



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS/UNIPAC  
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE  
BARBACENA/FADI  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**SAYDD KARAN BERTOLIN DA SILVEIRA**

**INSEMINAÇÃO *POST MORTEM* E OS REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO**

**BARBACENA**

**2015**

**SAYDD KARAN BERTOLIN DA SILVEIRA**

**INSEMINAÇÃO *POST MORTEM* E OS REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC - como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Rafael Francisco de Oliveira

**BARBACENA**

**2015**

**SAYDD KARAN BERTOLIN DA SILVEIRA**

**INSEMINAÇÃO *POST MORTEM* E OS REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO**

Monografia Apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

APROVADA EM \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Esp. Rafael Francisco de Oliveira  
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

Prof. Esp. Ítalo Paulucci Cascapera Sogno  
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

Prof. Esp. Rafael Cimino Moreira Mota  
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

## RESUMO

O tema escolhido para ser tratado é a Inseminação *Post Mortem* e seus reflexos no Direito Sucessório. As transformações sociais, biológicas e tecnológicas que presenciamos, em especial na área da reprodução humana, trazem consigo uma série de indagações que até o presente momento não encontram abrigo em nossa legislação. O principal objetivo deste trabalho é analisar os efeitos jurídicos e fundamentar os direitos sucessórios daqueles concebidos pela técnica da inseminação artificial *post mortem* tendo em vista uma análise crítica e reflexiva com base nas legislações vigentes e correntes doutrinárias existentes. De acordo com nosso Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, especificamente em seus incisos III, IV e V, presumir-se-ão concebidos na constância do casamento os filhos havidos via fecundação homóloga, aí incluída a *post mortem*, os havidos por fecundação *in vitro* e os havidos por meio de inseminação artificial heteróloga, desde que haja previamente autorização do marido. Referido dispositivo, contudo, resolve a questão relacionada à filiação. O maior problema, no entanto, reside na sucessão do filho concebido postumamente. Diante do vácuo legislativo, abre-se espaço para a discussão doutrinária. Há entre a doutrina aqueles que admitem a percepção dos amplos efeitos dos direitos sucessórios aos concebidos *post mortem*, enquanto que, de forma contrária, outros apenas reconhecem a presunção de paternidade. Assim mostra-se necessário que a utilização das técnicas de reprodução humana assistida e suas consequências se tornem objeto de análise por aqueles que estudam e aplicam o Direito. Sem dúvidas, este tema ainda irá ensejar acaloradas discussões tendo em vista a dimensão interdisciplinar que aborda, englobando questões do ponto de vista moral, jurídico, médico, religioso e ético. Os princípios constitucionais poderão ser utilizados como fontes fundamentadoras, todavia, para que se dirima a questão será necessária a imposição de uma legislação que regulamente de forma firme e específica a matéria.

**Palavras – chave:** Inseminação artificial. Sucessão. Herdeiro. Post Mortem.

## ABSTRACT

The theme chosen for analyses is insemination Post Mortem and its effects on the Inheritance Law. Social, biological and technological transformations we are witnessing, especially in the area of human reproduction bring with them a series of questions that to date not find shelter in our legislation. The aim of this study is to analyze the legal effects and support the inheritance rights of those designed by the technique of artificial insemination post mortem regarding a critical and reflective analysis based on prevailing and existing doctrinal current legislation. According to our Civil Code of 2002, article 1597, specifically in its sections III, IV and V, shall be presumed conceived during marriage the children accruing via homologous fertilization, including therein the post mortem, the accruing by in vitro fertilization and accruing through heterologous artificial insemination, if previously there is her husband's authorization. Said device, however, resolve the issue related to membership. The biggest problem, however, lies in the succession of the child conceived posthumously. The legislative vacuum, opens space for doctrinal discussion. There between the doctrine of those who admit the perception of the wider effects of inheritance designed for post mortem, whereas the opposite way, others only recognize the presumption of paternity. Thus it is considered necessary that the use of assisted human reproductive technologies and their consequences become analyzed by those who study and apply the law. Undoubtedly, this issue will also give rise to heated discussions with a view to addressing interdisciplinary dimension, covering issues from a moral point of view, legal, medical, religious and ethical. The constitutional principles may be used as substantiated sources, however, that they of reducing the matter will be necessary to impose legislation to regulate firmly and specifically the matter.

**Key-words:** Artificial Insemination. Succion. Heir. *Post mortem*.

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1- INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>7</b>  |
| <b>2- DO PLANEJAMENTO FAMILIAR .....</b>   | <b>9</b>  |
| <b>3- A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA .....</b>                                      | <b>10</b> |
| <b>4- O BIODIREITO .....</b>   | <b>11</b> |
| <b>5- PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA .....</b> | <b>12</b> |
| 5.1- PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....                                 | 12        |
| 5.2- PRINCÍPIO DA LIBERDADE .....  | 12        |
| 5.3- PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS .....                                  | 13        |
| 5.4-PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.....                                  | 13        |
| 5.5- PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....  | 14        |
| <b>6- DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL <i>POST MORTEM</i>.....</b>                        | <b>15</b> |
| <b>7- DIREITO DAS SUCESSÕES.....</b>   | <b>18</b> |
| 7.1- BREVES CONSIDERAÇÕES .....  | 18        |
| 7.2- TIPOS DE SUCESSÕES .....  | 18        |
| 7.3- ESPÉCIES DE SUCESSORES .....  | 19        |
| <b>8- A SUCESSÃO DO CONCEBIDO POSTUMAMENTE .....</b>                               | <b>21</b> |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>  | <b>28</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BILIOGRÁFICAS.....</b>  | <b>29</b> |

## 1-INTRODUÇÃO

Com o crescente desenvolvimento da medicina e da biotecnologia, desenvolvem-se também os métodos artificiais de reprodução humana. Na esperança de terem filhos, inúmeros casais acometidos pela infertilidade, esterilidade ou, mulheres solteiras e viúvas veem nestes métodos a oportunidade para concretizarem seus sonhos.

A inseminação artificial *post mortem*, procedimento através do qual, uma criança será concebida após o falecimento de seu genitor, é um dos métodos de reprodução humana artificial, em que o sêmen que fecundará a receptora se encontra preservado para posteriormente ser introduzido em seu útero. O Código Civil, entretanto, soluciona a questão da paternidade, conforme se encontra no caput e nos incisos do art. 1597. A grande dificuldade advém do fato de que, embora seja incontestável o avanço médico e biotecnológico, na seara do Direito tal avanço não se observa, sobretudo, no que tange aos direitos sucessórios do concebido postumamente.

Considerando que a possibilidade da sucessão póstuma não se encontra presente no Código Civil, em seu art. 1798, o filho gerado após o falecimento do autor da herança seria considerado herdeiro legítimo a sucedê-lo? Se por um lado se encontra contemplada no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de filiação póstuma, por outro lado, percebe-se a carência a cerca dos efeitos patrimoniais dessa filiação.

Neste sentido, dispõe Venosa<sup>1</sup> que:

“O Código Civil de 2002 não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata a existência da problemática e procura dar solução exclusivamente do aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por opção do legislador”.

No campo doutrinário a questão também não se encontra pacificada. Há aqueles que afirmam não haver direitos sucessórios aos concebidos via inseminação artificial *post mortem*, baseando-se no fato de que o art. 1.798 do Código Civil somente as pessoas já nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão. E há aqueles que entendem pela possibilidade da percepção dos direitos sucessórios pelos concebidos postumamente, tendo em vista os princípios da igualdade entre os filhos e da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>1</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **A reprodução assistida e seus aspectos legais**. Disponível em :< <http://www.valor.com.br/arquivo/1000046490/a-reproducao-assistida-e-seus-aspectos-legais> >.

A análise da presente questão é de notável necessidade por aqueles que estudam, aplicam e interpretam o Direito. Enquanto fenômeno social é medida que se mostra necessária a fim de se evitar a tomada de decisões equivocadas que podem acarretar danos irreparáveis aos envolvidos em tal situação.

## **2 – DO PLANEJAMENTO FAMILIAR**

A Constituição Federal, em seu art. 226, §7º, dispõe que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, aí incluídos os casais unidos pelo matrimônio ou pela união estável, que de acordo com o §3º do mesmo artigo é reconhecida como entidade familiar, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas, observando-se os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Diante disso, caberá única e exclusivamente ao casal se valer dos métodos de concepção assistida que desejarem vez que sua decisão encontra abrigo em nossa Constituição Federal.

### 3 – A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A procriação natural depende da fertilidade humana, isto é, a capacidade fisiológica de o ser humano reproduzir-se. A antítese da fertilidade é a esterilidade, incapacidade que impede duas pessoas de conceberem outro ser humano e pode resultar numa crise existencial e do casal<sup>2</sup>.

A adoção durante muitos anos serviu como um meio para suprir a carência gerada pela impossibilidade de ter filhos, todavia, com o avanço da ciência médica surgiram novas possibilidades para aqueles que ainda guardavam consigo a esperança de serem pais. Com a evolução de recursos, a concepção de um novo ser humano passou a ser possível de forma assexuada, através de manipulação do material genético.

Os métodos de reprodução humana são o método ZIFT e o GIFT. O primeiro, ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*), consiste na retirada de óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra, enquanto o segundo, GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*), consiste na inoculação do sêmen na mulher sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou de embrião<sup>3</sup>. A reprodução assistida recorre a duas técnicas: a inseminação artificial (IA) que recolhe o sêmen e introduz no interior da mulher, favorecendo a fecundação e a fecundação *in vitro* (FIV) que recolhe os gametas masculinos e femininos isoladamente, realiza a fecundação no laboratório e transfere o embrião para o útero, e podem ser homóloga, quando o embrião se origina do sêmen do marido e do óvulo da mulher, ou por heteróloga, caso haja a doação de um dos gametas ou de ambos.

Na reprodução homóloga, os pais biológicos são os mesmos que buscam a técnica de reprodução assistida, logo, a filiação será sempre natural, não restando dúvidas á respeito da relação de parentesco. Diversamente, na inseminação heteróloga, utilizada nos casos de infertilidade do marido ou companheiro, recorre-se ao material genético de um terceiro, introduzindo-o na cavidade uterina da mulher, mediante prévia autorização do marido. Neste caso a identidade do terceiro doador deverá permanecer no anonimato, uma vez que o pai, de acordo com o art. 1597, V do CC, será o marido ou companheiro da mulher que se submeter ao referido procedimento

---

<sup>2</sup> BARROS, Eliane de Oliveira. **Aspectos Jurídicos da Inseminação Artificial Heteróloga**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 37.

<sup>3</sup> BARROS, Eliane de Oliveira. **Aspectos Jurídicos da Inseminação Artificial Heteróloga**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 40/41.

#### 4- O BIODIREITO

Com o avanço das práticas humanas que visam a manipulação da vida, o biodireito pode ser tratado com um novo ramo do Direito que busca dar conformação jurídica, analisando teorias, legislação e a jurisprudência as práticas adotadas para a reprodução humana assistida.

MONTALBANO<sup>4</sup>, ao citar Cunha e Ferreira (2008), explica que o biodireito se relaciona com a bioética:

“O conceito atual de Bioética deve ser interpretado como o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais. A Bioética seria, assim, o encontro da ética com as ciências biomédicas, estruturando os códigos de conduta dos profissionais da saúde. A relação da bioética com o Direito, mais especificamente com o Biodireito, surge da necessidade do jurista obter instrumentos eficientes para propor soluções que para os problemas que a sociedade tecnológica cria, em especial no atual estágio de desenvolvimento (MONTALBANO, p. 15, 2012).”

Entretanto, os instrumentos eficientes para propor as soluções aos anseios da sociedade ainda é questão não resolvida pelo Direito.

---

<sup>4</sup> MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. **Inseminação Post Mortem e seus reflexos no Direito de Família e Sucessões**. Revista da Esmec. Disponível em :< <http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/48/49> >.

## 5 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Os princípios constitucionais são normas que determinam as diretrizes fundamentais da Lei Fundamental, bem como influenciam em toda a sua interpretação aplicação.

Para inúmeros estudiosos do Direito os princípios são universais, absolutos, permanentes além de cumprirem uma função explicadora e justificadora. Entende-se que sua principal função é a de servir de vetor para interpretar as leis, vindo a reforçar a aplicabilidade dos mandamentos da constituição. Em assim sendo, a seguir serão expostos alguns dos princípios aplicáveis a reprodução humana assistida.

### 5.1 – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana se encontra elencado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Seu alcance e definição são amplos, não comportando uma classificação reduzida. Levando em consideração que sempre esteve acoplado ao homem, sob o seu prisma, busca que o ser humano não seja tratado como um simples objeto.

Neste sentido, a Constituição Federal em seu art. 226, §7º ao explicitar que o planejamento familiar se encontra fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, nos permite inferir que o direito de fundar uma família compreende o direito de originar descendentes, da maneira que melhor se adequa à realidade do casal, que carreguem o próprio patrimônio genético.

MONTALBANO<sup>5</sup> (apud Rigo, 2009), ainda, ressalta que a dignidade humana não deve ser observada apenas para aqueles que querem gerar uma vida, mas para o próprio embrião, de modo que qualquer atitude negativa ao ser humano não nascido está atingindo diretamente a Constituição Federal.

### 5.2- PRINCÍPIO DA LIBERDADE

O princípio da liberdade está intimamente ligado ao reconhecimento da autodeterminação das pessoas. Em assim sendo, implica na capacidade de adotar e executar livremente as suas decisões.

---

<sup>5</sup> MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. **Inseminação Post Mortem e seus reflexos no Direito de Família e Sucessões**. Revista da Esmec. Disponível em :< <http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/48/49> >.

Logo, cabendo à escolha a cada indivíduo sobre a entidade familiar que vai ser por ele constituída e ficando a cargo do Estado somente propiciar os recursos necessários, a inseminação artificial *post mortem* à luz da legislação pode ser avaliada com uma manifestação legítima da vontade.

### 5.3- PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, ficou consagrado o princípio da isonomia entre os filhos. Dispõe o art. 1.596 do referido diploma legal:

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Na Constituição Federal o princípio da isonomia encontra-se positivado no art. 227, §6º:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º - 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.

Logo, por este princípio podemos perceber que independente do método de concepção a todos os filhos deve ser dado o mesmo tratamento.

### 5.4-PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O princípio do melhor interesse da criança encontra-se disposto no art. 227 da Constituição Federal.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em consonância com esse princípio, deve o aplicador do Direito buscar a proteção daqueles que se encontram em situação de fragilidade.

No tocante às técnicas de reprodução assistida, estando a criança no ventre materno

ou não, através do princípio do melhor interesse da criança, não se admitirá qualquer medida restritiva aos seus direitos.

#### 5.5- PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Este princípio encontra-se elencado no art. 5º da Constituição Federal e dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Assim, representa aplicado à reprodução humana, o direito que cada cidadão tem de ter o filho por qualquer método, desde que não vedado por lei, pois na relação entre particulares tudo que não é proibido é permitido.

## 6 – DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

A inseminação artificial post mortem é um dos temas mais polêmicos no que diz respeito à reprodução humana. É uma técnica de procriação que se tornou viável devido à possibilidade de criopreservação dos gametas ou do embrião, anteriormente fecundado com o material genético do casal<sup>6</sup>.

No ano de 1984, na França, o primeiro caso de inseminação artificial post mortem chegou a ser objeto de controversa decisão proferida pelo Tribunal de *Créteil*, conforme relata BARROS<sup>7</sup> (apud João Alvaro Dias, 1996):

“Alain Parpalaix, a conselho do seu médico assistente, receando riscos de esterilidade resultante de tratamento químico-terápico e radioterápico dum tomo do testículo, dirigiu-se, em 7 de dezembro de 1981, ao CECOS de *Kremlin Bicêtre* a fim de ser feita a recolha, o tratamento e a conservação de seu esperma. Veio a morrer a 25 de dezembro de 1983, sem ter voltado a contactar com o Centro desde o dia em que foi feita a colheita da sêmen. A viúva, Corine Parpalaix, dirigiu-se ao diretor do Centro – prof. David – solicitando que lhe fosse restituído o esperma do marido, e em face da recusa, a viúva e os sogros acionaram, em coautoria, o referido Centro, no Tribunal de Créteil, a fim de obterem a restituição solicitada. O referido Tribunal condenou o CECOS a restituir ao médico escolhido pela senhora Parpalaix, no prazo de um mês, a totalidade da colheita de esperma reclamada e na falta de restituição nas condições fixadas estipulou sanção pecuniária de 1000 francos por cada dia de mora.”(BARROS, p. 52/53, 2010)

Continua BARROS (p. 53), relatando as críticas que a decisão sofreu segundo explicita João Álvaro Dias:

“A. Sériaux criticou de modo firme à decisão lembrando o caráter anormal desta procriação onde a unidade, que implica a simultaneidade, dá lugar a uma dualidade, resultante da sucessão no tempo das causas materiais e espirituais da procriação. A criança deixa de ser o fruto das relações autenticamente pessoais dos seus progenitores; passa a ser o produto de uma combinação de dois genes consecutiva a um acordo de vontades: a vontade do pai no sentido de o Centro recolher o seu esperma; a vontade da mãe que faz contar, após a morte do marido, que pretende ser inseminada com o seu esperma. Tal dissociação profunda entre casamento e procriação comporta enormes perigos (v.g. psicológicos e jurídicos) para a criança que já é órfã antes de ser concebida. A mãe inseminada *post mortem* cria o órfão pare nele concentra depois uma espécie de afeição, pós-conjugal para com o seu marido defunto. A patologia tem aí seguramente o seu papel, mas o recém-nascido? Ei-lo reduzido ao papel subalterno de continuador simbólico de uma vida conjugal prematuramente desfeita. A paternidade artificial torna assim desde logo duvidosa uma maternidade que é todavia bem real no plano biológico.”

<sup>6</sup> LUCA, Caterina Medeiro de. **O concebido Post Mortem no Direito das Sucessões**. Disponível em: < [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2010/trabalhos\\_22010/caterinaluca.htm](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/caterinaluca.htm) >.

<sup>7</sup> BARROS, Eliane de Oliveira. **Aspectos Jurídicos da Inseminação Artificial Heteróloga**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 52/53.

No Brasil, a Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, dispõe sobre normas éticas e sobre a utilização das técnicas para procriação humana, que devem ser acompanhadas pelos médicos, e também traz regulamentação referente às clínicas que aplicam essas técnicas<sup>8</sup>:

[...]VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM

É possível desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente[...]

Todavia, a Resolução do Conselho Federal de Medicina, servem-nos apenas como balizadores da boa prática médica e dispõe de maneira muito superficial sobre a questão, que não é assim tão simples, tendo em vista que as consequências deste ato não se limitam apenas aos genitores. Caso a criança nasça com vida, tendo havido ou não o consentimento do falecido, o filho será merecedor de proteção, de acordo com o que dispõe o art. 227 da CF, que disciplina o princípio do melhor interesse da criança.

A questão da filiação é abordada pelo Código Civil 2002, em contraposição ao Código Civil de 1916 que fazia rigorosas distinções entre os filhos ao estabelecer classificações em decorrência do status jurídico de seus genitores. O inciso III, do art. 1597, do CC de 2002, dispõe que se presumirá concebido na constância do casamento o filho havido por fecundação artificial homóloga. Dispõe ainda o Enunciado 106, da I Jornada de Direito Civil:

106 – Art. 1.597, inc. III: Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Logo, a vontade inequivocamente manifestada daquele marido ou companheiro que quer dar a sua mulher um filho mesmo após a morte é perfeitamente legítima, sob o ponto de vista que o §4º do art. 226 da Constituição Federal, garante proteção à família monoparental, que é aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O Enunciado 127, da I Jornada de Direito Civil, por sua vez, propõe a alteração do inc. III, do art. 1597 para constar “havidos fecundação artificial homóloga”, sob a justificativa, da observância ao princípio da paternidade responsável e dignidade da pessoa humana, porque não é aceitável o nascimento de uma criança já sem pai.

---

<sup>8</sup> Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <  
[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf) >

Não restam dúvidas que a biparentalidade seria o ideal, porém as novas conformações de famílias que vão surgindo ao longo dos anos são exemplos de que é possível criar uma criança em um ambiente saudável onde não existam traumas. E havendo um projeto biparental em vida, afastar a possibilidade da inseminação *post mortem* seria uma ofensa ao planejamento familiar assegurado constitucionalmente.

## 7- DIREITO DAS SUCESSÕES

### 7.1 – BREVES CONSIDERAÇÕES

Segundo dispõe Venosa<sup>9</sup>, no Direito, costuma-se fazer uma grande linha divisória entre duas formas de sucessão: aquela que deriva de um ato entre vivos, como um contrato, por exemplo, e a que deriva ou tem como causa a morte (*causa mortis*), quando os direitos e obrigações da pessoa que morre transferem-se para seus herdeiros e legatários.

O Direito das Sucessões, ramo específico do Direito, é um instituto que consiste no conjunto de normas que regulam a transmissão do patrimônio, direitos e obrigações do falecido a seus sucessores em razão de sua morte e encontra-se disciplinado principalmente, nos arts. 1.784 a 2.027, do Livro V do Código Civil e nos arts. 982 a 1.045 do Código de Processo Civil. A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXX, também se disciplina o direito sucessório, ao deixar assegurado o direito de herança.

De acordo com o art. 1.784 do CC, aberta a sucessão, a herança irá se transmitir desde logo aos herdeiros, sejam eles legítimos ou testamentários. A morte assume então papel central neste instituto, pois é ela quem vai determinar o momento da abertura da sucessão. Comprovado o evento morte, ou declarada à ausência nos casos em que a lei autoriza e existindo herdeiros, verificada a impossibilidade de se admitir que o patrimônio permaneça sem titular, pelo Princípio de *Saisine* ocorre a transmissão imediata da herança aos herdeiros, tendo eles o direito de entrar na posse dos bens que constituam a herança.

Dispõe ainda o art. 1.785 do CC que último domicílio do falecido, será o local onde se abrirá a sucessão e em consequência disso, a lei que a regulará, em atenção ao art. 1.787 do CC será a que estiver em vigor no momento do óbito.

### 7.2 - TIPOS DE SUCESSÕES

A sucessão classifica-se em legítima e testamentária. Esta, quando decorre por disposição de última vontade do autor da herança, expressa em testamento ou codicilo. Aquela, quando se dá em virtude de lei.

A sucessão legítima é baseada no vínculo familiar, tanto o de sangue quanto o civil. Nela, morrendo a pessoa sem deixar testamento, ou, tendo deixado este ter sido declarado

---

<sup>9</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito das Sucessões. São Paulo: Atlas, 2004, p. 15/16

nulo ou caduco, transmite-se a herança a seus herdeiros legítimos, expressamente indicados na lei, de acordo com uma ordem preferencial, denominada ordem de vocação hereditária. Segundo GONÇALVES<sup>10</sup>, costuma-se dizer que a sucessão legítima representa a vontade presumida do de cujus de transmitir seu patrimônio para as pessoas indicadas na lei, pois teria deixado testamento se outra fosse a intenção.

Ainda segundo GONÇALVES (p. 43) sucessão testamentária, por sua vez, dá-se por disposição de última vontade. Havendo herdeiros necessários, divide-se a herança em duas partes iguais e o testador poderá dispor livremente da metade, denominada porção disponível, para outorgá-la a qualquer de seus herdeiros ou mesmo a estranhos, pois a outra metade constitui a legítima, àqueles assegurada nos termos do art. 1.846 do CC.

No que toca a sua abrangência, dispõe Fiuza<sup>11</sup> que a sucessão será singular ou universal. Esta é encarada como a transmissão da totalidade de certo patrimônio ao sucessor, que se sub-roga abstratamente na totalidade. Já aquela, se um indivíduo deixa em testamento para outro, teremos aí não sucessão universal, como a dos herdeiros, que recebem todo o patrimônio do defunto, mas sucessão a título singular, uma vez que o sucessor estará sendo agraciado com certa quantia determinada.

### 7.3 – ESPÉCIES DE SUCESSORES

No tocante aos tipos de sucessores, estes dividem-se em necessários e facultativos.

São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge sobrevivente segundo o art. 1.845 do CC, podendo também ser chamados de legítimos, pois a eles é destinada a metade da herança, constituída da legítima.

Já quanto ao facultativo, testamentário ou instituído, é aquele que foi beneficiado pelo testador no ato de disposição de última vontade com uma parte ideal do acervo, sem individualização dos bens, tendo em vista que, a pessoa contemplada com coisa certa e determinada não é herdeiro testamentário, mas legatário. Como exemplo podem ser citados os colaterais até o quarto grau (irmãos, tios, sobrinhos, primos, tios-avós e sobrinhos netos).

Entretanto, para se apurar a capacidade sucessória de um herdeiro será necessário: primeiro a existência no momento em que a herança se constitui e segundo a vocação hereditária.

---

<sup>10</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2010, p.42

<sup>11</sup> FIÚZA, Cesar. **Direito Civil**. Curso Completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 1.094.

Em relação ao primeiro requisito, disciplina o art. 1.799 do CC que legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Todavia, a regra geral imposta pelo referido artigo, encontra exceção no caso do nascituro. O nascituro é o ser já concebido, mas que ainda está no ventre materno. A lei civil não lhe confere personalidade, pois de acordo com o art. 2º do Código Civil, essa se perfaz com o nascimento com vida, porém, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, ao tomar medidas que salvaguardam os direitos que com alguma probabilidade serão seus. Em síntese, se nascer com vida tem direito a sucessão, mas se nascer morto é como se não tivesse existido.

Dispõe o art. 1.799 do CC:

Art. 1.799. 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;

II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

É válida de acordo com o inciso do I do respectivo artigo a disposição testamentária a favor de prole eventual de pessoa viva no momento da abertura da sucessão. E para isso, foi estabelecido, em consonância com o disposto no art. 1.800, §4º do mesmo diploma legal, o prazo de dois anos para a concepção do sucessor testamentário.

Neste sentido, decorrido o prazo os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos. Porém, caso ocorra a concepção e o posteriormente o nascimento com vida, os bens serão a ele transferidos como se vivo fosse no momento da abertura da sucessão. Enquanto se aguarda o prazo para a concepção, os bens confiados ao possível sucessor serão confiados a um curador nomeado pelo juiz.

O segundo requisito para herdar é o chamamento ou vocação hereditária, que se dará por força legal ou por disposição de última vontade do testador, caso aquele que venha a herdar não tenha sido considerado indigno ou tampouco tenha sido deserdado.

## 8- A SUCESSÃO DO CONCEBIDO POSTUMAMENTE

A capacidade sucessória dos filhos concebidos por inseminação artificial *post mortem* está enraizada de dubiedades e incertezas.

No tocante à manifestação da vontade do doador do sêmen, o regulamento que expressa algo a respeito é a atual Resolução nº 2.013/013 do Conselho Federal de Medicina, que, todavia, não tem força de lei.

Aparentemente o Código Civil, ao tratar da vocação hereditária em seu art. 1.798, ao tratar da sucessão legítima, elimina de um modo geral o nascido cuja concepção tenha se dado após a morte do genitor. Desta maneira, o principal fator para se verificar a legitimidade sucessória passiva é a existência no momento da abertura da sucessão. “Isso ocorre por a herança não se transmite ao vazio, ao nada. Daí a lei exigir a existência do sucessor no momento da morte do autor da herança.” PESSOA<sup>12</sup> (apud CAHALI, 2007).

Para o direito sucessório, o concepturo, encontra sua situação disciplinada no art. 1.799, I do CC. Todavia, os seus direitos sucessórios tem sido alvo de grandes discussões, haja vista que, de acordo com a lei, somente poderá ele ser sucessor a título testamentário. O artigo supracitado contempla então, a hipótese da prole eventual, que com base no §4º do art. 1.800 do CC, para ter direito à sucessão, deverá ser concebido no prazo máximo de 02 anos. Ora, a opção do legislador ao conferir legitimidade sucessória a quem não era sequer concebida no momento da abertura da sucessão é clara, todavia, a questão ainda é tormentosa.

O art. 1.597 do referido Código, por sua vez, no âmbito do direito de família de forma previsível reconhece o direito de filiação por meio da concepção assistida, através da inseminação *post mortem* homóloga. Porém, na esfera do direito sucessório nada foi regulamentado.

O projeto do atual Código Civil derivou de estudos que se iniciaram na década de 1960, quando ainda não se falava em reprodução assistida. Assim, a concepção se dava somente pela relação sexual, sendo o prazo natural para que ocorresse o nascimento até 300 dias. Ocorre que, com os avanços da tecnologia, hoje é possível a concepção por outros meios que não o ato sexual. Desta maneira, à analogia e as demais fontes do direito poderão ser utilizados como alternativas para a solução do caso concreto.

Fato é que, a partir do momento que o doador ou o possível pai, venha a falecer, mas autorize a utilização de seu material genético manifesta de forma expressa a sua vontade.

---

<sup>12</sup> PESSOA, THAIS. A filiação artificial “post mortem” e a (im) possibilidade de suceder. Disponível em: <<http://thaystana.jurapessoa.jusbrasil.com.br/artigos/114957280/a-filiacao-por-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-e-a-im-possibilidade-de-suceder>>

Ocorrendo a fecundação e nascendo com vida a criança, terá ela os mesmos direitos que toda e qualquer outra detém. O direito ao nome, à vida, alimentação, à saúde, ao respeito, à convivência familiar, dentre outros. Neste diapasão, PESSOA<sup>13</sup> cita Anna de Moraes Salles Beraldo:

Não se pode esquecer que uma vez que haja nascimento da criança após o falecimento do genitor, esse filho deve ser protegido, conforme dispõe o princípio do melhor interesse da criança. Assim, o menor terá direito ao nome familiar; direito à convivência com seus avós e demais familiares, por meio de regulamentação de visitas, se necessário. Ademais, no campo patrimonial, se restar provada a impossibilidade de sustento por parte do genitor sobrevivente, o menor, por meio de seu representante legal, poderá pleitear alimentos, inclusive gravídicos, aos avós. Isso sem mencionar a questão sucessória (BERALDO, 2012, p.96).

Disciplina o art. 227, §6º da Constituição que os filhos havidos do casamento, ou não, ou os filhos adotados deverão ter os mesmos direitos e qualificações, sendo vedada qualquer discriminação relativa à filiação. Deste princípio depreende-se que não existe mais a possibilidade de se desigualar os filhos em razão de sua origem.

Desta forma, diante do tratamento isonômico que se deve dar entre os filhos, vale afirmar que todo e qualquer filho gozará dos mesmos direitos e proteção, seja em nível patrimonial ou pessoal. Então, aqueles que foram concebidos por meio das técnicas de reprodução humana assistida não são diferentes daqueles concebidos naturalmente. A diferença também não deve se pautar se a filiação ocorre no momento da existência dos genitores ou após a sua morte. Desta feita, todos os dispositivos legais que de alguma maneira, direta ou indiretamente, determine tratamento discriminatório entre os filhos deverão ser repelidos do ordenamento jurídico.

Diante da omissão legislativa a doutrina diverge em seus posicionamentos. Uma parte defende que o concebido de forma póstuma poderá, apenas, ser herdeiro testamentário ao argumento de analogia com o disposto no art. 1.799, I, do CC, que prevê a possibilidade de prole eventual ser chamada a suceder, entendendo que poderia ser concedido esse direito também à prole do próprio testador, desde que haja autorização expressa neste sentido. Dentre os adeptos desta corrente, ENÉIAS<sup>14</sup>, cita Maria Helena Diniz:

---

<sup>13</sup>PESSOA, THAIS. **A filiação artificial “post mortem” e a (im) possibilidade de suceder**. Disponível em: < <http://thaystanaJurapessoa.jusbrasil.com.br/artigos/114957280/a-filiacao-por-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-e-a-im-possibilidade-de-suceder> >

<sup>14</sup> ENÉIAS, Miria Soares. **A reprodução assistida post mortem à luz do direito sucessório brasileiro**. Disponível em: < <http://unipacaraguari.edu.br/oPatriarca/v4/arquivos/trabalhos/ARTIGO04MIRIA.pdf> >

“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*.”

Continua ENÉIAS, citando agora Ana Cláudia Brandão:

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

Outra parte da doutrina, a seu turno, defende que aquele que foi inseminado postumamente tenha assegurado o direito à herança testamentária, bem como a legítima, levando-se em consideração o princípio da igualdade entre os filhos, conforme preconiza o art. 227, §6º da Constituição. Neste sentido, ENÉIAS<sup>15</sup> (apud Almeida, 2009):

“[...] 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.[...]”

FREITAS<sup>16</sup> coaduna do mesmo entendimento:

“Independente de ter havido ou não testamento, sendo detectada no inventário a possibilidade de ser utilizado material genético do autor da herança (já que sua vontade ficara registrada no banco de sêmen), no intuito de evitar futuro litígio ou prejuízo ao direito constitucional de herança, há de ser reservados os bens desta prole eventual sob pena de ao ser realizado o procedimento, vier o herdeiro nascido depois, pleitear, por petição de herança, seu quinhão hereditário, como se fosse investigação de paternidade.”

A terceira corrente entende que não serão aplicáveis ao filho inseminado postumamente. Vez que para que fizesse jus ao direito de suceder, teria que ao menos ter sido concebido no momento da abertura da sucessão, conforme preceitua o art. 1.798 do CC.

<sup>15</sup> ENÉIAS, Miria Soares. **A reprodução assistida post mortem à luz do direito sucessório brasileiro**. Disponível em: < <http://unipacaraguari.edu.br/oPatriarca/v4/arquivos/trabalhos/ARTIGO04MIRIA.pdf> >

<sup>16</sup>FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423> >

ENÉIAS (apud Caio Mario, 2011):

“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.”

A definição do prazo legal para que o cônjuge ou companheiro utilize o material crio preservado é medida que se mostra indispensável, “tendo em vista que sucessão não pode ficar aberta indefinidamente prejudicando os herdeiros que já existem, os quais não podem esperar *ad eternum* uma futura prole que não se sabe ao certo quando virá, ocasionando insegurança jurídica no processo sucessório”.

Neste contexto, PESSOA<sup>17</sup> se vale das lições de Eduardo de Oliveira Leite:

“[...]Se o legislador não delimitar um prazo de possibilidade de acesso ao recurso, certamente, a técnica poderá gerar embaraços cada vez maiores na esfera jurídica. Assim como no parágrafo 4º do artigo 1.800 o legislador tomou a cautela de estabelecer um prazo, a partir do qual os bens reservados (a legítima) retornarão aos herdeiros legítimos, de forma a se evitar a duração perigosa de um estado condominial não desejado pelo legislador, igualmente, a matéria das inseminações artificiais homólogas precisa se submeter a lapso temporal definido, sob o risco de se fomentarem situações indesejadas de indefinição[...]”.

Parte da doutrina entende que por analogia ao art. 1.800, §4º do CC, aquele que manifestou sua vontade de forma expressa, permitindo com fosse utilizado seu material genético após a morte, deve estipular um prazo para seu uso, que não deverá ultrapassar o período de dois anos a contar a abertura da sucessão. Contudo, segundo Maria Berenice Dias<sup>18</sup>:

“Esta limitação não tem nenhuma justificativa. Não se pode discriminar o filho havido post mortem concebido com sêmen do pai pré-morto, depois do prazo de dois anos. A tentativa de emprestar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que veio a nascer, ainda que depois de alguns anos. Basta lembrar que não há limite para o reconhecimento da filiação por meio de investigação de paternidade, e somente o direito de pleitear a herança prescreve no prazo de 10 anos.”

<sup>17</sup> PESSOA, THAIS. **A filiação artificial “post mortem” e a (im) possibilidade de suceder**. Disponível em: <<http://thaystanajurapessoa.jusbrasil.com.br/artigos/114957280/a-filiacao-por-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-e-a-im-possibilidade-de-suceder>>

<sup>18</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Por sua vez, há aqueles que entendam que se deve considerar o prazo de três anos, contados da data do congelamento, tendo por fundamento o disposto no art. 5º, inciso II, da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). Dispõe:

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

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

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

Há também aqueles que defendam que caberá ao próprio autor da herança definir o prazo para o nascimento da filiação eventual por meio de testamento ou qualquer documento em que pudesse ter manifestado sua vontade de forma autêntica.

Existem também aqueles que defendem que a imposição para limitação do prazo para a concepção da prole eventual não encontra respaldo legal, tendo em vista que não há restrição de prazo para se intentar ação de investigação de paternidade.

Contudo, ENEIAS<sup>19</sup>, salienta que conforme Silmara Chinelato a imposição de limite não possui justificativa, e preceitua:

“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”.

E quanto a possibilidade do marido utilizar o óvulo crio preservado da mulher a fim de realizar a inseminação artificial *post mortem*? O que encontramos é o enunciado 128 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal dispõe:

“O fim de uma sociedade conjugal, em especial quando ocorre pela anulação ou nulidade do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio, é, em regra, processo de tal ordem traumático para os envolvidos que a autorização de utilização

<sup>19</sup> ENÉIAS, Miria Soares. **A reprodução assistida post mortem à luz do direito sucessório brasileiro.** Disponível em: < <http://unipacaraguari.edu.br/oPatriarca/v4/arquivos/trabalhos/ARTIGO04MIRIA.pdf>

de embriões excedentários será fonte de desnecessários litígios. Além do mais, a questão necessita de análise sob o enfoque constitucional. Da forma posta e não havendo qualquer dispositivo no novo Código Civil que autorize o reconhecimento da maternidade em tais casos, somente a mulher poderá se valer dos embriões excedentários, ferindo de morte o princípio da igualdade esculpido no caput e no inciso I do artigo 5º da Constituição da República. A título de exemplo, se a mulher ficar viúva, poderá, “a qualquer tempo”, gestar o embrião excedentário, assegurado o reconhecimento da paternidade, com as consequências legais pertinentes; porém o marido não poderá valer-se dos mesmos embriões, para cuja formação contribuiu com o seu material genético e gestá-lo em útero sub-rogado. Como o dispositivo é vago e diz respeito apenas ao estabelecimento da paternidade, sendo o novo Código Civil omissivo quanto à maternidade, poder-se-ia indagar: se esse embrião vier a germinar um ser humano após a morte da mãe, ele terá a paternidade estabelecida e não a maternidade? Caso se pretenda afirmar que a maternidade será estabelecida pelo nascimento, como ocorre atualmente, a mãe será aquela que dará à luz, porém, neste caso, tampouco a paternidade poderá ser estabelecida, uma vez que a reprodução não seria homóloga. Caso a justificativa para a manutenção do inciso seja evitar a destruição dos embriões crio conservados, destaca-se que legislação posterior poderá autorizar que venham a ser adotados por casais inférteis. Assim, prudente seria que o inciso em análise fosse suprimido. Porém, se a supressão não for possível, solução alternativa seria determinar que os embriões excedentários somente poderão ser utilizados se houver prévia autorização escrita de ambos os cônjuges, evitando-se com isso mais uma lide nas varas de família.”

O que se observa é que a situação em que os filhos concebidos pelas técnicas de reprodução humana assistida *post mortem* se encontram, é uma situação de incertezas e questionamentos a respeito da sua capacidade sucessória, muito embora o legislador os tenha garantido o direito que gravita em torno da presunção de paternidade. “Neste cenário em que tudo está por construir, seguramente, a base para qualquer resposta há de ser o princípio maior de nosso ordenamento, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana”. (FIÚZA, 2001, p. 1072). Portanto, diante da garantia dos direitos de filiação, e entre eles, a igualdade, é necessária uma interpretação constitucionalizada do art. 1.798 do CC.

É evidente que o Direito Civil brasileiro tem forte influência dos ditames constitucionais, e neste sentido, atende ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos, consagrado no art. 227, § 6º da Constituição, corrigindo uma discriminatória classificação entre filhos, que não é mais comportada na atualidade.

Passo importante em busca da isonomia entre o direito do filho inseminado post mortem e o concebido anteriormente a morte do pai, deu-se com a edição da o enunciado 267, da terceira Jornada de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça:

267– Art. 1.798: A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

O enunciado não faz com que os inseminados postumamente tornem-se herdeiros legítimos, mas traz uma opção a mais, além da testamentária, objetivando garantir a eles o direito de herança. Neste sentido, SILVA<sup>20</sup> lembra Tartuce:

“No entanto, em sendo reconhecida a admissibilidade jurídica do recurso às técnicas de reprodução assistida post mortem (e, assim, sua constitucionalidade), a melhor solução a respeito do tema é a de considerar que o art. 1.798, do novo Código Civil, disse menos do que queria, devendo o intérprete proceder ao trabalho de estender o preceito para os casos de embriões já formados e aqueles a formar (abrangendo, pois, as duas hipóteses antes indicadas). O problema que surge caso a criança venha a nascer após o término do inventário e da partilha pode ser tranquilamente solucionado de acordo com o próprio sistema jurídico atual em matéria de herdeiros legítimos preteridos – por exemplo, na hipótese de filho extramatrimonial não reconhecido pelo falecido. Deve-se admitir a petição de herança, com a pretensão deduzida dentro do prazo prescricional de dez anos a contar do falecimento do autor da sucessão, buscando, assim, equilibrar os interesses da pessoa que se desenvolveu a partir do embrião ou do material fecundante do falecido e, simultaneamente, os interesses dos demais herdeiros. Assim, haverá mais uma hipótese de cabimento para os casos de petição de herança, a saber, aquela envolvendo o emprego de técnica de reprodução assistida post mortem. TARTUCE (apud GAMA, 2004)”

Enquanto a omissão legislativa no tocante ao regulamento das técnicas de reprodução humana assistida e suas consequências não preservarem e promoverem o melhor interesse da criança, deve-se atentar para que o filho não seja tratado simplesmente como um objeto de direito. E diante de tudo isso, estando o Judiciário convocado para atuar no caso concreto e se depare com as lacunas existentes na legislação infraconstitucional, nada impede que venha a se fundamentar de acordo com os postulados constitucionais e aos princípios fundamentais do direito. Todavia, na análise do caso concreto há que se levar em conta o princípio da proporcionalidade, da ponderação, na medida em que a autonomia das partes também será aqui considerada com um princípio, e sabidamente, um princípio não poder se sobrepor a outro.

Dessa forma para que se garanta o direito sucessório do concepturo é preciso que se atente sobremaneira para o exercício dos direitos dos demais filhos envolvidos no procedimento, para que a solução encontrada seja a que melhor represente os fins constitucionais.

---

<sup>20</sup> SILVA, Diego Rodrigues. **O direito sucessório dos inseminados post mortem em face dos princípios constitucionais**. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-sucess%C3%B3rio-dos-inseminados-post-mortem-em-face-dos-princ%C3%ADpios-constitucionais> >

## CONCLUSÃO

Diante de tudo acima exposto, nota-se que os avanços da medicina no processo da inseminação artificial assistida, cada vez mais presente no meio social, trazem consigo uma série de indagações que até o presente momento, no mundo jurídico, não se vislumbra uma solução pronta e acabada capaz de solucionar a questão.

No Brasil, o ordenamento pátrio se mostra ineficiente. O Código Civil, em seu artigo 1.597, inciso III, ao dispor que “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”, resolve a questão da filiação. Todavia, falta disciplinar as consequências deste tipo de procedimento no âmbito do direito sucessório. O artigo 1.798 do mesmo diploma legal dispõe que somente as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão estariam legitimadas a suceder. O artigo 1.799, inciso I, da mesma codificação, para uma parte da doutrina disciplina a sucessão do concebido *post mortem* que somente poderia se dar da forma testamentária. Porém seria justo negar àquele filho, fruto da vontade inequívoca manifestada pelo falecido, o direito de lhe suceder legitimamente?

É controverso o fato de o ordenamento jurídico conceder ao filho concebido postumamente o direito de filiação e não lhe dispensar regulamentação sucessória apropriada. É evidente, porém, que os ramos do Direito brasileiro são fortemente influenciados pelos ditames constitucionais, que neste sentido, asseguram a igualdade entre os filhos, o melhor interesse da criança, a dignidade da pessoa humana, o planejamento familiar, dentre outros princípios que poderiam ser a base para a resolução do problema. Contudo não resolveria a questão do prazo legal para que o cônjuge ou companheiro utilizasse o material deixado, levando-se em conta que a sucessão não pode ficar aberta indefinidamente prejudicando os herdeiros que já existem, esperando *ad eternum* uma futura prole que não se sabe quando virá.

Desta maneira, com as práticas da reprodução humana assistida se tornando cada vez mais corriqueiras no seio da sociedade, é imprescindível uma regulamentação firme e específica sobre a matéria. Todavia enquanto a atividade legislativa quedar-se inerte, em atenção aos princípios constitucionais acima expostos, aqueles concebidos de forma póstuma devem ter assegurados os seus direitos sucessórios legítimos, sem deixar de também proteger os demais herdeiros envolvidos, cabendo ao aplicador do direito utilizar-se dos meios adequados ao caso concreto sempre em busca da melhor justiça.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Eliane de Oliveira. **Aspectos Jurídicos da Inseminação Artificial Heteróloga**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BRASIL. Lei 11.105/2005. **Lei de Biossegurança**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2005/lei/111105](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111105) > Acesso em: 13 de abril de 2015.

CORRÊA, Bruna R. **Direito à Sucessão na inseminação artificial assistida post mortem**. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13213&revista\\_caderno=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13213&revista_caderno=7) > Acesso em: 23 de março de 2015.

DIAS, Helena Soares Souza Marques. **A reprodução humana assistida homóloga post mortem: uma análise à luz do direito sucessório brasileiro**. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-reproducao-humana-assistida-homologa-post-mortem-uma-analise-a-luz-do-direito-sucessorio-brasileiro,48757.html> > Acesso em: 23 de março de 2015.

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

ENÉIAS, Miria Soares. **A reprodução assistida post mortem à luz do direito sucessório brasileiro**. Disponível em: < <http://unipacaraguari.edu.br/oPatriarca/v4/arquivos/trabalhos/ARTIGO04MIRIA.pdf> > . Acesso em: 15 de abril de 2015.

FIÚZA, César de Castro. **Direito Civil**. Curso Completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423> > . Acesso em: 17 de abril de 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRADE, Maíra Soalheiro. **A reprodução assistida post mortem e o direito sucessório**. Disponível em: < <http://www.cognitiojuris.com/artigos/06/02.html> > Acesso em: 23 de março de 2015.

JÚNIOR, Daniel Veríssimo de Lima. **Reflexos da inseminação artificial homóloga post mortem no âmbito direito sucessório**. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/23960/reflexos-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-no-ambito-do-direito-sucessorio> >. Acesso em: 26 de março de 2015.

LUCA, Caterina Medeiro de. **O concebido Post Mortem no Direito das Sucessões**. Disponível em: < [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2010/trabalhos\\_22010/caterinaluca.htm](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/caterinaluca.htm) >. Acesso em: 25 de março de 2015.

MENDONÇA, Carla. **Direitos sucessórios derivados da inseminação artificial post mortem**. Disponível em: < <http://carlamendonca.jusbrasil.com.br/artigos/111915092/direitos-sucessorios-derivados-da-inseminacao-artificial-post-mortemf> >. Acesso em 25 de março de 2015.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. **Inseminação Post Mortem e seus reflexos no Direito de Família e Sucessões**. Revista da Esmec. Disponível em :< <http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/48/49>>. Acesso em 25 de março de 2015.

NORONHA, Carlos Silveira. **As Novas Perspectivas do Direito das Sucessões em Tempos de Modernidade e Pós-modernidade**. Porto Alegre: Sulina, 2011.

OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de Herança – A nova ordem da sucessão**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PESSOA, Thais. **A filiação artificial “post mortem” e a (im) possibilidade de suceder.** Disponível em: < <http://thaystanaJurapessoa.jusbrasil.com.br/artigos/114957280/a-filiacao-por-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-e-a-im-possibilidade-de-suceder> >

Acesso em: 25 de março de 2015.

PRESOT, Regiane Sousa de Carvalho. **Inseminação artificial post mortem : efeitos no direito sucessório.** Disponível em :< [http://www.academia.edu/1802155/Insemina%C3%A7%C3%A3o\\_Artificial\\_Post\\_Mortem\\_Efeitos\\_no\\_Direito\\_Sucess%C3%B3rio](http://www.academia.edu/1802155/Insemina%C3%A7%C3%A3o_Artificial_Post_Mortem_Efeitos_no_Direito_Sucess%C3%B3rio) >. Acesso em: 06 de abril de 2015.

SILVA, Diego Rodrigues da. **O direito sucessório dos inseminados Post Mortem em face dos Princípios Constitucionais.** Disponível em :< <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-sucess%C3%B3rio-dos-inseminados-post-mortem-em-face-dos-princ%C3%ADpios-constitucionais> >. Acesso em: 13 de abril de 2015.

SILVEIRA, Gabriella Nogueira Tomaz da. **Inseminação Artificial Post Mortem e suas implicações no âmbito sucessório.** Disponível em :< [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11926&revista\\_caderno=6](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11926&revista_caderno=6) >. Acesso em: 13 de abril de 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil.** Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil.** Direito das Sucessões. São Paulo: Atlas, 2004.