

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ  
XXV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO CURITIBA**

**ANA CAROLINA SOUZA ANDRADE**

**A SUCESSÃO LEGÍTIMA DO FILHO CONCEBIDO APÓS A MORTE DO PAI**

**CURITIBA  
2007**

**ANA CAROLINA SOUZA ANDRADE**

**A SUCESSÃO LEGÍTIMA DO FILHO CONCEBIDO APÓS A MORTE DO PAI**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Marcos Alves da Silva

**CURITIBA  
2007**

## TERMO DE APROVAÇÃO

ANA CAROLINA SOUZA ANDRADE

A SUCESSÃO LEGÍTIMA DO FILHO CONCEBIDO APÓS A MORTE DO PAI

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Curitiba, de de 2007.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>2 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A MODERNIDADE</b> .....	8
<b>3 A FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL E SEUS EFEITOS JURÍDICOS</b> .....	10
3.1 ASPECTO HISTÓRICO.....	10
3.2 A FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL <i>POST MORTEM</i> : O CASO DO “AFFAIR PAPPALAI”.....	12
3.3 A FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i> E A PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE DO ARTIGO 1597, III, DO CÓDIGO CIVIL.....	14
<b>4 O EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO</b> .....	19
4.1 O EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO E O ARTIGO 1597, IV DO CÓDIGO CIVIL.....	19
4.2 O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO APÓS A MORTE DO PAI.....	22
4.2.1 O Direito Sucessório.....	23
4.2.2 Direito Comparado.....	25
4.2.3 A Sucessão Legítima Na Reprodução Assistida <i>Post Mortem</i> .....	26
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	30
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	34

## RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de expor, doutrinariamente, as correntes que tratam da omissão legislativa quanto á sucessão legítima do filho concebido após a morte do pai. Os avanços científicos não tiveram um acompanhamento eqüitativo do nosso ordenamento jurídico, e por isso, busca-se nas correntes doutrinárias uma alternativa que resolva o impasse da concepção *post mortem* no âmbito sucessório. Porém, é necessário que se atente tanto aos direitos da criança concebida após a morte do pai, fruto de inseminação artificial homóloga, quanto aos dos demais herdeiros legítimos que também não podem ter sua segurança jurídica afetada por uma eventual inseminação realizada a qualquer tempo.

Palavras-chave: inseminação artificial homóloga *post mortem*; sucessão legítima; princípio da igualdade.

## 1 INTRODUÇÃO

As revoluções tecnológicas, biológicas e sociais implicam em constantes mudanças no Direito. Porém, em virtude dos trâmites prolongados para a publicação das leis, o ordenamento jurídico não acompanha essas evoluções com a mesma velocidade.

O Direito de Família é um dos que mais sofre transformações por estar intimamente ligado às relações interpessoais. A figura de uma família sempre constituída por um pai, uma mãe e seus filhos já não é a predominante nos dias atuais. O divórcio, a busca pela igualdade de condições profissionais e pessoais entre homens e mulheres, a liberdade sexual e outros fatores oriundos da modernidade contribuíram de forma profunda para que a entidade familiar não fosse somente aquela constituída por pais casados e seus filhos.

Com a Constituição Federal de 1988, reconheceu-se a união estável como uma entidade familiar e também a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes. Consequentemente, a constitucionalização do Direito Civil veio contribuir para a proteção dos novos paradigmas das relações sociais.

O avanço científico das técnicas de reprodução humana faz parte dessas mudanças de paradigmas ao criarem novas possibilidades na formação de famílias. Porém, ao mesmo tempo em que representam um grande avanço tecnológico com efeitos no âmbito jurídico, não possuem legislação específica que institua seus limites e efeitos. A fecundação artificial homóloga realizada *post mortem* é exemplo de evolução científica que ainda não fora regulamentada de forma concisa e completa, faz-se menção à sua possibilidade, porém não há alusão exata a suas

possibilidades e efeitos. Com isso surgem inúmeras opiniões doutrinárias que procuram superar essa omissão legislativa, principalmente na questão do parentesco e do âmbito sucessório.

Neste trabalho faz-se menção a algumas das opiniões doutrinárias e suas divergências no tocante à inseminação *post mortem* enfatizando a sucessão legítima do filho concebido por esta técnica. As discussões são diversas e demonstram a urgente necessidade de regulamentação em nosso ordenamento jurídico, visto que, as evoluções científicas se intensificam cada vez mais e é inaceitável que um ordenamento não acompanhe as conseqüentes evoluções sociais.

## **2 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A MODERNIDADE**

O Código Civil de 2002 é proveniente de um projeto de lei que foi apresentado ainda em 1975. Nesta época, as evoluções tecnológicas e sociais de hoje sequer haviam sido imaginadas. Durante os vinte e sete anos passados entre a apresentação do projeto e sua publicação, diversas foram as mudanças ocorridas em nossa realidade. Dessa forma, muitas das discussões atuais nas relações privadas encontram-se em conflito com o que está previsto no Código e outras são por este omitidas.

O Projeto do Novo Código Civil foi elaborado sob a presidência e coordenação de Miguel Reale tendo presentes na Comissão outros juristas de renome como José Carlos Moreira Alves, Sylvio Marcondes e Torquato Castro.

Sylvio Rodrigues observou que a parte do Direito de Família do Projeto do Novo Código já era obsoleta quando o texto foi encaminhado para o Senado Federal<sup>1</sup>.

Nas palavras de Reale:

“Se considerarmos que, depois, houve a apreciação de mais de mil emendas na Câmara dos Deputados, e de mais de quatrocentas no Senado Federal, com novo retorno à Câmara dos Deputados, para novos estudos e discussões, pode-se proclamar o caráter coletivo que veio assumindo o Projeto, não se perdendo, ao longo de mais de três décadas, oportunidade alguma para atualizá-lo, em razão de fatos e valores supervenientes, como se deu, por exemplo, com as profundas alterações que a Constituição de 1988 introduziu em matéria de Direito de Família.”<sup>2</sup>

O relatório do senador Josaphat Marinho faz menção às mudanças constitucionais:

“A Constituição de 1988, precisamente, é que provocou profunda modificação do Projeto, na parte do Direito de Família. Considerando a família base da sociedade, sob especial proteção do Estado, deu-lhe

---

<sup>1</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Biodireito e o Novo Código Civil**. Disponível em: [http://www.uniandrade.br/cep/download/pdf/Biodireito\\_novo\\_codigo\\_civil.pdf](http://www.uniandrade.br/cep/download/pdf/Biodireito_novo_codigo_civil.pdf). Acesso em 23/09/2007.

<sup>2</sup> REALE, Miguel. **Visão geral do novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>. Acesso em: 05/09 2007.



amplitude singular. Não a conceitua mais como originária apenas do casamento. A este prestigiando, até com a gratuidade de sua celebração, inovou com o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. E recomenda que se lhe facilite a conversão em casamento. (...) Ao lado de outras prescrições protetoras da organização familiar, a Constituição estipula que a adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiro. Por fim, vencendo preconceitos, assenta que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, §§ 5º e 6º). Tais cláusulas, de largo sentido social e de direito justo, repercutiram extensa e intensamente no Projeto, em todo o texto sobre a família. As regras pertinentes à sociedade conjugal tiveram que ser ajustadas, com rigor maior, ao princípio de igualdade entre o homem e a mulher. Acentuou-se que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade dos cônjuges, e institui a família (art. 1.509). (...)<sup>3</sup>

Assim, o Código Civil teve de ser reformulado nas disposições de Direito de Família e conseqüentemente no âmbito sucessório. Porém, embora se tenha procedido algumas alterações, o Código Civil ao ser publicado continuara a se omitir no tocante às inovações em reprodução assistida, fazendo apenas uma breve menção às novas técnicas ao considerar a paternidade presumida em alguns casos e ao dispor de maneira concisa sobre a sucessão testamentária na reprodução assistida.

Para Silvio de Salvo Venosa:

“O Código Civil de 2002 não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata a existência da problemática e procura dar solução exclusivamente ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por opção do legislador”<sup>4</sup>

O Direito de Família em si tem sido objeto de discussões quanto à possibilidade de criação de um Código próprio. Mesmo antes da publicação do Código Civil de 2002 já se buscava fundamentos para uma codificação específica.

---

<sup>3</sup> Trecho do Parecer Final nº 749, da Comissão Especial destinada a examinar o Projeto de Lei da Câmara nº 118/84 - 634/75, na Casa de origem -, publicado no Diário do Senado Federal em 15.11.97, p. 10).

<sup>4</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **A reprodução assistida e seus aspectos legais**. Disponível em [www.valoronline.com.br](http://www.valoronline.com.br). Acesso em 03/07/2007.

César Augusto de Castro Fiúza, no I Congresso Brasileiro de Direito de Família já relatava que "pode-se afirmar que o Brasil já fez suas opções na esfera familiar. Já traçou seus caminhos. Está, em outras palavras, pronto para codificar o Direito de Família." <sup>5</sup>

Na falta de codificação própria e de atualização frente aos novos paradigmas do Direito de Família e Sucessório, é a doutrina que tem resolvido a omissão legislativa.

### **3 A FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL E SEUS EFEITOS JURÍDICOS**

#### **3.1 ASPECTO HISTÓRICO**

As pesquisas na área da embriologia mostram-se bastante antigas, segundo Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos: "Os primeiros registros desses estudos estão nos livros de Hipócrates, o famoso médico grego do século 5 a.C, considerado por muitos como o Pai da Medicina" <sup>6</sup>

Aristóteles, no século 4 a.C também escreveu um tratado de embriologia bem como Galeno que no século 2 d.C escreveu uma obra que tratava da formação do feto discorrendo sobre o desenvolvimento embrionário.

---

<sup>5</sup>FIUZA, César Augusto de Castro. **Diretrizes para um Código Brasileiro de Direito de Família**. In: Repensando o Direito de Família – Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 246.

<sup>6</sup> SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Imaculada Conceção**. Ed. Acadêmica, São Paulo, 1993, p.23.

Na Idade Média só se progrediu com os experimentos com o surgimento do microscópio, em 1590, criado por Leenwenhoek.<sup>7</sup>

Os estudos sobre inseminações artificiais em humanos iniciaram-se aproximadamente em 1790, mas foi devido à descoberta de Dogues, em 1883, de que os ovários têm participação no processo de fecundação é que se intensificaram.

Montegazza, em 1886 propôs a criação de bancos de sêmen congelado e em 1945, o biólogo Jean Rostand descobriu que os espermatozóides armazenados em ambiente frio e envolvidos em glicerol poderiam conservar-se por um período sem que se inviabilizasse o seu uso.

Em 1953, Smith congelou embriões pré-implantados demonstrando a compatibilidade do resfriamento com o desenvolvimento normal dos ovos de mamíferos, permitindo assim, o conhecimento de inseminações de humanos utilizando-se sêmen congelado.<sup>8</sup>

Nos anos 60, deu-se início a discussões jurídicas e éticas em relação aos embriões e bancos de sêmen.

Mesmo com muitos estudos e descobertas anteriores foi somente em 1978, na cidade de Oldham, Inglaterra, em virtude do trabalho dos pesquisadores britânicos Drs. Patrick Steptoe e Robert Edwards que nasceu o primeiro bebê concebido pela fecundação *in vitro*.

A partir dos anos 80, a inseminação artificial passou a fazer parte de tratamentos dos problemas de esterilidade.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2007, p.29.

<sup>8</sup> MACHADO, Maria Helena. *Op.cit.*, p.30.

<sup>9</sup> MACHADO, Maria Helena. *Op.cit.*, p 31.

### 3.2 A FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*: O CASO DO “AFFAIR PAPPALAIX”

José Carlos Teixeira Giorgis, em seu artigo “Inseminação Póstuma”<sup>10</sup>, relata que em agosto de 1981, na França, a jovem Corine Richard apaixonou-se por Alain Pappalax. Após algum tempo descobriu-se que Alain estava com câncer nos testículos. Antes de se submeter à quimioterapia este decidiu depositar seu esperma em uma clínica de conservação para que futuramente, se necessário, fosse possível sua utilização.

Corine e Alain casaram-se *in extremis*, sendo que Alain veio a falecer dois dias depois da cerimônia. Alguns meses depois, Corine dirigiu-se até a clínica onde seu marido havia depositado seu material genético para que fosse inseminada com os gametas de seu esposo. Porém, os responsáveis pela clínica recusaram seu pedido devido à falta de regulamentação da situação.

Inconformada, a jovem resolveu recorrer ao Tribunal de Créteil, na França, e assim se discutiu a titularidade das células e a existência de um contrato de depósito que obrigava o centro a restituir o material genético. Os médicos alegaram que não se tratava de pacto de entrega, visto que o material da pessoa morta é objeto não comercializável e no território francês não havia lei que autorizasse a fecundação póstuma. Após os debates entre as partes, o Tribunal decidiu que a clínica deveria entregar o material à viúva, impondo ainda, uma cláusula penal por eventual demora. Contudo, a inseminação não obteve sucesso, pois os espermatozóides não estavam mais potencializados para a fecundação.

---

<sup>10</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A inseminação póstuma**. Disponível em <http://www.espacovital.com.br>. Acesso em 05/09/2007.

Relata também Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho<sup>11</sup>, que em uma matéria veiculada no Diário de Notícias menciona-se que o esperma de um oficial falecido em Taiwan foi-lhe retirado, mais de dois dias depois do óbito, para que a noiva pudesse conceber um filho seu por inseminação artificial. O Ministro da Defesa havia recusado o pedido da noiva, porém, frente à pressão popular o Primeiro-Ministro acabou por ceder.

Diante dos casos expostos, tem-se que a inseminação *post mortem* é ainda tema bastante controvertido em diversos ordenamentos. Os casos relatados certamente geraram muitas discussões em seus países, tanto em aspectos jurídicos quanto éticos. Por isso é muito importante que se entenda que a reprodução *post mortem* não é um fato isolado que exatamente por ser raro não merece “atenção legislativa”. É justamente à falta de “atenção” que propicia uma maior discussão a respeito do tema. Procura-se adiante expor as conseqüentes discussões no ordenamento brasileiro.

### 3.3 A FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* E A PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE DO ARTIGO 1597, III, DO CÓDIGO CIVIL

---

<sup>11</sup> FILHO, Carlos Cavalcanti Albuquerque. **Fecundação Artificial “Post Mortem” e o Direito Sucessório**. Disponível em: [http://www.esmape.com.br/downloads/mat\\_prof\\_a\\_mariarita/](http://www.esmape.com.br/downloads/mat_prof_a_mariarita/). Acesso em 05/09/2007.

O vocábulo 'fecundação' é oriundo do latim *fecundatio*, advindo do verbo *fecundare*, que significa fertilizar.<sup>12</sup> A Fecundação Artificial consiste na união do óvulo com o espermatozóide sem que isso se dê através do coito. É através de uma manipulação técnico-científica externa que ocorre a concepção, substituindo-se a fecundação natural.

A Fecundação é homóloga quando o material genético utilizado é do próprio marido, diferentemente da fecundação heteróloga, em que há a presença de material genético de um terceiro doador.

A possibilidade da fecundação *post mortem* é descrita por Guilherme Calmon:

“(...) é possível que o sêmen, o embrião, e também o óvulo – quanto a este, as experiências científicas são mais recentes – possam ser criopreservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida”<sup>13</sup>

Porém, a doutrina brasileira não é pacífica quanto à possibilidade, os direitos de filiação e a sucessão legítima do filho concebido após a morte do pai.

Segundo a juíza Mônica Aguiar da Silva existem duas correntes divisoras da doutrina em relação à defesa da vontade de procriação *post mortem*. Uma parte protege essa possibilidade por ser direito da criança à existência. A outra corrente defende que mesmo que haja o prévio consentimento da criopreservação do sêmen, a morte seria uma causa revogadora da permissão.<sup>14</sup>

O Código Civil de 2002, procurando acompanhar as evoluções biológicas, em seu artigo 1597, inciso III aduz que:

---

<sup>12</sup>SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Novo Código Civil Comentado**. Coordenação Ricardo Fiúza, 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.57.

<sup>13</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Nova Filiação: O Biodireito e as Novas Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 63.

<sup>14</sup> SILVA, Mônica Neves Aguiar da. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 27.

“Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.”

Com essa disposição do Código, é possível interpretar que a lei não só autoriza a possibilidade da fecundação artificial homóloga como não deixa dúvidas quanto à paternidade da criança, visto que esta é presumida.

Paulo Lôbo aduz, ao comentar o dispositivo em referência, que

“a presunção tradicional, contida no inciso II do artigo sob comento, atribui a paternidade ao marido da mãe em relação ao filho nascido dentro dos 300 dias após a morte daquele. A fecundação artificial homóloga poderá ocorrer em tempo posterior a esse, persistindo a presunção da paternidade do falecido, desde que se prove que foi utilizado seu gameta, por parte de entidade que se incumbiu do armazenamento. O princípio da autonomia dos sujeitos, como um dos fundamentos do biodireito, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que tenha deixado para esse fim. Assim, não poderá a viúva exigir que a clínica de reprodução assistida lhe entregue o sêmen armazenado para que seja nela inseminado, por não ser objeto de herança. A paternidade deve ser consentida, porque não perde a dimensão da liberdade. A utilização não consentida do sêmen deve ser equiparada à do doador anônimo, o que não implica atribuição de paternidade”<sup>15</sup>

Assim, a utilização do sêmen do marido deve ser por ele autorizada, podendo porém, admitir-se a hipótese da fecundação ocorrida após sua morte.

Não sendo autorizada a utilização do sêmen, deve-se considerar como feita por doação anônima, o que impede a presunção de paternidade do doador do material genético.

Da Jornada de Direito Civil no Superior Tribunal de Justiça, realizada nos dias 11 a 13 de junho de 2002 destaca-se a seguinte proposição:

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

---

<sup>15</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado: direito de família. Relações de parentesco. Direito patrimonial.** Álvaro Vilaça de Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003, p. 51.

Essa disposição vem interpor que, embora haja a presunção do artigo 1597, esta só se dá se o marido der por escrito uma autorização para que se proceda à inseminação com seu material genético. Embora o Código Civil e as disposições da Jornada utilizem os vocábulos “marido”, “na constância do casamento”, entende-se a presunção aplicável à união estável, visto que prevalece o Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares previsto na Constituição Federal.

Doutrina Paulo Luiz Netto Lôbo que: “(...) o caput do art. 226 é cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade”<sup>16</sup>, concluindo:

“Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade”<sup>17</sup>

No mesmo sentido, aduz Giselda Hinoraka:

“A Constituição Federal não faz distinção entre os filhos, qualquer que seja sua origem ou o tipo de relação mantida por seus genitores”<sup>18</sup>.

O artigo 227 da Constituição Federal preceitua que:

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

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

---

<sup>16</sup>LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*** in *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis*, p. 89-107.

<sup>17</sup>LOBO, Paulo Luiz Netto. *Op cit.*, p. 95.

<sup>18</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil, parte especial: do direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 93.



Tendo a Constituição Federal proibido a discriminação entre filhos, independentemente de sua origem, conclui-se, portanto, que uma norma infraconstitucional não poderia jamais fazer diferenciação entre filhos, obedecendo-se sempre ao Princípio da Igualdade, sem exceções.

No entendimento de Eduardo Oliveira Leite: “Questão tormentosa e que, certamente, vai se colocar à argúcia dos magistrados diz respeito aos filhos decorrentes das procriações artificiais, ou, como querem alguns juristas, dos filhos engendrados com assistência médica”.<sup>19</sup>

Aduz também que a inseminação *post mortem* não é justificada, visto que não há mais um casal, e essa situação poderia gerar graves perturbações psicológicas em relação à criança e à mãe, por isso desaconselha essa prática.<sup>20</sup>

Embora a doutrina que se contrapõe à idéia do direito de filiação do filho concebido após a morte do pai seja de importantíssima estima ao Direito Brasileiro, a presunção estabelecida pelo próprio Código Civil supera qualquer discussão quanto ao estado de filiação. Sendo, portanto, o ordenamento jurídico que deve ser aplicado ao caso concreto.

Propugna Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho que :

“Assim, em um sistema jurídico como o nosso que reconhece o pluralismo das entidades familiares e a plena liberdade do planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, não se pode admitir norma ou regra restritiva à inseminação artificial *post mortem*, além disso é perfeitamente possível que o projeto parental se tenha iniciado em vida, dos cônjuges ou companheiros, e venha a se concretizar após a morte de um dos mesmos. A inequívoca manifestação de vontade, fundada no consentimento expresso que tenha deixado o falecido para utilização do material genético deixado para esse fim, legitima e legaliza a inseminação *post mortem*, fazendo com que os

---

<sup>19</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil: do Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2004 p. 109.

<sup>20</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p.109.

efeitos jurídicos sejam reconhecidos, em sua plenitude, àquele nascido mediante a utilização da pré-falada técnica<sup>21</sup>.

Defende também o direito de filiação, Paulo Luiz Netto Lobo:

“não se permite que a interpretação das normas relativas à filiação possa revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independentemente de sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, entre irmãos e no que concerne aos laços de parentesco”<sup>22</sup>.

Assim, embora haja divergências doutrinárias no tocante à filiação, o Código Civil resolve a questão, apesar de não regulamentar precisamente seus efeitos.

Importante também mencionar o disposto no artigo 1598 do Código Civil que preceitua:

“Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597.”

Neste caso, se a mulher tiver utilizado sêmen congelado, mesmo que o nascimento ocorra após os trezentos dias que se seguirem à dissolução da sociedade conjugal existe o vínculo de filiação, nesse caso não em virtude da presunção de paternidade e sim em função da verdade biológica, é o que dispõe Maria Helena Machado<sup>23</sup>.

#### **4 O EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO**

---

<sup>21</sup> FILHO. Carlos Cavalcanti de Albuquerque . *Op. cit.*, p. 79.

<sup>22</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p.20.

<sup>23</sup> MACHADO, Maria Helena. *Op. cit.* p.102.

#### 4.1 O EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO E O ARTIGO 1597, IV DO CÓDIGO CIVIL.

O embrião excedentário é o resultado de manipulação genética, porém, não é introduzido no ventre da mãe e permanece armazenado em lugar próprio.

Paulo Luiz Netto Lobo define que:

“Embrião é o ser humano durante as oito primeiras semanas de seu desenvolvimento intra-uterino, ou em proveta e depois no útero, nos casos de fecundação in vitro que é a hipótese cogitada no inciso IV do artigo sob comento.”<sup>24</sup>

O artigo 1597, IV, do Código Civil assegura a filiação aos embriões excedentários provenientes da reprodução artificial homóloga, dispondo serem presumidamente concebidos na constância do casamento os filhos:

“IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;”

A Jornada de Direito Civil no Superior Tribunal de Justiça propôs quanto a esse inciso que:

“**107** – Art. 1.597, IV: finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.”

Sobre esse tema, Zeno Veloso<sup>25</sup> considera o embrião um ente humano visto que a fusão dos gametas masculinos e femininos já ocorreu, tratando-se, portanto, de um ser já concebido. Depende apenas que seja libertado da prisão gelada e implantado no útero para que se desenvolva e nasça. Conclui ainda que:

“Não tenho dúvida de garantir que, mesmo depois da morte do pai, vindo o embrião a ser implantado e havendo termo na gravidez, o nascimento com

<sup>24</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto, *Op.cit.* p 51.

<sup>25</sup> VELOSO, Zeno. **Novo Código Civil Comentado**. Coord. Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 75.

vida, e conseqüente aquisição da personalidade, este filho posterior é herdeiro porque estava concebido quando o genitor faleceu, e dado o princípio de igualdade entre os filhos (CF, art.227,§6º). Isto causa problemas na sucessão, torna precária e insegura a partilha. Com certeza não será por culpa do filho que nasceu depois, e era embrião quando o pai morreu.”

A Resolução nº 1.358 de 1992 permite a criopreservação de espermatozoides, óvulos e pré-embriões e ainda dispõe que a vontade em relação ao destino dado aos pré-embriões crioconservados deve ser expressa por escrito.

Um dos grandes problemas em relação aos embriões excedentários se dá quanto ao seu destino. A maioria dos casais desiste de ter mais filhos através da técnica de reprodução assistida e isso faz com que vários embriões congelados permaneçam nas clínicas para serem adotados ou ainda utilizados em pesquisas e experimentos. Nosso Código Civil tratou da presunção quanto à filiação, porém não fez menção alguma sobre a destinação dos demais embriões não introduzidos no útero da mulher.

Contrário ao descarte de embriões se faz Elimar Szaniawski ao concluir que:

Efetivamente, só resta em matéria de reprodução humana assistida um caminho! Evitar, limitar e proibir a concepção de embriões na escala em que vem sendo produzidos o que resulta em embriões excedentes. Nenhuma argumentação consegue justificar a não limitação da criação de embriões excedentes, que deve ser evitada ao máximo, a fim de impedir o grande holocausto que se pratica em todo o mundo, com as crianças que estão para nascer! Os eventuais embriões excedentes só podem merecer um destino: a doação para outros casais inférteis que queiram vivenciar a paternidade ou a maternidade!”<sup>26</sup>

O destino dos embriões excedentários é bastante discutido justamente porque ao mesmo tempo que colaboram com os progressos da ciência, no âmbito ético e

---

<sup>26</sup> Szaniawski, Elimar. **O Embrião excedente – o primado do direito à vida e de nascer. Análise do art. 9º do Projeto de Lei do Senado nº 90/99.** Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v.8, 2001.

social sua finalidade é bastante reduzida, admitida apenas a concepção dos que resultarem de fecundação homóloga, proibida a utilização de homem e mulher que não sejam os pais genéticos ou por outra mulher titular de entidade monoparental<sup>27</sup>.

Netto Lobo defende que no caso dessa vedação ser descumprida e ocorrer a concepção no útero de uma mulher que não seja a mãe genética, o filho será juridicamente daquela e, no caso de par casado, do marido, neste caso em virtude do princípio *pater is est* e da presunção de maternidade da mulher parturiente, além das circunstâncias de não ter o Brasil, acolhido o uso instrumental do útero alheio, sem vínculo de filiação.<sup>28</sup>

Os embriões excedentários encontram-se no liame entre a proteção jurídica e a não existência no mundo do Direito. Ao mesmo tempo em que o artigo 1597, IV do Código Civil os protege quanto à filiação quando fecundados, quando congelados possuem qualificação indefinida, seja como nascituros ou pessoa, podendo ser submetidos à procedimentos de toda sorte.

Para Eduardo Oliveira Leite:

“em nenhum dos estágios de uma vida in vitro, o embrião pode ser tratado como uma coisa (como pretendem as legislações mais liberais). Ao contrário, a partir do momento em que duas células se encontram e passam a se multiplicar, quer queiramos ou não, já nos encontramos diante de um novo ser, diante de uma nova vida”<sup>29</sup>

Com o exposto, tem-se que quando os embriões excedentários são fecundados, sua filiação é garantida pelo ordenamento, e a qualquer tempo, não cabendo fazer qualquer analogia a outros prazos.

---

<sup>27</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p.52.

<sup>28</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto, *Op.cit.*, p. 53.

<sup>29</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.179.

## 4.2 O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO APÓS A MORTE DO PAI.

Discutida a questão da filiação, é importante atentar-se à questão sucessória. Em nosso direito, os filhos são herdeiros legítimos dos pais, porém, quando oriundos de fecundação artificial *post mortem*, há uma divergência doutrinária em relação à possibilidade da sucessão. É importante, porém, explicar o direito sucessório e suas vertentes para que se possa estabelecer uma relação entre a sucessão e a fecundação *post mortem*.

### 4.2.1 O Direito Sucessório

O Direito das Sucessões, segundo José Luiz Gavião de Almeida é:

“(...) o conjunto dos princípios jurídicos que disciplina a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu, ou que é presumida morta, a outros, que serão considerados seus sucessores. Busca-se a identificação daqueles que tomarão, na titularidade de alguns direitos, o lugar que era ocupado por quem faleceu. E por isso porque o patrimônio de alguém não se converte em *res derelicta* com sua morte”<sup>30</sup>

O artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal consagra o direito de herança. Assim, como direito fundamental, não pode ser prejudicado por nenhuma norma infraconstitucional.

Em seu artigo 1784, o Código Civil estabelece:

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

Trata-se do denominado *droit de saisine*, oriundo do direito francês, que consagra a imediata transmissão dos bens com a morte do *de cuius*.

---

<sup>30</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Op. cit.*, p.16.

Os herdeiros dividem-se em legítimos e testamentários. Aqueles o são em virtude de lei enquanto que estes devem ser nomeados no testamento do *de cuius*.

Quanto ao direito sucessório do filho concebido *post mortem*, no âmbito da sucessão testamentária, o artigo 1799 do Código Civil, estabelece que:

“Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;”

Segundo Silvio Rodrigues:

“O inciso I, do artigo 1799 abre importante exceção ao princípio de que somente têm legitimação para suceder as pessoas nascidas (= existentes) ou já concebidas na época do decesso do autor da herança. Esse inciso diz respeito à prole eventual de determinada pessoa. Não se trata do nascituro (*conceptus*), cuja situação já foi resolvida no artigo 1798, mas do *nodum conceptus*, isto é, de pessoa futura, de indivíduo ainda não concebido.”<sup>31</sup>

O Código Civil prevê ainda que nos casos em que o testamento beneficiar filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, “os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz”<sup>32</sup>

Resolve também a questão da possibilidade dos bens da herança deixada pelo testador ao filho ainda não concebido ficarem sem dono. O §4º do artigo 1800 do Código Civil aduz:

“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”

---

<sup>31</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Sucessões**, volume 7, São Paulo: Saraiva, 2003, p.78.

<sup>32</sup> BRASIL, Código Civil, artigo 1800. São Paulo: Saraiva, 2007.

Assim, se procede a questão sucessória testamentária no caso dos filhos concebidos após a morte do pai, sem maiores problemas, visto que, a própria legislação resolveu a questão principalmente em relação ao prazo não permitindo que a segurança jurídica seja prejudicada a qualquer tempo.

#### 4.2.2 Direito Comparado

Na legislação brasileira não há proibição quanto à inseminação *post mortem*, o que se tem é uma omissão quanto aos efeitos desta.

Na França, há uma vedação da inseminação *post mortem* e dispõe-se que o consentimento para tal perde o efeito com a morte do pai. Contudo, há uma proposição de lei que objetiva complementar o artigo 725 do Code Civil de modo que se reconheça a capacidade sucessória da criança concebida após a morte do pai.

A inseminação *post mortem* é vedada também nas legislações da Alemanha e Suécia. A Espanha a proíbe, porém, garante os direitos do nascituro desde que haja declaração feita em escritura pública ou testamento.<sup>33</sup>

Na Inglaterra a inseminação *post mortem* é aceita, porém não o são os direitos hereditários, exceto se expressos em documento.

O Projeto Português sobre a utilização de Técnicas de Reprodução Assistida proíbe a inseminação artificial *post mortem* mesmo com o consentimento do marido. Entretanto, uma proposta de lei, apesar de proibir também este tipo de inseminação,

---

<sup>33</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Op. cit.*, 37.



prevê a possibilidade de reconhecimento da criança como filha do falecido se violada a proibição.<sup>34</sup>

#### 4.2.3 A Sucessão Legítima Na Reprodução Assistida *Post Mortem*

Na questão sucessória *post mortem*, o maior problema se encontra na possibilidade ou não de garantia de direitos sucessórios à criança concebida após a morte do pai.

O artigo do 1798 Código Civil estabelece:

“Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”

Interpretando-se o artigo exposto, via de regra, os filhos oriundos de fecundação artificial realizada após a morte do pai não seriam legitimados à sucessão. Entretanto, em face dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade, seria justo com este novo ente que não lhe coubesse nenhum direito sucessório independentemente de testamento? Neste caso uma lei infraconstitucional poderia afrontar princípios constitucionais?

Mônica Aguiar cita três posições doutrinárias referentes aos efeitos da fecundação artificial *post mortem*. A primeira corrente não reconhece direitos de filiação e sucessórios ao filho proveniente da fecundação após a morte do pai. Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior se enquadra a essa corrente ao afirmar que “o

---

<sup>34</sup> VALENTE, Cláudia Maria dos Santos. **Inseminação póstuma: Complicações jurídicas**. Disponível em: [www.r2learning.com.br/site/artigos/artigo](http://www.r2learning.com.br/site/artigos/artigo). Acesso em 02/07/2007

embrião fecundado *post mortem* não teria direito sucessório algum pois não é pessoa concebida e muito menos pessoa nascida.”<sup>35</sup>

Eduardo Oliveira Leite também doutrina:

“quanto à criança concebida por inseminação *post mortem*, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no do direito das sucessões. Nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão”.

E conclui:

“solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*”<sup>36</sup>.

Para o mesmo autor 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<sup>37</sup>.

O Projeto de Lei 90/99, que procura regulamentar as técnicas de reprodução assistida parece, primeiramente, não concordar com a possibilidade de que ocorra a fecundação *post mortem* no caso de embrião excedentário visto que em seu artigo 9º, §6º preceitua:

“ É obrigatório o descarte de gametas e embriões:

I - doados há mais de dois anos;

II - sempre que for solicitado pelos doadores;

III - sempre que estiver determinado no documento de consentimento informado;

IV - nos casos conhecidos de falecimento de doadores ou depositantes;

V - no caso de falecimento de pelo menos uma das pessoas que originaram embriões preservados.”

---

<sup>35</sup> JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. **Técnicas de reprodução assistida e biodireito**. Disponível em: [www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br). Acesso em 01/07/2007.

<sup>36</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.* p. 110.

<sup>37</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.* p. 154-155.

Constitui ainda como crime a utilização de gametas ou embriões de doadores ou depositantes sabidamente falecidos conforme seu artigo 13.

No mesmo sentido, para Carlos Alberto Bittar, a reprodução assistida *post mortem* ensejaria em situações esdrúxulas como: a criança superveniente não teria pai, eis que morto; não poderia levar o nome, nem ser registrado como seu filho; não poderia dispor, ademais, do respectivo convívio social e afetivo.<sup>38</sup>

Outra posição defende efeitos mitigados, no âmbito do direito de família quanto a essa técnica de reprodução. Guilherme Calmon se enquadra nessa corrente ao asseverar que:

“(...) a despeito da proibição no direito brasileiro, se eventualmente tal técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e o pressuposto do risco, mas não para fins de direitos sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear a reparação dos danos materiais que sofrer de sua mãe e dos profissionais que a auxiliaram a procriar utilizando-se do sêmen de cônjuge ou companheiro já falecido, com fundamento na responsabilidade civil (...)”<sup>39</sup>.

Quanto à possibilidade de sucessão legítima, José de Oliveira Ascensão assevera que:

“toda estrutura da sucessão está arquitetada tendo em vista um desenlace da situação a curto prazo. Se se admitisse a relevância sucessória destas situações, nunca seria praticamente possível a fixação dos herdeiros e o esclarecimento das situações sucessórias. E a partilha que porventura se fizesse estaria indefinitivamente sujeita a ser alterada.”<sup>40</sup>

Uma terceira corrente reconhece plenos direitos à criança concebida após a morte do pai. Esta parece a mais acertada principalmente por considerar que o nosso próprio Código Civil reconhece a filiação da criança.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Problemas ético-jurídicos da inseminação artificial**. Revista dos Tribunais, V.696, 1992.

<sup>39</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 97.

<sup>40</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da Procriação Assistida. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: 1994, p.79.

<sup>41</sup> AGUIAR, Mônica. *Op. cit.*, p.117.

Quanto à questão sucessória, há uma omissão legislativa e não uma proibição. A nossa própria Constituição reconhece que os filhos devem ser tratados de maneira igual, como já exposto anteriormente José Luiz Gavião de Almeida também pactua com a possibilidade do embrião ser herdeiro na sucessão legítima. Para ele, quando o legislador atual tratou do tema, apenas quis repetir o contido no Código antigo, beneficiando o concepturo apenas na sucessão testamentária porque era impossível, com os conhecimentos de então, imaginar-se que um morto pudesse ter filhos. Contudo, "hoje a possibilidade existe". Conclui ainda:

"E reconhecendo o legislador efeitos pessoais ao concepturo (relação de filiação), não se justifica o plurido de afastar os efeitos patrimoniais, especialmente o hereditário. Essa sistemática é reminescência do antigo tratamento dado aos filhos, que eram diferenciados conforme a chancela que lhes era aposta no nascimento. Nem todos os ilegítimos ficavam sem direitos sucessórios. Mas os privados desse direito também não nascia relação de filiação. Agora, quando a lei garante o vínculo, não se justifica privar o infante de legitimação para recolher a herança. Isso mais se justifica quando o testamentário tem aptidão para ser herdeiro."<sup>42</sup>

O juiz Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho entende que:

"os efeitos sucessórios da inseminação post mortem são amplos não se restringindo à sucessão testamentária, pois se é certo que o falecido poderá chamar a suceder, por testamento, a prole eventual de terceiros, nos termos do artigo 1.799, inciso I, do Código Civil, poderá, igualmente, beneficiar a sua própria prole eventual, inclusive estabelecendo se a deixa testamentária saíra da sua parte disponível ou se constitui adiantamento da legítima, com necessidade de colação."<sup>43</sup>

Em que pese as divergências doutrinárias quanto à possibilidade de sucessão legítima do filho concebido após a morte do pai, não se deve olvidar dos Princípios Constitucionais da Igualdade, da Pluralidade das Entidades Familiares e o Direito à Herança. Contudo, não se pode defender a insegurança jurídica dos outros herdeiros que poderão, a qualquer tempo, se r submetidos a uma diminuição

---

<sup>42</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião. *Op. cit.*, p. 78.

<sup>43</sup> FILHO, Carlos Cavalcanti Albuquerque. *Op. cit.*, p. 37.

patrimonial em virtude da concepção de um novo herdeiro. Diante disso, a omissão legislativa quanto à sucessão legítima e seu respectivo prazo poderia ser suprida, apenas enquanto não se resolve a questão de forma explícita no ordenamento jurídico, utilizando analogamente o disposto no § 4º do artigo 1800 do Código Civil, que dispõe que a criança deverá ser concebida até dois anos após a abertura da sucessão.

Desta forma, não haveria cerceamento de direitos à criança e se evitaria prejudicar a segurança jurídica dos outros herdeiros pois com um prazo estabelecido, a mulher que recorresse à inseminação artificial *post mortem* assumiria o risco inerente à não observância do prazo.

## **5 CONCLUSÃO**

O nosso sistema jurídico evoluiu de tal forma que a concepção de família já se mostra bastante diferente do que se considerava à época do Código Civil de 2002. A família de hoje pode ser fruto de um projeto monoparental sem que seus direitos sejam diversos dos de qualquer outra entidade familiar. A possibilidade de famílias compostas por homossexuais, famílias “chefiadas” apenas por uma mulher ou somente um homem não desvirtua seu conceito. E é justamente pelas evoluções nas relações sociais que essa mudança de paradigmas ocorre.

Com a evolução científica não é diferente. Se é dado a um casal a possibilidade de gerar filhos de maneira diversa da concepção natural, principalmente porque de outra maneira não lhes é possível, não há que se fazer qualquer diferenciação às crianças assim concebidas. O mesmo se aplica aos casos em que falecido o marido, a mulher se presta a concepção *post mortem*. Se

autorizada pelo marido, não há ilegalidade e nem possibilidade de diferenciação alguma visto que a criança concebida faz sim parte de um projeto parental, desejada principalmente pelo seu pai já falecido que no uso de sua liberalidade, consentiu que uma criança pudesse ser gerada com seu material genético por sua esposa ou companheira.

Embora nosso Código Civil seja omissivo frente aos avanços das técnicas de reprodução assistida, ele admite expressamente a possibilidade da fecundação artificial *post mortem* ao tratar da presunção de concepção na constância do casamento dos embriões excedentários e dos havidos por fecundação artificial homóloga.

Resolvido o aspecto da paternidade, não obstante as divergências doutrinárias, a grande discussão se dá no âmbito sucessório visto que, em se tratando de sucessão legítima, nosso ordenamento não faz alusão.

A sucessão testamentária resta resolvida tendo em vista que o Código Civil faz menção à possibilidade de chamamento à sucessão de filhos ainda não concebidos, estabelecendo ainda um prazo de dois anos para que se resguardem os direitos sucessórios. Perfazendo-se esse prazo, os bens reservados à essa “prole eventual” se destinarão aos herdeiros legítimos.

No tocante à sucessão legítima pode-se interpretar que devido essa omissão, tal possibilidade não poderia ser aceita, porém, o Princípio da Legalidade nos levaria a tomar outra posição, ao se interpretar, à grosso modo, que em nosso ordenamento, o que não é proibido, é permitido.

É justo que uma criança, concebida após a morte de seu pai não possua direitos de filiação e sucessórios? Teria culpa essa criança de ter sido gerada *post*

*mortem*? É justo que esta seja diferenciada dos irmãos que possa ter não lhe cabendo direito algum? Não me parece acertada a afirmativa a essas questões. Em que pese a omissão legislativa quanto a esse assunto não se pode negar que há Princípios Constitucionais que garantem a essa criança sua dignidade e norma infraconstitucional alguma poderia atentar-se contra isso. Porém, há que se discutir que não pode o patrimônio destinado à criança ainda não concebida ficar à sua disposição por tempo indeterminado, na expectativa de que isso ocorra a qualquer momento, pois isso prejudicaria a segurança jurídica dos outros legitimados. Assim, o ideal seria estabelecer um prazo, ainda que doutrinário enquanto não há legislação pertinente, para que essa criança fosse concebida; desta forma seus direitos sucessórios resguardados bem como os demais herdeiros teriam sua situação patrimonial oriunda da herança seguramente garantida. Por tanto, o prazo mais coerente a ser aplicado seria o de 2 anos estabelecido na sucessão testamentária. Decorrido esse prazo não caberia direitos sucessórios à criança.

Tal medida não iria contrariar nenhum Princípio Constitucional, pois atenderia à todos os interessados sem que houvesse qualquer prejudicialidade aos demais. No entanto, deve-se atentar ao requisito principal que permite a seguridade dos direitos da criança concebida *post mortem*: a autorização do dono do material genético. Este requisito é imprescindível pois visa garantir a real vontade do doador bem como evitar que seja feita uma inseminação, à qualquer tempo, por motivos duvidosos.

Concluo assim, que o interesse da criança deve ser preservado, desde que observados os requisitos inerentes a essa relação jurídica. Em um país onde milhares de crianças estão abandonadas, em situação de miséria, é inadmissível

que a uma criança concebida *post mortem*, com anuência de seu pai, seja negada a sua filiação e seus direitos sucessórios.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Problemas jurídicos da Procriação Assistida**. V. 328, Ano 90. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1994.

FILHO, Carlos Cavalcanti Albuquerque. **Fecundação Artificial “Post Mortem” e o Direito Sucessório**. Disponível em: [http://www.esmape.com.br/downloads/mat\\_prof\\_mariarita](http://www.esmape.com.br/downloads/mat_prof_mariarita). Acesso em 05/09/2007.

FIUZA, César Augusto de Castro. **Diretrizes para um Código Brasileiro de Direito de Família**. In: Repensando o Direito de Família – Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Biodireito e o Novo Código Civil**. Disponível em: [http://www.uniandrade.br/cep/download/pdf/Biodireito\\_novo\\_codigo\\_civil.pdf](http://www.uniandrade.br/cep/download/pdf/Biodireito_novo_codigo_civil.pdf). Acesso em 23/07/2007.

**Nova Filiação: O Biodireito e as Novas Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A inseminação póstuma**. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br>. Acesso em 05/09/2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes . **Comentários ao Código Civil, parte especial: do direito das sucessões**, v. 20. São Paulo: Saraiva, 2006.

JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. **Técnicas de reprodução assistida e biodireito**. Disponível em: [www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br). Acesso em 01/07/2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil: do Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado: direito de família. Relações de parentesco. Direito patrimonial**. Álvaro Vilaça de Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003.

MACHADO. Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2007.

REALE, Miguel. **Visão geral do novo Código Civil**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>. Acesso em: 05/09/2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Imaculada Conceção**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1993

SZANIAWSKI, Elimar. **O Embrião excedente – o primado do direito à vida e de nascer. Análise do art. 9º do Projeto de Lei do Senado nº 90/99**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v.8, 2001.

SILVA, Mônica Neves Aguiar da. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Novo Código Civil Comentado**. Coordenação Ricardo Fiúza 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VALENTE, Cláudia Maria dos Santos. **Inseminação póstuma: Complicações jurídicas**. Disponível em: [www.r2learning.com.br/\\_site/artigos/artigo](http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/artigo). Acesso em 02/07/2007

VELOSO, Zeno. **Novo Código Civil Comentado**. Coord. Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **A reprodução assistida e seus aspectos legais**. Disponível em [www.valoronline.com.br](http://www.valoronline.com.br). Acesso em 16/07/2007