

**DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS CONCEBIDOS *POST MORTEM***  
**INHERITANCE RIGHTS OF THE CONCEIVED *POST MORTEM***

2009

Andréa e Silva Azevedo<sup>1</sup>, Marília Martins Soares de Andrade<sup>2</sup>

**RESUMO**

O presente artigo jurídico aborda a possibilidade de o filho que é concebido após a morte do seu genitor, através das técnicas de reprodução medicamente assistida, ter direitos sucessórios. Diante dos avanços científicos e tecnológicos na área da biomedicina, decorrem implicações nos mais diversos aspectos: jurídicos, morais e éticos. O ordenamento jurídico brasileiro se mostra omissos e até mesmo controverso, apresentando conflitos entre seus dispositivos. Diante do impasse, a jurisprudência e os doutrinadores tentam buscar uma solução adequada para resolver a questão. Há necessidade de uma regulamentação específica e adequada para tratar do tema. Como a legislação deve ser analisada como um todo que se complementa, os preceitos constitucionais se mostram bastantes eficientes para resolver a questão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito sucessório. Reprodução medicamente assistida. Legislação omissa. Preceitos constitucionais.

**ABSTRACT**

This legal article discusses the legal possibility that the child who is conceived after the progenitor's death, through the techniques of assisted reproduction, have inheritance rights. Given the scientific and technological advances in biomedicine, they have implications in many aspects: legal, moral and ethical. The Brazilian legal system shows omission and even controversial, with conflicts between their devices. Faced with this impasse, the case law and legal scholars try to find an appropriate solution to resolve the issue. There is a need for specific regulations and adequate to address the issue.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito Centro Universitário UNINOVAFAPI.

<sup>2</sup> Mestra em Direito Internacional Econômico. Docente, Centro Universitário UNINOVAFAPI. E-mail: mariliapiaui@yahoo.com.br

Therefore, the legislation should be reviewed as a whole, and the constitutional precepts have been quite effective to give solutions for the issue.

**KEYWORDS:** Inheritance rights. Assisted reproduction. Silent legislation. Constitutional principles.

## INTRODUÇÃO

O atual trabalho enfocará a questão da reprodução medicamente assistida, especialmente aquela realizada após a morte do cônjuge ou companheiro da receptora do sêmen, e suas consequências jurídicas no âmbito do Direito das Sucessões.

Com os incessantes avanços tecnológicos na área da biotecnologia, em especial os relacionados às técnicas de reprodução humana assistida, iniciou-se uma importante discussão acerca dos impactos trazidos por tais técnicas à sociedade e, por consequência, ao Direito. A escolha do tema justifica-se pelos constantes progressos científicos, verificando-se a incapacidade do ordenamento jurídico de acompanhar e adequar-se a essa evolução. Assim, pretende-se analisar a utilização da inseminação *post mortem* no direito brasileiro quanto às implicações jurídicas decorrentes do procedimento, especialmente a possibilidade do ser humano gerado ser considerado herdeiro do doador do material genético utilizado na reprodução.

O desenvolvimento da biotecnologia e a capacidade de procriação por meio de reprodução assistida tiveram efeitos e consequências diretamente nas relações de parentesco. O Código Civil (CC) de 2002, inovou, dando o pontapé inicial na adequação do ordenamento jurídico em frente às inovações científicas, reconhecendo no seu art.1597 (incisos III, IV e V) três hipóteses de presunção de filhos concebidos na constância do casamento ligados à referida técnica. Dessa forma, utilizam-se da reprodução assistida aqueles casais que almejam ter filhos e, devido a problemas de infertilidade, esterilidade ou alguma causa de força maior, não conseguem obter êxito na concepção. Agora, estes casais podem realizar o sonho de formar uma família, na plena acepção da palavra, de acordo com os avanços científicos que trazem esperança e benefícios às pessoas que necessitam recorrer a esse tipo de procedimento.

O procedimento da reprodução assistida, complexo, mas eficiente, traz implicações sob os mais diversos aspectos: morais, éticos e jurídicos. Nossos doutrinadores tentam buscar respostas satisfatórias diante do impasse estabelecido, pois, percebe-se que na legislação brasileira, está presente um imenso vácuo, além dos dispositivos expressos sobre o tema apresentarem-se conflituosos, sem contar com uma regulamentação específica e atualizada.

Este trabalho visa informar sobre as técnicas de reprodução assistida e responder questões referentes à inseminação artificial homóloga *post mortem*, no que tange ao direito sucessório da criança gerada. Tem-se por objetivo, saber se há direito sucessório da criança gerada por esse método de concepção e como a questão vem sendo tratada na doutrina e jurisprudência. Tratar-se-á, portanto, de pesquisa exploratória realizada com base em diversas correntes doutrinárias e mediante exame de jurisprudência recente.

Dessa forma, estabelecido o impasse na legislação, verifica-se a real necessidade de reflexões e discussões que tenham como objetivo pacificar a questão relativa ao direito sucessório no caso de concepção *post mortem*, tentando encontrar uma solução plausível para a ausência de normas sobre o tema, respeitando-se a supremacia da Constituição Federal e o bom senso para reconhecer o direito sucessório dos inseminados. Daí a necessidade de regulamentação, pois é evidente a situação de incerteza que acarreta no meio social, além de provocar direta ou indiretamente inquietações por parte daqueles que, por força maior, têm de recorrer às técnicas de reprodução artificial no intuito de realizar o sonho e desejo da procriação.

## **2. DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA.**

A família é um dos pilares do Direito desde a Antiguidade e, apesar de todas as mudanças e inovações nas espécies de família, um de seus elementos mais genuínos não foi abalado, o desejo de procriação. Conforme ensina Arnaldo Rizzardo (2006, p.404) a reprodução “é a lei da preservação da vida. Todos os seres vivos se reproduzem por ação própria e só assim é que a vida se conserva sobre a face da Terra”.

As novas tecnologias reprodutivas, provenientes dos avanços da medicina e, mais precisamente, dos estudos genéticos, possibilitam aos casais a realização do projeto familiar da procriação, os quais anteriormente, por serem considerados inférteis ou estéreis pela medicina, somente poderiam fazê-lo por meio da adoção.

As primeiras experiências feitas nessa área foram realizadas em animais. Após várias tentativas e grande sucesso, o médico Arnaud de Villeneuve, em meados da Idade Média, realizou a primeira inseminação artificial em uma mulher. Outros doutrinadores relatam que a primeira inseminação artificial feita em seres humanos foi realizada pelo biólogo e médico inglês John Hunter na Inglaterra no ano de 1790. Em 25 de julho de 1978, na Inglaterra, nasceu Louise Brown, o primeiro bebê de proveta conhecido. Em 1980, foi criado o primeiro banco de embriões de seres humanos congelados na Austrália. E em outubro de 1984, foi concebida Ana Paula Caldeira, primeira brasileira fruto da inseminação *in vitro*.

A reprodução humana assistida consiste, basicamente, em técnicas médicas que

viabilizam a fecundação, mediante a intervenção do homem no processo natural de procriação, permitindo que pessoas com problemas de infertilidade ou esterilidade possam realizar o desejo da paternidade ou maternidade, já que não conseguem obtê-la através métodos naturais.

### 2.1 Das Técnicas e suas Particularidades

Dentre as técnicas de reprodução humana assistida utilizadas no meio da medicina, destacam-se a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, as quais podem se dar de forma *homóloga* ou *heteróloga*.

De acordo com os ensinamentos de Boscaro (2002, p.89-90) “inseminação artificial é a técnica pela qual o material genético masculino, previamente coletado e selecionado em laboratório, é introduzido no aparelho reprodutor feminino, onde acontecerá a fecundação”. É a técnica mais simples de reprodução artificial, pois manuseiam-se apenas os gametas masculinos, que serão transferidos para o canal vaginal.

Ainda segundo Boscaro (2002, p.90), a técnica conhecida como fertilização *in vitro*, ou geração de bebê de proveta, o encontro dos gametas se dá artificialmente em tubos de ensaio, ocorrendo uma fecundação extracorpórea, sendo os embriões resultantes posteriormente implantados no útero materno.

Quando os espermatozóides coletados para os citados procedimentos são provenientes do marido ou companheiro da mulher receptora, a reprodução medicamente assistida chama-se *homóloga*. Se, ao contrário, os gametas masculinos forem provenientes de doador, tal fecundação será denominada *heteróloga*.

As formas homólogas de fecundação são as que apresentam menor índice de contrariedades, uma vez que o material genético utilizado para efetivar o procedimento é fornecido pelo próprio casal que se submete à reprodução assistida e, que, conseqüentemente, ficará com a criança, sempre coincidindo a paternidade biológica com a paternidade de fato ou afetiva. Ou seja, a fecundação homóloga apresenta-se muito próxima do modelo clássico de parentalidade-filiação decorrente da conjunção carnal, pressupondo-se a existência de um vínculo jurídico de natureza familiar entre o homem e a mulher em cujo organismo será depositado o sêmen daquele.

As situações conflitantes que advêm da procriação artificial giram em torno da forma heteróloga, posto que nesta o sêmen utilizado para fecundar a mulher é proveniente de um doador, ou seja, um terceiro, anônimo, estranho ao casal. Dessa forma, só deve ser utilizada em casos de infertilidade grave ou definitiva, e também para evitar a transmissão de doenças hereditárias graves, sendo necessário o estabelecimento médico garantir a saúde da receptora (futura mãe) e da criança a ser gerada.

Neste caso, a paternidade jurídica irá divergir da paternidade biológica, motivo pelo qual a

utilização desta técnica ainda é bastante contestada, uma vez que pode causar conflitos nas relações familiares.

### 2.1.1 Fecundação Artificial Homóloga *Post Mortem*

A palavra “inseminação” vem do latim, e origina-se da expressão *inseminatio*, de *in*, que significa dentro, e de *semen*, que significa semente. E a expressão *post mortem*, também do latim, significa após a morte.

Trata-se de técnica de fecundação artificial homóloga, pois através da inseminação *post mortem* é utilizado o material genético do casal, casados ou em união estável, com a particularidade de que um dos genitores já se encontra falecido. Afirma Gonçalves (2009, p.291) que “a fecundação ou inseminação artificial *post mortem* é a realizada com embrião ou sêmen conservado, após a morte do doador, por meio de técnicas especiais”. Dispõe o artigo 1.597 do Código Civil:

*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.*

O referido artigo prescreve as presunções tradicionais, nos incisos I e II, e as novas categorias de presunção, decorrentes de técnicas de fertilização artificial, nos incisos III, IV e V.

A fecundação artificial homóloga *post mortem*, engloba tanto o caso da mulher que se torna viúva logo após realizada a inseminação artificial (inciso III), quanto o caso da viúva que congela o líquido seminal do marido, vindo a utilizá-lo após a sua morte (inciso IV).

Neste sentido, percebe-se que, se não existisse tal previsão, o filho nascido após 300 dias da dissolução conjugal pela morte do marido, evidentemente não seria considerado como concebido na constância do casamento de sua mãe, haja vista que, pelo lapso temporal decorrido entre a morte do marido e o nascimento da criança, não se consideraria possível ter havido a relação sexual da viúva com o *de cujus*.

Sendo a inseminação artificial realizada após a morte do doador, podem ocorrer diversos conflitos. Inclusive, no direito comparado, a disciplina jurídica para a inseminação *post mortem* não é uniforme. Na Alemanha e na Suécia, por exemplo, não é permitida sua realização. A França veda e ainda estabelece que o consentimento externado em vida não terá efeito. A Espanha não permite a inseminação *post mortem*, mas garante direitos ao

nascituro quando houver autorização escrita por escritura pública ou testamento; e a Inglaterra admite o procedimento, mas não garante direitos sucessórios, a menos que haja documento expresso nesse sentido. No Brasil, não existe legislação proibitiva da inseminação *post mortem*, nem tampouco regulamentadora, deixando os adeptos da referida técnica, quanto aos seus direitos, sem nenhuma garantia jurídica.

### **3 RESOLUÇÃO 1.957/ 10 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**

Recentemente no Brasil, em dezembro de 2010, foi aprovada a Resolução 1.957, do Conselho Federal de Medicina (CFM), em substituição à Resolução 1.358 de 1992 que, após 18 anos de vigência sofreu algumas modificações. Dessa forma, é a única regulamentação sobre reprodução medicamente assistida vigente no Brasil. As mudanças decorrentes desta Resolução mostram a preocupação do CFM em relação aos avanços da ciência e ao comportamento social.

Nesse contexto, é importante destacar que o CFM, recomenda que somente é aconselhado recorrer à reprodução assistida quando outras técnicas terapêuticas tenham sido tentadas e resultaram ineficazes. Proíbe a utilização de tal procedimento para a escolha de características da criança e há a necessidade do consentimento informado, isto é, as pessoas que se submetem à reprodução assistida devem ser informadas sobre os riscos e consequências decorrentes destas técnicas.

A nova Resolução do CFM permite a realização de procedimentos com material biológico criopreservado, após a morte e a possibilidade de mais pessoas se beneficiarem com tais técnicas, independentemente do estado civil ou opção sexual. Estabelece também, que os médicos brasileiros não devem infringir o Código de Ética Médica ao realizar a reprodução assistida *post mortem*, sendo necessária a comprovação de autorização prévia.

De modo geral, a aprovação da medida é um avanço, pois permite que a técnica seja desenvolvida em todas as pessoas, independentemente de estado civil ou orientação sexual, adequando-se a uma demanda da sociedade moderna. A medicina não deve ter preconceitos e é importante respeitar a todos da mesma forma.

No Capítulo I do Título VI do Código Penal de 1940, o estupro é o primeiro dos crimes elencados. Localiza-se tipificado no artigo 213 do referido diploma com a seguinte redação: “Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de seis a dez anos” (IBID, 2002).

### **4 DIREITO DE FAMÍLIA E O CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL**

A família, célula fundamental da sociedade, base do Estado e das relações

humanas, é composta de inúmeros fatores que, apesar de haver uma compreensão isoladamente, interagem e se integram, sendo uma das suas principais consequências a procriação.

Por ser um dos mais humanos e importantes ramos do Direito, o mais intimamente ligado à própria vida, o Direito de Família está presente no cotidiano das pessoas, pois todos os seres provêm de um organismo familiar e, devido aos avanços tecnológicos, a estrutura deste ramo vem passando por diversas alterações, devendo adequar-se a essas mudanças tão significativas. Decorrem do Direito de Família o princípio do direito à filiação e a presunção de paternidade, importantes para a compreensão deste estudo.

#### **4.1 Direito à filiação**

Com o advento das técnicas de reprodução assistida, a disciplina de filiação sofre novamente alterações. Para Rodrigues apud Gonçalves (2009, p.297), “filiação é a relação de parentesco consangüíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado”. Estabelece-se, portanto, a relação de parentesco entre o ascendente e o descendente, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados.

Segundo o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito de reconhecimento do estado de filiação é personalíssimo, indisponível e imprescritível. Personalíssimo, por ser exercido exclusivamente pelo filho; indisponível, por ser irrenunciável; e imprescritível, por poder ser reivindicado a qualquer tempo.

Ao exercício desse direito inexistente diferença entre os filhos havidos no casamento, os nascidos de relação extramatrimonial, aqueles concebidos através da inseminação artificial ou por adoção, uma vez que a nossa Constituição Federal assegura a todos os mesmos direitos relativos à filiação, proibindo qualquer discriminação.

##### **4.1.1 Presunção legal de paternidade**

A filiação é assentada até os dias atuais na ideia de presunção, não se podendo provar diretamente a paternidade, assentando-se a filiação num “jogo de presunções”, portanto, baseada em probabilidades. Essa presunção funda-se no pressuposto de haver relações sexuais entre os cônjuges e de fidelidade, especialmente por parte da mulher.

O artigo 1597 e seus incisos do Código Civil são devidamente claros quando ocorre a presunção de paternidade, havendo previsão legal para o reconhecimento jurídico da paternidade de uma criança concebida e nascida após a morte de seu genitor, tornando-a certa, não gerando grandes problemáticas, principalmente quanto às técnicas de fertilização homóloga, uma vez que a paternidade jurídica coincide com a biológica. Todavia, o cuidado que o legislador teve em relação à presunção de paternidade, no caso de utilização de certas técnicas de procriação artificial, não se verifica no que tange ao

Direito das Sucessões.

Nesta matéria, a I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, realizada no Superior Tribunal de Justiça, no mês de junho de 2002, aprovou o seguinte enunciado, para que se presuma a paternidade do marido falecido:

*Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, é 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 obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após a morte.*

Cabe destacar que a presunção de paternidade no caso do art. 1597, é relativa ou *juris tantum*, pois a prova contrária é limitada, porém em relação a terceiros é absoluta, visto que ninguém pode contestar a filiação de alguém, pois a ação para este fim é privativa do pai. O exame de DNA é um aliado para resolver estas questões, pois possibilita definir a paternidade com a certeza necessária.

Nucci em sua obra comentada, quanto à classificação do estupro diz que:

*Trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material; vinculado (só podendo ser cometido através da conjunção carnal, descrita no tipo); comissivo (“constranger” implica ação); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um agente); plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa, embora de difícil comprovação (NUCCI, 2009. p. 808 - 809).*

## **5 DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS CONCEBIDOS POST MORTEM**

O Direito à sucessão antes de ser tratado como instituto civil, está consolidado na Constituição Federal (CF) no seu art. 5º, inciso XXX. Assim, está incluído entre as garantias fundamentais, devendo possuir eficácia máxima e imediata. O art. 227, §6º da CF, assegura a igualdade de direito entre todos os filhos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, inclusive em relação aos direitos sucessórios. Portanto, a grande controvérsia relacionada à reprodução assistida *post mortem* é referente aos direitos sucessórios das crianças concebidas por meio da referida técnica.

Afirma Gonçalves (2009, p. 2) que o direito das sucessões “disciplina a transmissão do

patrimônio, ou seja, do ativo e do passivo do *de cuius* ou autor da herança a seus sucessores”. Esse ramo do direito traz consigo intrinsecamente, do ponto de vista subjetivo, a ideia de morte, pois regula as relações decorrentes da sucessão *causa mortis*, já que, com o falecimento do autor, ocorre automaticamente a abertura da sucessão, surgindo daí a necessidade de saber quem irá titularizar os bens deixados pelo autor da herança. Por isso a transmissão dos direitos e obrigações se dá de forma imediata, não necessita a prática de nenhum ato, conseqüentemente, os herdeiros legítimos e testamentários serão investidos no momento da abertura da sucessão, consistindo esta imediatidade no princípio da *saisine*.

As duas formas de sucessão no ordenamento jurídico são a sucessão legítima, resultante de lei, e a sucessão testamentária, quando decorre de manifestação de última vontade, expressa em testamento ou codicilo. Na legítima, transmite-se a herança aos herdeiros previamente expressos em lei, devendo ser obedecida uma ordem preferencial, chamada de ordem de vocação hereditária. Na testamentária, a sucessão dá-se por disposição de última vontade e, havendo herdeiros necessários (descendentes, ascendentes ou cônjuge), a herança será dividida em duas partes iguais, restando apenas metade da herança para poder ser testada de forma livre.

### **5.1 Capacidade Sucessória**

A capacidade sucessória não se confunde com a capacidade civil, sendo esta a aptidão para o exercício dos atos da vida civil por si só. No direito sucessório, ocorre o princípio que qualquer pessoa é legitimada para suceder, exceto aquelas que foram afastadas pela lei, como os excluídos por indignidade e os deserdados. A lei vigente à época da abertura da sucessão, é que irá regular a legitimação para suceder, conforme o artigo 1787 do Código Civil.

Segundo Diniz (2006, p.49), para suceder o sucessor tem que ser pessoa viva ou concebida à época da abertura da sucessão. Isso acontece porque, se o sucessor falecer antes que o sucedido, não terá mais capacidade de ser herdeiro deste.

Dispõe o art. 1798 do Código Civil: Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Nota-se que no artigo acima, ressaltou-se o direito do nascituro, por já ter sido concebido, podendo ser chamado na sucessão legítima quanto na testamentária, ficando a eficácia deste dispositivo condicionada ao nascimento com vida. Porém, o legislador pátrio, ao elaborar o artigo 1798, não levou em consideração os avanços científicos ocorridos na área da reprodução medicamente assistida, mencionando apenas as pessoas nascidas ou já concebidas, não fazendo previsão ao futuro filho ainda não nascido ou sequer concebido à época da abertura da sucessão, não tendo este, portanto, capacidade

sucessória, ou seja, não é apto a suceder.

O art. 1799 do CC, no seu inciso I traz uma ressalva, na qual o filho concebido depois da morte do pai, poderá suceder, sendo chamado na sucessão testamentária:

*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.*

O referido inciso I abre exceção à regra geral da não permissão dos filhos não concebidos herdarem. No Código anterior, de 1916, esse filho era denominado de “prole eventual”. Com isso, observando a redação do inciso I, o filho concebido *post mortem* somente poderá herdar caso seja contemplado no testamento, ou seja, não se encaixará na classe dos herdeiros legítimos, sendo o testamento sua única possibilidade de participar da herança. E a sucessão só ocorrerá se nascerem os filhos da pessoa indicada e esta tiver viva no momento da abertura da sucessão (falecimento do testador).

O Código ainda determina um prazo no seu artigo 1800, §4º, para a concepção da prole eventual: “Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos”. Isso, nos ensinamentos de Gonçalves (2009, p.55) provoca uma questão paralela, pois, mesmo que por um curto tempo, vai ocorrer a existência de direito sem sujeitos. Mantendo a mesma sistemática do Código anterior, no sentido de quem deve existir no tempo da abertura da sucessão são os pais do beneficiado, e não este, que não precisa nem estar concebido. Conclui, que não se dá solução à questão de quem ficará com os bens enquanto não recolhidos pelo concepturo, apenas determinando que fiquem confiados ao curador que foi nomeado pelo juiz, com base no art. 1800 caput e § 1º do CC.

As controvérsias relacionadas à possibilidade à sucessão daqueles que foram concebidos através da reprodução assistida após o falecimento do genitor, divide as opiniões dos doutrinadores, formando assim algumas posições relacionadas ao tema.

## **6 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS**

Diante da omissão legislativa e a falta de uma regulamentação jurídica específica e atualizada sobre o tema da proteção em relação aos direitos sucessórios daqueles concebidos depois da morte do seu genitor, a doutrina se divide basicamente em duas correntes.

A primeira corrente não reconhece qualquer direito ao embrião, pois acredita que para que ele possa ter direito à sucessão, a pessoa tem que estar ao menos concebida à época do falecimento do autor da herança, entendendo, portanto, que o concebido *post*

*mortem* nunca poderá herdar. E que mesmo tendo autorização prévia à realização da inseminação depois de sua morte, esta funcionaria como causa revogadora da permissão ao emprego da técnica médica. Com isso, essa corrente passa por cima de princípios consolidados no ordenamento jurídico, como o princípio do melhor interesse da criança, da igualdade entre os filhos e o da dignidade da pessoa humana. Defende ainda que a permissividade desse tipo de reprodução artificial pelo CC gera certa insegurança jurídica aos herdeiros à época da abertura da sucessão, pois assim poderia ocorrer o nascimento de um possível herdeiro alguns anos depois da morte do doador, devendo os herdeiros aguardar por tempo indeterminado o nascimento da criança, ficando o patrimônio indivisível. Adverte Pereira apud Gonçalves (2009, p. 291) que:

*Não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial post mortem uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte e dela participam “as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (art. 1798)*

No mesmo sentido Gama (2003, p. 126) pondera:

*[...] a despeito da proibição no direito brasileiro, se eventualmente tal técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e o pressuposto do risco, mas não para fins de direitos sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear a reparação dos danos materiais que sofrer de sua mãe e dos profissionais que a auxiliaram a procriar utilizando-se do sêmen de cônjuge ou companheiro já falecido, com fundamento na responsabilidade civil [...].*

O mestre e jurista Venosa (2007, p.219), embora pertença a esta corrente doutrinária, de que os filhos concebidos *post mortem*, sob qualquer técnica não serão herdeiros, permite apenas na sucessão testamentária ser chamado a suceder o filho esperado da pessoa indicada, mas não concebido, aguardando-se até dois anos sua concepção e seu nascimento, após a abertura da sucessão, com reserva de bens da herança.

A segunda corrente reconhece plenos efeitos no tocante aos direitos sucessórios do concebido *post mortem*, conferindo a ele direitos iguais tanto na seara do direito de família quanto no tocante ao direito das sucessões, já que a CF veda a desigualdade entre os filhos e ainda no art. 1597 está prevista a presunção de paternidade na constância do casamento. Portanto, biologicamente, não há dúvidas em relação à maternidade e paternidade, uma vez que na inseminação artificial homóloga o material genético é do próprio casal e, se houver alguma dúvida em relação à paternidade, com os avanços da medicina nesta área, pode-se

perfeitamente esclarecer tal questionamento.

Nesse sentido, afirma Hironaka (2003, p.323) “A Constituição Federal não faz distinção entre os filhos, qualquer que seja sua origem ou o tipo de relação mantida por seus genitores”.

Para os defensores dessa corrente, dá-se especial valor aos princípios constitucionais da igualdade entre os filhos e da liberdade do casal em relação ao planejamento familiar. O planejamento familiar é de livre deliberação do casal, fundando-se nos princípios da paternidade responsável e também da dignidade da pessoa humana. É proibida qualquer forma que vise impedir o exercício desse direito, sendo perfeitamente possível que o projeto parental tenha se iniciado em vida, e que só venha se tornar realidade após a morte de um dos mesmos, consistindo a possibilidade de uma pessoa sozinha realizar esse projeto atendendo perfeitamente aos interesses da criança.

Alguns doutrinadores entendem que há possibilidade do embrião ser herdeiro mesmo nas sucessões legítimas. E já que o legislador reconhece efeitos pessoais, como o direito à filiação, não faz sentido afastar o direito ao patrimônio, especialmente o hereditário. Portanto, essa segunda corrente entende que os efeitos sucessórios da inseminação *post mortem* são bastante amplos, não se restringindo somente à sucessão testamentária, pois já que o legislador afirmou que o autor da herança poderá chamar a suceder, no testamento, prole eventual de terceiros, poderá, da mesma forma, beneficiar sua própria prole eventual, inclusive estabelecendo se a deixa testamentária vai ser decorrente da parte disponível ou se configura adiantamento da legítima, com necessidade de colação.

## **7 CÓDIGO CIVIL x CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

É da Constituição Federal que emana a maioria dos princípios para a resolução dos conflitos existentes no mundo jurídico. É lei maior e fundamental, devendo seus princípios ser observados todas as vezes que um fato novo que ainda não esteja previsto em lei surgir. Devido à constante evolução da sociedade, principalmente na área da biomedicina, novos tipos de ameaças à liberdade do homem podem surgir, sendo necessária a criação de novas normas e adequação do ordenamento jurídico para remediar os conflitos.

A Constituição consagrou em seus princípios fundamentais, a igualdade entre os filhos, direito à procriação, princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do melhor interesse da criança. Os citados princípios devem prevalecer independentemente da situação jurídica em que se encontram os pais, portanto, é inconcebível perante os princípios da Carta Maior qualquer restrição, distinção ou discriminação por meio de lei que vede os direitos das crianças que foram geradas por meio da inseminação artificial *post mortem*.

Na parte da sucessão dos filhos ainda sequer concebidos (prole eventual), o Código Civil entra em clara contradição com a Constituição Federal. Diante dos princípios consolidados pela CF, pregando principalmente a igualdade entre os filhos, o Código Civil dispõe que o filho concebido após a morte do seu genitor só poderá ter direito à sucessão se tiver sido contemplado em testamento. Deve-se destacar que o próprio Código Civil dispõe que são considerados filhos concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*, ou decorrente da implantação de embrião excedentário a qualquer tempo. Assim, já que o filho concebido é considerado filho do falecido pelo próprio Código, deve ele ter os mesmos direitos dos seus irmãos, estando entre estes, os direitos sucessórios.

Assim, já que na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e o Código admite aqueles concebidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*, sendo filho concebido na constância do casamento, então não faria sentido deixá-los excluídos em relação aos direitos sucessórios. Dizer que esse filho não teria direito à sucessão, seria uma afronta direta ao art. 227, § 6º que proíbe qualquer distinção relativa à filiação.

Como no direito brasileiro não existe nenhuma lei que proíba ou regulamente o método conceptivo estudado, havendo lacunas sobre o assunto, ou até mesmo conflitos entre seus dispositivos, foi bastante pertinente a preocupação do legislador em assegurar a paternidade nos casos da utilização de técnicas de reprodução assistida.

Desse modo, em frente à contradição apresentada entre o Código Civil e a Constituição Federal, e pela omissão de legislação específica sobre as técnicas de reprodução medicamente assistida, as normas e os princípios constitucionais devem prevalecer, obedecendo assim, ao princípio da supremacia da Constituição Federal.

## **7 CONCLUSÃO**

A sociedade vem passando por profundas modificações, principalmente na área da biotecnologia, através dos modernos recursos que a medicina vem disponibilizando, destacando-se entre elas, a reprodução medicamente assistida. Esta técnica proporciona a casais que por algum motivo, seja de esterilidade, infertilidade ou alguma outra causa, não conseguem realizar o sonho da procriação, possam obter êxito na realização deste projeto de vida.

Este estudo abordou a inseminação artificial realizada após a morte do cônjuge ou companheiro da mulher que irá receber o sêmen, e quais as consequências jurídicas no âmbito no Direito das Sucessões. De acordo com o Código Civil, a paternidade desse filho é certa, sendo presumida, portanto, não há maiores controvérsias. Entretanto, no que diz respeito ao direito sucessório, o legislador não teve o mesmo cuidado de elaborar uma

norma específica para aqueles que sequer foram concebidos à época de falecimento do seu genitor, deixando uma enorme lacuna, não fornecendo subsídios para resolver as questões relacionadas ao tema. Alguns doutrinadores defendem que esse filho concebido posteriormente por meio das técnicas de inseminação artificial somente poderá herdar caso sejam contemplados em testamento. Mesmo assim, de acordo com o artigo 1800, § 4º do CC, esses filhos teriam apenas o prazo de dois anos após a abertura da sucessão para serem concebidos, tendo sido o genitor indicado previamente no testamento.

Atualmente, não há uma expressa proibição, mas também não há uma regulamentação sobre o assunto. Necessita-se de uma legislação específica que seja capaz de assegurar os direitos sucessórios do concebido *post mortem*, e também que ao mesmo tempo se preocupe com a segurança jurídica. Portanto, não traz a legislação brasileira uma solução adequada, já que é omissa, e muitas vezes controversa por apresentar dispositivos conflitantes, apresentando-se até mesmo contrários à Lei Maior. Contudo, o ordenamento jurídico deve ser analisado como um todo.

Diante dos princípios estabelecidos na Constituição Federal, é evidente que não se pode permitir tratamento desigual entre os filhos do casal, seus direitos sucessórios não podem, sob qualquer hipótese, ser negados, sobretudo quando foi fruto de um desejo expresso de ambos os genitores. A morte, considerando-se como uma fatalidade da vida, não pode afastar a possibilidade de perpetuação e muito menos o ordenamento jurídico pode deixar esse filho desamparado, tratando-o de forma desigual em relação aos irmãos. Faz-se necessário, portanto, uma legislação específica e adequada que regule a utilização de tais técnicas, bem como as possíveis consequências jurídicas decorrentes dessa prática..

## REFERÊNCIAS

BOSCARO, Márcio Antônio. **Direito de filiação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. In vade mecum. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. I Jornada de Direito Civil: Enunciados Aprovados. Organização do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. - Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2002. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 25 de maio de 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n° 1.957, resolve adotar normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Brasília: Diário Oficial da União, publicada em 06 de janeiro de 2011, seção I, página 79. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm)>. Acesso em: 30 de maio. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. VI.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2009. v. VI.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 3 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v.VII.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil - parte especial: dos direitos das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20.

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

VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Atlas 2007. v.VI.

BRASIL. **Código Penal de 1890**. Decreto-lei 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <[http://ciespi.org.br/base\\_legis/legislação/DEC\\_20a.htm](http://ciespi.org.br/base_legis/legislação/DEC_20a.htm)>.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal: parte especial**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal: parte especial**. 5 ed.. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, R. **Curso de direito penal: parte especial**. 7. ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

HUNGRIA, N. **Comentário ao Código Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DAMASIO J. **Direito penal: parte especial**. 19. ed.São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito penal: parte especial**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal: parte especial**. 25. ed.. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, G.S. **Código penal comentado - versão compacta**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.