aparente lacuna no que tange ao congelamento de embriões, que comumente ficam congelados por bastante tempo. Isso poderia indicar que, erroneamente, o processo de inventário deva ficar suspenso por tempo indeterminado, ou que, no momento da partilha, se reservasse o quinhão hereditário do embrião criopreservado também por tempo indeterminado. Situações que soam absurdas.

---

<sup>12</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 7. p. 51.

<sup>13</sup> DIAS, op. cit., p. 121.

Como se depreende do texto constitucional de 1988, a CRFB reconhece e garante inúmeros direitos aos brasileiros e, dentre outros direitos, dispõe expressamente em seu artigo 5º, inciso XXX que "é garantido o direito de herança.". Percebemos que tanto a CRFB quanto o Código Civil, no que tange ao direito sucessório, estão distantes de responder a essas indagações de maneira expressa, cabendo aos intérpretes da lei maior, por meio de ponderação solucionar as questões como esta trazida.

Os direitos constitucionais dos seres humanos em técnicas de reprodução humana assistida devem ser analisados sob o prisma dos direitos da personalidade, principalmente. Conforme Salienta Jorge Duarte Pinheiro<sup>14</sup>, os princípios fundamentais do sistema jurídico aplicáveis à procriação medicamente assistida são aqueles referentes aos direitos da personalidade e ao direito de família, expressamente constitucionalizados ou não.

Não se nega que, ainda que os destinatários das regras sobre reprodução assistida sejam os adultos, é incontestável que os destinatários-fim da utilização dessas técnicas são as pessoas geradas por ela. Conforme aduz Regina Beatriz Tavares da Silva<sup>15</sup>

Diante do conflito concreto de direitos, como no de conhecimento da identidade e da origem genética (investigação da paternidade ou da maternidade) com o de intimidade e da vida privada (anonimato do doador do gameta), o plano ideal seria uma harmonização entre esses direitos, mas, isso não é possível, de modo a tornar inevitável a restrição a direitos, já que um deles deverá prevalecer, dentro de um juízo de ponderação, mas sempre no sentido mais conforme a Constituição.

Quando se entra no estudo da procriação assistida, parte-se, geralmente, da dignidade da pessoa humana que é a cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade. Antes de se chegar ao direito sucessório da prole eventual proveniente de reprodução assistida *post mortem* de embrião criopreservado, encara-se inúmeros outros princípios constitucionais, a saber: integridade psíquica e emocional, honra, segredo, direito à identidade e ao conhecimento da origem genética, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito de constituir família, direito das crianças à proteção integral, dentre outros.

---

<sup>14</sup> PINHEIRO, apud SILVA. op. cit., p. 59.

<sup>15</sup> Ibid., p. 60.

Não pairam dúvidas de que, em contrapartida ao direito à vida do embrião congelado, subsiste o direito da mulher de escolha de quando engravidar, isto é, o direito à sua autodeterminação de procriar.

A Constituição não quis enfrentar a temática controvertida do aborto porque existiram três posicionamentos firmes durante a constituinte. Um primeiro buscava assegurar o direito à vida, desde o momento da concepção, o que consequencialmente importaria em vetar o aborto. Uma segunda entendia que a condição de sujeito direito se adquiria pelo nascimento com vida e que é responsabilidade exclusiva da mulher acerca da vida intrauterina. Por fim, a que ganhou mais adeptos, e saiu vencedora foi a de que a Constituição não deveria se imiscuir sobre o assunto<sup>16</sup>.

Sendo certo que a terceira corrente<sup>17</sup> ganhou força, principalmente com o voto vencedor do Ministro Carlos Ayres Britto na ADI n. 3.510-0 julgada pelo STF, reafirmou-se que tanto o nascituro quanto o embrião congelado não possuem personalidade civil no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Sérgio Abdalla Semião “Destarte, o direito à vida do embrião congelado estará sempre à vontade da mãe ou de outra mulher de engravidar livremente. O direito à vida do embrião congelado é condicionado por esse direito ao próprio corpo e de livre procriação da mulher.<sup>18</sup>”.

Portanto, antes de se entender pela possibilidade ou não do direito sucessório do embrião congelado, é preciso ultrapassar inúmeros princípios constitucionalmente garantidos, cabendo, principalmente, a mulher realizar este “juízo de admissibilidade”, a fim de que possamos entrar na discussão acerca dos direitos hereditários da prole eventual que decorra de reprodução assistida *post mortem*.

---

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 199.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 199.

<sup>18</sup> SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Biodireito & Direito Concursal: aspectos científicos do direito civil em geral e da natureza jurídica do embrião congelado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 240.

### 3. DIREITO À HERANÇA DO CONCEBIDO POR MEIO DA TÉCNICA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Em que pese não haver regulamentação legal das técnicas de reprodução assistida, existindo apenas a Resolução n. 2.121/2015 que dispõe sobre normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, faz-se necessário a criação de lei, pois o direito à utilização dos meios de reprodução assistida passou a ser classificado como direito social positivo, em decorrência do acesso por meios financiados pelo Estado.

Para Maria Helena Diniz<sup>19</sup>

[...] Enquanto não advier a legislação regulamentadora da reprodução assistida, prevaleceria, segundo alguns autores, o princípio de que tudo aquilo que não está proibido está permitido, deixando os cientistas da área biomédica com grandes possibilidades de ação na área da embriologia e da engenharia genética. Por isso, urge regulamentar a fecundação humana assistida, minuciosamente, restringindo-a na medida do possível.

Com a utilização das técnicas de reprodução assistida surgem muitos conflitos, dentre eles aqueles existentes entre o direito à liberdade de procriar e o direito de ser gerado por esse meio reprodutivo. A ausência de regulamentação legal das técnicas de reprodução assistida permite um alargamento dos poderes dos médicos, que acabam sendo os únicos juízes e legisladores da utilização da técnica, sem que para isso se atente aos efeitos jurídicos do uso da técnica.

No que tange à possibilidade de reprodução assistida *post mortem*, a lei se referiu, apenas, à presunção de paternidade dos filhos decorrentes da utilização de tal técnica e não abordou a respeito do procedimento a ser seguido na seara do direito sucessório. Conforme prevê o artigo 1.597, III e IV do Código Civil, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o

---

<sup>19</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 520-603.

marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes da concepção artificial homóloga<sup>20</sup>.

Em razão da omissão legislativa com relação aos direitos sucessórios da prole póstuma, a doutrina é bastante divergente.

Para uma parcela da doutrina, a criança concebida posteriormente a morte do genitor somente poderá ser herdeira a título de sucessão testamentária, em analogia ao que dispõe o artigo 1799, I do Código Civil, que permite a possibilidade de ser chamado a suceder a prole eventual, de modo que se poderia reconhecer esse direito a prole do testador, sendo necessária autorização expressa nesse sentido.

A respeito desse posicionamento Maria Helena Diniz<sup>21</sup> afirma que

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

Outra corrente defende o direito hereditário de forma mais ampla, assegurando a criança gerada por inseminação post mortem o direito à herança testamentária, bem como a legítima, em razão do que prescreve o artigo 227, §6º da CRFB/88, vedando qualquer tratamento discriminatório em relação aos filhos e, também, o artigo 1597, III e IV, do Código Civil, que garante a presunção da concepção na constância do casamento.

Esta parece ser a corrente com mais aceitação no meio acadêmico, merecendo trazer os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves<sup>22</sup>

[...] são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “*concebido na constância do casamento*”, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, § 6º, da Constituição.

---

<sup>20</sup> BRASIL. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 14 fevereiro 2016.

<sup>21</sup> Ibid., p. 550

<sup>22</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 58.

Este também é a posição de José Luiz Gavião de Almeida<sup>23</sup>

E reconhecendo o legislador efeitos pessoais ao concepturo (relação de filiação), não se justifica o plurido de afastar os efeitos patrimoniais, especialmente o hereditário. Essa sistemática é reminiscência do antigo tratamento dado aos filhos, que eram diferenciados conforme a chancela que lhes era aposta no nascimento. Nem todos os ilegítimos ficavam sem direitos sucessórios. Mas os privados desse direito também não nascia relação de filiação. Agora, quando a lei garante o vínculo, não se justifica privar o infante de legitimação para recolher a herança.

Também adere a este posicionamento Maria Berenice Dias<sup>24</sup>

O uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade. Impensável cercear este direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter às técnicas de reprodução assistida. [...] O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza a e legitima a inseminação *post mortem*. A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários.

Uma terceira corrente, a nosso ver mais radical, entende que o filho concebido após a morte do pai deva ser excluído da sucessão, pois para ter assegurado o direito à herança do de cujus, a pessoa precisa pelo menos ser concebida no momento da abertura da sucessão. Não obstante, a corrente é defendida por ilustres civilistas. Nesse sentido Caio Mario<sup>25</sup> afirma que “Não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte e dela participam as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”.

Esta também é a posição defendida por Guilherme Calmon<sup>26</sup> que, além de ser contra o direito à herança nesse caso, também é desfavorável ao acesso pelo cônjuge ou companheira viúva ao embrião congelado, ainda que com autorização expressa.

[...] ao menos no estágio atual da matéria no direito brasileiro, não há como se admitir, mesmo com vontade expressa deixada em vida pelo falecido, o acesso da ex-esposa ou ex-companheira às técnicas de reprodução assistida homóloga, diante do princípio da igualdade em direitos entre os filhos. A despeito da proibição no

<sup>23</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado: Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003, p.104.

<sup>24</sup> DIAS, Op. cit., p. 117.

<sup>25</sup> SILVA, Caio Mário Pereira. *Instituições de Direito Civil*, v. 5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 318 *apud* FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 104.

<sup>26</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 733.

direito brasileiro, se eventualmente tal técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e o pressuposto do risco, mas não para fins de direitos sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear a reparação dos danos materiais que sofrer de sua mãe e dos profissionais que auxiliaram a procriar [...].

Veja-se que as posições defendidas encontram guarida em nosso ordenamento jurídico, mas podem gerar um cenário de total insegurança jurídica, como também meio fraudulento para obtenção de herança, além das questões relativas aos direitos da personalidade.

Em se admitindo o direito sucessório, passa-se a um segundo momento: a necessidade de prazo para utilização deste embrião congelado, pois a sucessão e o direito hereditários dos demais herdeiros não podem ficar condicionados a uma situação eventual *ad eternum*, causando insegurança jurídica no processo de inventário.

Alguns autores defendem que quando da manifestação de vontade expressa por meio de documento, permitindo o uso do embrião congelado após seu falecimento, o doador do embrião deva delimitar um prazo, sendo que este não deverá ultrapassar por mais de 2 anos contados da abertura da sucessão, em analogia ao prazo previsto no artigo 1800, §4º do Código Civil.

No entanto, parece absurdo que se delimite um prazo tendo em vista que vindo ao mundo, esta criança gerada *post mortem* terá todos os direitos dos demais herdeiros. Nesse sentido é a posição de Silmara Chinelato<sup>27</sup>

Mesmo quem reconhece o direito sucessório ao filho concebido mediante fecundação artificial póstuma se inclina em estabelecer o prazo de dois anos para que ocorra a concepção, fazendo uma analogia ao prazo para a concepção da filiação eventual (CC 1.800, § 4º). Esta limitação não tem qualquer justificativa. Não se pode discriminar o filho havido post mortem concebido com sêmen do pai pré-morto, depois do prazo de dois anos.

---

<sup>27</sup> CHINELATO, Silmara Juny. *Estatuto jurídico do nascituro apud DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 118.

Maria Berenice Dias<sup>28</sup> afirma que “a tentativa de emprestar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que vem a nascer, ainda que depois de alguns anos. Bata lembrar que não há limite para o reconhecimento da filiação”.

Portanto, a par das posições existentes acerca da possibilidade de sucessão ou não da prole eventual decorrente de reprodução assistida *post mortem*, com observância dos princípios constitucionais ante a falta de regulamentação legal, ressalta-se que a posição mais acolhida no meio acadêmico é a que assegura maiores direitos a essa criança gerada por meio de tal técnica.

## CONCLUSÃO

Não obstante a utilização de meios alternativos para procriação como o uso das técnicas de reprodução assistida estar crescendo, fato é que o tema carece de regulamentação legal e ainda implica inúmeras questões éticas e jurídicas.

Antes mesmo do enfrentamento da questão sucessória da prole que venha a surgir, fruto de inseminação artificial *post mortem*, é necessário analisar inúmeros princípios que dizem respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade, sobretudo do concebido, deixando para um segundo plano analisar a questão sucessória.

Em se admitindo a concepção de um ser por meio das técnicas de reprodução assistida em casos *post mortem*, percebe-se uma vasta lacuna na legislação, cabendo a doutrina esclarecer, com base nos princípios constitucionais e sucessórios, o alcance do direito sucessório a prole concebida, pois analisando-se a partir da Constituição Federal de 1988, o sistema normativo é todo voltado para a proteção em especial de alguns, entre eles o menor.

---

<sup>28</sup> DIAS, op. cit., p. p. 118.

Conclui-se, portanto, que, não obstante a doutrina divergir bastante com relação à possibilidade de o concebido por reprodução assistida póstuma ser herdeiro, a que título, sucessão legítima ou testamentária, e em até quando pode se fazer uso do embrião criopreservado para que se tenha o direito à herança assegurado, com todo o sistema normativo e à luz dos princípios previstos na Carta Magna, a posição que traz uma solução é a que confere mais direitos ao concebido, tendo esse maior proteção em face dos herdeiros.

## REFERÊNCIAS

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

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado: Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003.

BERALDO apud DIAS, Helena Soares Souza Marques. A reprodução humana assistida homóloga post mortem e Direito Sucessório. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4069, 22 ago. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29287>>. Acesso em: 13 out. 2015.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 14 fevereiro 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 outubro. 2015.

\_\_\_\_\_. Resolução CFM n. 2.121/2015. Disponível em <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em: 19 mai. 2016.

CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro apud DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice Dias. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAMA, Guilherme Calmom Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. VII.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Biodireito & Direito Concursal: Aspectos científicos do direito civil em geral e da natureza jurídica do embrião congelado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SILVA, Caio Mário Pereira. *Instituições de Direito Civil*, v. 5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 318 apud FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família*. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Reflexões sobre a Procriação ou Reprodução Assistida nas Uniões entre pessoas do mesmo sexo. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares. (Org.); NETO, Theodureto de Almeida Camargo. *Grandes temas de Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014.

VELOSO, Zeno. *Testamentos*. 2. ed. São Paulo: Cejup, 1993.