



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Concebido *Post Mortem* no Direito das Sucessões

Caterina Medeiros de Luca

Rio de Janeiro  
2010

CATERINA MEDEIROS DE LUCA

O Concebido *Post Mortem* no Direito Sucessório

Artigo Científico apresentado à Escola de  
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,  
como exigência para obtenção do título de  
Pós-Graduação.

Orientadores: Prof<sup>a</sup>. Néli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares  
Prof<sup>a</sup> Mônica Areal

Rio de Janeiro  
2010

## CONCEBIDO *POST MORTEM* NO DIREITO DAS SUCESSÕES

**Caterina Medeiros de Luca**

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo:** O presente trabalho analisa os efeitos jurídicos, no direito das sucessões, da realização da fecundação artificial *post mortem*. Trata-se de uma técnica de reprodução humana assistida homóloga, ou seja, os gametas utilizados são do próprio casal que possui o projeto parental. O Código Civil de 2002, no artigo 1.597 estabelece a presunção de paternidade, e considera como concebidos na constância do casamento os filhos frutos da inseminação artificial homóloga, mesmo que realizada após a morte do marido. O maior problema, no entanto, reside na sucessão do filho concebido postumamente. Por não haver nenhuma legislação regulamentando a matéria, abre-se espaço para uma discussão na doutrina. Uns admitem amplos efeitos ao concebido *post mortem*, com relação à filiação e à sucessão legítima, com fundamento no princípio constitucional da igualdade entre os filhos, enquanto outros apenas reconhecem a presunção de paternidade, desde que haja o consentimento prévio do falecido, concordando com a concepção do filho após a sua morte.

**Palavras-chave:** Direito Civil (Direito das Sucessões), Concebido *post mortem*, Fertilização *in vitro*, Inseminação Artificial, Sucessão, Técnicas de Reprodução Humana Assistida.

**Sumário:** Introdução. 1. Reprodução Humana Assistida. 2. Sucessão do Concebido *Post Mortem*. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Com as inúmeras inovações na Medicina, principalmente no âmbito da reprodução humana assistida, surgem várias questões que precisam ser resolvidas pelo Direito. Os avanços tecnológicos acontecem com muito mais rapidez do que o direito consegue se atualizar, existindo várias lacunas a ser preenchidas pela doutrina e jurisprudência.

Neste trabalho serão discutidos os efeitos jurídicos, no direito de família e das sucessões, da inseminação artificial homóloga realizada após a morte do cônjuge. Não há

legislação expressamente proibindo e nem regulamentando a hipótese de inseminação *post mortem*, gerando muitas dúvidas acerca, especialmente, do direito sucessório.

Primeiramente será abordado o tema da reprodução humana assistida, conceituando-a e analisando os limites, em especial, as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida contidas na Resolução nº. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.

Após, serão analisadas e diferenciadas as principais técnicas de reprodução humana assistida e, mais especificamente, a fecundação artificial *post mortem*.

Por fim, será feita uma abordagem sobre os princípios gerais do direito das sucessões, bem como os requisitos para ser considerado herdeiro. Para suceder alguém é necessário estar vivo no momento da abertura da sucessão bem como ser chamado pela vocação hereditária. Pelo fato de o Código Civil não abordar a questão da sucessão do concebido *post mortem*, abre-se espaço para a discussão acerca da possibilidade ou não do filho ser herdeiro. A doutrina se divide em três correntes, as quais serão analisadas mais adiante.

Para a abordagem do tema, será utilizado o método indutivo, por melhor adequar-se a este tipo de trabalho, foram realizadas pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais e na internet, visando o estudo acerca do aludido tema proposto.

## **1- REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

### **1.1 - CONCEITO**

De acordo com a Resolução nº. 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina em seu item I – 1, as técnicas de reprodução medicamente assistida têm o papel de auxiliar nos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras

tentativas terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução atual de infertilidade.

A incapacidade de procriar constitui para muitos um problema interminável na vida conjugal, resultando em morbidade emocional e problemas interpessoais. O desejo de ter filhos pode ser um objetivo essencial da vida, além de se tratar de uma aspiração legítima do casal.

A utilização de técnicas de reprodução assistida não resolve o problema da infertilidade para sempre, mas traz a solução prática para que, mesmo pessoas estéreis, possam ter filhos.

Para Eduardo de Oliveira Leite<sup>1</sup> “as procriações artificiais, separando ato sexual da procriação propriamente dita, vieram substituir o processo natural de procriação insuficiente. Apesar de todas as conquistas da medicina, da genética, da biologia, tais processos ainda não são normais, nem banais”.

O direito à reprodução deve ser visto como um direito fundamental e reflexo do direito à liberdade, estando inserido no direito ao planejamento familiar. O Estado não pode interferir nessa decisão, que de acordo com o artigo 226, § 7º da Constituição Federal é livre do casal. Mas, se verificada a impossibilidade material do exercício desse direito devido à esterilidade do casal, ou de um deles, ou pela possibilidade de transmissão de doenças hereditárias à prole, cabe ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício do planejamento familiar.

---

<sup>1</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: RT, 1995 p.148.

A Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996<sup>2</sup>, que regulamenta o artigo 226, § 7º da Carta Magna e estabelece penalidades, dispõe da seguinte maneira sobre o planejamento familiar e a utilização das técnicas de reprodução humana assistida:

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção. Parágrafo único. A prescrição a que se refere o caput só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.

Assim, se o casal não puder ter filhos através dos métodos naturais de concepção, há a possibilidade de se recorrer a uma das técnicas de reprodução assistida, desde que não haja riscos à saúde e a probabilidade de êxito seja razoável. Outro dado importante é que qualquer método ou técnica contraceptiva ou conceptiva somente pode ser prescrito após avaliação e acompanhamento clínico.

No entanto, o uso das técnicas de reprodução humana assistida não é ilimitado ou absoluto como ressalta Guilherme Calmon.<sup>3</sup> Devem ser analisadas várias restrições, tendo a Resolução nº. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina estabelecido normas éticas para a sua utilização, podendo se destacar que o emprego das técnicas de reprodução assistida somente deve ser um recurso quando a esterilidade ou o risco de transmissão de doenças genéticas forem devidamente constatados por médicos especialistas, devido aos riscos inerentes ao procedimento. Também o consentimento esclarecido (ou consentimento informado)<sup>4</sup> dos interessados é de suma importância, tendo em vista que as taxas de fracasso são relativamente altas, ficando entre 85 a 95% por ciclo de tentativa e os custos são elevados. Apenas devem ser utilizadas se houver uma probabilidade efetiva de sucesso e não incorrendo, também, em grave risco para a saúde do paciente ou o possível descendente.

---

<sup>2</sup> Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9263.htm>, ultimo acesso em 15/10/2010.

<sup>3</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.636.

<sup>4</sup> Resolução nº.1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, Item I- 3.

Qualquer produto, parte ou função do corpo humano não pode ser comercializado, pois são considerados juridicamente coisas fora do comércio, de acordo com o artigo 199, § 4º da Constituição Federal.<sup>5</sup> A doação de gametas ou pré-embriões não pode ter caráter lucrativo ou comercial<sup>6</sup>, o que se busca é o altruísmo das pessoas assim como na doação de sangue ou de órgãos para transplante. A Lei de Biosegurança estabelece que é proibida a comercialização das células embrionárias de origem humana (artigo 5º, §3º da Lei 11.105/2005<sup>7</sup>), sendo a sua prática considerada crime tipificado no artigo 15 da Lei 9.434/97<sup>8</sup> – Crime de compra e venda de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, tendo como pena prevista a reclusão, de três a oito anos, e multa.

Também a identidade do doador, ou doadores, de gametas ou pré-embriões deve ser mantida em sigilo para que se garanta a autonomia e o desenvolvimento normal da família que vai ser formada. De acordo com Maria Claudia Brauner<sup>9</sup> “a alegação que a criança tem o direito de conhecer sua origem genética realça a paternidade biológica, conceito já ultrapassado na doutrina mais moderna, sendo que hoje o direito está começando a relevar, de forma gradativa, a paternidade afetiva”.

---

<sup>5</sup> Artigo 199 da Constituição Federal: A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. [...] § 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

<sup>6</sup> Idem. Item IV – 1.

<sup>7</sup> 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.

[...]

§ 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. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm)

<sup>8</sup> Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9434.htm>

<sup>9</sup> BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental*: Contribuição para o debate no Direito brasileiro. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 3, n.12, out./dez. 2002. p 249.

Somente em situações especiais se pode revelar a identidade genética do doador, como no caso de ser necessária a obtenção de informação genética indispensável à saúde da pessoa que recebeu a doação ou quando a responsabilidade for do doador, ou dos médicos que realizaram o processo, em razão da utilização de sêmen com carga genética defeituosa.<sup>10</sup>

A reprodução assistida se coloca ao lado da adoção como alternativa de procriação que não a carnal. Mas há uma grande diferença, pois na adoção não há nenhum vínculo biológico entre os pais e a criança, enquanto que com o uso das técnicas de reprodução artificial medicamente assistida pode-se garantir um vínculo biológico, tanto maternal quanto paternal, ainda que parcialmente, quando se utiliza a doação de um dos gametas.

As técnicas de reprodução humana medicamente assistida, levando-se em consideração o local em que ocorre a concepção, podem ser divididas em dois grandes grupos: fertilização *in vivo* ou inseminação artificial, quando ocorre dentro do corpo da mulher; e fertilização *in vitro*, quando acontece no laboratório com posterior implantação do embrião para gestação.

Outra divisão diz respeito aos gametas utilizados, podendo ser homóloga, quando somente se utilizam os gametas do casal que possui o projeto parental; ou heteróloga, quando é realizada com gameta de um doador.

## **1.2 – TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

A reprodução humana assistida, conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino para dar origem a um ser humano, pode se dar pelos métodos ZIFT, FIVETE, IIU e GIFT.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Ibid.p. 249.

<sup>11</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 475.

A fertilização *in vitro* ou ectogênese ocorre pelo método FIVETE ou ZIFT (*Zibot intra Fallopian Transfer*), os quais consistem na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de um doador, para que depois seja introduzido o embrião no seu corpo. Na FIVETE, o embrião é colocado no seu útero ou no de outra mulher, enquanto que no ZIFT, é colocado nas tubas uterinas. Assim, se difere da inseminação artificial que se processa mediante os métodos GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*) ou IIU (Inseminação Intrauterina), sendo também conhecida como fecundação *in vivo*, pois não há manipulação externa de embriões, somente a introdução do sêmen na mulher. No GIFT, assim como no ZIFT, o espermatozoide é introduzido nas tubas uterinas da mulher. E na IIU, como o próprio nome diz, é a transferência do sêmen para o útero da mulher.

A fertilização *in vitro* e a inseminação artificial podem ser homólogas, quando o embrião se origina do sêmen do marido e do óvulo da mulher, ou heterólogas, caso haja a doação de um dos gametas ou de ambos.

Várias situações podem ocorrer com a ectogênese, ou fertilização *in vitro*: a fecundação de um óvulo da esposa ou companheira com o espermatozoide do marido ou convivente, transferindo-se o embrião para o útero de outra mulher quando houver esterilidade feminina por impossibilidade de gestação; a fertilização *in vitro* com sêmen e óvulo de estranhos, por encomenda de um casal estéril por ausência de óvulos e espermatozoides, podendo ser implantado o embrião no útero da mulher; a fertilização com o sêmen do marido ou companheiro e um óvulo de uma doadora e posterior implantação do embrião no útero da mulher; pode haver também a fertilização com o espermatozoide de um terceiro e o óvulo da mulher e imissão do embrião no útero dela; a fertilização em proveta com o óvulo da mulher e o

esperma do marido, com a posterior implantação do embrião no útero dela, nos casos em que há esterilidade tubária feminina<sup>12</sup> e hipofertilidade masculina<sup>13</sup>; entre outras.

Inseminação artificial, na definição de Eduardo de Oliveira Leite<sup>14</sup>, é “a introdução do esperma na vagina ou no útero de uma mulher por outros meios que não a relação sexual. A técnica é utilizada por certos casais que de outra forma não poderiam conceber, mas nos quais o homem não é totalmente estéril”.

Tem-se a inseminação artificial quando o casal não puder procriar, por haver obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como a esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, escassez de espermatozóides, obstrução do colo uterino, doença hereditária, entre outras causas.

Na reprodução assistida homóloga, os pais biológicos e genéticos são os mesmos que buscam a técnica de reprodução assistida como meio para procriar, e a filiação será sempre natural, sangüínea, não suscitando nenhuma controvérsia para o direito em relação ao parentesco.

O mesmo não ocorre na inseminação artificial heteróloga, que é utilizada nos casos em que a infertilidade do marido é indiscutível, sendo que uma das causas mais freqüentes é a ausência completa de espermatozóides (azoospermia). Assim, recorre-se ao material genético de um terceiro homem, introduzindo-se na cavidade uterina da mulher. Nesses casos são utilizados os bancos de sêmen, que têm como função o armazenamento e conservação no tempo do material genético masculino. O primeiro local a ter um banco de sêmen no Brasil foi o Hospital Albert Aistein, em São Paulo, o qual existe desde 1993.

A inseminação artificial heteróloga gera muitas controvérsias no âmbito do direito, pois há a interferência de uma terceira pessoa que é o doador. Por esta razão, Eduardo de

---

<sup>12</sup> Ausência de tubas uterinas ou obstrução das mesmas.

<sup>13</sup> Hipofertilidade ou baixa fertilidade é determinada pela ausência de um mínimo x de espermatozóides por ml.

<sup>14</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995 p.153.

Oliveira Leite<sup>15</sup> entende que a inseminação artificial heteróloga deve ter como princípio reitor e inquestionável que a receptora não deve conhecer a identidade do doador do sêmen e óvulo e vice-versa.

O pai legal é o marido da mulher e não o doador, pois é necessário o seu consentimento, na realização da inseminação artificial heteróloga, para que o filho que dela resulte seja presumidamente seu, de acordo com o artigo 1.597, V do Código Civil.

O Código Civil de 2002 inseriu as técnicas de reprodução humana assistida na presunção de paternidade decorrente do casamento, que não existia no Código de 1916, inovando na matéria. Mas ainda há a necessidade de uma lei para regulamentar a utilização de tais técnicas.

### **1.3 – REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA POST MORTEM**

Um dos temas mais polêmicos, no que diz respeito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida, é o da fecundação artificial realizada após a morte do homem ou da mulher. É uma técnica de procriação que se tornou viável devido à possibilidade de criopreservação<sup>16</sup> dos gametas ou do embrião, anteriormente fecundado com o material genético do casal.

O primeiro caso que teve grande repercussão aconteceu na França, em 1984, e ficou conhecido como o Caso *Parpelaix*, julgado pelo Tribunal de *Grande Instance de Créteil*.<sup>17</sup>

Alain Parpelaix vivia com Corinne R. quando descobriu que tinha câncer nos testículos. Então, em 1981, aconselhado pelos médicos, ele depositou seu esperma no

---

<sup>15</sup> Ibid.p. 156.

<sup>16</sup> Conservação a baixas temperaturas.

<sup>17</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: RT, 1995 p.232-235.

CECOS<sup>18</sup>, devido ao risco de ficar estéril por causa do tratamento quimioterápico que teria que fazer.

Após dois anos de tratamento, Alain P. morreu, em 25 de dezembro de 1983, tendo se casado com Corinne R. apenas dois dias antes do óbito. A viúva e seus parentes solicitaram ao CECOS que devolvesse o esperma coletado, para que se procedesse a inseminação artificial de Corinne. Mas a clínica se negou a devolver, por falta de previsão legal.

Submetida a questão ao Tribunal, este entendeu que não havia dúvidas quanto à vontade de Alain P., pois o depoimento dos pais de Corinne R., e dos pais dele também, deixava claro que durante a doença, e com a concordância de sua companheira, ele quis preservar as chances de procriar ao depositar o sêmen na clínica, mesmo que a concepção da criança ocorresse depois da sua morte. Esta atitude restou confirmada pelo casamento religioso e civil ocorrido dois dias antes de sua morte.

Como a clínica, o CECOS, não provou ter alertado e prevenido Alain P. sobre a sua oposição à devolução do material coletado após a morte, o Tribunal entendeu que esta aceitou tacitamente a vontade de Alain P., e pelas circunstâncias apresentadas, concluiu, também, que o contrato celebrado entre Alain P. e CECOS constitui um contrato específico, cabendo ao CECOS a obrigação de conservar e de restituir ao doador o esperma ou devolvê-lo a quem fosse destinado.

Deste modo, a decisão do Tribunal condenou o CECOS a restituir o sêmen a Corinne, tendo sido imposta uma cláusula penal por uma eventual demora. No entanto, embora Corinne tenha conseguido a devolução do material genético de Alain, a inseminação

---

<sup>18</sup> Centro de Estudos e Conservação do Esperma.

não foi bem sucedida. Devido à demora para a resolução do caso, os espermatozóides já não estavam mais potencializados para a fecundação.<sup>19</sup>

As técnicas de congelamento de sêmen são muito utilizadas na prevenção da fertilidade de homens que irão se submeter ao tratamento de neoplasias<sup>20</sup>, nas quais há um alto risco de esterilização. Como nesses tratamentos, geralmente muito longos, a possibilidade de cura não é freqüente e se acompanha da esterilidade, o esperma conservado pode servir a uma inseminação artificial na mulher depois da morte do marido.

A Resolução nº. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina não dispõe sobre a fecundação *post mortem*, mas como permite a inseminação de mulheres solteiras com o sêmen de um doador não parece ilícito o uso do sêmen do marido falecido.<sup>21</sup>

Para Mônica Aguiar<sup>22</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.

Como argumento a favor da fecundação *post mortem* se pode afirmar que é perfeitamente válida a vontade inequívoca do marido de querer dar à sua mulher um filho, mesmo depois de sua morte. A própria constituição, no seu artigo 226, § 4º<sup>23</sup>, protege a família monoparental, ou seja, formada por um dos pais e seus filhos.

---

<sup>19</sup> GIORGIS, Jose Carlos Teixeira. *A inseminação póstuma*. ADV: Advocacia Dinâmica - Seleções Jurídicas, São Paulo, n.1,p. 52, jan. 2006. Edição especial.

<sup>20</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.7.

<sup>21</sup> Resolução nº. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina. Item II – 1.

<sup>22</sup> AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p.117.

<sup>23</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.

No entanto, para Eduardo de Oliveira Leite<sup>24</sup>:

A inseminação *post mortem* constitui uma prática fortemente desaconselhável. Como se não bastassem as contra-indicações 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.

Nesses casos de fecundação artificial póstuma, apesar do vínculo biológico não ser rompido, surgem vários problemas para o direito, principalmente para o direito sucessório, como será analisado mais a fundo em capítulo próprio.

## **2 – SUCESSÃO DO CONCEBIDO *POST MORTEM***

### **2.1 – PRINCÍPIOS GERAIS DA SUCESSÃO**

A Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXX prevê o direito de herança, sendo, portanto, uma garantia fundamental, assegurada a todos.

O direito das sucessões é o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, aos seus herdeiros, em virtude da lei ou do testamento.<sup>25</sup> Somente após a comprovação da morte é possível a transferência dos bens, pois não há herança de pessoa viva.<sup>26</sup> A morte determina, então, a abertura da sucessão, passando os bens do falecido aos herdeiros que estiverem vivos naquele momento. Em consequência disso, a lei que regula o direito sucessório é a que estiver em vigor no momento do óbito.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.155.

<sup>25</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: 6º v.: Direito das Sucessões*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.03.

<sup>26</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: V. VI : Direito das Sucessões*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.17.

<sup>27</sup> Artigo 1.787 do Código Civil: Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.

O local em que será aberta a sucessão é o último domicílio do falecido, mesmo que o óbito tenha ocorrido em outro local e que seus bens também não estejam lá situados, de acordo com o artigo 1.785 do Código Civil.

Na sucessão vigora o princípio da indivisibilidade da herança. Há casos em que os bens coletivos são tratados pelo legislador como uma unidade, sendo a herança uma universalidade de direito.<sup>28</sup> Por isso, deve ser tratada como uma coisa única até a partilha, independentemente dos bens e pessoas envolvidas.

O testamento é a concretização da autonomia privada em sede de direito sucessório. Mas há limites, sendo o principal a intangibilidade da legítima, que representa 50% dos bens do falecido. A legítima visa garantir a herança dos herdeiros necessários.

O direito sucessório é informado ainda pelo princípio da patrimonialidade, já que há situações jurídicas que são intransmissíveis. O objeto da herança são as situações jurídicas transmissíveis, que representam, na sua maioria, as relações patrimoniais. Há exceções, como o usufruto, que não é transmissível com a morte apesar de terem cunho patrimonial. Os alimentos, que antes eram intransmissíveis, agora com o artigo 1.700 do Código Civil podem ser transmitidos aos herdeiros do devedor. Já as situações existenciais, em regra, não podem ser transmitidas aos herdeiros por terem natureza personalíssima, por exemplo os direitos da personalidade, mas também há exceções, como a possibilidade de defesa da honra do falecido, a qual pode ser feita pelos seus herdeiros.<sup>29</sup>

Aberta a sucessão, os herdeiros, legítimos ou testamentários, adquirem a propriedade dos bens da herança no mesmo instante, assim previsto no artigo 1.784 do Código Civil, instituto também conhecido como *droit de saisine*.

---

<sup>28</sup> Artigo 91 do Código Civil: Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.

<sup>29</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: V. VI : Direito das Sucessões. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.28.

O primeiro pressuposto para a abertura da sucessão é a morte, e o segundo é a existência de herdeiros da vocação hereditária. Também são necessários bens a serem transmitidos. O herdeiro é a pessoa que recebe a totalidade da herança ou uma quota parte da mesma, e legatário é uma pessoa que recebe um bem específico, que vai ser destacado da herança para cumprir seu legado. Os herdeiros têm a posse e a propriedade dos bens imediatamente após a morte, pois possuem o *droit de saisine*; já os legatários não entram por autoridade própria na posse dos bens, é preciso que se requeira a posse aos herdeiros, sendo decidida na partilha.

São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge sobrevivente, de acordo com o artigo 1.845 do Código Civil, podendo ser chamados também de legítimos, porque a eles é destinada a metade da herança – a legítima.<sup>30</sup> Deste modo, a liberdade de testar do *de cujus* fica limitada a 50% do seu patrimônio, quando houverem herdeiros legítimos.

Segundo Caio Mario Pereira.<sup>31</sup>:

O princípio cardeal do direito sucessório é a transmissão dos bens aos herdeiros legítimos e testamentários, subordinados obviamente a que tenham capacidade para suceder. Não basta ao herdeiro invocar a sua vocação hereditária, é preciso, ainda, seja ele capaz e não indigno. Mas não se confunde capacidade sucessória (ou legitimação para suceder) com capacidade civil, ou poder de ação no mundo jurídico. Deve entender-se em acepção estrita de aptidão da pessoa para receber os bens deixados pelo falecido

São necessários dois requisitos para se apurar a capacidade sucessória de um herdeiro: primeiro a existência no momento em que a herança se constitui e segundo a vocação hereditária.

Quanto ao primeiro requisito, se, por ocasião do óbito do *de cujus*, o herdeiro estiver morto, a herança vai para os outros herdeiros de sua classe, ou da classe imediata, se ele for o

---

<sup>30</sup> Artigo 1.846 do Código Civil: Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

<sup>31</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: V. VI : Direito das Sucessões. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p..30.

único. Assim, podem suceder as pessoas já nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão.<sup>32</sup> O nascituro se nascer com vida, tem direito a sucessão, mas se nascer morto é como se não tivesse existido. A capacidade sucessória do nascituro é excepcional, já que somente sucederá se nascer com vida, havendo um estado de pendência da transmissão hereditária.

Também é válida a disposição testamentária a favor da prole eventual de pessoa viva no momento da abertura da sucessão, de acordo com o artigo 1.799, I<sup>33</sup> do Código Civil de 2002. E foi estabelecido o prazo de dois anos, no artigo 1.800, § 4º do Código Civil<sup>34</sup>, para a concepção do sucessor testamentário, pois não se pode esperar infinitamente o nascimento do herdeiro.

Assim, se decorrido o prazo e não tiver havido a concepção, os bens reservados irão para os herdeiros necessários. Caso haja a concepção, no decorrer dos dois anos, e o posterior nascimento com vida do herdeiro, os bens se transferem a ele como se fosse vivo no momento da abertura da sucessão. Enquanto se aguarda a expiração do prazo, os bens da herança, após a liquidação e partilha, serão confiados a um curador, que será nomeado pelo juiz.<sup>35</sup>

O segundo requisito para adquirir a herança é o chamamento ou vocação do herdeiro, o qual pode ocorrer por disposição de última vontade, ou por força da lei. Para herdar, deverá o sucessor não ser considerado indigno e nem deserddado.

## **2.2 – SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA**

---

<sup>32</sup> Artigo 1.798 do Código Civil: Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

<sup>33</sup> Artigo 1.799 do Código Civil: Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

<sup>34</sup> Artigo 1.800 do Código Civil: No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

<sup>35</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: V. VI : Direito das Sucessões. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.32.

A sucessão legítima, segundo Eduardo de Oliveira Leite<sup>36</sup>, “é a que, na falta de disposição testamentária do *de cuius*, a lei defere aos seus parentes, reforçando o vínculo familiar e atendendo à vontade presumida do defunto”. Tem como fundamento a preocupação social com a unidade e solidariedade familiar.

A sucessão legítima é baseada no vínculo familiar, tanto o de sangue quanto o civil, e a vocação hereditária é determinada pela lei no artigo 1.829 do Código Civil, que estabelece graus de preferência em relação à classe em que pertence o herdeiro. Assim, os herdeiros são convocados de acordo com a ordem legal, sendo que uma classe só é chamada quando não existirem herdeiros na classe que a precede. Os parentes mais próximos excluem os mais remotos.

Se, com o advento da morte, o *de cuius* não tiver deixado nenhum testamento dispondo sobre a distribuição de seus bens, a lei fará a partilha de acordo com a vocação hereditária do Código Civil. Nesse caso a sucessão legítima absorverá a totalidade da herança.

Segundo Maria Helena Diniz<sup>37</sup> “na sucessão testamentária, a transmissão dos bens do *de cuius* se opera por ato de última vontade, revestido da solenidade exigida por lei, prevalecendo as disposições normativas naquilo que for *ius cogens*, bem como no que for omissivo o testamento”.

Toda pessoa pode dispor por testamento de seus bens, na sua totalidade ou partes deles, para depois da morte (artigo 1.845 do Código Civil). Mas há dois princípios que devem ser analisados: primeiro o da autonomia da vontade, que é a liberdade de dispor, por ato de última vontade, dos bens do seu patrimônio; e segundo o da supremacia da ordem pública, o

---

<sup>36</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. XXI: do direito das sucessões (arts. 1784 a 2027). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.210.

<sup>37</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: 6º v.: Direito das Sucessões*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 128.

qual impõe restrições a essa liberdade. Assim, se protege tanto o interesse do autor da herança quanto o da sua família.<sup>38</sup>

Se não houver herdeiros necessários, o testador pode dispor da totalidade de seus bens, desde que preencha os requisitos previstos na lei para a elaboração do testamento. Caso tenha herdeiros necessários, o testador só se poderá dispor da metade do seu patrimônio, e, se houver uma disposição testamentária além desse limite, esta será considerada ineficaz e será reduzida até o limite de 50% da herança.

Ambas as sucessões podem coexistir, se houver testamento e herdeiros necessários, somente tendo que ser observada a limitação à disposição patrimonial por testamento.

### **2.3 – POSIÇÃO DOUTRINÁRIA**

Muito se discute na doutrina acerca dos direitos sucessórios dos filhos concebidos através das técnicas de reprodução humana assistida homóloga após a morte do pai, haja vista que o novo Código Civil não traz nenhuma solução transparente para a questão. O artigo 1.798 do Código Civil, ao tratar da sucessão, incluindo tanto a sucessão legítima quanto à testamentária, prescreve que são legitimados a suceder os indivíduos que já tivessem nascido no momento da morte, assim como aqueles já concebidos.<sup>39</sup> Os nascidos são aqueles que possuem personalidade jurídica, de acordo com o artigo 2º do Código Civil, e os já concebidos, de segundo Giselda Hironaka<sup>40</sup>, podem ser de duas classes médico-legais: o feto, que vai da concepção até o início do desalojar do ser do aparelho reprodutor feminino, e o

---

<sup>38</sup> Ibid.p. 131.

<sup>39</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários os Código Civil: parte especial: do direito das sucessões*, v. 20 (arts.1.784 a 1.856). São Paulo: Saraiva, 2003. p.86.

<sup>40</sup> Ibid.p.87.

feto-nascente, período que se situa entre o início da expulsão fetal e o momento em que se estabelece vida autônoma.

Acontece que no caso da inseminação artificial *post mortem*, não estaria o herdeiro vivo, nem mesmo concebido, no momento da abertura da sucessão, para que pudesse ser incluído na vocação hereditária. Há a possibilidade de concepção após a morte, devido à criopreservação dos materiais genéticos, podendo a mulher, após a morte de seu marido, querer ter um filho dele e se submeter à inseminação artificial póstuma.

A fertilização *in vitro* póstuma, prevista no artigo 1.597, inciso IV do Código Civil, é um pouco menos polêmica, já que o embrião criopreservado foi concebido antes da morte do seu pai. E de acordo com os ensinamentos de Caio Mario<sup>41</sup> “deve prevalecer o entendimento de quem têm legitimação para suceder, em virtude de já estarem efetivamente concebidos ao tempo do óbito do *de cuius*(permitindo, por isso, a incidência da regra do art. 1.798 do novo Código Civil)”.

Também no mesmo sentido está Eduardo de Oliveira Leite<sup>42</sup>:

Em se tratando de criança concebida *in vitro* (sem recurso a um terceiro doador) e cujo pai faleceu antes da implantação do embrião, a hipótese é cientificamente plausível já que a congelamento do embrião permite sua conservação. A criança herdaria de seu pai porque concebida na data da abertura da sucessão. No caso de criança concebida, a máxima *infans conceptus pro nato habetur quoties ejus agitur* confere a aptidão a herdar sob a condição de nascer com vida.

O artigo 1.799, inciso I do Código Civil, tratando da sucessão testamentária, reconhece como legítima a disposição de última vontade que contempla como herdeiro a prole eventual de pessoa viva no momento da abertura da sucessão. O Código prevê uma exceção

---

<sup>41</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: V. VI: Direito das Sucessões. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.35.

<sup>42</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. XXI: do direito das sucessões (arts. 1784 a 2027). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.109-110.

com relação ao embrião não implantado na mulher, cujo pai doador sabia da existência e através do testamento o faz seu herdeiro.<sup>43</sup> Não há problemas com a sucessão dos filhos concebidos *post mortem* caso sejam incluídos no testamento de seu pai. Apesar disso, se decorridos dois anos da abertura da sucessão e o herdeiro não for concebido, os bens a ele reservados irão para os herdeiros necessários, salvo disposição contrária do testador (artigo 1.800, §4º do Código Civil).

Nos comentários de Giselda Hironaka<sup>44</sup> sobre o inciso I do artigo 1.799, a autora entende ser lícito ao testador indicar como sucessor a prole eventual de uma única pessoa, no entanto não poderia indicar a sua própria prole eventual, uma vez que a lei exige que a pessoa esteja viva no momento da abertura da sucessão. Então, ou a pessoa está morta e é aberta a sua sucessão, ou está viva, o que a impossibilita de beneficiar sua prole eventual. Em decorrência disso, para beneficiar a sua própria prole eventual, o autor da herança deverá fazer por via reflexa, ou seja, deve indicar a dona do óvulo.

O novo Código Civil não traz nenhuma regra sobre os direitos sucessórios dos concebidos *post mortem* na sucessão legítima, apesar de ter tratado da matéria com relação à presunção de paternidade, nos incisos finais do artigo 1.597, e na sucessão testamentária, no artigo 1.799, inciso I. E está claro que nenhuma das hipóteses dos três últimos incisos do artigo 1.597 estão incluídas no artigo 1.798 ou no artigo 1800.

A doutrina divide-se em três correntes acerca dos efeitos jurídicos da inseminação artificial póstuma.

---

<sup>43</sup> ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. *Técnicas de reprodução assistida e o biodireito*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 94, n.838, ago. 2005. p.98.

<sup>44</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões*, v. 20 (arts. 1.784 a 1.856). São Paulo: Saraiva, 2003. p.96.

A primeira corrente não admite nenhum direito ao filho que for concebido após a morte de seu pai, nem no âmbito do direito de família e muito menos em relação aos direitos sucessórios. Esta corrente sofreu a influência das doutrinas alemã, francesa e sueca, que adotam o modelo repressivo, e também, não reconhecem nenhum direito mesmo que a criança, fruto de técnicas de reprodução humana assistida *post mortem*, exista.

Como já dito antes, para Mônica Aguiar<sup>45</sup>, a morte opera como revogadora da permissão ao uso das técnicas de reprodução assistida. Caso a criança nasça assim mesmo, só deve ser considerada filha do cônjuge sobrevivente. E conclui:

Somente é possível reconhecer a filiação a mãe, afastada, de plano, a presunção prevista no inciso referido, por se tratar de norma inconstitucional, uma vez que violadora do comando expresso no artigo 5º, I da Constituição Federal, embora seja de lamentar a opção por uma orfandade arbitrariamente provocada.

O filho concebido após a morte do pai não teria direitos sucessórios, pois não se enquadraria na interpretação literal do artigo 1.798 do Código Civil: somente podem suceder aqueles que forem nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão. O projeto parental se caracteriza pela união de duas vontades, não podendo a mulher após a morte de seu marido dar continuidade unilateralmente a este.

A segunda corrente, apesar de não admitir que o concebido postumamente tenha direitos hereditários na sucessão legítima, reconhece a filiação, mesmo que a concepção seja realizada após o prazo de 300 dias mencionado no artigo 1.597, II do Código Civil. Não se pode negar o direito de um filho ter o nome de seu pai, quando era esta a sua vontade em vida.

Guilherme Calmon<sup>46</sup> entende que, pelo menos no estado atual da legislação brasileira sobre a reprodução assistida, não se pode admitir o acesso da mulher ao material genético do

---

<sup>45</sup> AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p. 119.

marido congelado após a morte deste, mesmo que ele tenha deixado expresso que era essa a sua vontade, pois seria uma violação ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

E continua:

A despeito da proibição no 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 a auxiliaram a procriar utilizando o sêmen do cônjuge ou companheiro já falecido, com fundamento na responsabilidade civil.

Apesar de o autor falar que há uma proibição no direito brasileiro à realização da inseminação artificial *post mortem*, não há nenhuma lei que expressamente a proíba. E o autor não menciona o dispositivo legal em que se baseou para tirar essa conclusão. Também, não parece ser legítima a possibilidade de a criança pleitear uma indenização da mãe, ou dos profissionais que realizaram a inseminação artificial póstuma, haja visto que a gravidez pode ter sido muito desejada pelos pais e fruto de um projeto parental e que somente não se realizou durante a vida de ambos por uma circunstância alheia a vontade do casal. Não parece ser possível a responsabilidade civil da mãe sendo condenada à reparação de danos materiais, quando a criança for concebida por inseminação artificial após a morte do marido. Se fosse permitido também abriria espaço para uma eventual indenização quando a criança fosse fruto de uma relação casual e não fosse planejada pelo casal, e isso contraria os princípios do direito de família, em especial o da igualdade constitucional entre os filhos e da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>46</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.733.

Na mesma linha se encontra Eduardo de Oliveira Leite<sup>47</sup>, o qual entende que a situação da criança concebida artificialmente após a morte do pai é anômala, tanto no direito de família quanto no direito das sucessões. E acrescenta que a criança não herdará do pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão. Somente se houvesse uma previsão expressa na legislação favorecendo a criança fruto da inseminação artificial *post mortem*, seria possível de cogitar os efeitos sucessórios. O autor cita o artigo 725 do *Code Civil* francês, que reconhece a capacidade sucessória da criança concebida *post mortem* nos seguintes termos:

Para suceder, é necessário existir no momento da abertura da sucessão, salvo nos casos de inseminação *post mortem* quando o marido defunto expressou inequivocadamente a sua vontade, por ato notarial e sob condição que a inseminação tenha sido feita nos 180 dias após a sua morte.

Para Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior<sup>48</sup>, o concepturo somente terá direitos sucessórios se houver cláusula testamentária nesse sentido, e desde que venha a ser concebido no interregno de dois anos, ou em outro prazo menor estipulado pelo falecido no seu testamento. Acrescenta ainda que se houver uma cláusula testamentária dispondo, deve-se fazer a reserva do patrimônio destinado ao herdeiro, sendo nomeado um curador que ficará encarregado dos bens e se decorrido o prazo legal de dois anos e não houver a concepção do herdeiro, os bens serão partilhados entre os herdeiros legítimos.

Como no Brasil não há legislação específica sobre esse assunto, de acordo com a segunda corrente, a criança concebida após a morte do pai somente teria direitos sucessórios

---

<sup>47</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. XXI: do direito das sucessões (arts. 1784 a 2027). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.110.

<sup>48</sup> ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. *Técnicas de reprodução assistida e o biodireito*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 94, n.838, ago. 2005.p.98-99.

se fosse contemplada no testamento. Observado o prazo limite de dois anos, do artigo 1.800, § 4º do Código Civil, após a abertura da sucessão para que seja concebida.

A terceira corrente é aquela que admite amplos direitos ao filho concebido após a morte do pai, tendo, portanto, o nome do seu pai no registro de nascimento e também sendo considerado herdeiro legítimo assim como qualquer outro filho que o casal tenha.

Segundo José Luis Gavião de Almeida<sup>49</sup>, o Código Civil de 2002 reproduziu o preceito contido no Código Civil de 1916 com relação aos concepturos. Mas, o Código Civil de 1916 não abordava a questão da filiação resultante de reprodução humana assistida, apenas referindo-se excepcionalmente a eles em relação a sucessão testamentária, já que naquela época não era possível se imaginar que alguém pudesse ser pai após a morte. Hoje, com os avanços na biotecnologia, esta é uma realidade no mundo todo.

O autor entende que há uma aparente contradição entre o artigo 1.798 e o artigo 1.799, inciso I, o qual dispõe que na sucessão testamentária podem ser chamados a suceder os filhos não concebidos, enquanto que o artigo 1.798 somente considera apto a suceder aqueles que estiverem vivos ou pelo menos concebidos no momento da abertura da sucessão. Dá a entender que os filhos não concebidos somente poderiam herdar se estivessem indicados no testamento. E, além disso, se o artigo 1.798 for interpretado ao pé da letra, a criança que não fosse concebida no momento da morte do seu pai não poderia herdar. Mas a ligação parental entre o filho resultante da inseminação artificial e o seu pai falecido é indiscutível, não importando se tenha nascido antes ou depois da morte do pai, de acordo com o artigo 1.597, inciso III do Código Civil.

---

<sup>49</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código civil comentado: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima*: arts. 1.784 a 1.856, v. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003. p. 104.

Então, após ser reconhecida, pelo legislador brasileiro, a relação de filiação e seus efeitos patrimoniais ao concepturo (artigo 1.597 do Código Civil), não se justifica afastar os efeitos patrimoniais, especialmente os decorrente da herança. Esse sistema é resquício do antigo tratamento dado aos filhos, os quais eram diferenciados de acordo com a sua origem, sendo que nem todos os ilegítimos ficavam sem herança. Como a lei garante o vínculo da filiação, não há justificativa para privá-lo da legitimação para receber a herança. Ainda mais que a Constituição Federal, no seu artigo 227, §6º, garante a igualdade entre os filhos, não podendo um ter direito a receber a herança e outro não.

Silmara Juny Chinelato<sup>50</sup> ao comentar o artigo 1.597 do Código Civil, entende que o artigo 1.798 não é um obstáculo à sucessão do filho concebido postumamente, desde que haja o consentimento expresso do marido autorizando a realização da inseminação artificial *post mortem*.

Caio Mario<sup>51</sup> também aceita a possibilidade do concebido, após a morte do pai, ser considerado herdeiro legítimo, pois o Código Civil, no artigo 1.597, o presume 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.

Esse tema foi debatido na III Jornada de Direito Civil e tendo sido aprovado o enunciado 267, de autoria do Guilherme Calmon<sup>52</sup>, o qual dispõe que:

---

<sup>50</sup> CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família*, volume 18 (arts. 1.591 a 1.710). São Paulo: Saraiva, 2004. p.55.

<sup>51</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: V. VI: Direito das Sucessões*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.34.

A regra do artigo 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 de herança.

Então, como não há dúvidas quanto à admissibilidade jurídica e constitucionalidade da utilização das técnicas de reprodução humana assistida *post mortem*, o autor considera como melhor solução entender que o artigo 1.798 do novo Código Civil disse menos do que queria, devendo ser feita uma interpretação extensiva para abranger também os embriões já formados e aqueles a formar, no caso de somente os gametas estarem criopreservados. Caso a criança nasça após terminado o inventário e a partilha dos bens, ela pode ter acesso a herança do seu pai falecido através da petição de herança, assim como qualquer herdeiro legítimo que tenha sido preterido.

A petição de herança<sup>53</sup> tem como fundamento a possibilidade de o herdeiro reclamar a sua quota parte na herança. Mesmo após o encerramento do inventário e a finalização da partilha, o herdeiro não perde seus direitos.

De acordo com Caio Mario<sup>54</sup> “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”.

Eduardo de Oliveira<sup>55</sup> preceitua que a petição de herança tem um duplo objetivo: primeiro, a proclamação do princípio de que havendo mais de um herdeiro, qualquer um deles

---

<sup>52</sup> [http://daleth.cjf.gov.br/revista/outras\\_publicacoes/jornada\\_direito\\_civil/IIIJornada.pdf](http://daleth.cjf.gov.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf), acessado em 23/07/2010.

<sup>53</sup> Artigo 1.824 do Código Civil: O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.

<sup>54</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: V. VI: Direito das Sucessões. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.71.

<sup>55</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. XXI: do direito das sucessões (arts. 1784 a 2027). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.194.

pode reclamar a totalidade da herança a que é conjuntamente chamado com os outros, sem que o demandado possa opor-lhe a exceção de que a herança não lhe pertence por inteiro (artigo 1.791 do Código Civil); e segundo, reconhecer judicialmente o filho como herdeiro.

Na petição de herança, o autor deve fazer prova da sua relação de parentesco com o falecido e também de sua qualidade de herdeiro. Assim, a petição de herança pode vir cumulada objetivamente com a ação de investigação de paternidade. Mas, há uma diferença grande entre a investigação de paternidade, que busca o *status*, sendo por isso imprescritível, e a pretensão econômica judicialmente exigível, que como todas as outras, prescreve.<sup>56</sup> É esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal na Súmula 149: “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 do prazo prescricional de 10 anos<sup>57</sup>, contados a partir do falecimento do autor da herança. Mas, como não corre a prescrição contra os incapazes<sup>58</sup>, ou seja, os menores de 16 anos, entende-se que a criança concebida através da inseminação artificial *post mortem* poderia se valer da petição de herança até 26 anos de idade.

A utilização da petição de herança busca, desse modo, equilibrar os interesses da pessoa que foi concebida através da inseminação artificial *post mortem* com material genético do pai e, ao mesmo tempo, os interesses dos demais herdeiros. Deste modo, haverá mais uma hipótese de cabimento de petição de herança, ou seja, a que envolve o emprego de técnica de reprodução assistida *post mortem*.

---

<sup>56</sup> Ibid.p.74.

<sup>57</sup> Prazo geral do artigo 205 do Código Civil quando não há lei expressa fixando um prazo menor.

<sup>58</sup> Artigo 198 do Código Civil: Também não corre a prescrição:  
I - contra os incapazes de que trata o art. 3º[...]

Da mesma forma, Gustavo Tepedino e Heloisa Helena Barbosa<sup>59</sup>, na III Jornada de Direito Civil, propuseram o seguinte enunciado:

Art. 1.597, III e IV

AUTORES: Gustavo Tepedino e Heloisa Helena Barboza, Professores Titulares de Direito Civil da UERJ

ENUNCIADO: Tendo em vista que o art. 1.597, incs. III e IV, não estipulou prazo para a possível gestação da mulher após a morte do marido, e os graves problemas de ordem prática daí decorrentes, razoável a aplicação do prazo prescricional geral para a eventual petição de herança, a ser suspenso na forma da lei, até que venha a ser editada legislação específica sobre o assunto.

JUSTIFICATIVA:

O art. 1.597, incisos III e IV, do Código Civil contempla a denominada “inseminação artificial *post mortem*” e a possibilidade de utilização, a qualquer tempo – portanto, também após a morte do cônjuge –, dos embriões do casal que se encontrarem criopreservados. Não houve, contudo, estabelecimento de prazo para a possível gestação e o nascimento do filho assim gerado. Essa ausência de limitação temporal cria problemas de ordem prática no aspecto sucessório, especialmente no que respeita ao inventário de partilha dos bens do marido. Considerando que o vínculo de filiação assegurado pela presunção de paternidade gera efeitos extrapatrimoniais e patrimoniais, parece razoável manter-se o antigo entendimento do STF, seguido pelo STJ, mesmo após 1988, que diferencia tais efeitos nos casos de investigação (*post mortem*) da paternidade, cumulado com a petição de herança. De acordo com esse entendimento, os efeitos extrapatrimoniais atinentes ao estado de filiação são imprescritíveis; não assim a petição de herança, nitidamente de natureza patrimonial, que estará sujeita ao prazo prescricional geral de 10 anos, a ser interrompido após o nascimento com vida do filho, por força do disposto no art. 198, I, do CC, tudo conforme vem decidindo o STJ.

Uma solução seria se o pai, ao dar o consentimento para a realização da técnica de reprodução humana assistida, estabelecesse no mesmo documento, ou no testamento, um prazo para a concepção do filho. Este prazo não poderia ser superior a dois anos, que é o estabelecido pelo Código Civil no artigo 1800, §4º para a concepção da prole eventual do. E, neste caso, os bens da herança ficariam reservados ao filho. Se não houvesse a concepção dentro do tempo estipulado, a parte do patrimônio reservada seria distribuída entre os herdeiros legítimos.

A inseminação artificial *post mortem* é uma técnica de reprodução humana assistida homóloga, ou seja, somente utiliza embriões ou gametas provenientes do casal que deseja ter

---

<sup>59</sup> < [http://daleth.cjf.gov.br/revista/outras\\_publicacoes/jornada\\_direito\\_civil/IIIJornada.pdf](http://daleth.cjf.gov.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf)>, acessado em 04/03/2010.

o filho. Não há a interferência de terceiros, de doador de sêmen. Assim, biologicamente não existem problemas quanto à verificação da paternidade ou maternidade da criança, que pode ser confirmada através de uma ação de investigação de paternidade ou maternidade, na qual se fará um exame de DNA.

No Brasil não temos nenhuma legislação que expressamente proíba a realização da inseminação artificial após a morte do marido e também não há lei regulamentando-a. Tramita no Senado Federal o projeto de lei nº. 90 (Substitutivo) de 2001<sup>60</sup> de autoria do Senador Lúcio Alcântara, o qual dispõe sobre a regulamentação da procriação medicamente assistida. De acordo com o artigo 14, §2º, inciso III deste projeto de lei, é obrigatório o descarte dos gametas caso o depositante venha a morrer, salvo se houver manifestação expressa de sua vontade em documento ou no próprio testamento, permitindo a utilização de gametas após a sua morte.<sup>61</sup> O projeto de lei visa a regular o que já acontece na prática. E assim, como a maioria da doutrina, entende ser possível a realização da inseminação póstuma desde que o marido tenha expressamente consentido em vida.

Para um melhor entendimento acerca da fecundação artificial *post mortem* é necessário que se faça uma interpretação adequada do ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>60</sup> Disponível em <[http://ghente.org/doc\\_juridicos/pls90subst2.htm](http://ghente.org/doc_juridicos/pls90subst2.htm)>.

<sup>61</sup> Art. 14 Os serviços de saúde são autorizados a preservar gametas humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos e prazos definidos em regulamento.

§ 1º Os gametas depositados apenas para armazenamento serão entregues somente à pessoa depositante, não podendo ser destruídos sem sua autorização.

§ 2º É obrigatório o descarte de gametas:

I - quando solicitado pelo depositante;

II - quando houver previsão no documento de consentimento livre e esclarecido;

III - nos casos de falecimento do depositante, salvo se houver manifestação de sua vontade, expressa em documento de consentimento livre e esclarecido ou em testamento, permitindo a utilização póstuma de seus gametas.

Começando pelo artigo 226 da Carta Magna e seus parágrafos, o qual considera a família como a base da sociedade, constitucionalmente protegida pelo Estado. A Constituição Federal garante a proteção à família constituída pelo casamento, pela união estável entre homem e mulher, e também aquela formada por um dos pais e seus descendentes – monoparental. Não há qualquer distinção ou hierarquia entre as entidades familiares, não podendo se excluir qualquer uma delas, desde que se encaixe nos requisitos do artigo.

O planejamento familiar é de livre decisão do casal, devendo ser fundamentado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, de acordo com o artigo 226, §7º da Constituição Federal, sendo definido como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, de acordo com o artigo 2º da Lei 9.263/96.

O artigo 3º desta mesma lei permite expressamente a realização do planejamento familiar pela mulher, pelo homem ou pelo casal, não podendo ser feita qualquer restrição em relação à realização da inseminação artificial pela mulher, após a morte de seu marido.<sup>62</sup> Assim, não pode ser negada à mulher a possibilidade de ter um projeto parental sozinha, desde que garantido o melhor interesse para criança. E, além disso, o projeto para se ter o filho pode ter sido iniciado enquanto ambos os pais eram vivos, mas tendo sido concretizado somente após a morte de um deles. Se o marido tiver deixado uma autorização expressa para a realização de tal procedimento, mesmo após a sua morte, é tornada legítima a sua prática a qual garante à criança que sejam reconhecidos todos os seus direitos, inclusive os sucessórios.

O princípio da igualdade entre os filhos, consagrado na Constituição Federal, não admite exceções, sendo que aquele concebido através de inseminação artificial *post mortem* é

---

<sup>62</sup> Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

presumidamente filho do casal, e considerado concebido na constância do casamento, de acordo com o artigo 1.597, inciso III do Código Civil. Deste modo, devem ser garantidos a ele os mesmos direitos que possuem os outros filhos, inclusive o de ser considerado herdeiro legítimo do seu falecido pai. A legislação infraconstitucional não pode fazer exceções ou estabelecer diferenças quando a própria Constituição não o faz.

É necessário o consentimento expresso do pai, podendo ser feito no momento em que será criopreservado seu material genético, para que a criança concebida após a morte do seu genitor tenha garantido todos os seus direitos. O consentimento tem a mesma importância na adoção póstuma do artigo 42, §5º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 1990), que é deferida ao adotante, após inequívoca manifestação de vontade, mesmo que venha a falecer antes da prolação da sentença. Em ambos os casos, a manifestação da vontade é essencial ao reconhecimento de todos os feitos jurídicos ao filho, caso contrário não se estaria sendo respeitado o melhor interesse da criança.

## **CONCLUSÃO**

O direito é um instrumento usado para regular a vida em sociedade, devendo ficar atento às transformações para que possa, com isso, regulamentar as novas situações que surgem, pois as sociedades se modificam o tempo todo.

O presente artigo analisou os efeitos jurídicos à luz do direito das sucessões da utilização das técnicas de reprodução humana assistida após a morte de um dos cônjuges, em especial inseminação artificial *post mortem*.

Trata-se de reprodução humana assistida homóloga, uma vez que não utiliza material fecundante de terceiros, mas somente do casal que deseja ter um filho. Deste modo, não traz maiores problemas para a verificação da paternidade ou maternidade da criança, que pode ser esclarecida através de um exame de DNA.

A inseminação artificial póstuma somente se tornou possível devido à criação de bancos de crioconservação do esperma, dos óvulos e dos embriões. Para a sua realização é necessário o consentimento informado do falecido, de acordo com a Resolução do 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.

O Novo Código Civil acrescentou as técnicas de reprodução humana assistida na presunção de paternidade, e considera como concebidos na constância do casamento tanto os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, quanto aqueles concebidos através de embriões excedentários, formados através de concepção artificial homóloga, a qualquer tempo (artigo 1.597, incisos III e IV).

O problema, no entanto, reside no fato de não haver regra na legislação civil para a sucessão do concebido *post mortem*. A doutrina fica dividida, mas se for conjugado o Código Civil com a Carta Magna, que consagra o princípio da igualdade entre os filhos independentemente de sua origem (artigo 227, §6º da Constituição Federal), não poderá haver discriminações, devendo o filho concebido postumamente ser considerado herdeiro legítimo, assim como qualquer outro filho que o casal tenha.

Realizada a inseminação *post mortem*, e havendo o consentimento expresso do falecido no testamento ou em outro documento autêntico, não há motivos para se privar a criança dos seus direitos, já que a Constituição Federal também consagra o princípio da liberdade do planejamento familiar no seu artigo 226, § 7º. Deste modo, podem os pais ter

um projeto parental em vida, mas que se realizará após a morte de um deles devido a circunstâncias alheias a sua vontade.

Caso a criança nasça após a realização do inventário e o término da partilha dos bens, há a possibilidade de recorrer à petição de herança para que seja reconhecida como herdeira necessária e receba a sua quota parte da herança do seu falecido pai.

Diante da possibilidade material de concepção artificial do filho após a morte do pai e a ausência de legislação que regulamente o uso das técnicas de reprodução humana assistida, devem ser garantidos todos os direitos à criança, com fundamento nos princípios do melhor interesse do menor e da igualdade constitucional entre os filhos.

## REFERÊNCIAS

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

AGUIAR, Ruy Rosado de (Organizador). *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005. Disponível em <[http://daleth.cjf.gov.br/revista/outras\\_publicacoes/jornada\\_direito\\_civil/IIIJornada.pdf](http://daleth.cjf.gov.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf)>. Acesso em 21 de outubro de 2007.

ALBUQUERQUE, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. Disponível em <[http://www.esmape.com.br/downloads/mat\\_prof\\_a\\_mariarita/prof\\_maria\\_rita\\_7.doc](http://www.esmape.com.br/downloads/mat_prof_a_mariarita/prof_maria_rita_7.doc)>. Acesso em 28 de outubro de 2007.

ALDROVANDI, Andréa; FRANÇA, Danielle Galvão de. *A reprodução assistida e as relações de parentesco*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3127&p=1>>. Acesso em 15 de outubro de 2007.

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. *Técnicas de reprodução assistida e o biodireito*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 94, n.838, p. 87-100, ago. 2005.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código civil comentado: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima*: arts. 1.784 a 1.856, v. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003. 309 p.

ASCENSÃO, Jose de Oliveira. *Problemas jurídicos da procriação assistida*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 90, n.328, p. 69-80, out./dez. 1994.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Ética, direito e reprodução humana assistida*. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho Federal, Rio de Janeiro, v.24, n.58, p.45-52,abr./ago.1994.

BARBOZA, Heloisa Helena et al. *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 257 p.

BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo. *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 341 p.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental: Contribuição para o debate no Direito brasileiro*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 3, n.12, p. 237-252, out./dez. 2002.

BRUNO, Vânia Maria da Cunha. *Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida*. Revista Doutrinaria. Niterói, v. 4, n.4, p. 295-315, maio 2001.

CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família*, v. 18 (arts. 1.591 a 1.710). São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: 5º volume: Direito de Família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 562 p.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro: 6. volume: Direito das Sucessões*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 350 p.

\_\_\_\_\_. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito além do novo Código Civil. Novas situações sociais, filiação e família*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.5, n.17, p.7-35, abr./maio2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1050p.

\_\_\_\_\_. *A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo Código Civil*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 5, n.19,p. 41-132, ago./set. 2003. Idem Revista dos Tribunais n. 817, p. 11.

\_\_\_\_\_. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*. Revista Brasileira de Direito de Família, n.5, p.7.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da et al.. *Novo Código Civil: situações subjetivas existenciais e situações subjetivas patrimoniais a luz da nova ordem civil*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 6, n.23, p. 75-90, jul./set. 2005.

GAMA, Lídia Elizabeth Penalozza Jaramillo. *Reproduções assistidas a luz do novo Código Civil*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 101, n.380,p. 493-498, jul./ago. 2005.

GIORGIS, Jose Carlos Teixeira. *A inseminação póstuma*. ADV: Advocacia Dinâmica - Seleções Jurídicas, São Paulo, n.1,p. 52, jan. 2006. Edição especial.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Questões jurídicas em torno de inseminação artificial*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, v. 15, n.56, p. 103-111, abr./jun. 1991. Idem: Revista dos Tribunais n. 678, p.268.

\_\_\_\_\_. *A ética, o legítimo e o legal*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 92, n.335, p. 121-131, jul./set. 1996.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. *A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários os Código Civil: parte especial: do direito das sucessões*, v. 20 (arts. 1.784 a 1.856). São Paulo: Saraiva, 2003.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil*. Curitiba: Juruá, 2006. 246p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. XXI: do direito das sucessões (arts. 1784 a 2027). Rio de Janeiro: Forense, 2003. 854p.

\_\_\_\_\_. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 376 p

\_\_\_\_\_. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: RT, 1995.

LIMA, Taisa Maria Macena de. *Filiação e biodireito: Uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 4 , n.13,p. 143-610, abr./jun. 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Volume V: Direito de Família*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 585p.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil: Volume VI: Direito das Sucessões*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 585p.

VIEIRA, Claudia Stein. *Direito das sucessões no Código Civil de 2003*. Revista do Advogado, São Paulo, v. 27, n.91, p. 42-50, maio 2007.