

## INSEMINAÇÃO POST MORTEM E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE SUCESSÕES

Camila Cutri da Paixão (ID) e José Geraldo Romanello Bueno(Orientador)

**Apoio:PIVIC Mackenzie**

### RESUMO

O presente artigo tem como objetivo dissertar sobre a reprodução assistida, em especial, a inseminação artificial *post mortem*, que permite o nascimento de um ser humano após alguns anos da morte do seu genitor. Também se pretende discorrer sobre a capacidade sucessória ao indivíduo concebido através deste procedimento. O Código Civil de 2002 atribui presunção de filiação ao indivíduo concebido pela inseminação artificial *post mortem*, porém não se faz menção sobre seus direitos sucessórios. A doutrina tem se mostrado bastante dividida sobre o tema, fazendo com que ainda não haja uma posição formada sobre o assunto. Com grande avanço da tecnologia, em especial na biotecnologia, não tem se encontrado amparo na legislação atual para disciplinar a utilização das referidas técnicas, bem como suas consequências no campo jurídico. Atualmente o país tem apenas se amparado na Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina que, apesar de não ser lei, é o que tem dado diretriz para o Brasil conseguir resolver este tipo de questão.

**Palavras-chave:** Inseminação Post-Mortem. Sucessões. Reprodução Assistida.

### ABSTRACT

This article has as objective to lecture about assisted human reproduction, in special the artificial insemination post mortem, which permits a human being's birth some years after the genitor's death. It's also discussed the law of succession right given to the individual who is born through this kind of procedure. The 2002 Civil Code credits assumption of parentage to the individual conceived by artificial insemination post mortem, however it doesn't mention any succession right. The doctrine has been divided about the theme, contributing for a not clear and conclusive position about the issue. With all the technology advances, especially in biotechnology, there has been no current legal support to regulate the usage of the referred techniques, as well as its consequences in the field of law. The country has currently been supported on the Federal Medical Council 2.013/2013 Resolution, which, although it's not law, it's what has guided Brazil to figure the solution on this kind of issue.

**Keywords:** Insemination, Post-Mortem. Succession. Assisted human reproduction.

## 1. INTRODUÇÃO

Existem questões novas surgindo á todo momento, que nos fazem pensar que faz parte do progresso, do avanço da sociedade, mas estas questões envolvem muito mais que o progresso, envolve questões jurídicas e éticas, que precisam ser analisadas, pensadas, pois trazem no seu bojo de avanço e progresso, conseqüências sociais, que podem se tornar nocivas, caso não sejam tuteladas adequadamente. Um caso clássico seria a reprodução humana assistida, em especial, a reprodução humana assistida post mortem.

Olhando o ordenamento sobre qualquer prisma, pode-se observar com muita facilidade e clareza, que o ordenamento brasileiro não previu as possibilidades decorrentes das técnicas científicas de reprodução assistida, portanto existem lacunas sobre este assunto.

Foi somente na Constituição Federal de 1988 que houve a consagração da família oriunda de união estável entre homem e mulher, também foi reconhecido como família a união de apenas um dos pais com seus filhos, além da família com base no matrimônio e ainda assegurou em seu artigo 228, §7º, o direito ao planejamento familiar com base na dignidade da pessoa e na paternidade responsável, nome este que ficou definido pelo Ministério da Saúde, através do Programa de Saúde Materno-Infantil em 1970.

O planejamento familiar é assegurado no artigo 226, §7º, da Constituição Federal, não é coercitivo, mas tem natureza promocional.

No artigo 2, da Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996 também estabelece que planejamento familiar no Brasil.

A lei 9.263/96 assegura não somente planejamento familiar monoparental, mas também garante que seja utilizado métodos de reprodução assistida para chegar a este fim.

O planejamento familiar caminhando lado a lado com a paternidade responsável com certeza trará benefícios às crianças, pois a mesma terá assistência material, intelectual, moral e afetiva.

Quando o legislador diz paternidade responsável, ele quer garantir os princípios fundamentais como dignidade da pessoa, vida, filiação, saúde.

Quando um casal se depara com o problema da infertilidade, uma forma de resolver esta questão é através da reprodução assistida, que nada mais é que um conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana a partir da manipulação de gametas e embriões, resultando assim o nascimento de uma nova vida.

Com a reprodução assistida surgem novas realidades, ou seja, surge o sexo sem o fim de procriação, sexo por puro prazer e surge também a possibilidade da procriação sem sexo.

## 2. REFERENCIAL TEÓRICO

### 1 NOVO NUCLEO FAMILIAR E O PLANEJAMENTO FAMILIAR

O padrão que temos hoje de família brasileira, organizou-se tendo como modelo as famílias romana, canônica e germânica.

Foi somente na Constituição Federal de 1988 que houve a consagração da família oriunda de união estável entre homem e mulher, também foi reconhecido como família a união de apenas um dos pais com seus filhos, a chamada família monoparental; além da família com base no matrimônio.

O planejamento familiar, assegurado no artigo 226,§7º, da Constituição Federal não é coercitivo, mas tem natureza promocional. Mas, a Lei nº 9.263/96, que regulamenta o planejamento familiar no Brasil, estabeleceu em seu § 2º que: “entende-se planejamento familiar como um conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direito igual constituição limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.”.

Torna-se relevante ressaltar que em seu art.3º assegurou o planejamento monoparental e em seu art. 9º estabeleceu que para o exercício do referido direito, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos, desde que não coloque em risco a vida e a saúde das pessoas, sendo garantida a liberdade de opção.<sup>1</sup>

No planejamento familiar, é nítida a importância dos pais. Torna-se ainda mais importante, se for somado à paternidade responsável, pois ambos devem proporcionar às crianças toda a assistência material, afetiva, intelectual e moral necessárias para se desenvolver plenamente. Não se pode deixar de mencionar o papel relevante do Estado de propiciar meios para o desenvolvimento familiar.

## 2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA

São várias as técnicas de reprodução assistida, mas a mais tradicional e conhecida é a fertilização *in vitro*.

---

<sup>1</sup> RAMOS, Cristiane Gonçalves Xavier. Dominato, Luciana Alves. **A reprodução humana assistida post mortem e seus reflexos no Direito Sucessório Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

Conforme Enunciado de nº 105 do Conselho da Justiça Federal aprovado na I jornada de Direito Civil, a reprodução assistida pode ser classificada em quatro modalidades: homóloga, homóloga *post mortem*, heteróloga e bisseminal.

A inseminação artificial homóloga encontra-se prevista no inciso III do art.1.597, do Código Civil de 2002, que dispõe sobre as Relações de Parentesco, pois o material usado tem origem do casal que vai se beneficiar da técnica.

Já na inseminação artificial *post mortem*, o material a ser implantado no corpo da mulher é o sêmen crio preservado do marido ou companheiro já falecido.

Na inseminação artificial heteróloga, o casal usa para implantar no útero da mulher de gametas masculinos provenientes de uma terceira pessoa, que seria um doador fértil.

Quanto à inseminação artificial bisseminal, entende-se que é indicada quando os espermatozoides do marido ou companheiro são em número insuficiente, portanto a mulher receberá a implantação de uma mistura dos materiais fecundantes do marido ou companheiro e também de um doador fértil, que sempre terá sua identidade preservada.

A reprodução assistida pode realizar-se através de duas técnicas, a inseminação artificial e a fecundação *in vitro*, também conhecida como bebê de proveta. Na inseminação artificial, implanta-se o sêmen no corpo da mulher por meio de uma transferência, mediante uma seringa, via transabdominal, ou um cateter, via transvaginal.

Outra forma de reprodução assistida é a fecundação realizada fora do corpo, em um laboratório, a conhecida como fecundação *in vitro*, onde se transfere os embriões. O fruto desta técnica é o chamado bebê de proveta. Para se realizar esta técnica, a mulher é submetida a uma estimulação hormonal muito grande, para que produza de uma só vez entre oito e dez óvulos. Logo após, preservam-se esses óvulos, que não tem nenhuma garantia se são maduros ou sadios, pois foram produzidos forçadamente. Então, são levados para um laboratório em uma bacia, que deve conter um líquido semelhante ao que se encontra nas trompas da mulher.

Os espermatozoides vêm do banco de sêmen, onde são congelados, a 190° C abaixo de 0° e podem ser conservados por até 20 anos. Este congelamento pode provocar danos. Eles são aquecidos até a temperatura média do corpo humano, cerca de 37° C e então os aproximam dos óvulos. Então ocorre fora do corpo humano a fecundação.

Desde o ano de 1978, quando os procedimentos de reprodução ganharam grande notoriedade, nasceram em todo o mundo cerca de um milhão e meio de bebês gerados *in vitro*.

## **2.1 Inseminação Artificial Post-Mortem**

Inseminação artificial *post mortem* nada mais é que a inseminação realizada após o falecimento de um dos doadores, em geral do marido.

Esta prática pode gerar muitos conflitos e para tentar resolver estes conflitos, Conselho Federal de Medicina, traz na Resolução nº 1.358/1992 algumas disposições sobre o assunto, porém são muitas controvérsias, fazendo com que sejam insuficientes para resolvê-las.

O artigo 1.597 do Código Civil garante a presunção de paternidade, mesmo que seja a fecundação seja feita após a morte do possível pai. Este artigo também se aplica a união estável, que assegura:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;  
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;  
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;  
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;  
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Mas, a I *Jornada de Direito Civil*, em seu Enunciado de nº106, trouxe a interpretação do inciso III, do art. 1.597, do Código Civil e estabeleceu:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma técnica de reprodução assistida com o material genético do falecido esteja na condição de viúva, sendo obrigatório ainda, que haja autorização escrita para que se utilize seu material genético após sua morte.

O marco histórico desta discussão se deu no emblemático caso conhecido mundialmente como “Affair Parpalaix”, que aconteceu na França, em 1984. Neste caso, Corine Richard e Alain Parpalaix, se conheceram e se apaixonaram, mas muito pouco depois, Alain descobriu que estava com câncer nos testículos, sendo incurável e avassalador.

Por conta deste devastador câncer, Alan resolveu armazenar seus espermatozoides num banco de sêmen. O casal se une em casamento e após dois dias da cerimônia, Alan falece. Após alguns meses, Corine procura o banco de sêmen para se submeter a uma inseminação artificial, mas clínica se recusa a fazer, dando assim início a uma grande e infundável disputa judicial.

Com a morosidade do judiciário e a discussão extensa sobre o assunto, a inseminação artificial não pode ser realizada, pois os espermatozoides pereceram, apesar de Corine ter recebido o deferimento de receber o sêmen de seu amado marido, para então realizar o procedimento.

Caso semelhante ocorreu no nosso país, especialmente no Distrito Federal, em 2008, cujo processo ainda tramita em segredo de justiça na 3ª Turma Cível do Tribunal de

Justiça do Distrito Federal e Territórios. N. H. B. G. e Espólio de A. A. R, ajuizaram Ação Declaratória Constitutiva em desfavor de S. B. I. B. H. A. E., objetivando o reconhecimento do direito à remoção e utilização do sêmen armazenado pela empresa ré, para fins de reprodução assistida. A autora N. H. B. G. havia convivido em união estável por 14 (quatorze) anos com A. A. R. O casal, durante o período de convívio, manifestou o desejo de ter um filho, tendo A. A. R. revertido com sucesso, uma vasectomia feita á anos atrás. Em razão de ser portador de neoplasia maligna, A. A. R firmou com a empresa Ré contrato para coleta e armazenagem de sêmen, em virtude da agressividade do tratamento a que seria submetido. A A. A. R. não conseguiu sucesso no tratamento realizado e veio a óbito em agosto de 2007. Em novembro de 2007, a empresa Ré informou que o banco de sêmen seria desativado e que deveria ser providenciada a remoção do material para outra empresa. Ocorre que, a Ré se recusou a entregar o material genético colhido, sob o argumento de que não havia autorização do de cujus para este fim, circunstância esta em que N. H. B. G. propôs ação judicial. Em primeira instância foram acolhidos os pedidos autorais, todavia, em sede de apelação, a sentença fora reformada, conforme se verifica na ementa a seguir:

ACÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC. 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético crio preservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen crio preservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. Recurso conhecido e provido.

O recurso de Apelação interposto pela Ré gerou importante debate acerca da inexistência de legislação específica aplicada ao tema, sendo o acórdão obtido por maioria, tendo em vista que a relatora Nídia Correia Lima, foi voto vencido. No entendimento da Relatora, o falecido companheiro expressou tacitamente seu desejo de ter filhos, tendo em vista que reverteu uma vasectomia e congelou seu sêmen, com o nítido intuito de procriar. Afirma a Desembargadora que a inexistência do documento de autorização expressa ocorreu por culpa da Ré, que não informou o paciente da necessidade de autorização por escrito para utilização post mortem do seu material genético. Com entendimento contrário acordaram o Revisor e o Presidente Vogal. Para ambos, ainda que não exista legislação específica ao tema, não se pode presumir a vontade do falecido de ter um filho após seu óbito. Alegaram que havia cláusula no contrato assinado entre A. A. R. e a clínica, que previa a necessidade de autorização expressa para utilização do material genético após a morte do doador, todavia, não existe documento apartado que comprove a vontade do falecido em gerar filhos após seu

óbito. Segundo os Desembargadores, a Resolução do Conselho de Medicina quanto à necessidade de autorização expressa do doador deve ser observada. Deste modo, após longo debate, deram provimento à Apelação interposta pela Ré, reformando a sentença anteriormente proferida e julgando improcedentes os pedidos autorais. BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível 20080111493002. 3ª Turma Cível. Relatora: NÍDIA CORRÊA LIM. Data de Julgamento: 03 set. 2014, Publicado no DJE: 23 set. 2014. Pág.: 139. Disponível em: Acesso em: 19 mar. 2015 34

Comparando o caso “Affair Parplax” com o julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, percebemos que apesar das soluções terem sido diversas, muitas das dúvidas dos julgadores franceses em 1984, permeiam até hoje perante alguns tribunais pelo mundo, principalmente no Brasil, onde ainda não se tem legislação específica a se aplicar ao caso.

A inseminação artificial *post mortem* não é uma matéria uniforme no mundo. Alguns países permitem a inseminação *post mortem*, como é o caso da Inglaterra, mas com a ressalva de não garantir os direitos sucessórios, a não ser que tenha documento expreso neste sentido. Já Alemanha e a Suécia não permitem em nenhuma hipótese a inseminação. Na França há proibição, mesmo que haja consentimento realizado em vida. A Espanha não permite, mas se houver um testamento ou escritura pública autorizando da utilização do material coletado, então o país garante os direitos ao nascituro.

No Brasil ainda há muita polêmica em volto a este assunto.

### **3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE**

A dignidade não é algo que pode ser comercializado, portanto, não se pode adquirir, vender, perder, achar a dignidade. É algo inerente ao ser humano, conferido ou não pelos Estados.

Diante da implantação do embrião no útero materno e a alteração de seu *status* para nascituro, a mãe terá direito de ser assistida moral, espiritual e materialmente, já que são direitos fundamentais da criança postulado no Estatuto da Criança e do Adolescente, são estendidos logicamente ao nascituro.

A questão da dignidade se estende inclusive ao feto humano, mesmo que não venha a nascer com vida, portanto nunca adquirindo personalidade jurídica, e neste sentido, nunca sendo pessoa, mas tendo natureza humana, portanto dotado de uma dignidade que tem de ser respeitada e protegida, pois a dignidade humana não depende da aquisição da personalidade jurídica, pois é a natureza humana do ser é que pede o respeito e a proteção da sua dignidade.

A criança, ao nascer com vida, e alcançar o conceito jurídico de pessoa, conforme art. 1.º do CC/2002 terá direito ao nome, como expressão da personalidade, bem como inclusão dos nomes dos ascendentes em seu assento de nascimento. A paternidade será

presumida, conforme determina o art. 1.597, III, do Código Civil brasileiro. Como consequência terá direito de participar do direito sucessório o descendente oriundo das técnicas de reprodução assistida, pois, no Brasil há impedimento de discriminações entre filhos, conforme assegura o ordenamento pátrio de 1988, em seu artigo 227, caput.

A esposa também tem inerente a si, o direito a dignidade, portanto ela pode, após o falecimento de seu cônjuge, tendo de comum acordo, criar preservado o material biológico em clínica de reprodução assistida, ter o direito de manter o mesmo sonho e gestar um filho biológico, direito fundamental à reprodução sexual e à própria descendência, tem direito a planejar sua família como melhor lhe parecer, inclusive tem direito a constituir uma família monoparental e ainda obter total proteção do Estado.

A mãe tem o direito assegurado dos rumos do seu destino, e deve escolher, livremente, sobre a implantação do embrião no seu útero, mesmo após o falecimento do pai de seu esposo, para assim constituir, sem intervenções, sua família monoparental.

Tem amparo no princípio da dignidade da pessoa, o planejamento familiar de livre decisão, vedada qualquer intervenção por parte do Estado ou do particular. Por isso, a viúva pode decidir, livremente, sobre a implantação do embrião congelado em laboratório, detentor de dignidade própria, o qual carrega carga genética do casal.

Também deve ser preservada a dignidade do *de cuius*, que sonhou com um filho, se programou, coletando o material em clínica especializada. Portanto, após a sua morte, sua dignidade pode ser preservada usando este material em sua esposa, ainda viva, fazendo com que sua vontade prevaleça.

Como se pode observar, há uma colisão destas dignidades humanas, as quais merecem ser alinhadas e harmonizadas no seio da entidade familiar, pois a dignidade não pertence somente à pessoa, mas a todo ser humano.

#### **4 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM E O DIREITO SUCESSÓRIO**

O sêmen deixado pelo falecido não pode se equiparar a qualquer coisa, cuja destinação após sua morte obedece às regras de direitos sucessórios como se bem móvel fosse. Não se equipara a doação do material genético a um mero contrato de depósito, conforme dispõe Leite, pois se trata de material genético humano que deve ser manipulado para seu fim de procriação, ou para eventuais pesquisas científicas caso o casal assim autorize.<sup>2</sup>

Se o casal se dirige a uma clínica, com o fim de utilizar as técnicas de inseminação artificial, está exercendo seu direito constitucional ao planejamento familiar, contemplado no art. 226, parágrafo 7º da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>2</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 314-350.

Quando o casal se submete ao tratamento de fertilização, é evidente que deseja ter filhos, todavia, este desejo não pode ser presumido para depois da morte do doador. Tal permissão deve ser expressamente informada, em conformidade com a Resolução nº 1.957/2010, V, 3, do Conselho Federal de Medicina, que assim dispõe:

“No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões crio preservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los”.

O sistema sucessório brasileiro tem natureza mista, baseado no art.1.786 do Código Civil que assegura: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.”.

A sucessão legítima é aquela oriunda da lei e a testamentária é aquela expressa através do testamento, representando a última vontade do testador.

O Código Civil de 2002, o art. 1.798 aborda a vocação hereditária e afirma: “*Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.*”.

#### **4.1 Modalidades de direito sucessório**

Há três modalidades distintas de direito sucessório: sistema de liberdade testamentária, sistema da concentração absoluta ou obrigatória e sistema da divisão necessária.<sup>3</sup>

O sistema adotado no Brasil é o de divisão necessária. Neste sistema o autor da herança não pode dispor da totalidade dos seus bens, caso existam herdeiros necessários, conforme os artigos 1845 e 1846, do Código Civil 2002.

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Na apreciação destes artigos, pode-se entender que se houver testamento, deve-se apreciar a vontade do autor da herança, mas, se este tiver herdeiros necessários, só poderá dispor da metade de seus bens, porque a outra metade pertence aos citados herdeiros.

Sabendo que o sistema sucessório adotado no Brasil é o da divisão necessária, se faz importante identificar em que momento é aberta a sucessão, que se encontra assegurado no art. 1.784 do Código Civil Brasileiro de 2002:

Art. 1784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

---

<sup>3</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil: Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35-36

A redação do referido artigo refere-se ao princípio de *saisine*. Este princípio assegura que a posse dos bens deixado pelo *de cuius*, passam diretamente aos seus herdeiros legítimos ou testamentários no momento de sua morte.

Isto ocorre simultaneamente com a morte do autor da herança.

A transmissão se dá de maneira imediata porque a existência da pessoa natural termina com a morte, deixando de ser sujeito de direitos e deveres. Por isso há a necessidade que alguém assuma o lugar do falecido de forma imediata, para que não se interrompa a cadeia nominal e o patrimônio do *de cuius* não fique sem dono.<sup>4</sup>

O momento da abertura da sucessão não se confunde com o momento de abertura do inventário. Aquele ocorre independentemente deste. A sucessão é aberta com a morte do autor da herança, já o inventário inicia-se com o ingresso em juízo da ação correspondente.<sup>5</sup>

#### 4.2 O herdeiro

Em uma interpretação fria do atual Código Civil, observa-se que, com relação aos concebidos pela inseminação artificial *post mortem*, os mesmos não seriam contemplados pela herança do *de cuius*.

Para que a transmissão se concretize necessário é que o herdeiro exista ao tempo da morte do autor da herança e que há esse tempo não seja incapaz de herdar. O art. 1798 do Código Civil preconiza que são legítimas a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Deste modo, permite-se, por exemplo, que o nascituro seja sucessor do autor da herança, se vier a nascer com vida.<sup>6</sup>

A legitimidade se caracteriza pela aptidão para praticar determinado ato jurídico. É pressuposto para ser herdeiro a legitimidade ativa para suceder ao patrimônio deixado pelo *de cuius*. Encontra-se aqui a problemática acerca dos direitos sucessórios dos embriões excedentários que foram inseridos no útero materno após a morte do pai. Veja-se, no momento em que o autor da herança faleceu ainda não havia nascituro, todavia haviam embriões fecundados *in vitro*.<sup>7</sup>

O Código Civil ao resguardar os direitos do nascituro, não fez distinção entre concepção artificial e natural. Para Chinelato, entre embrião implantado e não implantado

---

<sup>4</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 103

<sup>5</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 103

<sup>6</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38-41, v. 7.

<sup>7</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38-41, v. 7.

pode haver diferença quanto à capacidade de direito, mas não quanto à personalidade. Para ela, o conceito de nascituro abrange o embrião pré-implementado.<sup>8</sup>

Mas a doutrinadora Maria Helena Diniz, se posiciona sobre a necessidade da existência do herdeiro no momento da morte do *de cujus* para o recebimento da herança:

A capacidade para adquirir herança, inclusive por via testamentária, pressupõe a existência de herdeiro, ou legatário, à época da morte do testador e “Ao tempo do falecimento do autor da herança o herdeiro deverá estar vivo, ou pelo menos concebido para ocupar o lugar que lhe compete.”  
“Pessoa ainda não concebida (*nondum conceptus*) ao tempo da abertura da sucessão não pode herdar, salvo hipótese do art. 1.799, I, do Código Civil.”<sup>9</sup>

Vale salientar que o herdeiro não precisa necessariamente existir ao tempo da morte do autor da herança, não é um pressuposto absoluto para a sucessão. Existe na lei, uma exceção a este princípio, que é a possibilidade de sucessão por parte dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, que seria à prole eventual do Código Civil de 1916.

Na interpretação da lei, existe proteção ao nascituro que, se vier nascer com vida, possuirá legitimidade para o recebimento da herança. Quanto a isto, o doutrinador Gonçalves se posiciona: “*Se morrer antes da abertura da sucessão, a disposição testamentária será ineficaz.*”<sup>10</sup>

Há previsão no artigo 1799, inciso I, do Código Civil vigente, que o autor da herança, em testamento, chame a suceder os filhos ainda não concebidos, de pessoas indicadas por ele, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão. Portanto, pode o testador deixar bens ao futuro filho de alguém, desde que a pessoa indicada esteja viva na data da abertura da sucessão. Não se pode deixar de considerar a possibilidade do filho de pessoa indicada não vir a ser concebido. Visando dar maior segurança jurídica a este instituto, o legislador diz em seu artigo 1800, do Código Civil, que depois de decorridos dois anos da abertura da sucessão, caso o herdeiro não tenha sido concebido, os bens a ele reservados caberão aos herdeiros legítimos, salvo disposição contrária do testador.

Maria Helena Diniz assegura : “Se não houvesse a estipulação legal desse prazo, ter-se-ia a inconveniência de a herança ficar indefinidamente em aberto.” Isto traria total insegurança jurídica dos demais herdeiros quanto à partilha de bens, contrariando, o princípio da segurança que rege as relações jurídicas.

---

<sup>8</sup> CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueredo (coords.) *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método. 2007. p.43-81.

<sup>9</sup> DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 26 ed. São Paulo : Editora Saraiva, 2012, p.61 e 62.

<sup>10</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68-70, v. 7.

Como há uma lacuna legislativa que impera em nosso Código Civil atual, em relação ao Direito Sucessório dos concebidos *post mortem*, a solução emergencial para que os mesmos adquiram parte da herança do *de cuius* seria propor uma ação de investigação de paternidade cumulada com uma ação de petição de herança, amparado pelo art.1.824 do Código Civil e dos princípios da igualdade entre os filhos e da dignidade da pessoa humana.

Art. 1824. 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.

Logo, quando houver manifestação expressa do pai e a criança venha a ser concebida após a morte deste pai, esta só poderá pleitear direitos sucessórios no prazo de 10 anos, a contar da abertura da sucessão, porém, conforme o doutrinador Caio Mario da Silva Pereira, mas tal prazo começaria a correr a partir da comprovação da paternidade.

Percebe-se, portanto, que os doadores de material genético devem, no momento em que é realizada a criopreservação dos embriões excedentes, externar por escrito o que desejam que seja feito com os embriões excedentários após sua morte, podendo, inclusive autorizar que sua esposa ou companheira utilize seu material genético para fins de procriação. A utilização do material genético do falecido é condicionada ao consentimento expresso que tenha deixado para este fim, prevalecendo, portanto, o princípio da autonomia dos sujeitos.<sup>11</sup>

Vale a pena destacar que o art. 1.597, do vigente Código Civil, há presunção que os filhos concebidos na constância do casamento, bem como os havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga e os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Portanto, que os filhos havidos de fecundação artificial decorrentes do material genético do falecido (inseminação artificial homóloga), ou de terceiros com a sua autorização (inseminação artificial heteróloga) são considerados filhos do autor da sucessão, mesmo que tenha sido implantado o embrião excedentário após sua morte.

No artigo 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é reconhecido o estado de filiação, que não mais se distingue entre legítima e ilegítima, pois é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível que pode ser exercido sem qualquer restrição aos pais ou seus herdeiros.

Atualmente, não há mais distinção em relação à filiação, tratando a todos apenas como filhos. Essa isonomia reflete nos direitos sucessórios, conforme se observa no artigo 1.834: “Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes”.

---

<sup>11</sup> VALENTE, Laís Alves. Direitos Sucessórios dos embriões excedentários implantados post mortem do doador, Centro Universitário de Brasília – UniCeub, Brasília, 2015, p.57.

Apesar do embrião, implantado pós-morte de um dos doadores ter o reconhecimento de sua filiação, infelizmente, o direito sucessório nada se pronunciou quanto a assegurar os direitos de sucessão destes embriões.

Não se pode deixar de observar, que o Direito de Família tratou da questão dos filhos havidos de reprodução assistida de forma muito breve, garantindo-lhes o direito à filiação em seu artigo 1.597 do Código Civil, porém, o direito sucessório nada se pronunciou quanto a assegurar os direitos de sucessão destes embriões.

Se o próprio Código Civil afirma que os filhos havidos por inseminação artificial homóloga após a morte do marido são considerados filhos destes e o referido Código bem como a Constituição Federal asseguram aos filhos direitos iguais, não há motivo para se conceder direitos sucessórios àqueles fertilizados in vivo e não concedê-los aos nascidos de fertilização in vitro.<sup>12</sup>

É certo que os embriões fertilizados in vitro deixados pelo falecido podem não vir a ser introduzidos no corpo feminino, todavia, sendo implantados no útero materno e nascendo com vida, mesmo após a morte do homem doador, são estes considerados seus filhos, e como tais possuem capacidade para suceder à herança do de cujus assim como os demais herdeiros. Ocorre que tal entendimento não é pacífico na literatura jurídica, conforme se passa a aduzir.<sup>13</sup>

## 5 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

A inseminação artificial *post mortem* é um procedimento muito polêmico pois, permite a mulher, desde que viúva e possua a autorização expressa do marido ou companheiro, possa gerar um filho do *de cujus* utilizando-se para tal o sêmen crio preservado por ambos.

Estas técnicas de inseminação artificial têm gerado benefícios para muitos casais e feito com que o sonho de muitos em serem pais, se tornem realidade, mas também tem gerado muita polêmica, em especial no campo do Direito Sucessório, pois é notório que no Brasil, os avanços biotecnológicos e a legislação civil atual, não caminham juntas.

Posto isto, diante desta lacuna legislativa, a doutrina tem se posicionado de maneira divergente tornando imprescindível a criação de uma legislação que regule o procedimento no país.

Por conta desta lacuna legislativa, atualmente existem diversos entendimentos doutrinários sobre o referido tema. Segundo o doutrinador Gonçalves:

“A doutrina brasileira se inclina no sentido de negar a legitimação para suceder aos filhos havidos por métodos de reprodução assistida, quer na

<sup>12</sup> VALENTE, Laís Alves. Direitos Sucessórios dos embriões excedentários implantados post mortem do doador, Centro Universitário de Brasília – UniCeub, Brasília, 2015, p.57.

<sup>13</sup> Idem

hipótese de morte do ascendente preceder à concepção, quer na de implantação de embriões depois de aberta a sucessão.”<sup>14</sup>

Gonçalves, considera a questão muito controversa, pois afirma que, em princípio, não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, embasado no art. 1.798 do Código Civil, porém também lembra que não há como se esquivar do disposto nos art.1.597 do Código Civil e 227, § 6º da Constituição Federal, que regram a presunção de paternidade e igualdade de direitos entre os filhos, respectivamente. Excluir o direito sucessório dos concebidos *post mortem*, seria uma situação incompatível com o proclamado no art. 227,§ 6º da Constituição Federal.

Mas, os doutrinadores, Maria Helena Diniz e Sílvio Venosa, defendem que os indivíduos concebidos *post mortem* não tem capacidade sucessória. Se baseiam no art.1.798, do Código Civil, que estabelece que os filhos devem estar nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão, portanto tal artigo afastaria o direito à herança do *de cuius*, muito embora seja filho do mesmo conforme estabelece o art.1.597 , em seu inciso III. Eles acreditam ainda que desta forma, a prioridade seja pela segurança jurídica dos herdeiros que já se encontram nascidos ou concebidos, resguardando seus direitos sucessórios, uma vez que, teriam que ficar um período indefinido à espera do nascimento de uma criança, podendo gerar revisões em seus quinhões hereditários no futuro, tornando a partilha algo vulnerável e sem previsão alguma.

Venosa, apesar de defender a ideia de que não se deve atribuir ao concebido *post mortem* o direito sucessório em razão de ser incompatível com a previsão legal do art.1.798 do Código Civil, sendo apenas possível na hipótese de prole eventual, entende que ao reconhecer a filiação, este reconhecimento gera efeitos patrimoniais, pois não há distinção entre os filhos, fazendo com que os mesmos possam no futuro vir a pleitear herança, podendo propor ação de nulidade de partilha, bem como pedir alimentos.

Já o doutrinador Leite, defende que o direito sucessório deve ser concedido apenas nos casos em que haja a fertilização *in vitro*, pois o pai ainda estaria vivo, assim nos casos da inseminação *post mortem*, que se utilizaria do sêmen do marido ou companheiro já falecido, não caberia o direito sucessório à criança oriunda de tal procedimento.

As doutrinadoras Juliane Fernandes Queiro e Silmara Juny de Abreu Chinellato defendem o reconhecimento da capacidade sucessória aos concebidos *post mortem*. Chinellato acredita que negar o direito sucessório ao concebido *post mortem* seria um retrocesso por remeter ao sistema jurídico anterior onde havia distinção entre os filhos, ato que vai contra as regras vigentes.

---

<sup>14</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 7, v. 7.

Para tanto, Queiroz posiciona - se favorável à medida que, com a aplicação do instituto da prole eventual, de forma analógica, os direitos sucessórios dos concebidos através da inseminação artificial estariam assegurados, o que evitaria a insegurança jurídica por parte dos demais herdeiros nascidos ou já concebidos, uma vez que, se no prazo de dois anos a criança não fosse concebida, não teriam que esperar indefinidamente pela divisão da herança do *de cujus*.

Como se pode observar, a doutrina hoje se encontra totalmente dividida quanto á este assunto.

## **6 A PRIMEIRA DECISÃO JUDICIAL FAVORÁVEL CONCEDIDA NO BRASIL SOBRE REPRODUÇÃO PÓSTUMA**

Cláudia Collucci, da Folha de São Paulo, relatou que, no Brasil, em 17 de maio de 2010, foi concedida pela 13ª Vara Cível de Curitiba (PR) a primeira liminar autorizando Kátia Lenemeier, 38 anos, a tentar engravidar com o sêmen do marido falecido. O marido havia congelado o sêmen antes de iniciar o tratamento de um câncer. O laboratório se recusou a realizá-lo alegando não haver consentimento prévio do doador e questões éticas.<sup>15</sup>

Kátia viu-se compelida a recorrer às vias judiciais, onde obteve êxito.

## **3 METODOLOGIA**

Pesquisa teórica - bibliográfica, realizada a partir da leitura, interpretação e análise da legislação pertinente e obras doutrinárias que abordaram o tema Reprodução Assistida *post mortem*, no que se refere ao Direito Sucessório, com enfoque a capacidade sucessória da criança concebida através desta técnica.

## **4 RESULTADO E DISCUSSÃO**

O que se pretendia, era discutir o que a lei garante às pessoas nascidas fruto de uma inseminação artificial post mortem, qual seria o amparo legal, quanto tempo esta mulher teria para usar o material criopreservado.

Acabou por se concluir que apesar da Constituição Federal assegurar o planejamento familiar, isto não é coercitivo, mas tem natureza promocional e assegura:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O artigo 2, da Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996 estabelece que planejamento familiar no Brasil : [...] *entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de*

<sup>15</sup> COLLUCCI, C. **Mulher pode ter filho de marido morto.** Disponível em: <<http://www1folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2505201006.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2014

*regulação da fecundidade que garanta direito igual de constituição, limitação ou aumento de prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.* A escolha de ter ou não ter filhos, deve ser um ato consciente do casal.

Mas ficou claro e evidente durante a pesquisa, que apesar de ser um assunto tão presente, atual e ainda existir possibilidade de um aumento significativo deste tipo de caso, ainda não há lei específica que regule esta questão, trazendo inúmeros transtornos e insegurança a quem pretende manter o plano do casal, antes do falecimento de cônjuge em ter filhos.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme exposto no presente texto, no Brasil o direito ao planejamento familiar é garantido pela Constituição, observando assim os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Apesar dos grandes avanços biotecnológicos e o surgimento da inseminação artificial *post mortem*, o que se vê é que o legislador, no Código Civil vigente, no que refere aos Direitos Sucessórios dos concebidos *post mortem*, não considerou esta possibilidade, apesar da presunção de paternidade constatada no referido diploma legal, o mesmo adotou o parâmetro já revogado do Código de 1916, quando se refere às pessoas já concebidas excluindo de maneira injusta o direito à herança aos filhos nascidos pela referida técnica.

A grande questão é que este procedimento está cada vez mais comum nos dias atuais. A única diretriz para o assunto é uma Resolução do Conselho Federal de Medicina, nº 2.013/2013.

Desta forma, os indivíduos concebidos através de inseminação artificial, possuem seus Direitos Sucessórios sem amparo na legislação civil atual, o que tem fomentado muitas divergências doutrinárias e insegurança jurídica.

Portanto, talvez, a solução mais eficaz seria a reformulação do texto legislativo, incluindo o art. 1.798 do Código Civil, os arts. 227, § 6º e 226, § 7º da Constituição Federal, que além de incluir as condições de que a mulher seja viúva, apresente uma autorização por escrito do *de cujus* para utilização do seu material genético e o estabelecimento de um prazo, semelhante ao previsto para concepção da prole eventual, de até dois anos, para que o procedimento seja realizado.

Por tudo já exposto neste presente trabalho, acredita-se que os Direitos Sucessórios dos concebidos *post mortem* não devam ser diminuídos em nada, por conta do ordenamento jurídico não estar apto a validar todas as relações jurídicas, uma vez que foi concedido *status* de filho ao concebido pela referida técnica, na legislação civil atual. O ato

de não lhe conceder a participar da sucessão do seu genitor, por falta de legislação pertinente, seria claramente, um caso de ampla discriminação.

## 6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal.

BRASIL. Presidência da República. Código Civil (2002). Código Civil Brasileiro: Texto constitucional promulgado em 10 de janeiro de 2002. Brasília: Senado Federal.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.9.263/96, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e da outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9263.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm)>. Acesso em :14 mar. 2014.

CHINELLATO, S. J. de A. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, M. L. ; ALVES, J. F. (Org.). **Novo Código Civil**. Questões controvertidas. Parte geral. São Paulo: Método, 2007, v.6.

COLLUCCI, C. **Mulher pode ter filho de marido morto**. Disponível em: <<http://www1folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2505201006.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

Conselho Federal de Medicina. Resolução. 2.013/2013, 16 de abril de 2013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas a presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resoluções/CFM/2013\\_2013.>](http://www.portalmedico.org.br/resoluções/CFM/2013_2013.>) . Acesso em: 14 mar. 2014.

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

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 26 ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 7 ed .São Paulo: Saraiva , 2013.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**: do direito das sucessões: (Arts. 1.784 a 2.027). 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA JÚNIOR, D. V. de. **Reflexos da Inseminação Artificial Homóloga post mortem no âmbito do Direito Sucessório**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cjo41943.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

QUEIROZ, J. F. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAMOS, Cristiane Gonçalves Xavier. Dominato, Luciana Alves. **A reprodução humana assistida *post mortem* e seus reflexos no Direito Sucessório Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

VALENTE, Laís Alves. **Direitos Sucessórios dos embriões excedentários implantados post mortem do doador,** Centro Universitário de Brasília – UniCeub, Brasília, 2015.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil:** direito de família. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

Contatos: [camila\\_cutri@yahoo.com.br](mailto:camila_cutri@yahoo.com.br) e [jose.bueno@mackenzie.br](mailto:jose.bueno@mackenzie.br)