



## O DIREITO A SUCESSÃO HEREDITÁRIA DO EMBRIÃO FECUNDADO *POST MORTEM*

Aline Rosa Valcarenghi<sup>1</sup>  
Morgana Henicka Galio<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente artigo visa estudar a legitimidade sucessória do filho concebido após a morte de seu genitor, não deveria existir dúvidas a respeito do direito sucessório do filho concebido *post mortem*, porém, é um tema muito polêmico com inúmeros questionamentos, não estando pacificado na doutrina e nem mesmo na jurisprudência. O Código Civil, estabelece de forma vaga e cautelosa alguns direitos do filho concebido por meio de técnicas artificiais, com as inúmeras lacunas presentes no ordenamento jurídico a solução é o Direito inovar e implantar legislação específica sobre o assunto, resolvendo inúmeros problemas em torno desse assunto. A partir dessa premissa, surge a indagação: O filho gerado pela técnica de reprodução assistida *post mortem* tem direito sucessório? Deste modo, busca-se através deste artigo analisar os direitos sucessórios do embrião fecundado *post mortem*. Para a elaboração do mesmo, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, aplicando a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, a partir de revisão doutrinária, busca em artigos científicos, bem como, a análise sobre a legislação brasileira. Dessa forma, as questões que envolvem os meios de reprodução humana assistida devem ser tratadas com mais seriedade e amparo, buscando solucionar as inúmeras divergências envolvendo estas técnicas, nosso ordenamento jurídico deve progredir criando Lei específica sobre o assunto, acompanhando a intensa evolução da sociedade moderna e consagrando os direitos sucessórios do embrião fecundado *post mortem* como herdeiro legítimo.

**Palavras-chave:** Direito sucessório. Reprodução Assistida. Aspectos do Biodireito e Bioética.

---

<sup>1</sup>Acadêmica do Curso de Direito pela Universidade do Contestado, Campus Concórdia. Santa Catarina. Brasil. E-mail: [alinerosaval@hotmail.com](mailto:alinerosaval@hotmail.com)

<sup>2</sup>Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Professora no Curso de Direito da Universidade do Contestado, Campus Concórdia. Santa Catarina. Brasil. E-mail: [morgana.galio@unc.br](mailto:morgana.galio@unc.br)

## THE RIGHT TO THE HEREDITARY SUCCESSION OF THE FODUSED EMBRYO *POST MORTEM*

### ABSTRACT

This article aims to study the succession legitimacy of the child conceived after the death of his parent, there should be no doubt about the succession right of the son conceived post mortem, however, is a very controversial theme with numerous questions, not pacified in doctrine and not even in jurisprudence. The Civil Code vaguely and cautiously establishes some rights of the child conceived through artificial techniques, with the numerous gaps present in the legal system the solution is the right to innovate and implement specific legislation on the subject, solving numerous problems around this subject. From this premise, the question arises: Does the child generated by the technique of assisted reproduction post mortem have inheritance right? Thus, it seeks through this article to analyze the succession rights of the embryo fertilized post mortem. For the elaboration of the same, the method of deductive approach was used, applying the bibliographic and documentary research technique, based on doctrinal review, search in scientific articles, as well as the analysis on Brazilian legislation. Thus, the issues involving assisted human reproduction should be treated more seriously and supported, seeking to resolve the numerous divergences involving these techniques, our legal system must progress by creating law on the subject, following the intense evolution of modern society and consecrating the succession rights of the embryo fertilized post mortem as a legitimate heir.

**Keywords:** Inheritance right. Assisted reproduction. Aspects of Bio-Bioethics.

### 1 INTRODUÇÃO

Antigamente, a reprodução humana se dava apenas por meio de relação sexual entre homem e mulher. Porém, esse cenário mudou. Com os avanços da ciência surgiram novas técnicas de reprodução humana, por meio de congelamento de material genético e de fecundação fora do útero (fecundação in vitro).

Nesse sentido, o presente artigo abordará a gestação post mortem, em que o direito sucessório do embrião fecundado post mortem é uma problemática relativamente nova, visto não ter uma base legal concreta sobre o mesmo, nem mesmo uma corrente majoritária ou jurisprudencial acerca do assunto. O pouco que a doutrina trata, é com posicionamentos diversos.

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.597 trata sobre as possibilidades de filiação decorrentes de técnicas de reprodução assistida, nos incisos III, IV e V

garantindo a presunção de concepção na constância do casamento aos filhos oriundos de fecundação, inseminação ou concepção artificial.

Por outro lado, o Código Civil em seu artigo 1.798 trata de forma estrita que se legitimam a suceder aqueles que eram nascidos ou ao menos concebidos na abertura da sucessão. Assim surge o questionamento: O filho gerado pela técnica de reprodução assistida post mortem tem direitos sucessórios?

A grande maioria da doutrina civilista, com base na atual redação do artigo 1.799, I do Código Civil, defende a ideia que post mortem poderá herdar caso seja contemplado em testamento. Sendo herdeiro testamentário e não legítimo. As demandas judiciais em torno da referida questão aumentam constantemente, visto que a legislação não acompanha os avanços destas técnicas de reprodução assistidas e suas consequências jurídicas. Assim, o objetivo desta pesquisa é analisar os direitos sucessórios do embrião fecundado post mortem.

Para a realização da pesquisa e elaboração do presente artigo, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, aplicando a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, a partir de revisão doutrinária, busca em artigos científicos, bem como, a análise sobre a legislação brasileira.

## 2 ASPECTOS RELEVANTES DO DIREITO SUCESSÓRIO

O Direito das Sucessões é composto por normas, que regem a transferência do patrimônio de alguém após sua morte, abrange os valores e as dívidas deixadas pelo falecido. O Código Civil trata sobre o Direito das Sucessões em seu Livro V, regulado nos (artigos 1.784 a 2.027), sendo consagrado também o direito à herança pela Constituição Federal em seu (artigo 5º, incisos XXII, XXIII e XXX).

Conforme Lisboa<sup>3</sup>: “Sucessão, em sentido amplo, é a substituição da pessoa física ou da pessoa jurídica por outra, que assume todos os direitos e obrigações do substituído ou sucedido, pelos modos aquisitivos existentes”. No mesmo sentido, Venosa<sup>4</sup> discorre que: “ Suceder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos

---

<sup>3</sup>LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**: Direito de família e sucessões. 5. v. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339.

<sup>4</sup>VENOSA, Silvío de Salvo. **Direito civil**: Direito das sucessões. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2009, p 1 -2.

fenômenos jurídicos. Na sucessão existe uma substituição do titular de um direito. Esse é o conceito de sucessão no direito”.

É a partir deste momento que os direitos e obrigações deixados como herança são transmitidos aos herdeiros legítimos e testamentários<sup>5</sup>. Compreendendo o texto legal, é a partir da morte do autor que ocorre a transmissão da herança, aplicando-se o chamado princípio da Saisine, conforme explica Maria Helena Diniz<sup>6</sup>, ser a morte a pedra angular de todo o direito sucessório, vez que ela determina a abertura da sucessão. Não se compreende, neste quadrante, tal instituto sem o óbito do *de cuius*, dado que não há herança de pessoa viva.

Concebe entendimento sobre o instituto o Supremo Tribunal da Justiça:

O Princípio da Saisine, corolário da premissa de que inexistente direito sem o respectivo titular, a herança, compreendida como sendo o acervo de bens, obrigações e direitos, transmite - se, como um todo, imediata e indistintamente aos herdeiros. Ressalte-se, contudo, que os herdeiros, neste primeiro momento, imiscuir-se-ão apenas na posse indireta dos bens transmitidos. A posse direta ficará a cargo de quem detém a posse de fato dos bens deixados pelo de cuius ou do inventariante, a depender da existência ou não de inventário aberto<sup>7</sup>.

A sucessão dá-se pela prática testamentária prevalecendo a vontade do falecido, ou pela forma legítima que decorre da lei. Sobre a sucessão testamentária preceitua Gagliano:

A mudança na ordem dos fundamentos jurídicos da sucessão (na codificação anterior, falava-se, primeiramente, em disposição de última vontade, para depois falar da lei), ainda que possa ser considerada “cosmética”, revela a consciência do legislador de que, de fato, no Brasil, ainda não há uma cultura disseminada da prática testamentária, estando os efeitos do fato jurídico da morte normalmente disciplinados pela norma legal, e não pela autonomia privada.<sup>8</sup>

Pode-se perceber, os inúmeros problemas que as técnicas de reprodução humana enfrentam no cenário sucessório brasileiro. Conforme o artigo 1.794 do

---

<sup>5</sup> **Art. 1.784.** Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

<sup>6</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito das sucessões.** 6 v. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 23

<sup>7</sup> Superior Tribunal de Justiça (Brasil), Recurso Especial nº 1.125.510 - RS (2009/0131588-0), 3ª Turma, relator Ministro Massami Uyeda, DJe: 19/10/2011.

<sup>8</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: Direito das sucessões.** 7.v. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.79.

Código Civil, a legitimidade sucessória depende da existência da pessoa quando da abertura da sucessão, seja estando viva, seja estando concebida.

## 2.1 ESPÉCIES DE SUCESSÃO

O Código Civil contempla duas formas de sucessão: a legítima e a testamentária. Sucessão legítima ou *ab intestato* é aquela que decorre de lei cogente que estabelece quais pessoas têm o direito de suceder, em conformidade com a ordem de vocação hereditária disposta pelo legislador<sup>9</sup>.

Assim, o artigo 1.845 do Código Civil estabelece a seguinte ordem hereditária: descendentes, os ascendentes, o cônjuge e colateral até o quarto grau, concorrendo com os descentes o cônjuge, exceto nos casos da comunhão universal, separação obrigatória de bens, ou se o autor da herança não deixar bens particulares e o regime for de comunhão parcial.

Com efeito, a denominada “Sucessão Legítima” traduz o conjunto de regras que disciplina a transferência patrimonial *post mortem*, sem a incidência de um testamento válido.<sup>10</sup>

Regra geral, não existindo testamento a sucessão será legítima, seguindo as regras quanto a vocação hereditária prevista no Código Civil. Conforme estabelece o Código Civil, no artigo 1.788: “Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”.

Conforme Lisboa:

O testador, ao elaborar o testamento, poderá expressamente excluir os herdeiros não necessários da sucessão. Já os herdeiros necessários somente poderão ser excluídos pela vontade do testador de forma justificada, à luz da legislação vigente, através da cláusula testamentária de deserdação.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup>LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**: Direito de família e sucessões. 5. v. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.373.

<sup>10</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze. 2018, p 191.

<sup>11</sup>LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**: Direito de família e sucessões. 5. v. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.379.

Assim, a sucessão testamentária é a forma de transmissão do patrimônio que deriva da vontade do *de cujos*, após sua morte. Seguindo formalidades de acordo com o Código Civil<sup>12</sup>.

A sucessão testamentária decorre do ato revogável de última vontade, contemplando a totalidade dos bens, ou parte deles, assim como as dívidas deixadas a partir da sua morte<sup>13</sup>. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

Nesta linha explica Gagliano:

Contudo, tal disposição de bens, por vezes, não poderá ser total, quando houver a necessidade de preservação da legítima, na forma do § 1.º do mencionado dispositivo. A disposição, portanto, somente se dará de forma total quando inexistirem herdeiros necessários (descendentes, ascendentes ou cônjuge).<sup>14</sup>

O testamento, obedece à regra geral que abrange todos os negócios jurídicos, segundo o artigo 104 do Código Civil: “A validade do negócio jurídico requer, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei”. Conforme menciona Rodrigues:

A capacidade para testar deve ser aferida no momento em que o testamento é elaborado, pois a incapacidade superveniente não invalida o testamento eficaz, nem o testamento feito por alguém, enquanto incapaz, valida-se com a superveniência da capacidade (CC, art. 1.861).<sup>15</sup>

Ademais, o testamento deve seguir todos os quesitos estabelecidos na legislação, para garantir de maneira segura e correta a última vontade deixada pelo autor, visto a impossibilidade de alteração do mesmo.

---

<sup>12</sup> **Art. 1.789.** Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança. Art. 1.857. [...] § 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

<sup>13</sup> **Art. 1.857.** Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

<sup>14</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: Direito das sucessões.** 7.v. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.258.

<sup>15</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Direito das sucessões.** 7.v. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.150.

## 2.2 QUANTO AOS EFEITOS DA SUCESSÃO

A sucessão divide-se quanto aos efeitos, em título universal e singular, sendo classificada como legítima a título universal, sendo o sucessor, herdeiro, diferentemente da sucessão testamentária, que pode ser classificada tanto a título universal, quanto singular, sendo o sucessor, herdeiro ou respectivamente legatário.

Quanto aos seus efeitos, menciona Diniz<sup>16</sup> “predomina, na tradição do nosso direito das sucessões, a sucessão legítima, em razão da marcante influência do elemento familiar na formação desse ramo do direito entre nós. A sucessão legítima é a regra, e a testamentária, a exceção”.

Ademais, a sucessão legítima ou também chama de sucessão *ad intestato*, é a sucessão que decorre da lei, seguindo a ordem estabelecida no artigo 1829<sup>17</sup> do Código Civil, podendo esta ordem ser alterada em casos específicos.

Nas palavras de Gonçalves<sup>18</sup> “dá-se a sucessão a título universal quando o herdeiro é chamado a suceder na totalidade da herança, fração ou parte alíquota (porcentagem) dela. Pode ocorrer tanto na sucessão legítima como na testamentária”.

Já a sucessão a título singular, deriva unicamente de testamento estando limitada ao que foi determinado, conforme explica Rodrigues<sup>19</sup> “a sucessão se processa a título singular quando o testador se dispõe a transferir ao beneficiário um bem determinado, como, por exemplo, na cláusula testamentária que deixa a alguém um automóvel, determinado prédio, certas ações de companhia etc.”.

Além do mais, na sucessão a título singular, o herdeiro recebe uma porção de bens determinados, que é chamada de legado, diante disso, o sucessor é caracterizado como herdeiro legatário.

---

<sup>16</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito das sucessões**.6. v. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.19.

<sup>17</sup> **Art. 1829.** A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

<sup>18</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito das sucessões**. 7.v. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.44.

<sup>19</sup> RODRIGUES, Silvío. **Direito civil: Direito das sucessões**. 7.v. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.17.

### **3 DIREITO À SUCESSÃO HEREDITÁRIA DO EMBRIÃO FECUNDADO *POST MORTEM***

Desde a antiguidade, um dos maiores e mais importante pilar do Direito é a família como um todo, onde sua formação e desenvolvimento mudam constantemente motivados pelo desejo de gerar uma nova vida.

Ademais, muitos casais encontram dificuldades para engravidar, em virtude de vários problemas como exemplo a infertilidade<sup>20</sup>, a incapacidade de procriar constitui para muitos uma prolongada crise na vida e este estresse resulta em morbidade emocional e problemas interpessoais. O desejo de prole pode ser um instinto herdado, e a reprodução como um objeto essencial da vida tornou-se implícito já nos primórdios dos processos de socialização, como observado em citações bíblicas.

Em decorrência disso, várias são as técnicas utilizadas para resolver o problema de fertilidade<sup>21</sup>, o primeiro caso registrado foi em 1791, praticado pelo médico inglês John Hunter, após seguiram-se vários casos esparsos.

No início do século XX em decorrência do desenvolvimento de inúmeras técnicas científicas, buscando harmonizar os avanços médicos com os direitos da pessoa humana, foi consagrado o surgimento da Bioética. Assim, Wolkmer e Leite mencionam:

[...] a necessidade da reatualização da ética da vida humana se delinea ao término da primeira metade do século XX, quando a opinião pública mundial teve conhecimento das intervenções desumanas de médicos e de pesquisadores alemães durante o regime nazista. Este é então o marco protobioética. Com efeito, o julgamento de Nuremberg, em 1945, finda a Segunda Guerra Mundial, revelou ao mundo os abusos contra a humanidade realizados em nome da ciência e da tecnologia nos campos de concentração de prisioneiros.<sup>22</sup>

O constante crescimento das ciências e tecnologias a partir de meados do século XX resultou no desenvolvimento da bioética, preocupando os profissionais de diversas áreas como Filosofia, Medicina, Direito, porém, o ramo jurídico, ainda não

---

<sup>20</sup> PETRACCO, Álvaro; BADALOTTI, Mariangelo; ARENT, Andriana Cristine. Bioética e reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes temas da atualidade: Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 01.

<sup>21</sup> OLIVEIRA; BORGES JR. **Revista IBDFAM: Família e sucessões**. 12. Ed, 2015, p. 43.

<sup>22</sup> WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (organizadores). **Os “novos” direitos no Brasil: Uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 259.



avançou o necessário, para a solução de problemas que podem surgir em decorrência da utilização de novas técnicas.

É evidente que o Direito não consegue acompanhar os avanços da medicina, sobre isso contempla Moraes<sup>23</sup>, "é notório que o Direito, ciência mais estagnada que a Medicina, por sua própria natureza, não tenha acompanhado, lado a lado, a evolução das técnicas de reprodução assistida".

A exigência social de uma resposta por parte do Direito a estes novos problemas, para alguns, significa a exigência de um biodireito, um possível novo ramo, que envolve a análise jurídica de diversos dilemas bioéticos<sup>24</sup>.

A bioética e o biodireito devem andar juntos, assegurando os direitos de todos que estão envolvidos nos avanços tecnológicos e medicinais, mas os principais de todos, assegurar de maneira eficaz a dignidade humana e o direito à uma vida digna.

Com as inúmeras mudanças no cenário familiar, as técnicas de reprodução humana *post mortem* são permitidas e possíveis. No entanto, esses procedimentos vêm sendo muito discutidos no âmbito jurídico, visto ter muitos questionamentos que implicam severamente no Direito de Família e Sucessões.

### 3.1 A UTILIZAÇÃO DO MATERIAL GENÉTICO PARA FECUNDAÇÃO POST MORTEM

A reprodução humana abrange inúmeras técnicas, sendo a inseminação *post mortem* o procedimento que tem gerado o maior número de questionamentos e posições contrárias nas opiniões dos doutrinadores. Nesse sentido, a inseminação *post mortem* sempre representou um enorme desafio, tanto para os envolvidos na área da ciência e medicina quanto para os juristas.

Ademais, existe inúmeras divergências no cenário jurídico em torno da reprodução humana,<sup>25</sup> ao manifestar-nos contrários à prática referida, que viola a sequência natural das coisas na Terra, deixamos reafirmada a advertência de que o homem deve respeitar a natureza, a vida humana e seus limites e os valores outros

---

<sup>23</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 61.

<sup>24</sup>GOZZO, Débora; LIGEIRA Wilson Ricardo (organizadores). **Bioética e direitos fundamentais: Bioética**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.148.

<sup>25</sup>LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 335.

que, ínsitos em sua personalidade lhes possibilitam uma existência normal e compatível em sociedade.

Diversos são os entendimentos, em torno da reprodução humana assistida e principalmente nos casos da inseminação *post mortem*, com base no artigo 227 da Constituição Federal de 1988: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança [...] com absoluta propriedade, o direito à [...] convivência familiar [...]”. Compreendendo que o legislador se referiu a total importância de ter a presença materna e paterna. Não tendo a mulher motivos e direito, sem a presença da figura paterna realizar a fecundação *post mortem*.

Diante da divisão de posicionamentos dos doutrinadores contra ou a favor desta, contribui de forma favorável Gonçalves:

São iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial, homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “concebidos na constância do casamento”, não se justifica a exclusão de seus direitos, sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, § 6º, da Constituição Federal.<sup>26</sup>

A inseminação artificial *post mortem*, gera inúmeras dúvidas e posicionamentos divergentes, estando essas divergências em desacordo com os direitos deste embrião e do livre planejamento familiar previsto no Código Civil, visto que, fica claro a existência da vontade dos pais de gerar uma vida, fruto da sua relação.

Ainda, conforme afirma Leite<sup>27</sup> “a inseminação *post mortem* não se justifica porque não há mais o casal, e poderia acarretar perturbações psicológicas graves em relação à criança e à mãe, concluindo quanto ao desaconselhamento de tal prática”.

Analisando outro aspecto, a Constituição Federal é a lei maior e mais importante do ordenamento jurídico brasileiro, seus princípios são consagrados e devem ser respeitados, diante disso, partimos da premissa que está estabelecido nos princípios constitucionais o direito à vida, liberdade, entre outros. Desta forma, a Constituição Federal deve ser a base e o pilar para a resolução dos litígios e dúvidas que envolvam esses assuntos.

---

<sup>26</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.20.

<sup>27</sup>LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.154-155.

Contribui com esse entendimento Canotilho e Moreira:

Deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competência, direitos, garantias e deveres dos cidadãos.<sup>28</sup>

Ademais, com base no artigo 226, §4 da Constituição Federal de 1988, o planejamento familiar é de livre decisão, vedada qualquer intervenção do Estado ou do particular, tendo a mãe total liberdade e direito constitucional para assegurar os rumos e decidir livremente sobre a implantação do embrião no seu útero mesmo após o falecimento do pai biológico.

Monteiro preceitua que:

A fecundação ou inseminação homóloga é realizada com sêmen originário do marido. Neste caso, o óvulo e o sêmen pertencem à mulher e ao homem, respectivamente, pressupondo – se, in casu, o consentimento de ambos. A fecundação ou inseminação artificial post mortem é realizada com embrião ou sêmen conservado, após a morte do doador, por meio de técnicas especiais.<sup>29</sup>

Conforme citado, a solução da paternidade nos casos de inseminação *post mortem* são relativamente simples, onde o doador do sêmen será o pai (marido) mesmo que falecido, tendo sua identificação genética e ter declarado seu consentimento para a realização das técnicas.

Trata a Resolução 2.121/15, do Conselho Federal de Medicina (CFM) 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.”.

Nesse mesmo sentido, estabelece o Conselho da Justiça Federal, em seu Enunciado 106:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo

---

<sup>28</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 41.

<sup>29</sup>MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil: Direito de Família**. v.2, 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.307.

obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Logo, percebe-se que tanto o Conselho da Justiça Federal como a Resolução do Conselho Federal de Medicina, admitem a utilização do sêmen post mortem, desde que, conste por escrito a autorização do marido, estando de acordo com o Estatuto de Ética Médica e com a Resolução n. 2.121/15 do CFM que é a única norma concretizada em nosso ordenamento jurídico.

Contribuindo a respeito do tema, preceitua, Dias:

Na **concepção homóloga** (grifo do autor), não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação post mortem. A norma constitucional que consagra a igualdade de filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários<sup>30</sup>.

Fica claro, que diante da complexidade e dos dilemas que se encontra a reprodução humana assistida, resta ao ramo jurídico avançar e acompanhar a ciência evitando inúmeras problemáticas e não querer frear os avanços que veem ocorrendo em prol da humanidade.

Em suma, ao embrião resultante da reprodução homóloga *post mortem* são assegurados todos os direitos para desenvolvimento de sua personalidade, como expressão de sua dignidade e os direitos patrimoniais, após nascimento com vida, especialmente o sucessório, considerando a descendência biológica, sendo proibidas, por comando constitucional, quaisquer distinções entre filhos (art. 227, *caput*, da CF/1988).<sup>31</sup>

Ainda, para contribuir com o entendimento da importância deste assunto, tem-se decisão proferida na 13ª Vara Cível de Curitiba (PR) em meados de 2010<sup>32</sup>, onde a professora Katia Lenerneier, ganhou na justiça o direito de usar o sêmen congelado

---

<sup>30</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p 123.

<sup>31</sup>DUFNER Crepaldi Khoury Samantha. Reprodução Assistida Homóloga *Post Mortem* e a Colisão da Dignidade Humana. **Revista De Direito Constitucional E Internacional RDCI**, 86, jan./mar. 2014, p 159.

<sup>32</sup>COLLUCCI, Cláudia. **Mulher pode ter filho de marido morto**. São Paulo: Folha de São Paulo, 25 de maio de 2010. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2505201006.htm>> acesso em 25 ago. 2019.

do companheiro, conforme detalhes relatados pela mesma, ao Jornal Folha de São Paulo:

Quis dar continuidade ao nosso sonho de ter filhos fazendo uma inseminação com o sêmen congelado. Mas, ao procurar o laboratório onde está o esperma de Niels, ela soube que não poderia utilizá-lo porque não havia um consentimento prévio do marido liberando o uso após sua morte. O laboratório alegou razões éticas para justificar a recusa.

Fica evidente que os meios de reprodução assistida, representam enorme grandeza nos avanços medicinais, porém envolvem a vida humana e devem ser tratados de maneira mais ampla e segura pelo nosso ordenamento jurídico, possibilitando maior proteção legal.

### 3.2 LEGITIMIDADE PARA SUCEDER

Preceitua o Código Civil de 2002, em seu Título I o direito das sucessões. O artigo 1.798, estabelece que: “Legitimam-se para suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” e em seu artigo 1.597, III, trata que: “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.

O artigo 1.799 do Código Civil traz algumas exceções à regra, no inciso I, trata dos filhos ainda não concebidos, permitindo a instituição em favor da prole eventual, restrita aos filhos, por pessoa indicada pelo testador e que esteja viva ao abrir-se a sucessão. Salvo ordem testamentária, o juiz poderá nomear curador conforme o artigo 1.775 do Código Civil.

Nesse sentido explica Nader:

A sucessão legítima se faz sempre a título universal. Os herdeiros participam da totalidade do ativo e passivo, excetuados os bens comprometidos com legados, mediante quotas. A testamentária pode realizar-se a título universal ou singular. Geralmente o testador contempla o beneficiário com determinados bens, hipóteses em que se configura o legado.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup>NADER, Paulo. **Curso de direito civil: Direito das sucessões**. 6. v. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.36.

A transmissão da herança ocorre em virtude da morte (artigo 1.798 do Código Civil). Participando da mesma, as pessoas descritas no artigo 1.798 do Código Civil, não se enquadrando como herdeiro legítimo, o embrião fecundado *post mortem*.

Conforme preceitua Gonçalves:

A questão, no entanto, é tormentosa e cabe à doutrina e à jurisprudência fornecer subsídios para a sua solução. A doutrina brasileira inclina-se no sentido de negar legitimação para suceder os filhos havidos por métodos de reprodução assistida, que na hipótese de a morte do ascendente preceder à concepção, quer na de implantação de embrião depois de aberta a sucessão. Solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*.<sup>34</sup>

Esta distinção de legitimidade para suceder está em desacordo com o direito de igualdade entre os filhos, onde o filho concebido *post mortem*, deve ter os direitos resguardados igualmente aos já nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão. Assim nas palavras de Gonçalves:

Não há como esquivar-se, todavia, do disposto nos arts. 1.597 do Código Civil e 227, § 6º, da Constituição Federal. O primeiro afirma que se presumem “concebidos” na constância do casamento “os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido” (inciso III). O segundo consagra a absoluta igualdade de direitos entre os filhos, proibindo qualquer distinção ou discriminação.<sup>35</sup>

Além do mais, não deveria existir conflitos e dúvidas em nosso ordenamento jurídico sobre a legitimidade sucessória do embrião fecundado *post mortem*, ao nascer com vida o mesmo terá seus direitos e total arbítrio para exercer sua vida de forma digna, para consagrar a dignidade humana e seus direitos fundamentais, deve ocorrer o avanço no meio jurídico para solucionar as inúmeras lacunas existentes. Em concordância com o assunto, contempla Nóbrega:

Com a devida vênia, a harmonização dos arts. 1.597, III e 1.798 do CCB faz concluir que a concepção destes filhos havidos por fecundação artificial homóloga tenha a retroação do momento de sua concepção ao tempo em que seus genitores tinham vincula de cônjuges (na constância do casamento)

---

<sup>34</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: Direito das sucessões. 7.v. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p76.

<sup>35</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. 2017, p.76.

e, portanto, por presunção, retroajam à época em que seu genitor estava vivo, sendo legítimos sucessores.<sup>36</sup>

Ademais, considerando a composição do Direito brasileiro, o concebido *post mortem* é filho, devendo ser resguardado as condições de herdeiro legítimo independente de autorização deixada pelo genitor.

Faz-se necessária, portanto, uma mudança legislativa, a fim de incluir previsão legal acerca das garantias concretas do embrião fecundado *post mortem*, considerando que esta técnica vem sendo utilizada com grande frequência por casais que congelam o material genético para uma futura gestação, e os direitos desse embrião devem ser resguardados de uma forma garantidora.

#### 4 CONCLUSÃO

A realidade social da utilização das técnicas de reprodução assistida está aumentando constantemente, de modo que, as pessoas acessam a estes meios de fecundação para solucionar problemas de infertilidade.

Neste contexto, discute-se as consequências da fecundação *post mortem* do embrião com sêmen do marido falecido, nos casos em que comprovadamente havia uma relação conjugal entre o casal baseado no sonho de estabelecerem uma filiação.

A premissa principal do assunto tratado é sobre a questão da legitimidade sucessória para essas questões que envolvem os meios de reprodução assistida frente o surgimento de uma vida e a consagração de suas garantias fundamentais, visto que, não se deve partir para uma perda da ética e da dignidade humana.

Ademais, sob a perspectiva do cenário em que vivemos e analisando os artigos vigentes do Código Civil (1597, III, e 1798), o concebido *post mortem* por meios de fecundação artificiais é filho, não devendo existir distinção e dúvidas sobre seus direitos sucessórios.

Registra-se, que os posicionamentos doutrinários são diversos, tendo doutrinadores que partem da premissa que o embrião fecundado *post mortem* não terá legitimidade para suceder ou terá seus direitos sucessórios resguardados se for

---

<sup>36</sup> NÓBREGA, Guimarães Alexandre Dario. A Reprodução Humana Assistida *Post Mortem* e o Direito Sucessório do Concebido – uma Interpretação Constitucional da Legitimidade Sucessória a partir do Princípio da Isonomia. **Revista IOB de Direito de Família**, 55, Agosto-Setembro, 2009, p137.

contemplado com testamento, além do mais, estamos diante de uma drástica omissão legislativa que acarreta em inseguranças jurídicas.

Frise-se, que o ordenamento jurídico brasileiro está atrasado quando comparado com os avanços sociais, não podemos admitir que o filho concebido *post mortem* seja tratado de forma inferior aos demais, as garantias consagradas em nossa Constituição Federal são maravilhosas e devem ser respeitadas.

Por fim, as questões que envolvem os meios de reprodução humana assistida devem ser tratadas com mais seriedade e amparo, buscando solucionar as inúmeras divergências envolvendo estas técnicas, nosso ordenamento jurídico deve progredir criando Lei específica sobre o assunto, acompanhando a intensa evolução da sociedade moderna e consagrando os direitos sucessórios do embrião fecundado *post mortem* como herdeiro legítimo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 4 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº. 8.069**, de 13 de Julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)> Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº. 9.263**, de 12 de Janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm)> Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 99.710**, de 21 de Novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)> Acesso em: 26 nov. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

COSTA, Judith Martins; MÖLLER, Letícia Ludwig (organizadores). **Bioética e responsabilidade**: Bioética. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.



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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito das sucessões**. 6. v. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito das sucessões**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 6. v.

DUFNER Crepaldi Khoury Samantha. Reprodução Assistida Homóloga *Post Mortem* e a Colisão da Dignidade Humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional RDCI**, 86, jan./mar. 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 7. v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Coleção sinopses jurídicas: Direito das sucessões**. 4. v. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito das sucessões**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 7. v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOZZO, Débora; LIGEIRA Wilson Ricardo (organizadores). **Bioética e direitos fundamentais: Bioética**. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: Direito de família e sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 8.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil: Direito de Família**. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

COLLUCCI, Cláudia. **Mulher pode ter filho de marido morto**. São Paulo: Folha de São Paulo, 25 de maio de 2010. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2505201006.htm>> acesso em 25 ago. 2019.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: Direito das sucessões**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7.

NÓBREGA, Guimarães Alexandre Dario. A Reprodução Humana Assistida *Post Mortem* e o Direito Sucessório do Concebido – uma Interpretação Constitucional da Legitimidade Sucessória a partir do Princípio da Isonomia. **Revista IOB De Direito de Família**, n. 55, ago./set/, 2009.

PETRACCO, Álvaro; BADALOTTI, Mariangelo; ARENT, Andriana Cristine. Bioética e reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes temas da atualidade**: Bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: Direito das sucessões. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 7. v.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Direito civil**: Estatuto da reprodução assistida. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito das sucessões. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (organizadores). **Os “novos” direitos no Brasil**: Uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

**Artigo recebido em:** 13/09/2019

**Artigo aceito em:** 01/11/2019

**Artigo publicado em:** 16/12/2019