

# AS NOVAS FORMAS DE FILIAÇÃO ADVINDAS DAS TÉCNICAS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

*José Roberto Moreira Filho*

Diretor Nacional do IBDFAM. Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Bioética, Direito e Aplicações pelo IEC PUC Minas. Conselheiro Titular da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP). Professor de Direito de Família e Sucessões na PUC Minas, Arnaldo Janssen e Pro Labore. Advogado militante.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A reprodução humana assistida. 3. O tratamento jurídico sobre a inseminação artificial homóloga post mortem. 4. A presunção de filiação decorrente da inseminação artificial homóloga post mortem no Direito de Família. 5. Direitos sucessórios. 5.1 Da capacidade sucessória. 5.1.1 Requisitos e pressupostos para herdar. 5.1.2 A capacidade sucessória do nascituro. 5.1.3 A capacidade sucessória da prole eventual. 5.2 Os vínculos de filiação em face da Reprodução Humana Assistida (RHA) homóloga post mortem. 5.3 Os direitos sucessórios dos filhos havidos por Reprodução Humana Assistida (RHA) homóloga post mortem. 6. Conclusão. 7. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família sempre se baseou em presunções para o estabelecimento da filiação e todas elas eram baseadas na relação sexual havida entre o casal, primando assim pelo vínculo biológico. A Constituição da República nos brindou, entre outros, com o princípio do pluralismo e do livre planejamento familiar, da igualdade da filiação, da dignidade da pessoa humana que possibilitaram, no Direito de Família, o surgimento do afeto como fundamento jurídico para o estabelecimento da filiação.

Outra grande mudança no cenário familiar se deu com o advento das novas técnicas de reprodução humana, que possibilitaram que casais, antes inférteis, pudessem realizar o sonho da filiação, seja por meio de manipulação de seus próprios gametas, seja com o uso de

gametas de terceiros, modificando totalmente as bases antes sólidas das presunções de filiação.

Antigamente, a reprodução humana se dava apenas por meio de sexo entre homem e mulher. No entanto, com o avanço da ciência surgiram técnicas que possibilitaram a reprodução sem sexo; a preservação de embriões congelados, de óvulos, de espermatozoides e até mesmo a fecundação fora do útero, conhecida como fecundação *in vitro*.

Com esse cenário, atualmente é possível a gestação *post mortem*. Isto é, há casais que congelam material genético, como o sêmen e/ou óvulo, para que possam utilizar no futuro. No entanto, esse procedimento vem sendo muito discutido no âmbito jurídico, pois tem causado vários questionamentos nas áreas de Direito de Família e Sucessões.

Nesse sentido, este artigo abordará a reprodução assistida, os principais princípios do biodireito e da bioética, o tratamento jurídico brasileiro sobre a inseminação artificial homóloga *post mortem* e as implicações no Direito de Família e Sucessões.

## 2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Cotidianamente, são estudados procedimentos específicos para casais que desejam ter filhos, mas por algum motivo não podem tê-los pela gestação natural, sendo necessário recorrer a determinadas técnicas para a realização da maternidade ou paternidade. Várias são as expressões utilizadas na lei (art.1.597, CC/02) para denominar tais técnicas, como “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”. No entanto, o Enunciado 105, da Jornada de Direito Civil, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) definiu que tais expressões devem ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida (RA)”. Alguns doutrinadores acreditam que o termo mais indicado seria manipulação de material genético.<sup>1</sup>

Diferente do pensamento de Paulo Lôbo, Dias<sup>2</sup> concorda com o termo proposto pelo CNJ, uma vez que são utilizadas técnicas para gerar vida, substituindo a concepção natural. Assim, acredita-se que as técnicas de reprodução assistida são “técnicas de interferência no processo natural”, isto é, “a fecundação resultante de reprodução

---

<sup>1</sup> LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 219.

<sup>2</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 366.

medicamente assistida é utilizada em substituição à concepção natural, quando houver dificuldade ou impossibilidade de um ou ambos gerar”.<sup>3</sup>

Conforme relatam Déborah Oliveira e Edson Borges Jr.:

O primeiro caso de inseminação artificial humana encontra registro em 1791, praticada pelo médico inglês John Hunter. Seguiram-se casos esparsos, com destaque para as experiências de Gregório Mendel, frade agostiniano. De 1866, data a primeira inoculação direta de sêmen no útero, levada a efeito por Sims, com êxito para a gravidez, que não chegou a termo.<sup>4</sup>

Posteriormente, tal técnica tornou-se superada na medida em que, em alguns casos, não bastaria apenas a introdução do sêmen, pois o mesmo poderia não conter espermatozoides aptos à fecundação.

No início do século XX, o ser humano conseguiu quase o total controle sobre as técnicas reprodutivas, primeiramente ao desenvolver técnicas para congelar o sêmen fora do organismo e, posteriormente, ao manipular *in vitro* as células germinativas humanas.<sup>5</sup>

Tycho Brahe Fernandes relata:

Já no início do século XX, em 1910, a descoberta da conservação do sêmen fora do organismo, por resfriamento, realizada pelo russo Elie Ivanof possibilitou ampliar os estudos acerca da reprodução humana e, conseqüentemente, por volta de 1940 teriam surgido os primeiros bancos de sêmen nos Estados Unidos, sendo criado em 1980, na Austrália, o primeiro banco de embriões congelados.<sup>6</sup>

Várias são as técnicas utilizadas para resolver os problemas de infertilidade, mas o que se considera relevante no presente estudo são os reflexos e as implicações dessas técnicas e de seus procedimentos no ordenamento jurídico pátrio, principalmente no Direito Sucessório e de Família.

---

<sup>3</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011, p. 366.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Débora Ciocci Alvarez; BORGES JR., Edson. Reprodução assistida: até onde podemos chegar? São Paulo: Gaia, 2000, p.11.

<sup>5</sup> Deborah Ciocci Álvares de Oliveira e Edson Borges Jr. (2000, p. 12) relatam que “em 1944, dois biólogos, Rock e Menkin, obtiveram quatro embriões normais a partir de óvulos humanos colocados na presença de espermatozoides”.

<sup>6</sup> FERNANDES, Tycho Brahe. A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito. Diploma Legal, 2000, p. 51.

As implicações jurídicas mais sérias trazidas pelas novas tecnologias reprodutivas referem-se à possibilidade de: 1) utilizarem-se gametas de terceiros, ou seja, a chamada reprodução heteróloga; 2) de gestações *post mortem*; 3) a possibilidade do congelamento das células germinativas humanas; e, principalmente, 4) o congelamento do embrião humano.

Com o desenvolvimento das técnicas reprodutivas artificiais foi necessário que os cientistas aperfeiçoassem procedimentos auxiliares à procriação assistida, a fim de alcançar um bom índice de êxito na aplicação da nova tecnologia. Assim, foram desenvolvidos procedimentos aptos a auxiliarem os cientistas, tais como, a criopreservação de sêmen, óvulo e de embriões, a criação de bancos de sêmen e de oócitos,<sup>7</sup> micromanipulação de gametas, útero de substituição, diagnóstico genético de pré-implantação, entre outros.

Déborah Ciocci Alvarez de Oliveira e Edson Borges Jr. informam que o primeiro banco de sêmen foi criado em 1949 por Roberty Schayshyan e que quatro anos mais tarde foi registrada a primeira utilização de sêmen congelado nos Estados Unidos.

A criopreservação, portanto, tem duas importantes funções para a medicina reprodutiva: a primeira é a possibilidade de se depositar junto ao banco de sêmen material genético próprio para ser utilizado em futuras tentativas de inseminação, quando as anteriores não tiveram êxito; a segunda é a de possibilitar a pessoa ou ao casal infértil recorrer a sêmen de doador anônimo para superar a infertilidade masculina.

A criopreservação de sêmen oferece ao Direito três ordens de problemas. A primeira diz respeito à possibilidade de manipulação genética ilícita do gameta masculino; a segunda é o fato de que o sêmen pode ficar congelado por tempo indeterminado,<sup>8</sup> e ser utilizado até mesmo após a morte de seu titular e, a terceira, é a garantia assegurada do anonimato do doador.<sup>9</sup> Enfocaremos nesse artigo uma dessas problemáticas, ou seja, a utilização *post mortem* do sêmen criopreservado.

Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio da Resolução n. 2.121/2015, regulou os procedimentos deontológicos de inseminação artificial. Ressalta-se que esta é, atualmente, a única

---

<sup>7</sup> Óvulo não fertilizado.

<sup>8</sup> Neves (1984) apud Meirelles (2000, p. 22), afirma que: “Embriões, espermas e óvulos têm possibilidade de permanecer em estado de vida latente até durante anos, se congelados a uma temperatura de -196°. Para sair da conservação a frio – criopreservação – são aquecidos e, após, utilizados normalmente”.

<sup>9</sup> Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

norma legal existente sobre o tema, apesar dos vários projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional.<sup>10</sup>

Entre as técnicas de RA utilizadas, há uma divisão entre as que possibilitam a fecundação dentro da barriga da mulher, inseminações artificiais *in vivo*, e as em que a fecundação ocorre fora da barriga, inseminações artificiais *in vitro*.<sup>11</sup>

O Conselho Nacional da Justiça unificou as expressões sobre as técnicas de reprodução assistida, mas há uma divisão quanto à sua concepção. A RA pode ser homóloga, quando se utilizam os gametas masculinos e femininos do próprio casal ou heteróloga, quando se utilizam gametas de terceiros.<sup>12</sup>

### **3 O TRATAMENTO JURÍDICO SOBRE A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM***

O Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 2.121/15, inciso VIII, estabelece que: “É permitida a reprodução assistida *post-mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.

É necessária a utilização do termo de consentimento livre e esclarecido das pessoas que se submetem a tais técnicas de RA:

O consentimento livre e esclarecido informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas

---

<sup>10</sup> Destaca-se o Projeto de Lei n. 1.184/2003 no qual estão apensados vários outros sobre o mesmo tema da RA.

<sup>11</sup> Nesse sentido, destacam-se as principais técnicas: a Inseminação intrauterina ou Inseminação Artificial, que consiste na manipulação do gameta masculino no laboratório e a colocação dentro do útero; a GIFT - Gamete Intrafallopian Transfer ou Transferência intratubária de gametas permite que os gametas feminino e masculino sejam depositados diretamente na tuba uterina da mulher; a ICSI - Injeção intracitoplasmática de espermatozoides já é uma técnica em que a fertilização ocorre *in vitro*, sendo que os espermatozoides são colocados dentro do óvulo para que ocorra a fertilização e, posteriormente, o depósito no útero.

<sup>12</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011, p. 367.

envolvidas nas técnicas de reprodução assistida. (Capítulo 1, item 4 da Resolução 2.121/15 do CFM).

Apesar de a evolução biotecnológica andar a passos largos, o Direito não a acompanha, primeiramente porque existe a necessidade de que tais inovações sejam amplamente discutidas na sociedade para serem incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio; em segundo lugar, porque, mesmo após o debate e o consenso, é necessário um longo e moroso processo legislativo para que ganhe força de lei; e, finalmente, porque o Direito deve evitar inserir em seu bojo normas relativas a fatos ainda não consolidados, e nem mesmo totalmente incorporados no costume social, sob pena de se tornar obsoleto, ultrapassado e sem eficácia.

Ainda que tardiamente, os legisladores brasileiros já se têm ocupado do tema, e já constam no Novo Código Civil dispositivos legais que tratam da filiação advinda das técnicas reprodutivas artificiais<sup>13</sup> e, tramitam, no Congresso Nacional, vários projetos de lei que regulam questões biotecnológicas, mas até o momento nenhuma lei específica sobre as implicações jurídicas das técnicas de reprodução humana artificial foi publicada ou está em vigor.

No que tange ao tema proposto, ressaltamos que o Código Civil brasileiro em seu art. 1.597, inciso III, expressa que, presumem-se como filhos os nascidos na constância do casamento e os “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.

A doutrina majoritária brasileira defende o mesmo pensamento do Conselho Federal de Medicina, pois conforme Dias:

Ainda que o cônjuge tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para a inseminação *post mortem*. Somente na hipótese de ter havido expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento.<sup>14</sup>

Ocorre que essa autorização expressa, alertado por Maria Berenice Dias, não consta no texto legal, mas apenas nas normas deontológicas que regulamentam os procedimentos médicos de inseminação artificial, o que pode acarretar grandes problemas para o estabelecimento da filiação decorrente de inseminação artificial *post mortem*, em que não se tem uma prévia e expressa autorização do falecido para o

---

<sup>13</sup> Art. 1.597 do Novo Código Civil.

<sup>14</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011, p. 368.

uso de seu material biológico após a sua morte, pois não se pode, *a priori*, supor que queria ser pai póstumo.

#### 4 A PRESUNÇÃO DE FILIAÇÃO DECORRENTE DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* NO DIREITO DE FAMÍLIA

Como dito, o nosso ordenamento jurídico sempre se baseou em presunções para o estabelecimento da filiação e a base disso eram as presunções constantes no Direito Romano, tais como *mater certa est* ou *pater is est nuptiae demonstrat* que conferiam presunções de maternidade, *iures et iures* para a mãe e de paternidade *iures tantum* para o pai e que estavam calcadas especialmente no liame biológico entre genitor e sua prole.

As afirmações de Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>15</sup> corroboram as conclusões acima:

Em matéria de filiação, o direito sempre se valeu de presunções<sup>16</sup>, pela natural dificuldade em se atribuir a paternidade ou maternidade a alguém, ou então de óbices fundados em preconceitos históricos decorrentes da hegemonia da família patriarcal e matrilinializada. Assim, chegaram até nós:

- a) a presunção *pater is est quem nuptia demonstrant*, impedindo que se discuta a origem da filiação se o marido da mãe não a negar em curto prazo preclusivo;
- b) a presunção *mater semper certa est*, impedindo a investigação de maternidade contra mulher casada;
- c) a presunção de paternidade atribuída ao que teve relações sexuais com a mãe, no período da concepção;
- d) a presunção de *exceptio plurium concumbentium* que se opõe à presunção anterior;
- e) a presunção de paternidade, para os filhos nascidos 180 dias depois do casamento e 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal.

---

<sup>15</sup> LÔBO, Paulo. Princípio jurídico da afetividade na filiação. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1º maio 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 5 set. 2015.

<sup>16</sup> Registros da presunção da paternidade são encontrados nas Leis das 12 Tábuas (462 a.C.), que legitimava o filho póstumo, se este viesse a nascer até o décimo mês após a dissolução do matrimônio (Tábua Quarta n. 4).

A presunção de paternidade é o reconhecimento de filiação por presunções. Conforme Dias, são “deduções que se tiram de um fato certo para a prova de um fato desconhecido”.<sup>17</sup>

O art. 1.597 do Código Civil brasileiro trata da presunção de filiação no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, em seu inciso III, prevê que os “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”, são filhos presumidos como se fossem concebidos na constância do casamento. Todavia, é importante ressaltar que o Conselho Federal de Medicina exige que para a utilização de material após a morte do doador é necessário que esse tenha deixado autorização expressa, para evitar que seja usado por má-fé e pelo fato de o pai não ter expressado a sua vontade.

Percebe-se que se dará a presunção de paternidade apenas se o doador tiver expressado a sua vontade, isto é, a sua autonomia. Caso contrário, estaria sendo ferido um dos principais princípios do biodireito e da bioética.

O falecido deveria ter expressado a sua vontade de paternidade, por meio de um consentimento expreso. A sua atitude de ter congelado material genético não reflete o seu desejo de ser pai.

Existe, sim, a possibilidade de a mulher fertilizar-se com o sêmen de seu marido morto e trazer para si a presunção de paternidade nos termos do art. 1.597, III do CC, mas o médico que proceder à feitura de tal técnica sem a autorização prévia e por escrito do falecido estará cometendo gravíssima infração ética nos termos da Resolução n. 2.121/15 e do Estatuto de Ética Médica.

Devemos destacar, ainda, que a filiação paterna só se dará por decisão judicial, por duas ordens de requisitos, ou seja, o suposto pai já estará morto e não poderá reconhecer-se voluntariamente como pai quando do nascimento da criança e o nascimento provavelmente se dará após os 300 dias da morte do suposto pai, ou seja, da dissolução do casamento, afastando, assim, a presunção de filiação estabelecida no art. 1.597, inciso II do CC/02.

Dessa forma, mesmo que ocorra a inseminação artificial pós-tuma é necessário que o filho nascido interponha ação de investigação de paternidade, com base no inciso III do art. 1.597 do CC/02, em que deve provar a feitura da técnica de inseminação artificial e o vínculo biológico com o falecido, para que a mesma seja reconhecida

---

<sup>17</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011, p. 360.

homóloga, a fim de obter o reconhecimento de seu vínculo de filiação com o pai morto.

Nesse contexto é que se deve analisar a vontade do falecido em ser pai após a sua morte, se deixou autorização expressa e/ou tácita para o uso de seu gameta *post mortem* ou se tal desiderato é apenas por parte da mãe, pois se for esse o caso não se pode imputar paternidade para quem não a queria em vida.

## 5 DIREITOS SUCESSÓRIOS

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à herança é assegurado constitucionalmente, como direito fundamental, no art. 5º, inciso XXX que enuncia: “É garantido o direito à herança”.<sup>18</sup>

O Direito pátrio, filiado à sistemática do Direito Romano, assegura *ab initio* o direito à herança e, de acordo com Washington de Barros Monteiro (1999), é “um dos ramos do direito que mais se transformou”.

Clóvis Beviláqua (1945, § 1º) diz que: “Direito hereditário ou das sucessões é o complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir”, no que é corroborado por Carlos Maximiliano quando define que o:

Direito das sucessões em sentido objetivo é o conjunto das normas reguladoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência de sua morte. No sentido subjetivo, mais propriamente se diria direito de suceder, isto é, de receber o acervo hereditário de um defunto.<sup>19</sup>

Portanto, o Direito das Sucessões, em sentido estrito, tem por objetivo regular a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morre aos seus herdeiros legítimos e/ou testamentários.

É consenso entre os doutrinadores que o Direito Sucessório está ligado ao Direito de Família e de propriedade e que o legislador pátrio, ao elencar as pessoas beneficiadas na ordem de vocação hereditária, o fez com o firme propósito de agraciar, em primeiro lugar, a família legítima ou natural do *de cuius* e, posteriormente, atender a sua última vontade externada pela via testamentária.

---

<sup>18</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 7 jun. 2015.

<sup>19</sup>MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 19.

Ocorre que os dois pressupostos básicos da sucessão citados por Orlando Gomes (1999) para que se ocorra a sucessão *mortis causa*, a saber, a morte do *de cuius* e a vocação hereditária, estão sofrendo modificações em função do estágio atual do desenvolvimento tecnológico e a legislação pátria se omite perante as novas técnicas reprodutivas e aos avanços biotecnológicos. Contudo, a questão relevante e sem solução pacífica no ordenamento pátrio diz respeito à possibilidade de uma gestação *pos mortem*.

É necessário, portanto, que a pessoa tenha capacidade sucessória para que possa vir a herdar. Diante desse fato, propõe-se entender a forma como se verifica tal legitimação para suceder nas chamadas inseminações artificiais homólogas *post mortem*.

## 5.1 Da capacidade sucessória

De acordo com o art. 1.784 do Código Civil, uma vez aberta a sucessão, ou seja, verificada a morte do *de cuius*, a herança se transmite, imediatamente e sem formalismos, aos herdeiros sobreviventes que se tornam titulares dos direitos adquiridos.

Portanto, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

[...] o princípio cardeal do Direito Sucessório é a transmissão imediata dos bens aos herdeiros legítimos e testamentários, subordinada obviamente a que tenham *capacidade para suceder*.<sup>20</sup>

Não basta, pois, que o herdeiro pertença à classe chamada à sucessão, pois, antes de mais nada, é necessário que prove ser capaz e não indigno de receber os bens da herança.

No que se refere à capacidade testamentária passiva, se o herdeiro era capaz ao tempo da feitura do testamento e tornou-se incapaz no momento da abertura da sucessão (morte do *de cuius*), não terá direito à herança. Mas se era incapaz ao tempo da feitura do testamento e tornou-se capaz quando da abertura da sucessão, terá capacidade sucessória e herdará os bens deixados pelo *de cuius* em seu favor.

### 5.1.1 Requisitos e pressupostos para herdar

O primeiro e principal pressuposto para se apurar a capacidade sucessória é que ocorra a morte do *de cuius* “porque só nesse momento

é que a propriedade e a posse da herança se transmitem aos herdeiros legítimos e testamentários”.<sup>21</sup>

Entende-se capacidade sucessória como a aptidão para receber bens de herança, sendo que tal capacidade é pressuposto indispensável ao recolhimento da herança pelo interessado.

A identificação da condição de herdeiro ou legatário se faz por meio da observância da ordem de vocação hereditária que estava em vigor na data da morte e a disposição de última vontade, quando o *de cuius* houver deixado testamento. Nas palavras de Giselda Hironaka e Francisco José Cahali:

O primeiro passo à identificação da condição de herdeiro é a verificação de sua qualidade, que se dá pela previsão como sucessor na *ordem de vocação hereditária* (sucessão legítima), ou pela instituição da pessoa por disposição de última vontade (sucessão testamentária). Para pretender a herança, haverá necessidade de um *título* ou *fundamento jurídico* do direito hereditário consistente na convocação do interessado pela lei ou pelo testador.<sup>22</sup>

Nesse caso, conforme pontua Caio Mário da Silva Pereira,

[...] a apuração da capacidade sucessória decorre da verificação de um conjunto de pressupostos que se resumem nestas duas circunstâncias: a existência para fins de sucessão e a sua convocação para receber por causa de morte.<sup>23</sup>

Por outro lado, a doutrina clássica deferia capacidade sucessória apenas às pessoas existentes no momento da abertura da sucessão, pressupondo que a capacidade sucessória dos já concebidos e das pessoas jurídicas ainda não constituídas era uma exceção à regra da preexistência. Dessa forma, propugna Caio Mário da Silva Pereira:

O chamado à sucessão deve existir no momento da delação da herança. Esta não se defere ao vazio, não se transmite ao nada. Se naquele instante o herdeiro já é morto (Ruggiero e Maroi, Planiol, Ripert et Boulanger, DePage) defere-se a herança aos outros de sua classe, ou aos da imediata, se for ele o único. Diz-se, pois, com razão, que a delação da herança pressupõe que o herdeiro exista e seja conhecido - *nescitur ubi sit et an sit* - pois, do contrário, será

<sup>21</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 41.

<sup>22</sup> CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda M. F. N. Direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012, p. 133.

<sup>23</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 19.

chamada outra pessoa que atenda a esses pressupostos. Este requisito, definido no vocábulo coexistência (Carlos Maximiliano), deve-se apreciar com a devida cautela, pois comporta suas exceções.<sup>24</sup>

Ocorre que o Código Civil brasileiro, na esteira dessas considerações, fez inserir novo dispositivo legal que positiva a legitimidade para suceder das pessoas já concebidas no momento da abertura da sucessão. O art. 1.798 do Código Civil é claro ao estipular *in verbis*: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

À primeira mão, é possível afirmar que toda e qualquer pessoa que já esteja concebida no momento da abertura da sucessão é capaz de suceder aos bens deixados pelo *de cuius*, desde que pertencente à ordem vocacional deste e/ou desde que contemplada em um testamento válido e eficaz por este deixado.

A problemática referente à capacidade sucessória dos filhos concebidos *post mortem*, mesmo afirmando o Código Civil sua presunção de paternidade em face do pai falecido, ainda é muito grande, pois apesar de poder ser considerado como filho daquele que já estava falecido quando de sua concepção ele não estava nem concebido e muito menos nascido quando da abertura da sucessão, não podendo, *a priori*, vir a herdar.

Adiante, portanto, nos ocuparemos das demais exceções que interessam à regra da preexistência, ou seja, o nascituro e a prole eventual, para que se possam construir elementos que permitam retirar da justificativa que os ampara como herdeiros, a fundamentação necessária para a definição da capacidade sucessória do filho concebido *post mortem*.

### 5.1.2 A capacidade sucessória do nascituro

Já definida a noção de nascituro como o ser em desenvolvimento no útero materno e, partindo do pressuposto de que o mesmo é descendente do *de cuius*, pode-se afirmar, sem nenhuma discordância, que o nascituro tem capacidade sucessória de receber os bens que lhe foram deixados.

Os adeptos da corrente natalista afirmam que o nascituro recebe a herança *in utero* com a condição suspensiva de nascer com vida, ou seja, a herança não lhe pertence antes do nascimento e enquanto estiver sendo gestado, mas a lei salvaguardando-lhe os interesses

determina que sua parte na herança fique disponível e preservada até o seu nascimento, quando então, a mesma lhe será definitivamente entregue.

Por sua vez, os defensores da tese concepcionista propugnam que o nascituro recebe a herança *in utero* sob a condição resolutiva do nascimento sem vida, ou seja, o nascituro terá direito à herança desde a sua concepção, mas se nascer sem vida ocorrerá a condição resolutive do seu direito hereditário, que passará aos demais herdeiros de sua classe ou da classe subsequente, se ele for o único.

Silmara Chinelato e Almeida, como uma das vozes desta doutrina,<sup>25</sup> propugnam:

De acordo com posição por nós assumida de que a herança é atribuída ao nascituro sob a condição resolutiva do nascimento sem vida - porque a personalidade lhe é atribuída desde a concepção, conforme a interpretação do art. 4º do Código Civil, dentro de todo o sistema por ele agasalhado.<sup>26</sup>

Jussara Maria Leal de Meirelles pontua que:

A insuficiência de interpretação extensiva é demonstrada à medida que, de acordo com a orientação tradicional, o reconhecimento da personalidade jurídica ao embrião *in vitro* parece pretender caracterizá-lo, tal qual o nascituro, titular de direitos subordinados a condição.

Essa condição seria de eficácia suspensiva (implantação no útero) ou resolutiva (não implantação); ou ainda dúplice, ou seja, suspensiva (nidação) e resolutiva (nascimento com vida), dependendo do posicionamento adotado frente à subjetividade do novo ser.<sup>27</sup>

Sugere-se que não há relevância prática entre os dois modos de ver a situação hereditária do nascituro, pois tanto a doutrina natalista quanto a doutrina concepcionista são unânimes em afirmar que o natimorto perde ou não recebe a herança que lhe foi deixada, transmitindo-a aos demais herdeiros do *de cujus* como se o nascituro nunca houvesse existido, mas, enquanto em gestação, tem o seu direito hereditário preservado.

---

<sup>25</sup> Ver também DINIZ (1997, p. 42) e GOMES (1999, p. 26).

<sup>26</sup> CHINELATO, Silmara J. A.; ALMEIDA. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 235.

<sup>27</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. A vida humana embrionária e sua proteção jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 76.

Como forma de preservar os direitos e interesses do nascituro, no que se refere à herança a ele deixada, o ordenamento jurídico tem mecanismos que podem ser utilizados pela mãe ou seu representante legal para se alcançar tal intento, conforme os arts. 877 e 878 do Código de Processo Civil.

Dessa forma a mãe, ou o curador nomeado ao ventre, nos casos do art. 878, parágrafo único do Código do Processo Civil, poderá requerer em juízo a posse dos bens e direitos que couberem ao nascituro, a fim de preservá-los até o seu nascimento com vida. A mãe ou o curador terão a posse provisória dos bens até o nascimento do nascituro, sendo que se este nascer com vida, os bens passam a pertencer ao nascituro e tais pessoas os administrarão até que a criança adquira capacidade de fato. Contudo, se ele nascer morto, os bens, assim como seus frutos e rendimentos havidos desde a morte do *de cujus*, devem ser entregues aos demais herdeiros vocacionados.

### 5.1.3 A capacidade sucessória da prole eventual

A prole eventual somente terá capacidade de herdar se o *de cujus* deixar testamento válido e eficaz que a contemple. Assim, tal capacidade somente será aferida na sucessão testamentária e nunca na sucessão *ab intestato*.

O Direito Sucessório da prole eventual é necessariamente condicional por estar subordinado a evento futuro e incerto, ou seja, a concepção e o nascimento das pessoas que o testador esperava ter por herdeiro.

É necessário reconhecer que o testador pode livremente estipular as disposições que regulam o direito hereditário da prole eventual. Em face disso, é possível que o mesmo estipule que somente os filhos do sexo masculino de determinada pessoa que nascerem após a sua morte serão os beneficiados com o legado. Pode, também, dizer que apenas os dois primeiros filhos serão beneficiados, ou, ainda, que ficam excluídos do legado os filhos advindos de técnicas de Reprodução Humana Assistida (RHA), ou aqueles que tenham sido adotados após a sua morte ou após a feitura do testamento, por exemplo.

Tal “liberdade discriminatória” deve-se ao fato de que não se aplica aqui o princípio constitucional de igualdade entre os filhos, pois a prole eventual refere-se a filhos de pessoas designadas pelo testador e não seus próprios filhos. Ora, se é possível que uma pessoa possa testar, estipulando um legado à outra, sem beneficiar os irmãos que esta última porventura tenha, é lógico que tal possibilidade, também, aplica-se à prole eventual.

Todavia, se o testador apenas mencionar em seu testamento que deixa determinado bem ou bens aos filhos de uma pessoa que nascerem após a sua morte, sem ressalvas e nem imposições, tal disposição, de acordo com os ditames constitucionais, beneficiará todos os filhos da pessoa indicada, sem quaisquer discriminações relativas à origem da filiação.

Silvio de Salvo Venosa, na esteira desse pensamento, diz: “Cremos que na atual legislação incumbe ao testador excluir expressamente os filhos adotivos se não desejar incluí-los, por força do art. 41 da Lei 8.069/90”.<sup>28</sup>

Durante a vigência do anterior Código Civil brasileiro, até onde se sabe, admitia-se que, não sendo possível conferir direito hereditário às pessoas inexistentes (prole eventual), e levando em conta que os bens da herança não podiam ficar sem dono, o testador somente poderia conferir tais direitos hereditários utilizando-se do mecanismo da substituição fideicomissária,<sup>29</sup> estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmitisse a uma pessoa denominada de fiduciário, na maioria das vezes o genitor da prole, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, por determinado tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, a prole eventual, que se qualificava de fideicomissário.

Maria Helena Diniz, na esteira de Washington de Barros Monteiro, Orozimbo Nonato, Itabaiana de Oliveira, Clóvis Beviláqua, Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, discorre sobre a necessidade da instituição da substituição fideicomissária nesses casos:

Como os bens não podem ficar sem dono durante o intervalo entre a morte do testador e o nascimento do beneficiário, o testador somente poderá atingir seu objetivo mediante fideicomisso, nomeando fiduciário para guardar tais bens.<sup>30</sup>

Ocorre que o diploma Civil em vigor estabelece novidades ao denominar de curador a pessoa que administrará e cuidará dos interesses da prole eventual.<sup>31</sup> Estabelece que tal curatela seja preferencialmente exercida pela pessoa, cujo filho o testador esperava ter por herdeiro e que os deveres e responsabilidades do curador regem-se pelas regras concernentes à curatela dos incapazes, nos termos dos arts. 1.767 a 1.783 do Código Civil.

---

<sup>28</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 151.

<sup>29</sup> Artigos 1.951 a 1.960 do Código Civil.

<sup>30</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 135.

<sup>31</sup> Artigo 1.800 do Código Civil.

Desta forma, nascendo com vida o herdeiro esperado, ele receberá, nos termos do art. 1.800, § 3º do Código Civil, o legado, com todos os frutos e rendimentos havidos desde a morte do testador. Dada a grande responsabilidade que pende sobre o curador, é possível que, não sendo ele o pai ou a mãe, sua função seja remunerada, conforme assevera Silvio de Salvo Venosa.<sup>32</sup>

Outra novidade trazida pela nova codificação civilista foi a estipulação de um prazo máximo para a concepção do herdeiro esperado, salvo disposição em contrário do testador, sob pena dos bens que lhe forem reservados serem entregues aos herdeiros legítimos.

Tal dispositivo legal veio dar fim à polêmica que se apresentava quando o testador estabelecia direitos à prole eventual de determinada pessoa, mas não delimitava o número de filhos que seriam beneficiados e nem o tempo mínimo ou máximo para que esses viessem a ser concebidos ou nascidos. Tais omissões provocaram situações absurdas, como casos em que pessoas ficavam indefinidamente na posse e propriedade dos bens, sem nunca se preocuparem em terem o filho que o testador esperava ter por herdeiro, fraudando assim sua vontade e frustrando o direito dos herdeiros legítimos ou de possíveis legatários substitutos.

Francisco José Cahali e Giselda M. F. N. Hironaka, nos moldes de Caio Mário da Silva Pereira, demonstram tal problemática e a solução que era anteriormente dada pela doutrina e pela jurisprudência:

Não estabelecido o limite temporal para o nascimento do herdeiro, tem-se um problema de maior complexidade. Mas, prevalecendo o princípio de que a herança não pode permanecer indefinidamente sem destinatário, terão os interessados (aqueles beneficiados com a inexistência da prole eventual) legitimidade para provocar a verificação do implemento da condição que, se não cumprida, autorizam a reclamar a herança, assumindo a titularidade do direito hereditário.<sup>33</sup>

Em face disso, o legislador civilista resolveu estipular um tempo máximo para a concepção da prole eventual de pessoas designadas pelo testador, justamente para se evitar a perpetuação da curatela e para atender a vontade do falecido. Silmara Chinelato e Almeida informam que o Projeto de Código Civil de 1975, em seu art. 1.848, § 4º, estipulava um prazo máximo de dez anos para a concepção do herdeiro

---

<sup>32</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

<sup>33</sup> CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda M. F. N. Direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012, p. 137.

esperado, sob pena de reversão aos demais herdeiros legítimos e/ou testamentário.<sup>34</sup>

Atualmente, nos termos do § 4º do art. 1.800 do Código Civil brasileiro, o herdeiro esperado, salvo disposição em contrário do testador, deverá estar concebido em até no máximo dois anos após a morte do testador, sob pena de que os bens que lhe forem reservados sejam entregues aos herdeiros legítimos e/ou testamentários, *in verbis*: “§ 4º. Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos”.

Ainda que o dispositivo legal não abrigue ambiguidades, enfatiza-se que o que marca a caducidade da deixa é a não concepção no período de dois anos, ou, em prazo diverso estipulado pelo testador, contados da data da morte e, não, o nascimento do herdeiro esperado, que poderá acontecer após o fim do prazo legal ou estipulado.

Verifica-se, pois, que a capacidade da prole eventual é uma exceção à regra geral insculpida no art. 1.798 do Código Civil, pois a prole eventual, mesmo não estando ainda concebida e nem nascida, herdará, se cumprir os requisitos já discutidos.

## **5.2 Os vínculos de filiação em face da Reprodução Humana Assistida (RHA) homóloga *post mortem***

Apesar dos parâmetros utilizados para o estabelecimento dos liames de filiação, o advento das novas tecnologias reprodutivas provocou grande abalo nas bases, até então imutáveis, do Direito de Família e das sucessões.

Os principais dilemas jurídicos trazidos pela inseminação humana artificial dizem respeito às chamadas inseminações heterólogas, à possibilidade de congelamento de células germinativas e de embriões humanos, e à tão discutida e propalada possibilidade de intervenção e manipulação de células germinativas ou totipotentes para fins de pesquisa ou clonagem.

Somente podem ser conferidos direitos hereditários aos embriões humanos criopreservados se provado que os mesmos são descendentes do *de cuius* e, dessa forma, será necessário que nasçam e que sejam devidamente reconhecidos e registrados como filhos do falecido para que possam vir a herdar.

---

<sup>34</sup> CHINELATO, Silmara J. A.; ALMEIDA. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000.

Diante dessas problemáticas trazidas pela Reprodução Humana Assistida (RHA), busca-se, na sequência, discutir alguns dos efeitos jurídicos que são sentidos pela sua utilização nas inseminações artificiais homólogas, especialmente naquelas em que o marido já está falecido.

A inseminação homóloga, por não apresentar distorções na hereditariedade biológica do ser concebido, tendo em vista a utilização dos gametas do casal, não apresenta maiores conflitos jurídicos, pois o ser nascido será filho biológico, jurídico e socioafetivo de ambos os genitores.

As maiores complicações podem ocorrer quando o sêmen do marido ou do companheiro ou o óvulo da mulher ou companheira ficam armazenados para utilização futura e um dos consortes ou con-viventes venha a morrer antes da inseminação, podendo ocorrer o que se denomina de inseminação *post mortem*, que é o cerne deste artigo.

Nesses casos, o estabelecimento do liame da filiação só se realizará por meio do reconhecimento judicial da filiação, por meio de provas genéticas que atribuirão o vínculo biológico.

Em relação aos companheiros, também não restam dúvidas de que estando caracterizada a união estável e sendo o filho nascido inseminado com o sêmen do companheiro, ele será declarado filho legítimo daquele casal, mesmo que não se possa aplicar diretamente, em tais casos, a presunção da paternidade imputada às pessoas casadas, nos termos do art. 1.597 do Código Civil, o que se aplica apenas por analogia.

Na união estável, será necessário que haja, portanto, um reconhecimento voluntário da filiação ou que o filho prove a existência da união estável havida entre o suposto pai e sua mãe, para que se estabeleça o liame de filiação, com recurso até mesmo à prova em DNA.

O Código Civil estipulou em seu art. 1.597,<sup>35</sup> incisos III e IV a presunção da filiação em caso de inseminação artificial homóloga *post mortem*, ao dispor: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.

---

<sup>35</sup> Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003) levanta dúvidas sobre a constitucionalidade dos incisos III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil por terem sido incluídos na Câmara dos Deputados sem a ciência, aprovação ou devolução da matéria ao Senado Federal: “Há fundadas dúvidas a respeito da constitucionalidade formal das alterações implementadas na Câmara dos Deputados, considerando que, no exemplo do artigo 1.597, do Código de 2002, os incisos III e IV não foram objeto de apreciação pelo Senado Federal, além do termo “heteróloga” que passou a figurar no inciso V, do mesmo diploma legal”.

De acordo com os novos ditames legais, se o casal recorrer à técnica de inseminação artificial homóloga, o filho nascido por essa técnica será presumidamente concebido na constância do casamento e terá direito à sua filiação, mesmo que seu pai biológico já tenha falecido.

O inciso III do referido diploma legal, ao que parece, confere direito de filiação mesmo na chamada inseminação artificial *post mortem*, que poderá ocorrer, por exemplo, quando o marido deixa seus espermatozoides congelados para uma futura inseminação artificial e se, após a sua morte, sua esposa ou companheira, os utiliza e leva a cabo a gravidez.

Ora, se para engravidar a consorte ou companheira utilizou-se de sêmen de seu marido ou companheiro, é lógico que a inseminação é homóloga, por ter sido feita com os gametas do casal, e, pelo disposto no inciso III, o filho nascido foi presumidamente concebido na constância do casamento.

A presunção de o filho ter sido concebido na constância do casamento é uma presunção *iuris tantum*. Portanto, se restar provado que a concepção se deu após a dissolução do casamento,<sup>36</sup> fica afastada a presunção legal e vedada a imputação do liame de filiação. Da mesma forma é permitido ao suposto pai contestar a presunção estabelecida nos incisos I e II do art. 1.597 do Código Civil, ou seja, se provar que não teve o relacionamento sexual que originou a gravidez, mesmo tendo ocorrido o nascimento da criança nos prazos elencados em lei, afasta a presunção da filiação.

Por óbvio que a inseminação *post mortem* é feita após a dissolução do matrimônio, que ocorre pela morte de um dos consortes e, dessa forma, por ter sido provado que a concepção se deu após a morte do marido, não lhe poderia ser imputada necessariamente à filiação, nos estritos termos do preceito legal.

Deve-se, no entanto, levar em conta que não é pelo simples fato de deixar gametas congelados que necessariamente devem ser imputados ao falecido os liames de filiação de um ser gerado por seu gameta. Primeiro, porque o congelamento dos gametas pode ter sido feito apenas com intuito altruísta de auxiliar casais inférteis; segundo, porque o congelamento pode ter sido feito por precaução do falecido em casos de vir a se submeter a uma quimioterapia, que poderia resultar em sequelas em sua fertilidade, ou, também, por exercer profissões de risco para a fertilidade masculina, como por exemplo, os mergulhadores de altas profundidades ou aqueles que lidam com altos-fornos. Outra hipótese, que pode se somar às anteriores, é o fato de ser

---

<sup>36</sup> Acredita-se que a mesma solução deva se dar nos casos de união estável, observadas as suas peculiaridades.

possível que o cônjuge ou a companheira utilize-se de má-fé na coleta do gameta masculino, com o intuito de utilização futura quando lhe for conveniente, fraudando, assim, a vontade do falecido.

Nos casos, acima elencados, percebe-se a inexistência de um projeto parental por parte do falecido e da intenção de se tornar pai e permitir que seu filho nasça, sabendo, de antemão, que não se conhecerão. Dessa forma, deve-se considerar que não existindo nenhuma manifestação expressa e/ou tácita do falecido quanto à filiação futura, a mesma não lhe poderia ser imputada, justamente pelo fato de já estar falecido quando da concepção e de não restar nenhuma comprovação de sua vontade quanto à aceitação de tal filiação.

O art. 1.599 do Código Civil provoca ainda mais polêmica no assunto quando dispõe que: “A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade”.

Ora, é enorme a chance de o casal buscar apoio nas técnicas de inseminação artificial justamente pelo fato de o marido ser impotente e não conseguir engravidar sua esposa. Dessa forma, há o recurso de se extrair o seu gameta diretamente da bolsa escrotal e colocá-lo em contato com o óvulo de sua esposa para que possa vir a gerar o filho esperado, fato que descredibiliza o art. 1.599, ao confundir os conceitos biológicos de impotência e infertilidade. Contudo, se sua impotência à época da concepção ilide a presunção da paternidade, mais uma problemática se soma à inseminação *post mortem*, justamente pelo fato de, já estando morto, não ser mais potente.

Mesmo com todas as problemáticas acima citadas, pode-se dizer que a filiação, refugindo ao aspecto legal, somente poderia lhe ser imputada caso houvesse provas claras e inequívocas de sua aceitação ao ato da inseminação *post mortem* e de seu querer em se tornar pai dos filhos gerados por seus gametas criopreservados, aceitação esta que poderia ser feita por meio de ato autêntico, seja público ou particular, ou por meio de termo de consentimento informado, ou, ainda, na forma de testamento.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama critica a chamada inseminação *post mortem* e entende que a expressão “mesmo que falecido o marido” somente autoriza o estabelecimento da filiação se ocorrer o nascimento nos 300 dias subsequentes à morte, pois, para ele:

“É relevante anotar que a clausula mesmo que falecido o marido deva ser interpretada tão somente para fins de estabelecimento da paternidade, observado o prazo limite de trezentos dias da morte do ex-marido”.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 953.

### 5.3 Os direitos sucessórios dos filhos havidos por Reprodução Humana Assistida (RHA) homóloga *post mortem*

Verificamos que é necessária a morte de uma pessoa para que seus herdeiros legítimos venham a herdar e para que estes tenham capacidade sucessória é necessário que estejam vivos ou já concebidos ao tempo da morte do autor da herança (art. 1.784 c/c 1.798 do CC/02).

Concluimos, também, que a regra da preexistência não é absoluta, pois a lei atual permite que, por meio de testamento, pessoas que sequer estejam concebidas ao tempo da morte possam vir a herdar, tais como a prole eventual e a pessoa jurídica não constituída e que venha a constituir-se como forma de fundação (art. 1799, I e III do CC/02).

Numa primeira análise, poderíamos concluir que o filho havido por inseminação artificial homóloga *post mortem* não teria direitos sucessórios, pois não estaria nem vivo e nem concebido ao tempo da abertura da sucessão.

Ocorre que a análise dos seus direitos sucessórios deve ter por base não apenas a lei infraconstitucional, mas principalmente os princípios constitucionais que amparam a família e os direitos dos filhos.

A Constituição da República é clara em consignar que os filhos terão os mesmos direitos e qualificações e que são proibidas quaisquer designações discriminatórias em relação aos mesmos, no art 227, § 6º.

Consignamos que o estabelecimento da filiação em face da técnica de reprodução humana assistida *post mortem* necessita de processo judicial e de sentença que assim a estabeleça, justamente para aferir a licitude do procedimento e o desejo do morto de ser pai e de possibilitar o uso de seu material genético após a sua morte. Reconhecido judicialmente como filho terá, nos termos da Constituição da República, os mesmos direitos e deveres que qualquer outro filho havido e não poderá ser discriminado em face de sua origem ou da forma pela qual veio à vida.

Dessa forma, concluimos que se um filho nascer de uma técnica de inseminação homóloga artificial *post mortem* e for reconhecido judicialmente e registrado como filho do autor da herança terá seus direitos sucessórios assegurados, pois a lei infraconstitucional deverá adequar-se aos princípios constitucionais.

Poderíamos até mesmo justificar a assertiva acima por analogia à prole eventual que permite a uma pessoa contemplar filho de outra que sequer está concebida e não seria justo e nem legal privá-lo de contemplar sua própria prole que seria concebida, também eventualmente, com a utilização de seu material genético após a sua morte.

Devemos considerar, ainda, que não ocorre prescrição e nem decadência dos direitos sucessórios, pois não estando o filho nem nascido e nem concebido não lhe poderiam ser imputados tais efeitos, pela sua inexistência e por não ter alcançado a maioridade, nos termos dos arts. 197, inciso II, e 198, inciso I, ambos do CC/02, o que permite o pleito da herança a qualquer momento após o nascimento do filho.

Garantido, portanto, o Direito Sucessório ao filho nascido das técnicas de RHA *post mortem* sua habilitação ou pleito da herança deve observar o que dispõe legislação civil e processual civil, ou seja, se o inventário já estiver findo, com partilha devidamente homologada, o filho deverá pleitear seus direitos sucessórios por meio de petição de herança (art. 1.824 a 1.828 do CC/02) dirigida diretamente contra cada um dos herdeiros contemplados e exigindo-lhes que lhe entreguem seu quinhão devido, seja por meio de entrega de bens herdados, de bens particulares e/ou por meio de pagamento em dinheiro do seu quinhão hereditário. Se o inventário ainda estiver em trâmite quando do nascimento do filho o mesmo, representado por sua genitora, deverá ingressar no inventário por meio de processo de habilitação (arts. 1.055 a 1.062 do CPC) e exigir que seja integrado ao rol de herdeiros para que possa receber sua herança. Em ambos os casos é possível ao filho, pessoalmente ou por intermédio de seu representante legal, em processo autônomo ou incidental, requerer medidas protetivas, cautelares e assecuratórias de seus direitos hereditários.

## 6 CONCLUSÃO

O advento das técnicas reprodutivas tem gerado conflitos jurídicos nas áreas do Direito da Família e das Sucessões, tanto no processo de inseminação homóloga quanto da inseminação heteróloga. No entanto, o maior questionamento é a utilização de sêmen ou de óvulo congelados, que são utilizados após a morte do homem ou da mulher. Para tanto, é necessário que tenha sido deixado um consentimento expresso, autorizando a utilização do material genético após a sua morte. Apenas dessa forma será reconhecida judicialmente a criança nascida por Reprodução Humana Assistida *post mortem*.

Além disso, é necessário ter como base os princípios fundamentais, que buscam preservar a vida, a integridade física e a dignidade da pessoa humana. Assim é necessário considerar os princípios do Direito de Família, como a convivência familiar, pois o nascido por RHA *post mortem* não terá convivência com o seu genitor; o princípio do livre planejamento familiar, pois o congelamento do sêmen ou óvulo não expressa por si só, que o material poderá ser utilizado após a morte de um dos consortes.

Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro sempre se baseou em presunções para o estabelecimento da filiação. Assim, o reconhecimento do filho gerado após a morte do suposto pai será dado apenas por decisão judicial, por esse motivo é necessário analisar a vontade do falecido, por meio de consentimento expresso, para a imputação de paternidade.

Quanto aos direitos sucessórios, o art. 1.798 do Código Civil dispõe que para ser herdeiro é necessário estar vivo ou já concebido no momento da morte do autor da herança. No entanto, a Constituição da República, em seu art. 227, § 6º, prevê que todos os filhos terão os mesmos direitos e que é proibido qualquer tipo de discriminação. Assim, uma vez que o filho nascer por inseminação artificial homóloga *post mortem* e for reconhecido judicialmente como filho do finado pai, terá os seus direitos sucessórios assegurados.

## 7 REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 7 jun. 2014.

BRASIL. Lei n. 4.121 de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 set. 1962. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm) >. Acesso em: 14 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.069, de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 jul. 1990 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.971, de 29 dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 dez. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.278, de 10 maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 maio 1996.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.050, de 14 de novembro de 2000. Altera o art. 1.611 da Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil, estendendo o benefício do § 2º ao filho necessitado portador de deficiência. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 nov. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L10050.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10050.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.html)>. Acesso em: 10 jun. 2014.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda M. F. N. *Direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012.

CHINELATO, Silmara J. A; ALMEIDA. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM 2.013/2013*. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM n. 1.957/10. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2014.

DELFIM, Márcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v.12, n. 65, p.7-19, abr./maio 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito*. Diploma Legal, 2000.

FERNANDES, José de Souza. Bioética, biodireito e religião no diálogo sobre a eutanásia. In: *Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002*, Belo Horizonte, 2004.

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

LEVY, Laura Affonso da Costa. Inseminação artificial *post mortem* e a reflexão constitucional. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v.12, n. 65, p.21-45, abr./maio 2011.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Revis- ta Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, 1º maio 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/527>>. Acesso em: 5 set. 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. Inseminação *post mortem* e seus reflexos no Direito de Família e sucessões. *Revista da ESMESC*, Santa Catarina, v.19, n. 55, p. 9-34, 2012.

OLIVEIRA, Débora Ciocci Alvarez; BORGES JR., Edson. *Reprodução assistida: até onde podemos chegar?* São Paulo: Gaia, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

