

## **INTRODUÇÃO**

Nas últimas décadas, a sociedade passou a observar de maneira mais evidente o expressivo progresso tecnológico nas mais diversas áreas.

Houve uma verdadeira revolução na humanidade provocada pela biotecnologia e pela biomedicina. Esse avanço biotecnológico possibilitou, por um lado, muitas conquistas, como a melhoria na qualidade de vida dos cidadãos, a cura de doenças, aprimoramento de tratamentos, entre outros benefícios.

No entanto acarretou, também, muitas preocupações que afetam diferentes ramos do conhecimento humano. Isso porque, apesar das vantagens, a interferência externa, por exemplo, em fatores até então considerados naturais como o início e o fim da vida, demonstra, por outro lado, a imprevisibilidade quanto aos limites, além da vulnerabilidade humana.

Nesse contexto, o que se percebe é um poder muito grande decorrente dos descobrimentos científicos, trazendo uma certa insegurança, à medida que o homem adquire mais conhecimento o qual pode ser utilizado de maneira não ética.

Em outras palavras, há avanços que não podem ser justificados eticamente. Mas isso não significa que deva haver uma estagnação e sim, um progresso científico pautado em valores morais e éticos.

Diante desse quadro, observou-se o surgimento da bioética, que é considerada como sendo a ética aplicada às questões da saúde e da pesquisa em seres humanos, ou seja, é a ética da vida.

A bioética propicia uma reflexão sobre as possíveis consequências desses avanços, para que haja sempre a ética no comportamento humano. Desta forma, estimula novos patamares de discussão, possibilitando um equilíbrio entre inovação e responsabilidade.

Percebe-se, então, que a sociedade está em profunda transformação e, diante desses novos fenômenos, faz-se indispensável uma reestruturação nos antigos paradigmas, além da imposição de certos limites, buscando sempre um modelo pautado no respeito ao homem.

Desse modo, nota-se a necessidade de compatibilização do ordenamento jurídico com esta revolução biotecnológica, para que haja a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, verifica-se a imprescindibilidade da utilização de princípios e valores éticos, além da criação de novas normas que acompanhem esse desenvolvimento.

Diante disso, o biodireito surge como um instrumento para proibir ou regulamentar essas condutas, trazendo efetividade, à medida que cria sanções em caso de descumprimento. O biodireito cria normas de condutas, estabelecendo parâmetros sociais.

Mas é importante ressaltar que, diante da rapidez desses avanços, muitas vezes o Direito, diante de sua incompletude e mutabilidade, não consegue regular todas as situações. Nesses casos, cabe ao intérprete fazer a ponderação entre os valores em jogo.

Sobre esse aspecto, faz-se necessário que toda ordem jurídica seja visualizada sob a lente constitucional, reinterpretando seus institutos, com objetivo de uma visão transformadora e emancipatória.

A Constituição Federal de 1988, paralelamente a essas transformações na sociedade, trouxe uma sensível mudança no que tange à família. Esta deixa de ser merecedora de proteção por si mesma como instituição, passando, diante de seu aspecto solidarista, a ser funcionalizada.

Atualmente, a família somente é protegida à medida que busca os interesses e promove o completo desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, havendo a superação do modelo patriarcal.

Com relação a essa mudança de perspectiva, não se pode esquecer, também, de uma grande novidade, - houve o reconhecimento constitucional de outras entidades familiares além do casamento, como a união estável e a família monoparental.

Ademais, outro reflexo dessa mudança de perspectiva foi a disposição expressa pela Carta Magna a respeito da igualdade entre os filhos e a proibição de qualquer forma de discriminação.

Desse modo, jamais podem ser esquecidos os princípios inseridos na Constituição, os quais devem servir de base para todo o ordenamento, pois eles são responsáveis por proporcionar um papel reunificador no sistema, definindo parâmetros hermenêuticos.

Um princípio essencial é o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Por ele, deve ser dada absoluta prioridade ao completo

desenvolvimento dos menores, resguardando seus direitos de maneira que possam ter uma adequada formação, possibilitando o aprimoramento de suas potencialidades. Este princípio também engloba o direito à vida, à saúde, à convivência familiar, isonomia entre filhos, colocando-os a salvo de toda forma de discriminação.

Ainda no que tange à família, a biociência trouxe à tona situações concretas até então não imaginadas pela sociedade. Um exemplo claro é a possibilidade de concepção de um novo ser fora do útero materno, por meio da fertilização *in vitro*, ou a utilização de um útero de substituição que gestará o nascituro até o nascimento.

Ademais, atualmente é possível que haja o nascimento de uma criança anos após o falecimento do genitor. Essa novidade será objeto do presente estudo.

O primeiro caso paradigmático sobre a possibilidade de reprodução humana após a morte de um dos cônjuges ocorreu na França, em 1984. O marido de Corine Richard, Alain Parpalaix, tendo sido diagnosticado com câncer, decidiu congelar seu sêmen para que após as sessões de quimioterapia pudesse usá-lo para gerar um filho. Ocorre que poucos dias após o casamento, Alain Parpalaix faleceu.

Com o encorajamento da família do marido, Corine foi obter a restituição do material perante o banco de sêmen, que se recusou a devolvê-lo. Como na França ainda não havia legislação a respeito do tema, ela ingressou com uma ação buscando autorização judicial para a devolução e posterior utilização do material genético do falecido marido<sup>1</sup>.

Após uma batalha judicial, o Tribunal francês de Créteil condenou o banco de sêmen a entregar o material congelado para um médico designado pela viúva, não se pronunciando quanto à filiação e direitos sucessórios. No entanto, como a inseminação artificial não obteve sucesso, não gerou maiores consequências práticas.

Apesar do insucesso da técnica, esse caso trouxe à tona muitos questionamentos éticos e debates na comunidade internacional.

No Brasil, o ordenamento jurídico inovou ao trazer em seu Código Civil essa possibilidade, conforme dispõe o artigo 1.597, III, em que a viúva pode se utilizar do

---

<sup>1</sup> DIONNE JR, E. *Widow wins Paris case for husband's sperm*. NYTIMES. Nova Iorque: [s.n.], 02 ago. 1984. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/1984/08/02/us/widow-wins-paris-case-for-husband-sperm.html?sec=health>>. Acesso em: 03 nov. 2008.

sêmen ou embrião congelado do *de cuius*, para implantá-lo em seu útero e, assim, gerar um filho.

Há inúmeras consequências diretas decorrentes da utilização *post mortem* do sêmen ou embrião criopreservado do falecido marido tanto no campo pessoal como patrimonial. No âmbito pessoal, citam-se as relações de parentesco decorrentes do nascimento da criança, bem como todos os demais desdobramentos, a exemplo do direito ao nome e à convivência familiar. Já no âmbito patrimonial não se pode esquecer do direito a alimentos e das questões sucessórias.

Diante desse cenário, observa-se que essas novas formas de reprodução, decorrentes de técnicas inovadoras da biomedicina, podem afetar de maneira bastante profunda as relações de filiação e parentesco até então solidificadas pelo ordenamento jurídico.

Apesar da inovação trazida pelo sistema jurídico, há inúmeras controvérsias a serem enfrentadas. No entanto o objetivo deste estudo será discorrer somente sobre os efeitos sucessórios da reprodução humana assistida homóloga *post mortem*.

Importante esclarecer que indagações referentes à legitimidade do uso dessas técnicas, após a morte do marido, não serão objeto de análise, pois mereceriam uma pesquisa mais aprofundada, envolvendo, inclusive, abordagem psicossocial, o que ampliaria muito o tema a ser tratado.

Deste modo, serão analisadas as questões sucessórias decorrentes da utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida após a morte do marido, valendo esclarecer que o ponto de referência será somente o inciso III do artigo 1.597 do Código Civil, ou seja, a reprodução assistida homóloga, realizada por pessoas que eram casadas. Nesse sentido, não serão abordados assuntos relativos à união estável, em razão de suas especificidades, embora seja oportuno enfatizar a igualdade entre entidades familiares.

Assim, diante deste novo cenário em que há novas formas de reprodução decorrentes de técnicas da medicina reprodutiva, o presente trabalho pretende demonstrar os impactos sucessórios causados pela inseminação artificial e fertilização *in vitro post mortem*.

Este tema é de extrema importância, pois essas técnicas inovadoras da biomedicina já estão sendo aplicadas na área reprodutiva, e o ordenamento necessita estar atento às relevantes consequências, com o intuito de proteger os

envolvidos, por meio da imposição de certos limites e do respeito aos valores constitucionais.

Este tema é tão polêmico e contemporâneo que o tema central da atual novela da Rede Globo de Televisão intitulado, “Escrito nas Estrelas”, gira em torno da possibilidade de um empresário gerar um neto por meio da fecundação artificial do sêmen congelado do seu falecido filho.

Cabe aqui salientar que, no âmbito jurídico, é ainda muito escassa a discussão da questão sucessória dos filhos gerados *post mortem* na doutrina brasileira, em razão de ser uma prática recente da medicina reprodutiva. Desta maneira, diversas obras doutrinárias se limitam a informar sobre a possibilidade atual da utilização de tal técnica após a morte do marido, sem, contudo, ressaltar as dificuldades práticas enfrentadas.

Ademais, conforme se verificará no capítulo 2 (dois), a doutrina é muito dividida com relação ao direito sucessório da criança nascida por meio da técnica de reprodução humana *post mortem*. Não há consenso sobre a matéria e diversas teorias são sugeridas.

Neste estudo, cuja linha de pesquisa é “relações jurídicas privadas e sociedade”, procurar-se-á analisar as consequências jurídicas sucessórias da reprodução humana assistida *post mortem*, notadamente quanto à utilização do sêmen congelado do marido ou embrião excedentário do casal.

Os marcos teóricos utilizados são as doutrinas de Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Heloisa Helena Barboza, ambos professores da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

A metodologia de pesquisa utilizada é indutiva, pela qual será realizada uma análise jurídico-teórica, mediante pesquisa doutrinária e normativa. Tendo em vista a novidade do tema, os tribunais pátrios ainda não se manifestaram sobre a questão. No entanto haverá o estudo de um caso concreto, ocorrido na primeira instância do Poder Judiciário do Estado de São Paulo.

No presente trabalho, almeja-se, em um primeiro momento, delinear as técnicas de reprodução assistida, as disposições e impropriedades trazidas pelo Código Civil, bem como as graves lacunas que necessitariam de urgente regulamentação para a proteção dos indivíduos.

Importante destacar que o ordenamento civil permitiu a reprodução medicamente assistida após a morte do genitor, o que acaba por gerar diversas

consequências nas relações familiares, bem como na ordem jurídica. No entanto os efeitos daí decorrentes não foram previstos, gerando, dessa maneira, muitas dúvidas.

É evidente o impacto causado pelos avanços da medicina reprodutiva nas relações sociais. Deste modo, faz-se necessário buscar sempre o equilíbrio de interesses, principalmente tendo em mente que essas técnicas reprodutivas envolvem novos seres humanos.

A principal questão a ser discutida nesse estudo científico é como resolver a problemática sucessória em caso de concepção ou implantação de embrião no útero materno e conseqüente nascimento de um novo filho após a abertura da sucessão.

De um lado devem ser respeitados os direitos do novo filho, que não pode sofrer discriminações, mas, em contrapartida, deve-se atentar para a necessidade de se manter a segurança jurídica.

Diante desse impasse, no segundo capítulo será abordada a legitimidade sucessória na fecundação *post mortem*, demonstrando a necessidade de compatibilizar a permissão dada pelo ordenamento civil com as diretrizes constitucionais, especialmente quanto à igualdade entre os filhos e o direito à herança.

Nesse sentido, será demonstrada a indispensabilidade da interpretação sistemática das regras do direito de família e do direito das sucessões. Ademais, será levantada a questão da exigência de autorização expressa do *de cujus*, bem como o problema do prazo para utilização do material congelado após a morte do marido.

Adiante, no terceiro capítulo, o objetivo é delinear os modos de sucessão testamentária, mais especificamente a prole eventual e o fideicomisso, enfatizando-se os aspectos mais relevantes.

Ao final, no quarto capítulo, pretende-se discorrer sobre a sucessão legítima, a petição de herança e o prazo prescricional para propositura da ação. Além disso, serão enumeradas as dificuldades de ordem prática, ocasionadas pela utilização de tais técnicas reprodutivas, a partir da análise de uma demanda judicial paulista, em que poderá haver completa mudança na ordem de vocação hereditária, caso haja o nascimento de herdeiro após a morte do genitor.

Importante ressaltar que este trabalho não se propõe a esgotar o assunto, mas somente levantar as principais questões, principalmente sucessórias,

decorrentes dessa inovação trazida pelo ordenamento, provocando questionamentos, sugerindo possibilidades hermenêuticas de conformação e até futuras adequações, para que o direito civil esteja em perfeita consonância com a Constituição Federal.

## 1 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Tão antigo quanto a busca de métodos contraceptivos é o combate à infertilidade<sup>2</sup>. A descoberta dos métodos anticoncepcionais proporcionou o controle sobre a reprodução, fato que trouxe muitas mudanças nos comportamentos sociais, como uma maior autonomia e alterações na estrutura familiar.

Um exemplo deste fator é a inserção das mulheres no mercado de trabalho, gerando o adiamento da decisão de se tornarem mães, ocasionando certas dificuldades para a gestação.

No entanto há muitos outros fatores que podem causar complicações para gerar um filho, como disfunções hormonais, alterações congênitas, inflamações, acarretando a esterilidade ou a infertilidade<sup>3</sup>, tanto masculina como feminina.

Estudos demonstram que a dificuldade para procriar pode afetar um a cada cinco casais<sup>4</sup>. Os problemas de fertilidade aparecem na mesma proporção nos homens e nas mulheres. De acordo com as clínicas de reprodução assistida, 40% das adversidades aparecem nos homens e 40% nas mulheres. Em 20% dos casos, o impedimento é de ambos<sup>5</sup>.

Apesar dessas mudanças comportamentais, o sonho de reforçar a união, aumentando a nova família; transmitir os próprios genes ou viver a experiência da gestação sempre permaneceu de maneira bastante intensa na sociedade. De modo geral, o desejo de ter filhos é inato ao homem.

Na busca da realização desses anseios, observou-se o desenvolvimento de avançados estudos sobre reprodução humana, propiciando novas formas de procriação.

---

<sup>2</sup> LEWICKI, Bruno. O homem construtível: responsabilidade e reprodução assistida. In.: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 99 a 154. p. 102.

<sup>3</sup> Infertilidade é a redução da capacidade de conceber, já a esterilidade representa a incapacidade absoluta e irreversível de fertilização natural.

<sup>4</sup> BIAZOTTI, Maria Cristina S. Conceitos e causas da infertilidade. *SAUDEVIDAONLINE*. Disponível em: <[www.saudevidaonline.com.br/artigo84.htm](http://www.saudevidaonline.com.br/artigo84.htm)>. Acesso em: 03 out. 2009.

<sup>5</sup> O POVO ONLINE. Dificuldade é igual para homens e mulheres. Saúde. 10 out. 2009. Disponível em: <<http://www.noolhar.com/opovo/cienciaesaude/917438.html>>. Acesso em: 12 out. 2009.



A grande transformação no campo da reprodução humana é que a relação sexual não é mais a única forma de obter a concepção, fato que causa uma enorme mudança na estrutura social, bem como no arcabouço normativo.

Atualmente é possível a interferência externa nos processos de procriação, possibilitando que a vontade, aliada ao projeto parental e o sucesso da técnica de reprodução medicamente assistida, possa gerar um novo ser, apesar da ausência de relações sexuais.

A reprodução humana assistida pode ser conceituada como o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana<sup>6</sup>.

A utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida derruba certos paradigmas bastante solidificados no ordenamento. Até então, a procriação somente poderia ocorrer pela relação sexual. Por consequência, a maternidade era considerada sempre certa, ou seja, mãe era aquela que dava à luz.

Como ressalta Gustavo Tepedino, as técnicas de fertilização assistida abalam toda uma dogmática, principalmente em relação ao direito de família, antes estruturado com base na procriação espontânea<sup>7</sup>.

Atualmente, há possibilidade de reprodução com a ausência de relações sexuais. Nas palavras de Eduardo Oliveira Leite:

As técnicas reprodutivas alteraram as representações tradicionais dos modos de concepção e das estruturas de parentesco, a ponto da fecundação *in vitro* haver inovado a história da maternidade, pois pela primeira vez foi possível que a concepção não tivesse lugar no corpo da mulher geradora<sup>8</sup>.

Ocorre que, com o advento de tais técnicas, hoje é possível, por exemplo, que a parturiente não seja a mãe biológica e que o genitor somente tenha fornecido seu material reprodutivo, não tendo qualquer responsabilidade no projeto parental. Essas são somente ilustrações para demonstrar o abalo que esses avanços médicos ocasionaram em diversas áreas do conhecimento e, mais especificamente, no Direito de Família.

---

<sup>6</sup> RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. In.: SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 283-303. p. 286.

<sup>7</sup> TEPEDINO, Gustavo. Apresentação do livro *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*, de autoria de Juliane Fernandes Queiroz. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. xi.

<sup>8</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995. p. 132.

De acordo com Heloisa Helena Barboza, há três importantes aspectos com relação às técnicas de reprodução medicamente assistida: “a não dependência de relação sexual, o local onde se dá a fertilização e a interferência ou não de terceiro na efetivação da técnica”<sup>9</sup>.

A autora explica que embora não haja ocorrência de relação sexual, ela é sexuada, já que há a presença de gametas feminino e masculino<sup>10</sup>.

O nascimento de Louise Brown, o primeiro bebê decorrente da fertilização *in vitro*, em junho de 1978, na Inglaterra, foi um grande marco dessa evolução. Essa gestação foi obtida após mais de dez anos de experimentos em embriões.

Alguns anos mais tarde, em 1984, no Brasil, ocorreu o primeiro nascimento decorrente dessa técnica com Anna Paula Caldeira, no Paraná.

Desde então, houve um rápido aprimoramento das técnicas, juntamente com sua popularização, proporcionando um acesso cada vez maior por parte de casais e até de pessoas sozinhas.

Para se ter uma ideia da explosão do setor, estima-se que nos últimos cinco anos, o número de clínicas dobrou no país. Em 2009, já existiam 200 clínicas. A estimativa nacional é que a espera, em hospitais públicos, chegue a noventa mil por ano, sendo que a capacidade é de apenas vinte mil atendimentos<sup>11</sup>.

## 1.1 Técnicas de reprodução humana assistida

No que tange a estas técnicas de reprodução, Guilherme Calmon ensina que há dois grandes grupos: a) as técnicas de fecundação *in vivo*, ou seja, aquelas que permitem que a concepção se dê no próprio corpo da mulher que, assim, poderá engravidar, sendo a inseminação artificial o exemplo mais comum; b) e as técnicas

---

<sup>9</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In.: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 225-249. p. 226.

<sup>10</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In.: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 225-249. p. 226.

<sup>11</sup> NUNOMURA, Eduardo. Total de clínicas de reprodução humana dobra em 5 anos. Agência Estado. 08 set. 2009. Disponível em: <<http://www.abril.com.br/noticias/ciencia-saude/total-clinicas-reproducao-humana-dobra-5-anos-519749.shtml>>. Acesso em 04 out. 2009.

de fecundação *in vitro*, em que a concepção ocorre em laboratório e, portanto, fora do corpo da mulher, permitindo posteriormente que o embrião possa ser transferido para ser gestado<sup>12</sup>.

Em outras palavras, a inseminação artificial refere-se à obtenção da fecundação, que é sempre natural, por meio da introdução do esperma no interior do canal genital feminino, sem ocorrência de ato sexual<sup>13</sup>. Deste modo, a fecundação é intracorpórea.

Neste ponto, conforme define Heloisa Helena Barboza, vale ressaltar que a denominação fecundação artificial é inadequada, pois a técnica pode ser utilizada, mas não ocorrer a fecundação. Ademais, a fecundação não é artificial. Artificiais são os meios utilizados para se obter a fecundação, que é a união dos gametas<sup>14</sup>.

Já a fertilização *in vitro* consiste na retirada de óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do parceiro ou de terceiro, para depois introduzir o embrião em seu útero ou de terceira<sup>15</sup>. De qualquer modo, nestes casos, a fecundação é extracorpórea.

Importante destacar que tais técnicas não curam a esterilidade, mas apenas utilizam meios facilitadores para que o processo de fecundação possa ocorrer. No entanto, a esterilidade se manterá, pois é permanente.

No que se refere ao material genético a ser utilizado, as técnicas de reprodução medicamente assistida podem ser homólogas ou heterólogas.

Nas técnicas de reprodução assistida homólogas há o emprego dos gametas masculino e feminino do próprio casal, havendo, portanto, consaguinidade. Esta técnica assemelha-se, de certo modo, embora não haja relação sexual, ao modelo clássico de parentalidade-filiação decorrente da reprodução carnal<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*. O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 640-641.

<sup>13</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 45.

<sup>14</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 17.

<sup>15</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3 ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 552.

<sup>16</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*. O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 626.

Já nas técnicas heterólogas, é empregado material genético de pelo menos um terceiro<sup>17</sup>. Pode então haver utilização de óvulo ou de sêmen de um doador, ou até de ambos, sendo que neste último caso, a técnica será heteróloga bilateral.

Os maiores problemas residem nos processos heterólogos, pois haverá participação de um terceiro, doador, estranho à relação. O consentimento para a reprodução assistida é ainda mais essencial nas técnicas heterólogas, tendo em vista a utilização de material genético de um terceiro doador. Vale dizer que após a concepção, não poderá haver arrependimento por parte daquele que iniciou o projeto parental.

Outro ponto a ser enfatizado é que as técnicas de fertilização *in vitro*, podem produzir diversos embriões. Eles podem ser implantados a fresco no útero da mulher, mas também podem ser congelados para inserção posterior. Tendo em vista os avanços da ciência, atualmente os embriões podem ficar crioconservados por muitos anos, até mesmo indefinidamente.

Este fato traz muitas controvérsias como acentua Heloisa Helena Barboza:

Tais embriões permanecem crioconservados indefinidamente ou até que venham a ser 'descartados', vale dizer destruídos. Evidenciam-se os profundos questionamentos éticos e jurídicos envolvidos, a abranger desde a natureza humana ou não desses embriões até o destino que lhes deve ser dado<sup>18</sup>.

Há diversas questões em aberto sobre os procedimentos a serem adotados no que tange à proteção jurídica do embrião. Maria Helena Machado ressalta que “no Brasil, o embrião criopreservado não é alvo de qualquer tutela, já que se encontra fora do corpo de mulher, condição essa para o reconhecimento e a proteção legal”<sup>19</sup>. Deste modo, estão desprotegidos juridicamente até que sejam implantados no útero materno.

Vale destacar que a Lei de Biossegurança, que tratava da destinação dos embriões excedentários, foi até objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> A interferência de terceiros pode ocorrer com a doação de gametas ou com a gestação de substituição.

<sup>18</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In.: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 225-249. p. 227.

<sup>19</sup> MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 69.

<sup>20</sup> A ADIn nº 3510-0/600 foi proposta pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, tendo por alvo o artigo 5º da Lei Federal nº 11.105 (“Lei da Biossegurança”), de 24 de março de 2005, que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados no respectivo procedimento, e estabelece condições para essa utilização. O autor da ação sustentou que tal dispositivo contraria a inviolabilidade do direito à vida,

Este tema é um grande desafio para as clínicas de reprodução humana assistida, diante das dificuldades de encontrar um destino para tais embriões quando abandonados nas clínicas ou em razão de encerramento das atividades desses estabelecimentos.

### 1.1.1 Doação de gametas e embriões

Embora ainda não haja legislação específica a respeito, é possível a doação de gametas masculinos, femininos ou de embriões.

Vale aqui ressaltar que a doação de gametas é diferente da doação de outros materiais biológicos. No caso do sangue, por exemplo, o objetivo é ajudar na manutenção de uma vida, enquanto naquela é a geração de um novo ser.

A doação de gametas ou embriões deve ser sempre realizada de maneira altruística, sendo proibida qualquer forma de comercialização.

No que tange à doação de embriões, apesar de não ser tão comum quanto doação de sêmen ou de óvulo, esta pode ocorrer por diversas razões, entre elas por desistência do projeto parental em razão de divórcio, por exemplo; ou pelo fato de que o casal já tenha obtido sucesso no tratamento reprodutivo e já esteja satisfeito com o número de filhos. Nestes casos, preferem doar os embriões para pesquisa ou para outros casais que estejam fazendo tratamento, em vez de deixá-los congelados indefinidamente até que se tornem inviáveis.

Imprescindível esclarecer que, quando há esse tipo de doação, jamais poderá ser atribuída paternidade aos doadores. A paternidade é imposta àquele que empreendeu o projeto parental.

Outro ponto a ser salientado é a diferenciação entre genitorialidade<sup>21</sup> e paternidade. De acordo com Juliane Queiroz, genitorialidade é a relação estabelecida no fornecimento de material genético para a concepção enquanto a

---

porque o embrião humano já seria vida humana, já que esta se iniciaria com a fecundação. O julgamento criou muita polêmica, mas, ao final, o pedido foi julgado, por maioria, improcedente.

<sup>21</sup> Termo utilizado pela autora Juliane Fernandes de Queiroz, na obra QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Auto-regulamentação familiar e reprodução assistida post-mortem: a (re) construção da igualdade entre os filhos*. 2006. 343 f. Tese de doutorado em Direito Civil. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 13 mar. 2006. p. 169.

paternidade é a relação estabelecida na configuração de um vínculo de parentesco<sup>22</sup>.

Nestes casos de doação, não há sequer que falar em renúncia à paternidade. Como explica Guilherme Calmon, “a informação genética não pode ter, por si, qualquer relevância para estabelecimento de vínculo de parentesco, ainda mais quando dissociada de qualquer fato jurídico de índole sexual”<sup>23</sup>.

O mesmo autor reforça que não é possível formar vínculo entre o doador e a criança, pois não houve qualquer adesão ou assunção de risco a respeito do projeto parental. Assim, ainda que a criança não tenha pai jurídico, como no caso de mulher sozinha que se submete à técnica<sup>24</sup>, não há como constituir o vínculo de paternidade-filiação entre o doador anônimo e o novo ser.

Importante destacar que é garantido o anonimato do doador. No entanto suas informações devem ser permanentemente preservadas, pois pode haver casos de doenças genéticas, por exemplo, em que o descendente tenha interesse em ter ciência de tais riscos. Isso sem falar no direito do nascido em ter conhecimento à sua origem genética, ou seja, sua ascendência biológica, mesmo que sem qualquer responsabilização para o doador.

É essencial também a preservação da condição de genitor biológico do doador, assim como ocorre na adoção, visando imposição de restrições no tocante à prática de alguns atos da vida civil, como a celebração do casamento e a formação de união sexual.

Vale dizer que as clínicas de reprodução são responsáveis pela preservação do sigilo e pela manutenção das informações genéticas.

Ademais, essas clínicas também devem zelar para que sejam geradas no máximo duas crianças de sexos diferentes com o material genético do mesmo doador numa área de um milhão de habitantes. Isso para evitar que eventuais irmãos biológicos possam se relacionar.

Nesse ponto, é importante destacar que há uma grande preocupação para evitar casamentos consanguíneos no caso da adoção, a exemplo da obrigatoriedade

---

<sup>22</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Auto-regulamentação familiar e reprodução assistida post-mortem: a (re) construção da igualdade entre os filhos*. 2006. 343 f. Tese de doutorado em Direito Civil. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 13 mar. 2006. p. 169.

<sup>23</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 353.

<sup>24</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 353.

do processo de habilitação para o casamento. Esse cuidado deve ser ainda maior no caso da reprodução humana assistida, pois na prática, com a popularização das técnicas, as chances de isso ocorrer são muito maiores e, por ora, não há regulamentação apropriada.

## 1.2 O ordenamento jurídico e a reprodução medicamente assistida

No Brasil, o Direito Civil inovou ao introduzir o tema da reprodução assistida no ordenamento, por meio do artigo 1.597 do Código Civil de 2002. No entanto, antes de se adentrar na análise das especificidades do artigo em questão, cumpre contextualizar o modo e o tempo de elaboração do Projeto.

O Código Civil de 2002, embora recente, é fruto de Projeto de Lei apresentado em 1975 (PL n. 634/75), cujos estudos datam da década de 60 (sessenta), época em que ainda eram incipientes as discussões jurídicas nacionais a respeito das técnicas de reprodução humana assistida.

Heloisa Helena Barboza revela que, nesse período, havia um contexto jurídico (e mesmo político) bastante diverso do instaurado pela Constituição da República de 1988:

Não obstante o esforço de adequação do projeto à nova ordem constitucional, algumas de suas partes, especialmente os Livros de Família e Sucessões, acabaram por gerar controvérsias além das que são naturalmente geradas por uma nova lei<sup>25</sup>.

O Projeto n. 634/75 da Câmara dos Deputados foi encaminhado por Ernesto Geisel, após ter sido elaborado por uma comissão de juristas sob a coordenação e presidência de Miguel Reale. Após mais de 20 (vinte) anos, o Senado Federal promoveu profundas alterações no texto, em razão das várias modificações quanto à regulamentação legislativa, ocorridas durante esse lapso temporal. A principal delas foi a promulgação da Constituição Federal de 1988 que revolucionou o Direito de Família, alterando diversos paradigmas<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 320-327. p. 320.

<sup>26</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 36-37.

Dessa maneira, o Senador Josaphat Marinho, relator do Projeto no Senado Federal propôs a revisão do texto aprovado pela Câmara, principalmente na parte referente ao Direito de Família, já que este se encontrava ultrapassado, a exemplo dos avanços decorrentes da ciência na área de reprodução humana como os reflexos da fertilização *in vitro* e inseminação artificial na legislação civil<sup>27</sup>.

Houve a elaboração de diversas emendas, tendo sido aprovado o Projeto no Senado Federal, em 1997. Frisa-se que quase metade das emendas do Senado se referiam a temas ligados ao Direito de Família ou Sucessões.

Guilherme Calmon faz a seguinte análise quanto a esse contexto:

É relevante observar que na parte de Direito de Família, mesmo com a tentativa de atualização do texto de 1975, o Projeto do novo Código Civil se mostrou totalmente desfigurado, tendo sido nominado de autêntica colcha de retalhos na autorizada crítica de Silvio Rodrigues<sup>28</sup>.

No Projeto original de 1975, ainda não havia uma evolução tão intensa quanto à reprodução assistida, daí a omissão legislativa a respeito do tema. Já, quando se encontrava no Senado Federal, houve apresentação de algumas emendas no que se refere à procriação medicamente assistida, como as de número 224 de autoria do Senador José Fragelli e número 225, de autoria do Senador Nelson Carneiro<sup>29</sup>. Cabe aqui transcrevê-las, tendo em vista a importância para o presente trabalho.

A emenda número 225 propunha a inclusão do inciso III ao artigo 1.603 do Projeto na versão de 1975, no que tange à presunção de paternidade e passou a ter a seguinte redação no texto aprovado em 1997 pelo Senado Federal: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) III – havidos por inseminação artificial, desde que tenha prévia autorização do marido”.

Já a emenda n. 224 sugeria a inserção do parágrafo único do então artigo 1.602, que tratava dos filhos legítimos para incluir:

Consideram-se também legítimos os filhos concebidos por fecundação artificial após a morte do marido, da mulher ou de ambos, empreendidas com células reprodutivas que deles procedam, desde que o cônjuge sobrevivente, se houver, se mantenha

---

<sup>27</sup> Vide parecer preliminar sobre o Projeto de Código Civil, republicado no Diário do Senado Federal em 15 nov. 1997. p. 14.

<sup>28</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 38.

<sup>29</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*. O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 943-950.



viúvo e observadas, em qualquer caso, as condições que, por escrito, haja estabelecido o casal em declaração conjunta<sup>30</sup>.

No entanto, na redação final do Projeto, esta emenda não foi incluída, mas somente a de número 225. Não obstante algumas impropriedades terminológicas, diante do advento da Constituição, a ausência da emenda n. 224 e de alguns esclarecimentos no que tange à reprodução *post mortem* deixou uma lacuna, conforme será observado posteriormente.

Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa observa que três dispositivos referentes ao tema da reprodução assistida foram inseridos “de afogadilho” na fase final de tramitação legislativa, em razão de insistentes críticas em face de sua ausência no Projeto original<sup>31</sup>.

Entretanto, mesmo após tais ressalvas e diante desse cenário, o Código Civil foi aprovado apesar de estar, em diversos aspectos, já ultrapassado. Deste modo, não conseguiu acompanhar a rapidez dos avanços tecnológicos e, por consequência, deixou uma série de dúvidas e omissões a respeito da reprodução medicamente assistida no ordenamento jurídico.

O foco do presente estudo é o inciso III do artigo 1.597 do Código Civil, que trata da reprodução assistida *post mortem*. Reza o referido artigo do Código Civil:

*Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;  
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;  
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;  
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;  
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.*

Os incisos I e II do artigo 1.597 do Código Civil são uma repetição do artigo 338 do Código Civil de 1916, relativos à presunção de paternidade decorrente da conjunção carnal.

Os três incisos subsequentes são inovações do Código Civil de 2002, que introduziram a presunção de paternidade mediante utilização de técnicas de reprodução humana, embora tenham feito de maneira bastante tímida e sem rigor técnico.

---

<sup>30</sup> Vide: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*. O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 943-950.

<sup>31</sup> VENOSA, Sílvio da Salvo. *Direito civil: direito de família*. vol. 06. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 222.

Essa possibilidade ocasionou muito mais dúvidas e discordâncias do que esclarecimentos, já que a matéria somente está regulada nos incisos III, IV e V do artigo 1.597 do atual Código Civil.

O ordenamento jurídico permitiu tanto a utilização do sêmen congelado (inciso III), quanto do embrião excedentário (inciso IV, do artigo 1.597 do Código Civil de 2002). É importante fazer essa diferenciação, pois quando se utiliza o sêmen, só há gameta do marido. Já, quando se trata de embrião, há carga genética de ambos os cônjuges e uma vida em potencial, o que traz à tona questões bioéticas extremamente controvertidas.

Outro ponto a ser abordado foi a inexatidão dos termos utilizados. Nos incisos III a V, o legislador foi impreciso, pois ora se refere à fertilização artificial, ora à concepção artificial, ora à inseminação artificial.

Diante dessa impropriedade, o Conselho de Justiça Federal elaborou o enunciado número 105, esclarecendo que as expressões utilizadas deverão ser interpretadas como “técnicas de reprodução assistida”, propondo, inclusive, alteração das nomenclaturas utilizadas<sup>32</sup>.

Cumprido esclarecer que, embora haja auxílio técnico, a fecundação é sempre um processo natural. Ademais, a inseminação é somente uma das técnicas, por isso, nos incisos do artigo 1.597 do Código Civil, melhor seria a utilização do termo “técnicas de reprodução assistida”, pois seria mais abrangente e incluiria as técnicas *in vitro* e *in vivo*.

É preciso elucidar que a regulamentação referente à reprodução humana medicamente assistida se resume a apenas três incisos de somente um artigo do Código Civil, o que se mostra totalmente insuficiente. Por isso há omissões legislativas com relação às diversas questões referentes à matéria, já que dela

---

<sup>32</sup> Enunciado nº 105 do C.J.F. (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL) – Art. 1.597: as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”.

Enunciado nº 126 do C.J.F. – Proposição sobre o art. 1.597, incisos III, IV e V:

Proposta: alterar as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do art. 1.597 para “técnica de reprodução assistida”.

Justificativa: As técnicas de reprodução assistida são basicamente de duas ordens: aquelas pelas quais a fecundação ocorre *in vivo*, ou seja, no próprio organismo feminino e aquelas pelas quais a fecundação ocorre *in vitro*, ou seja, fora do organismo feminino, mais precisamente em laboratório, após o recolhimento dos gametas masculino e feminino.

As expressões “fecundação artificial” e “concepção artificial” utilizadas nos incisos III e IV são impróprias, até porque a fecundação ou a concepção obtida por meio das técnicas de reprodução assistida é natural, com o auxílio técnico, é verdade, mas jamais artificial. Além disso, houve ainda imprecisão terminológica no inciso V quando trata da inseminação artificial heteróloga, uma vez que a inseminação artificial é apenas uma das técnicas de reprodução *in vivo*; para os fins do inciso em comento, melhor seria a utilização da expressão “técnica de reprodução assistida”, incluídas aí todas as variantes das técnicas de reprodução *in vivo* e *in vitro*.

decorrem consequências em diversos campos como no Direito de Família e Sucessões.

Oportuna é a crítica de Sílvio de Salvo Venosa: “Advirta-se, de plano, que o Código Civil de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade”<sup>33</sup>.

Outra questão tormentosa refere-se à igualdade entre homens e mulheres. A Constituição Federal é clara sobre a igualdade entre homens e mulheres no âmbito familiar, conforme se verifica em seu artigo 226, § 5º.

Ocorre que o Código Civil, ao dispor sobre as técnicas de reprodução assistida, nos incisos III e V menciona somente a palavra “marido”.

Com relação ao inciso III, do artigo 1.597, tema do presente estudo, o Código Civil dispõe: “III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.”

Por este entendimento, somente a viúva pode se utilizar do material congelado do marido falecido para gerar um filho.

No entanto, atualmente, os progressos tecnológicos possibilitam que o marido também possa se utilizar do material genético da falecida esposa. Neste caso, entretanto, ele necessitará de um ventre de substituição para gestar o embrião até seu completo desenvolvimento.

Nesse sentido, pelo princípio constitucional da igualdade, em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, seria possível o marido utilizar a técnica da maternidade de substituição para gerar um filho de sua falecida esposa?

Em que pese as consistentes discussões a respeito da maternidade de substituição e não obstante a crítica que se faz à utilização das técnicas de reprodução *post mortem* em razão dos prejuízos ao filho, se o ordenamento permitiu essa possibilidade para a mulher, não há razão para se negar ao marido, sob pena de afronta à Constituição Federal. Vale sempre ressaltar que todos os direitos da criança devem ser assegurados, inclusive a maternidade.

Ana Cláudia Scalquette tem o mesmo posicionamento quando se trata de fecundação heteróloga:

Deve ser utilizada a expressão fecundação e não inseminação, pois a inseminação permitiria apenas que fosse utilizado sêmen de doador e não óvulo de doadora, que

---

<sup>33</sup> VENOSA, Sílvio da Salvo. *Direito civil: direito de família*. vol. 06. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 222.

acreditamos ser prática discriminatória entre homens e mulheres. Assim, a presunção também deve ser estendida ao concebido com o óvulo de doadora<sup>34</sup>.

Vale aqui destacar que o Conselho da Justiça Federal sugere a supressão do dispositivo, pois não foi estabelecido o reconhecimento da maternidade, o que causaria desrespeito ao princípio constitucional da igualdade<sup>35</sup>.

Percebe-se, portanto, que muitas dúvidas estão sem resposta, fazendo-se necessária a devida regulamentação.

Atualmente, não existe lei específica que regulamente a medicina reprodutiva no país, o que há são algumas resoluções do Conselho Federal de Medicina, como a Resolução n. 1358/92, que visa harmonizar o uso das técnicas de procriação assistida com os princípios éticos da medicina. As resoluções do Conselho Federal são importantes pontos norteadores para os médicos, podendo apenas impor sanções administrativas aos seus membros, como suspensões ou o desligamento do quadro funcional, por exemplo.

Ainda no que tange ao âmbito da medicina, cumpre esclarecer a crescente preocupação dos profissionais desta área quanto à regulação e fiscalização da prática médica. Deste modo, observa-se a recente publicação do Novo Código de Ética Médica de 2009 que, por meio de normas deontológicas subordinadas à Constituição Federal, visa reforçar o compromisso da medicina com a preservação da vida e da ética.

Já na esfera jurídica, há também alguns enunciados do Conselho da Justiça Federal, que decorreram de quatro Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, com renomados doutrinadores. Referente à Comissão de Família e Sucessões destacam-se Francisco Cahali, Álvaro Villaça, Luiz Edson Fachin, Gustavo Tepedino, Guilherme Calmon, Sílvio Venosa, entre outros.

Diante das inovações e complexidade de algumas matérias trazidas pelo novo ordenamento civil, muitas indagações surgiram. Assim, tais enunciados têm por objetivo facilitar a compreensão e interpretação dos artigos do Código Civil de 2002,

---

<sup>34</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 339.

<sup>35</sup> Enunciado 128 do CJF – Proposição sobre o art. 1.597: “... Da forma posta e não havendo qualquer dispositivo no novo Código Civil que autorize o reconhecimento da maternidade em tais casos, somente a mulher poderá se valer dos embriões excedentários, ferindo de morte o princípio da igualdade esculpido no caput e no inciso I do artigo 5º da Constituição da República. A título de exemplo, se a mulher ficar viúva, poderá, “a qualquer tempo”, gestar o embrião excedentário, assegurado o reconhecimento da paternidade, com as consequências legais pertinentes; porém o marido não poderá valer-se dos mesmos embriões, para cuja formação contribuiu com o seu material genético e gestá-lo em útero sub-rogado.”

porém, assim como as resoluções do Conselho Federal de Medicina, não têm qualquer força de lei.

Desde modo, faz-se essencial que haja a devida regulamentação administrativa, civil e penal, no que tange à medicina reprodutiva, para não restar dúvidas quanto ao posicionamento de determinados temas, bem como para fixação de certos limites e imposição de sanções ao cidadão em caso de descumprimento, inclusive no âmbito penal.

Ressalte-se que existem diversos Projetos de Lei em andamento há muitos anos que podem modificar sobremaneira o modo de lidar com o assunto<sup>36</sup>.

É preciso frisar, no entanto, que, por vezes, o que se observa é que estes projetos de lei são realizados sem um estudo aprofundado e sem o debate com a sociedade. O que se vê são projetos de lei em tramitação totalmente antagônicos entre si, sem a devida fundamentação, e que não abrangem diversos temas que são essenciais à procriação medicamente assistida.

Por consequência, cria-se um ambiente de insegurança jurídica, pois não se sabe que posição os legisladores irão tomar. E enquanto não se chega a uma conclusão, as repercussões dessa inovação estão sendo concretizadas e os filhos, daí decorrentes, merecem total proteção.

Imprescindível destacar a obra de Ana Cláudia Scalquette, “Estatuto da Reprodução Assistida”, que propõe a elaboração de um sistema protetivo, de controle de ações capazes de evitar os conflitos e inseguranças, bem como um sistema de reparação adequadamente estruturado para que os eventuais danos sejam reparados<sup>37</sup>.

A autora defende a elaboração de um estatuto da reprodução assistida, para tutelar a matéria, de forma completa - na medida do possível -, visando não somente regular a aplicação das técnicas mas, sobretudo, “disciplinar as relações que estejam, de uma forma ou de outra, ligadas a elas, bem como fornecer elementos que possam nortear a interpretação das situações que decorrem dessa prática médica específica”<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Os principais projetos de lei em andamento atualmente são os de n. 1183/03 (que possui diversos apensos) e de n. 2061/03.

<sup>37</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>38</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 322.

### 1.2.1 Presunção de paternidade na reprodução assistida

No que tange à filiação, por vezes, o ordenamento jurídico brasileiro utiliza-se de presunções para estabelecimento da paternidade.

Heloisa Helena Barboza ensina que a presunção de paternidade é a ilação que se tira de um fato conhecido para o estabelecimento de outro desconhecido. Há dois tipos: a absoluta (*iuris et de iure*), da qual não há possibilidade de prova em contrário e a relativa (*iuris tantum*), que admite prova em contrário<sup>39</sup>.

De acordo com Pontes de Miranda, a presunção somente existe onde há algo que não se prova, ou por ser difícil de se provar, ou por não se poder provar; então se presume. A presunção é, na verdade, um processo de indução. Ela simplifica a prova, porque a dispensa a respeito do que se presume. Em suas palavras:

Se ao legislador parece que a probabilidade contrária ao que se presume é extremamente pequena, ou que as discussões sobre as provas seriam desaconselhadas, concebe-as ele como presunções inelidíveis, irrefragáveis: tem-se por notório o que pode ser falso<sup>40</sup>.

A presunção de paternidade é assentada nos deveres de ambos os cônjuges, especialmente o dever de fidelidade e de vida em comum no domicílio conjugal, que induz a manutenção de relações sexuais pelo casal<sup>41</sup>.

No clássico sistema de filiação, eram estabelecidas presunções ou ficções jurídicas praticamente inatingíveis. No que tange à maternidade, esta era considerada sempre certa (*mater semper certa est*), sendo atribuída no momento do parto.

Já na paternidade, a presunção era estabelecida pelo critério do casamento (*pater is est quem iuste nuptiae demonstrand*). Ou seja, o marido era presumido pai da criança. O objetivo era proteger o matrimônio e a paz familiar, independente da

---

<sup>39</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In.: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 225-249. p. 233-234.

<sup>40</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte geral*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. t. III, p. 497-498.

<sup>41</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In.: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 225-249. p. 233.

certeza biológica. Nesse sentido, havia um prazo muito curto, de apenas dois meses, para a impugnação da paternidade<sup>42</sup>.

Posteriormente, as presunções foram sendo atenuadas e o sistema de filiação passou a ser articulado em torno da prevalência da verdade biológica, principalmente com a existência do exame de DNA.

Ocorre que com a utilização das técnicas de reprodução assistida, novos parâmetros têm de ser levados em conta. Eduardo Oliveira Leite ressalta:

As procriações artificiais vieram revelar ao jurista um dado negligenciado e que está a exigir sua real avaliação: a paternidade não se estabelece exclusivamente sobre um suporte biológico, como sempre se entendeu, mas também sobre um suporte psicossocial<sup>43</sup>.

Hoje, apesar de a presunção de paternidade decorrente do casamento ainda existir, não se fala mais, exclusivamente, de vinculação de parentesco ligado somente à consanguinidade. Novas fontes de parentesco devem ser reconhecidas como a filiação civil que engloba a filiação adotiva; a decorrente da posse do estado de filho<sup>44</sup> e a filiação advinda da reprodução humana assistida heteróloga.

Percebe-se, então, que pode haver uma certa dissociação entre fator biológico e vínculo de filiação.

Vale aqui esclarecer que no que tange à presunção de paternidade, embora nos casos da reprodução assistida homóloga o problema não seja tão grave, pois a paternidade será sempre certa, já que será utilizado material reprodutivo de ambos os pais, havendo vínculo biológico entre o cônjuge e o filho, esta técnica possibilita novos prazos de concepção, o que gera relevantes consequências.

Embora a criança possa nascer após os 300 dias da dissolução da sociedade conjugal, considerando-se o prazo legal, o ordenamento jurídico entende que a presunção permanecerá, conforme dispõe o artigo 1.597 do Código Civil.

No caso do inciso III, referente à reprodução assistida *post mortem*, por exemplo, Heloisa Helena Barboza indaga se o intento do legislador foi realmente estender a presunção aos filhos 'concebidos' após a morte do marido, permitindo

---

<sup>42</sup> Vide artigos 344 e 178, §3º do Código Civil de 1916.

<sup>43</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995. p. 201.

<sup>44</sup> Hoje, ao lado da paternidade biológica, já se fala em posse do estado de filho ou paternidade socioafetiva. Por este entendimento, pai é aquele que cria, está presente no dia-dia, participando da educação e formação da criança. Neste tipo de paternidade, embora não haja vínculo sanguíneo, o vínculo é construído no exercício do cotidiano, surgindo uma figura paterna substituta.

mulher valer-se do material fecundante crioconservado. Seu entendimento é no sentido afirmativo<sup>45</sup>.

Referida autora esclarece que, neste caso, deverá prevalecer a presunção, como se o filho tivesse sido concebido na constância do casamento, mesmo sabendo-se que foi concebido quando já extinto o vínculo conjugal, em razão da morte do marido<sup>46</sup>.

Em outras palavras, na inseminação *post mortem*, em que a concepção ocorra após a abertura da sucessão, ou seja, a formação do embrião se dê após a morte do cônjuge, esta se presume anterior, como tendo ocorrido durante casamento<sup>47</sup>.

O mesmo raciocínio deve ser feito para o inciso IV do artigo 1.597 do Código Civil, referente aos embriões excedentários nascidos a qualquer tempo, inclusive após a dissolução da sociedade conjugal<sup>48</sup>.

Aqui cabe fazer um adendo quanto ao termo “presunção”. Como ressalta Caio Mário da Silva Pereira, a disposição do artigo 1.597 do Código Civil foi infeliz:

Em realidade, ocorrendo a concepção, por processo artificial, depois da morte do pai, não há que ‘presumir’ sua contemporaneidade com casamento ‘sabidamente’ dissolvido por aquele óbito anterior: a hipótese é, claramente, de ‘ficção’ jurídica, e não de verdadeira presunção<sup>49</sup>.

Deste modo, no que tange aos incisos III e IV do artigo 1.597 do ordenamento civil, em ambos os casos ressalta-se que, tecnicamente, seria um caso de ficção jurídica e não de verdadeira presunção, pois sabidamente o casamento foi dissolvido anteriormente à concepção do filho.

De qualquer maneira, havendo inseminação *post mortem* com material do cônjuge falecido, este será o pai, por força da presunção legal de paternidade - ao

---

<sup>45</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à procriação e as técnicas de reprodução assistida. In.: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Org.). *Grandes temas da atualidade*. Bioética e biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 153-168. p. 154.

<sup>46</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In.: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 225-249. p. 237-238.

<sup>47</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 320-327. p. 325.

<sup>48</sup> A utilização de embriões excedentários após dissolução da sociedade conjugal é tema extremamente polêmico, principalmente quando há divergência entre os ex-cônjuges. Mas este não será tema de estudo no presente trabalho, pois mereceria uma pesquisa muito aprofundada.

<sup>49</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. 6. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 27.



se confirmar o uso e êxito das técnicas de reprodução humana assistida -, além de existir o vínculo biológico.

Contudo a problemática não se restringe a esta questão. Quando se fala em reprodução medicamente assistida, o ordenamento jurídico cometeu um deslize ao inseri-la na parte referente à presunção relativa. Nas técnicas homólogas, maiores dúvidas não devem surgir, pois há vínculo biológico mesmo diante da ausência de relação sexual.

Porém, no caso das técnicas heterólogas, ou seja, aquelas em que há utilização de material genético de pelo menos um terceiro, a questão é mais complexa.

O artigo 1.601 do Código Civil dispõe que o direito do marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher é imprescritível<sup>50</sup>. Desta forma, teoricamente, o marido poderia contestar a paternidade a qualquer tempo.

No entanto, no caso da reprodução medicamente assistida, em que há ausência de relação sexual, outros pressupostos para a atribuição da paternidade devem ser invocados, como a vontade e o risco.

Guilherme Calmon defende que nas técnicas heterólogas, o consentimento do parceiro da mulher em utilizar material biológico de terceiro e a concepção fazem as vezes da relação sexual para o fim de se estabelecer os vínculos de paternidade-maternidade-filiação<sup>51</sup>.

Tendo o marido ou companheiro manifestado inequivocamente sua vontade, somado ao êxito da técnica, não poderá posteriormente impugnar a paternidade, pois ela já se constituiu no momento da concepção e da gravidez<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Tal disposição não se coaduna com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança. Deste modo, não obstante a existência do artigo 1.601 do Código Civil, na ponderação de interesses, deve prevalecer o superior interesse do menor. Assim, uma vez que haja parentalidade socioafetiva, baseada na posse do estado de filho, o critério biológico passa a ser secundário. Nesse sentido ensina Paulo Luiz Netto Lôbo: "A certeza da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas" Em resumo: a identidade genética não se confunde com a identidade de filiação. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 252.

<sup>51</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 355.

<sup>52</sup> Nas técnicas homólogas, a falta de consentimento do parceiro não ilide a presunção de paternidade, caso haja gestação, bastando o risco decorrente da existência do vínculo familiar, associado ao fator biológico, sendo irrelevante a vontade do parceiro. Para Guilherme Calmon, basta o risco vinculado ao projeto parental decidido unilateralmente pelo outro cônjuge. In.: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*. O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 704. No mesmo sentido Heloisa Helena Barboza, que compara este ato à ocultação por parte da mulher de que está fazendo uso de métodos anticoncepcionais. In.:

Nesses casos, o critério para estabelecimento da paternidade não é o critério biológico, mas o desejo de gerar um descendente por meio do planejamento familiar, somado ao êxito das técnicas reprodutivas, o que demonstra a certeza da parentalidade.

Em resumo, ao se utilizar das técnicas de reprodução assistida, uma vez que o cônjuge tenha expressado inequivocamente a autorização para que fosse utilizado gameta de terceiro, não deverá haver possibilidade de arrependimento após o início da gravidez.

Guilherme Calmon faz a seguinte observação:

A melhor técnica legislativa seria a de considerar a certeza da paternidade, o que significaria a insuscetibilidade do marido impugnar a paternidade relativamente à criança concebida e nascida de sua esposa através de técnica de procriação assistida heteróloga previamente consentida<sup>53</sup>.

Já Heloisa Helena Barboza ressalta que “nos casos de procriação assistida mais simples seria se o legislador se limitasse a indicar o critério de estabelecimento da paternidade a ser adotado em cada caso. Contudo, isso não ocorreu, devendo o intérprete buscar o objetivo da lei”<sup>54</sup>.

Quando se fala em reprodução assistida heteróloga, há uma certa similaridade com a adoção, em que o vínculo biológico é irrelevante e a paternidade é irrevogável<sup>55</sup>. Nas técnicas heterólogas, o papel da vontade é essencial.

Oportuna é a transcrição de parte do parecer final<sup>56</sup> às emendas do Senado Federal ao Projeto de Lei que deu origem ao Código Civil de 2002, de autoria do Relator-Geral, Deputado Ricardo Fiúza, no que tange à presunção de paternidade:

[...] pode parecer polêmico, mas é ele adequado, pois tal presunção servirá para a hipótese de um marido que autoriza a sua mulher a fazer inseminação artificial, mas antes de nascer a criança eles venham a romper o casamento e tal marido não querer mais aquela paternidade, por ele antes desejada e autorizada.  
[...]

---

BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 50.

<sup>53</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*. O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 950-951.

<sup>54</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In.: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 225-249. p. 237.

<sup>55</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 343-344.

<sup>56</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In.: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 225-249. p. 240-241.

Resta, considerar, entretanto, a necessidade de se estabelecer a condicionante de autorização à hipótese de se tratar de inseminação artificial heteróloga, a que é feita com sêmen do terceiro e não do marido.

Deste modo, embora não esteja expresso no ordenamento, a paternidade decorrente de reprodução assistida heteróloga consentida deve ser irrevogável<sup>57</sup>.

No caso do companheirismo, o raciocínio é o mesmo, mas haverá a necessidade de reconhecimento posterior da paternidade, que pode se dar de forma voluntária ou judicial.

Apesar do presente estudo se restringir à reprodução medicamente assistida homóloga *post mortem*, vale a pena fazer uma ressalva de que os embriões excedentários decorrentes de fertilização heteróloga também devem ser protegidos pela presunção de paternidade, caso haja consentimento expresso do *de cujus*, possibilitando a implantação desses embriões heterólogos mesmo após sua morte.

Ana Cláudia Scalquette defende este posicionamento:

Aliás, mister que a presunção também seja estendida para os embriões excedentários da fertilização heteróloga, nascidos a qualquer tempo, pois se ambas as possibilidades – homóloga e heteróloga – são passíveis de presunção pelos incisos III e V do art. 1.597 do CC, por que somente os excedentários da homóloga podem ser considerados filhos por presunção?<sup>58</sup>

Deste modo, em se tratando de reprodução *post mortem*, uma vez que foi livre, consciente e expresso o desejo do falecido em possibilitar o nascimento dessa criança após sua morte, mesmo que este embrião decorra do sêmen de um doador, será considerado filho do *de cujus*.

Nestes casos, serão aplicadas as mesmas regras para o caso de nascimento em vida de filho decorrente de reprodução assistida heteróloga. Assim, não será a consaguinidade a origem do vínculo de paternidade-filiação, mas sim outras fontes como a existência de um projeto parental iniciado em vida e o consentimento do marido para a reprodução *post mortem* do embrião decorrente da fertilização heteróloga.

Apesar de defender que a procriação assistida *post mortem* deve ser utilizada somente em casos excepcionais, atualmente ela é permitida pelo ordenamento. Desta forma, até que haja uma mudança legislativa nesse sentido, esta solução é a que melhor protege os interesses da criança que vier a nascer.

---

<sup>57</sup> No mesmo sentido Heloisa Helena Barboza. BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à procriação e as técnicas de reprodução assistida. In.: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Org.). *Grandes temas da atualidade*. Bioética e biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 153-168. p. 156.

<sup>58</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 181.

Nesse sentido, não há qualquer óbice em se atribuir a maternidade e/ou paternidade às pessoas que recorrem às técnicas de reprodução assistida, mesmo que pela técnica heteróloga, bastando verificar quem efetuou o projeto parental.

Percebem-se, portanto, diversas questões intrincadas a respeito da presunção de paternidade nas técnicas de reprodução assistida que até então não haviam sido cogitadas, já que, no passado, havia a possibilidade somente de procriação decorrente de relações sexuais.

## 2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

O foco do presente estudo é o artigo 1.597 do Código Civil<sup>59</sup>, mais particularmente o inciso III, que trata da reprodução assistida homóloga *post mortem*.

Este tema é tão polêmico que a Alemanha e a Suécia vedam a inseminação *post mortem*. Na França, além da proibição, a legislação dispõe que o consentimento manifestado em vida perde o efeito. Na Inglaterra, a inseminação após o óbito do marido é permitida, mas não se garante o direito à sucessão, exceto se houver documento expresso nesse sentido<sup>60</sup>.

A Bélgica permite a procriação *post mortem*, desde que haja consentimento expresso e seja respeitado o prazo entre seis meses e dois anos, contados a partir da abertura da sucessão<sup>61</sup>.

A Espanha disciplinou a matéria da reprodução medicamente assistida na lei de nº 14 de 26 de maio de 2006, que, em seu artigo 9º, n. 2, dispõe que a mulher pode utilizar o material reprodutivo criopreservado do falecido marido ou companheiro nos doze meses subsequentes ao seu falecimento. Para isso, é indispensável que haja consentimento expresso do *de cuius*, em documento formal, como escritura pública ou testamento. Somente nestes casos haverá estabelecimento da filiação dos filhos nascidos diante da reprodução assistida *post mortem*<sup>62</sup>.

A lei portuguesa de 2006, sobre procriação medicamente assistida, estabelece que após o falecimento do marido ou companheiro, não é lícita a inseminação *post mortem*, em casos de sêmen congelado, ainda que haja consentimento. Nestes casos, o sêmen deve ser destruído. Porém, em casos de

---

<sup>59</sup> Art. 1597 do Código Civil: "Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido".

<sup>60</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3 ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 559.

<sup>61</sup> Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes. 6 juillet 2007, art. 16. O trecho correspondente na tradução é: "Lei relativa à procriação medicamente assistida e à destinação dos embriões excedentários e dos gametas. 6 de julho de 2007, artigo 16".

<sup>62</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3 ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 558-559.

embriões congelados, é lícita a implantação *post mortem*, com o intuito de permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado àquela ponderação da decisão. Importante destacar, no entanto, que se a criança vier a nascer, decorrente da violação da proibição, é havida como filha do falecido<sup>63</sup>.

Nos Estados Unidos, cujo sistema é da *common law*, apesar de cada Estado poder prever suas próprias regras, houve, no ano de 2000 uma uniformização das normas de reprodução assistida com a aprovação do *Uniform Parentage Act*. No que tange à reprodução póstuma, o falecido somente será considerado pai ou mãe da criança a nascer se consentiu formalmente que a reprodução assistida ocorresse após a sua morte<sup>64</sup>.

Heloisa Helena Barboza ressalta que embora a reprodução humana assistida *post mortem* exista na prática, algumas pessoas consideram que tal técnica é “uma transgressão da natureza eis que o homem deve aceitar a idéia da morte”<sup>65</sup>.

No Brasil, a utilização das técnicas de reprodução após a morte do genitor é muito questionada. Primeiro porque a criança já nasceria sem um de seus genitores, o que para muitos já seria motivo suficiente para a impossibilidade de utilização do material reprodutivo.

Olga Krell questiona, sob o ponto de vista psicológico, o porquê de se gerar um filho de um pai morto, senão o desejo de perpetuar o falecido nessa criança que, desde o início, seria privada do direito de ter dois pais<sup>66</sup>.

Vale aqui esclarecer que a família monoparental é constitucionalmente protegida, em todos os sentidos, não podendo sofrer qualquer discriminação com relação às demais formas de família. No entanto ela não é estimulada, como se comprova pela Lei nº 8.560/92, que dispõe sobre a averiguação oficiosa da paternidade.

Nessa perspectiva, Maria Helena Machado ressalta que embora a Constituição Federal tenha protegido as famílias monoparentais, o texto

---

<sup>63</sup> Lei portuguesa sobre procriação medicamente assistida de n. 32 de 11 de julho de 2006, arts. 22 e 23.

<sup>64</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 282-284.

<sup>65</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 55.

<sup>66</sup> KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 188.

constitucional não previu essa proteção com vistas à procriação. A autora acrescenta, ainda, que tais famílias, via de regra, tornaram-se monoparentais por força das circunstâncias<sup>67</sup>. Ademais, cumpre lembrar que nenhuma vantagem resulta para o concebido *post mortem* e ele já se encontrará privado da companhia paterna.

No entanto, apesar destas questões, que são muito tormentosas, tais técnicas foram permitidas pelo atual ordenamento civil brasileiro. Deste modo, o presente estudo irá analisar os efeitos sucessórios com relação ao filho nascido após a morte do genitor, por meio das técnicas de reprodução medicamente assistida.

## 2.1 Diferenciação entre embrião e sêmen congelados

Na procriação medicamente assistida pode ocorrer a criopreservação de gametas (sêmen e óvulos) ou embriões congelados, que normalmente são utilizados durante a vida dos titulares, mas que podem também ser utilizados após o falecimentos de um deles.

É preciso fazer a diferenciação entre sêmen e embrião, pois há algumas peculiaridades em cada caso.

O ordenamento jurídico permitiu tanto a utilização do sêmen congelado (inciso III), quanto do embrião excedentário (inciso IV, do artigo 1.597 do Código Civil de 2002).

Quando se utiliza o sêmen congelado, só há gameta do marido. Ademais, o sêmen é somente o material biológico do homem, não tendo ainda qualquer condão ligado à vida.

Heloisa Helena Barboza ressalta: “Trata-se efetivamente de um ‘que’, posto que até a concepção há apenas o sêmen do marido morto, portanto, um tecido, juridicamente uma coisa”<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 123-124.

<sup>68</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 320-327. p. 326.

Já quando se trata de embrião, normalmente há carga genética de ambos os cônjuges e uma vida em potencial, o que traz à tona questões bioéticas extremamente controversas.

Carolina Velasco esclarece que o termo embrião não é apropriado:

Em biologia, antes da implantação, o óvulo fecundado chama-se 'zigoto', em vez de embrião. O embrião é a entidade em desenvolvimento a partir da implantação no útero até oito semanas depois da fecundação; no começo da nona semana começa a ser denominado feto<sup>69</sup>.

No entanto, apesar da impropriedade terminológica, para o presente estudo levar-se-á em conta que o embrião engloba todas as fases do desenvolvimento do zigoto, desde a concepção. Já o termo nascituro é designado para o embrião já implantado no interior do útero da gestante.

Jussara Meirelles afirma que os embriões excedentários são estranhos ao modelo jurídico clássico: "Não são 'pessoas naturais', pois inexistente o nascimento com vida; também não são pessoas a nascer ('nascituros'), mas nem por isso é possível classificá-los como 'prole eventual' (a ser concebida), posto que a concepção já houve"<sup>70</sup>.

Para o ordenamento jurídico, de acordo com o art. 2º do Código Civil, o nascimento com vida é a condição para que a pessoa adquira personalidade, estando apta a contrair direitos e obrigações. Mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Nesse sentido, como explica Maria Helena Diniz, ao nascituro poderá haver direito a alimentos, direito à vida, a um curador (para os casos de incapacidade de seus genitores), à herança, direito de receber doação e de ser reconhecido como filho, além de outros<sup>71</sup>.

Maria Helena Machado questiona:

Sendo o nascituro a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno, diante das técnicas de fertilização assistida, como poderia ser tratado juridicamente o embrião, antes de ser implantado no útero, ou enquanto criopreservado, ou até mesmo podendo jamais ser implantado, quando rejeitado pelo casal solicitante (os

---

<sup>69</sup> VELASCO, Carolina Altoé. *Reflexões sobre a natureza jurídica dos embriões excedentários na experiência brasileira contemporânea*. In.: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. nov. 2008, Brasília. p. 01-15. p. 06.

<sup>70</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Estatuto jurídico do embrião. In.: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 163-177. p. 167.

<sup>71</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 12. ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 08.



chamados excedentários), permanecendo dessa forma, no aguardo de sua destinação?<sup>72</sup>

Na realidade o cerne da questão é a dificuldade em se delimitar o início da vida. Há aqueles, como Silmara Chinelato de Almeida<sup>73</sup> e Maria Helena Diniz, que defendem a teoria concepcionista, pela qual a vida se inicia o momento da concepção. Maria Helena Diniz afirma:

Embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos que na verdade o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher<sup>74</sup>.

A autora ainda acrescenta:

Parece-nos que a razão está com a *teoria concepcionista*, uma vez que o Código Civil resguarda desde a concepção os direitos do nascituro, e, além disso, no art. 1.597, IV, presume concebido na constância do casamento o filho havido, a qualquer tempo, quando se tratar de embrião excedente, decorrente de concepção artificial heteróloga. Com isso, protegidos estão os direitos da personalidade do embrião, fertilizado *in vitro*, e do nascituro<sup>75</sup>.

Eduardo Oliveira Leite defende seu posicionamento:

Do ponto de vista ético, em nenhum dos estágios de uma vida *in vitro*, o embrião pode ser tratado como 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>76</sup>.

Já a teoria natalista sustenta que a personalidade civil do nascituro começa com o nascimento com vida. Entre os defensores dessa corrente destaca-se Caio Mário da Silva Pereira que afirma: “pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento não há personalidade. Mas a lei cuida, em dadas circunstâncias, de proteger e resguardar os interesses do nascituro”<sup>77</sup>. Para o autor, antes do nascimento com vida, há somente um direito potencial ao concebido, não podendo falar, neste casos, em personalidade civil.

No mesmo sentido é a opinião de Guilherme Calmon, que afirma que o nascituro é desprovido de personalidade civil:

<sup>72</sup> MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 78.

<sup>73</sup> ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 161-175.

<sup>74</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 12. ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 09-10.

<sup>75</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 12. ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 10.

<sup>76</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*. aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995. p. 179.

<sup>77</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral de direito civil*. vol. 01. 22. ed. rev. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 218.

O direito brasileiro se filiou à doutrina natalista quanto à aquisição de personalidade civil sob o significado tradicional, nos termos do art. 2º do novo Código Civil brasileiro, mas tal não se equipara a coisas, especialmente levando em conta o valor objetivo da potencialidade da pessoa humana (no sentido da palavra personalidade), daí a própria ressalva contida no dispositivo referido<sup>78</sup>.

Apesar de algumas divergências doutrinárias, o entendimento majoritário é que o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria natalista, nos termos do art. 2º do Código Civil. Portanto, antes do nascimento com vida, não há personalidade civil, o que não o impede de ser protegido e resguardado.

Guilherme Calmon explica que o nascituro, apesar de não ter aptidão para titularizar situações jurídicas, tem seus interesses preservados, tendo, inclusive, idoneidade e capacidade para suceder caso venha a nascer com vida<sup>79</sup>. Portanto sua capacidade sucessória passiva é condicional.

A tormentosa questão de quando se inicia a vida é discutida, entre outras razões, com o objetivo de se atribuir ou não proteção jurídica ao embrião.

Para Heloisa Helena Barboza, a proteção do embrião humano é imperativa por questões ético-filosóficas e pelo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Em suas palavras:

Não é exigível para tanto que se lhe atribua personalidade, acarretando uma série de efeitos jurídicos que são inadequados a um ser em estado potencial, que talvez jamais venha a se desenvolver, sendo alta tal probabilidade no caso dos embriões congelados, e certo se inviáveis. Não sendo pessoa, não é admissível; porém, pelos motivos apresentados, considerar o embrião humano como coisa, portanto, como objeto de direito, o que constituiria uma ofensa à dignidade da pessoa humana. Impedir a coisificação do embrião humano, que permitiria sua utilização para fins menos nobres, como a fabricação de cosméticos, é dar-lhe proteção eficaz<sup>80</sup>.

Já Jussara Meirelles tem uma posição mais radical, no sentido de que a destruição do embrião *in vitro* caracteriza-se desrespeito à vida que ali existe e que tem possibilidade de se desenvolver: “Logo, a necessidade de se respeitar o ser embrionário, desde o início do seu ciclo vital, decorrente, sobretudo, da extrema

---

<sup>78</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 190-239. p. 215.

<sup>79</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*. O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 566-567.

<sup>80</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Embriões excedentários e a lei de biossegurança: o sonho confronta a realidade. In.: ANAIS DO V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: *Família e dignidade humana*, 2005, Belo Horizonte. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 457-468. p. 467.

proximidade individual existente entre ele e a pessoa humana que em breve poderá apresentar-se plenamente desenvolvida”<sup>81</sup>.

Maria Helena Machado enfatiza que “a questão efetiva sobre a proteção do embrião, constitui-se em um dos temas geradores dos maiores conflitos éticos, mesmo nos países em que existe legislação específica sobre a fertilização assistida”<sup>82</sup>.

Observa-se que a extensão dos termos ‘embrião’ e ‘nascituro’ ainda gera muita polêmica, não havendo consenso nem na doutrina nacional, nem na internacional. José Roberto Moreira Filho afirma que a condição jurídica do embrião conservado “é ainda indefinida e temerosa, embora merecedora de proteção”<sup>83</sup>.

O entendimento mais apropriado é o de que ao embrião deva ser propiciada proteção diferenciada, por se tratar de uma vida em potencial, mas não pode ser comparado ao nascituro, pois pode nunca chegar a se desenvolver.

De qualquer maneira, apesar de existirem opiniões fortemente divergentes, uma vez que este sêmen ou embrião venha a se desenvolver, gerando uma criança com vida, todos os direitos devem ser resguardados.

Giselda Hironaka ensina que nas técnicas de reprodução assistida *post mortem*, havendo autorização do falecido, operar-se-á o vínculo parental de filiação, com todas as consequências daí resultantes, conforme a regra basilar da Constituição Federal, pelo seu art. 226, § 6º, incluindo os direitos sucessórios relativamente à herança do pai falecido<sup>84</sup>.

Nesse sentido, o filho deverá ser protegido em todos os termos, tanto no campo pessoal, como patrimonial, assim como os demais membros da família, devendo receber o *status* completo de filho.

---

<sup>81</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Estatuto jurídico do embrião. In.: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 163-177. p. 170.

<sup>82</sup> MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 69.

<sup>83</sup> MOREIRA FILHO, José Roberto. Os novos contornos da filiação e dos direitos sucessórios em face da reprodução humana assistida. In.: GUERRA, Arthur Magno e Silva. *Biodireito e bioética*. Uma introdução crítica. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 215-248. p. 241.

<sup>84</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 311-319. p. 319.

Haverá, portanto, relações de parentesco também pela linha paterna; a criança fará jus ao nome familiar e, em caso de necessidade, terá direito a alimentos, inclusive gravídicos.

Na prática, tais consequências são extremamente delicadas, principalmente nos casos em que haja oposição da família para utilização do material reprodutivo do falecido ou embrião congelado.

No entanto, apesar dessa eventual oposição familiar, deverão prevalecer os interesses da criança, que deverá ter seus direitos assegurados e, caso seja necessário, os parentes serão responsáveis por arcar com o sustento do menor. Por isso, a utilização das técnicas de reprodução após o falecimento do genitor deverá ser analisada com muita acuidade.

### 2.1.1 Legitimação sucessória na fecundação artificial *post mortem*

Uma questão bastante complexa é que, apesar do ordenamento presumir a paternidade dos filhos decorrentes da reprodução medicamente assistida, mesmo após o óbito do cônjuge, o Código Civil não soluciona os problemas práticos decorrentes dessa inovação. No entanto é imperativo solucionar o conflito acerca da possibilidade da vocação hereditária dos filhos decorrentes dos embriões excedentários e do material fecundante congelado.

No que tange à polêmica dos direitos sucessórios do filho concebido, após a morte do genitor, ressalta-se que já há, embora raros, alguns estudos sobre o tema<sup>85</sup>. Entretanto, a questão ainda está longe de se tornar pacífica, tendo em vista os problemas práticos dessa inovação.

---

<sup>85</sup> Nesta esteira encontra-se Heloisa Helena Barboza que se manifestou sobre a questão no Congresso Internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro, em setembro de 2006. BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 320-327. Guilherme Calmon também apresentou um trabalho cujo título é “Efeitos patrimoniais do biodireito com relação ao nascituro e ao filho póstumo” em setembro de 2008 no II Congresso Paulista de Direito de Família e Sucessões. O mais recente estudo refere-se à obra de Ana Cláudia Scalquette, intitulada de “Estatuto da reprodução assistida”. SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Em tese, a transmissão da herança ocorre no instante da abertura da sucessão, momento em que se deve verificar a legitimidade dos herdeiros para receber seu quinhão hereditário.

O artigo 1.798 do Código Civil de 2002, ao tratar da vocação hereditária, dispõe que: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Conforme já ressaltado, o projeto do Código Civil, de 2002, decorreu de estudos que se iniciaram na década de 60 (sessenta), quando ainda não se falava sobre concepção *in vitro*. Desse modo, só havia possibilidade de concepção mediante o processo de conjunção carnal, com o prazo natural de até 300 dias para o nascimento. Ocorre que, com a inovação trazida pelos avanços tecnológicos, é possível a concepção fora do corpo da mulher, ou seja, *in vitro*, bem como os prazos para nascimento podem ser agora indefinidos.

Ademais, o artigo 1.798 do texto codificado adotou parâmetro do artigo 1.718 do Código de 1916 ao se referir apenas às pessoas já concebidas<sup>86</sup>. Diante disso, a regra contida no art. 1.798 do Código Civil não está de acordo com os avanços científicos no âmbito da medicina reprodutiva.

Por consequência, gerou-se um ambiente de incerteza quanto à inclusão dos filhos gerados do material congelado (sêmen e óvulo) ou do embrião excedentário do falecido, no que tange à legitimação sucessória.

José Luiz Gavião de Almeida aduz que há aparente conflito entre o artigo 1.798 do Código Civil e o artigo 227, § 6º da Constituição Federal:

Uma interpretação a contrário *sensu* do artigo 1.798 poderia levar à conclusão de que o indivíduo não concebido à época da abertura da sucessão a ela (herança) não tem direito. Mas a ligação parental entre o *de cujus* e o indivíduo vindo de inseminação artificial homóloga é indiscutível, quer tenha ele nascido enquanto vivo ou depois de morto o seu pai (art. 1597, III). Se o indivíduo, a qualquer tempo, nasce com vida, decorrente do desenvolvimento de embrião excedentário, mediante inseminação artificial homóloga, forma-se a relação de filiação<sup>87</sup>.

Certo é que a Constituição Federal proíbe qualquer forma de discriminação entre os filhos, independente de sua origem. Deste modo, uma vez que a criança venha a nascer em razão de tais técnicas medicamente assistidas, ela terá os mesmos direitos que os demais descendentes.

---

<sup>86</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 190-239. p. 216- 217.

<sup>87</sup> ALMEIDA, José Gavião de. *Código Civil comentado*. Direito das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima. Artigos 1.784 a 1.856. vol. xviii. AZEVEDO, Villaça, Álvaro (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003. p. 104.

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho sustenta que não se poderia admitir legislação infraconstitucional restritiva do direito do filho concebido mediante fecundação artificial *post mortem*: “tal situação não encontra guarida constitucional, ao contrário, o legislador constitucional não previu exceção, não cabendo ao legislador ordinário, tampouco ao intérprete estabelecer exceções ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos”<sup>88</sup>.

A doutrina é muito dividida no que tange à possibilidade de recebimento da herança por parte desse novo filho, havido por reprodução humana assistida *post mortem*.

Sílvio de Salvo Venosa sustenta que os filhos concebidos *post mortem* não serão herdeiros. Haverá somente a possibilidade na sucessão testamentária, conforme artigo 1.800 do Código Civil:

Os filhos concebidos *post mortem*, sob qualquer técnica, não serão herdeiros. O atual Código abre uma válvula restrita para essa hipótese, permitindo que unicamente na sucessão testamentária possam ser chamados a suceder o filho esperado de pessoa indicada, mas não concebido, aguardando-se até dois anos sua concepção e nascimento após a abertura da sucessão, com a reserva de bens da herança (arts. 1.799, I, e 1.800)<sup>89</sup>.

Nesse mesmo sentido é a opinião de José Roberto Moreira Filho que defende que para que o embrião possa receber bens por sucessão legítima, ele necessita estar implantado no útero feminino, isto é, seja um nascituro. Caso contrário, o embrião só poderá herdar se o *de cujus* tiver disposto em testamento, por analogia ao conceito de prole eventual, “e desde que indique quem gestará o embrião e qual o tempo máximo para sua implantação”. O autor acrescenta que no que tange à inseminação *post mortem*, o direito sucessório fica vedado ao futuro nascituro, “por ter sido a concepção efetivada após a morte do *de cujus*”<sup>90</sup>.

Maria Helena Diniz afirma:

Não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o casamento se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que nascer por inseminação *post mortem*, já que não estava gerado por ocasião da morte de seu pai genético (CC, art. 1.798)<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. In.: ANAIS DO V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: *Família e dignidade humana*, 2005, Belo Horizonte. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 169-191. p. 175.

<sup>89</sup> VENOSA, Sílvio da Salvo. *Direito civil: direito de família*. vol. 06. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 229.

<sup>90</sup> MOREIRA FILHO, José Roberto. Os novos contornos da filiação e dos direitos sucessórios em face da reprodução humana assistida. In.: GUERRA, Arthur Magno e Silva. *Biodireito e bioética*. Uma introdução crítica. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 215-248. p. 242.

<sup>91</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 558.

A autora acrescenta: “Filho póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito do pai genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou *ab intestato*”<sup>92</sup>.

Na opinião de Euclides de Oliveira, o direito do ‘nascituro’ é resguardado desde o momento da concepção. Por isso, o direito sucessório não se estende aos filhos ‘concebidos’ *post mortem*: “Haverá situação, em tais casos, de filhos havidos após a morte do autor da herança, como tais considerados no plano do direito de família, porém sem abrigo do direito aos bens no campo sucessório”<sup>93</sup>.

Nesse mesmo sentido, Tânia da Silva Pereira, atualizadora do livro de família da obra de Caio Mário da Silva Pereira, sustenta que não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, a menos que haja reforma legislativa, inclusive para atender ao princípio constitucional da não discriminação de filhos<sup>94</sup>.

Conforme acima demonstrado, muitos autores como Sílvio de Salvo Venosa, Maria Helena Diniz e Tânia da Silva Pereira defendem que o eventual direito sucessório dependeria da verificação se o filho foi concebido antes da abertura da sucessão.

Em outras palavras, por este entendimento, caso houvesse somente o sêmen congelado quando da morte do genitor, o filho não poderia ser herdeiro. Caso já houvesse embrião congelado, a criança seria herdeira, vez que já estaria concebida à época da morte do genitor.

No entanto a dúvida permanece mesmo quando se refere aos embriões excedentários. Euclides de Oliveira defende sua posição:

Como a lei fala em “concepção”, ainda que extra-uterina, valeria como tal para enquadramento sucessório de filhos “concebidos” antes da morte do autor da herança? Em interpretação puramente literal do texto, a resposta haveria de ser positiva. Há que se levar em conta, porém, a exegese doutrinária de que a garantia de direitos ao nascituro exige a efetiva concepção no ventre materno (*in nido*), para que, vindo a nascer com vida, se considere titular de personalidade<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 558.

<sup>93</sup> OLIVEIRA, Euclides. Concorrência sucessória e a nova ordem de vocação hereditária. In.: *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 29, abr-mai 2005. [S.I.]: IOB Thomson. p. 26-44. p. 27-28.

<sup>94</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. vol. 5. 16. ed. rev. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 318.

<sup>95</sup> OLIVEIRA, Euclides. Concorrência sucessória e a nova ordem de vocação hereditária. In.: *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 29, abr-mai 2005. [S.I.]: IOB Thomson. p. 26-44. p. 27-28.

Deste modo, na opinião de Euclides de Oliveira, tanto o filho gerado por meio de sêmen ou embrião congelado após a morte do genitor não faz jus à herança, pois ainda não estava implantado no útero materno, não sendo, portanto, nascituro<sup>96</sup>.

Em contraposição à opinião de Euclides de Oliveira, Giselda Hironaka, de maneira acertada, aduz que, no caso de embrião excedentário, ainda que não implantado, ele está concebido e, “desde que identificado com os doadores de gametas, a ele será possível conferir herança, assim como ao nascituro”<sup>97</sup>.

Mario de Faria, atualizador da obra de Sucessões de Orlando Gomes, sustenta que “a possibilidade de se atribuir parte da herança ao embrião inseminado após a morte do *de cuius* dependerá de lei complementar que a regulamente”<sup>98</sup>.

Francisco Cahali lembra que pelo sistema anterior, no Código de 1916, não se admitia a constituição de vínculo de parentesco do filho concebido *post mortem*, já que com o óbito, desaparecia a personalidade, não sendo possível estabelecer novas relações jurídicas. No entanto haverá direito à herança, diante da regra do artigo 1.597 do Código Civil, pela qual ‘inadvertidamente’, de acordo com o autor, admitiu-se a filiação havida por fecundação homóloga e através de embriões excedentários após a morte do marido:

Nesse contexto, embora a contragosto, concluímos terem os filhos assim concebidos o mesmo direito sucessório que qualquer outro filho, havido pelos meios naturais. E estaremos diante de tormentoso problema quando verificado o nascimento após anos do término do inventário, pois toda a destinação patrimonial estará comprometida<sup>99</sup>.

Quanto à problemática dos direitos sucessórios desses novos filhos, Ana Cláudia Scalquette conclui que a estipulação testamentária em favor de prole eventual não seria suficiente para corrigir eventuais distorções na igualdade na partilha dos bens dos descendentes: “O que queremos expressar é que uma questão é a do benefício que se pode deixar a qualquer pessoa, inclusive ao filho

---

<sup>96</sup> OLIVEIRA, Euclides. Concorrência sucessória e a nova ordem de vocação hereditária. In.: *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 29, abr-mai 2005. [S.I.]: IOB Thomson. p. 26-44. p. 28.

<sup>97</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 311-319. p. 318.

<sup>98</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev. atual. aum. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 30.

<sup>99</sup> CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. CAMBLER, Everaldo Augusto (Coord.). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 132.



preferido ou ainda não concebido. Outra é a da partilha equânime dos bens da legítima”<sup>100</sup>.

A autora defende um direito sucessório dos filhos nascidos após a morte do genitor, tanto por meio da sucessão testamentária, como também da sucessão legítima. Isso porque deve haver o estrito cumprimento aos mandamentos constitucionais de igualdade, dignidade da pessoa humana e direito à herança, em razão da admissão expressa da presunção de filiação atribuída pelo artigo 1.597 do atual diploma civil<sup>101</sup>.

Já Eduardo Oliveira Leite sustenta que haverá possibilidade de utilização das técnicas, mas faz uma importante diferenciação entre o embrião e o sêmen congelado, no que tange ao direito à herança.

Para o autor, quando já há embrião antes da morte do genitor, o filho herdará. Já no caso da criança ser gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, a situação é 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”<sup>102</sup>.

No entanto o doutrinador sugere que haja disposição legislativa favorecendo o fruto da inseminação *post mortem*, assim como há proposição de lei na França: “Sem aquela previsão não há que se cogitar a possibilidade de eventuais direitos sucessórios”<sup>103</sup>.

Nesse sentido, Eduardo Leite sugere uma releitura do artigo 1.798 do Código Civil, que passaria a ter a seguinte redação: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, ou as que nascerem por concepção artificial, até dois anos após a abertura da sucessão”<sup>104</sup>.

---

<sup>100</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 220.

<sup>101</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 221.

<sup>102</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões*. Artigos 1.784 a 2.027. vol. xxi. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 110.

<sup>103</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões*. Artigos 1.784 a 2.027. vol. xxi. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 110.

<sup>104</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. Bioética e presunção de paternidade. Considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil. In.: \_\_\_\_\_ (Org.). *Grandes temas da atualidade*. Bioética e biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17-40. p. 27.

Guilherme Calmon, apesar de partir da premissa da inconstitucionalidade do emprego da técnica de reprodução assistida *post mortem*<sup>105</sup>, sustenta que, sendo reconhecida sua admissibilidade jurídica, a melhor solução é a de considerar que o artigo 1.798 do Código Civil de 2002 disse menos do que queria: “devendo o intérprete proceder ao trabalho de estender o preceito para os casos de embriões já formados e daqueles a formar”. Deste modo, o autor entende que tanto o filho nascido a partir do sêmen preservado quanto o embrião excedentário terá capacidade sucessória, se vier a nascer.<sup>106</sup>

Há ainda o posicionamento de que, pelo princípio constitucional de igualdade entre os filhos, não será possível fazer essa diferenciação, seja no âmbito familiar, seja no campo patrimonial. Entre os autores destacam-se Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho<sup>107</sup>, além de José Luiz Gavião de Almeida<sup>108</sup> que enfatiza que a situação em que haja filho sem direito à herança é inconciliável com artigo 227, § 6º da Constituição Federal.

Sob essa perspectiva constitucional, ressalta-se o pensamento de Heloisa Helena Barboza: “O processo de constitucionalização do direito brasileiro fez-se forte no Direito Civil, em particular no Direito de Família, não sendo possível excluir o Direito das Sucessões da filtragem constitucional”<sup>109</sup>.

Este último entendimento em que não é possível fazer qualquer tipo de diferenciação entre filhos é a decisão mais correta, uma vez que deve se ter em mente que o ordenamento jurídico contemporâneo deve ser analisado de forma unitária. Esta questão será analisada mais profundamente no item 2.1.2.

---

<sup>105</sup> Para ver opinião do autor quanto à inconstitucionalidade vide item 4.2, referente às dificuldades práticas para realização da partilha quando ocorrer nascimento da criança após falecimento do autor da sucessão.

<sup>106</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 190-239. p. 218-219.

<sup>107</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. Anais do V congresso brasileiro de direito de família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 169-191. p. 175.

<sup>108</sup> ALMEIDA, José Gavião de. *Código Civil comentado*. Direito das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima. Artigos 1.784 a 1.856. vol. xviii. AZEVEDO, Villaça, Álvaro (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003. p. 104.

<sup>109</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 320-327. p. 321.

Para evitar que tais dúvidas permaneçam, renomados doutrinadores se reuniram da III Jornada de Direito Civil e elaboraram o Enunciado de n. 267 do Conselho da Justiça Federal, referente ao direito hereditário do filho decorrentes de embrião excedentário:

Art. 1.798: A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

### 2.1.2 Interpretação sistemática das regras de direito de família e direito das sucessões

Conforme já ressaltado, o artigo 1.798 do Código Civil dispõe que se legitimam a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Heloisa Helena Barboza sustenta que a referência à “pessoa” já concebida não parece mais adequada, sendo que o melhor seria referência a nascituro<sup>110</sup>.

Giselda Hironaka acentua que todo o problema se resume na questão de se viabilizar um suposto direito sucessório àquele que, no momento da abertura da sucessão, não era sequer concebido<sup>111</sup>.

Diante disso, a dúvida que se coloca é: poderão ser aproveitados pela presunção do artigo 1.597 do Código Civil apenas os concebidos durante o casamento, ou também os embriões concebidos quando já extinta a sociedade conjugal?

No caso da técnica conceptiva *post mortem*, ou seja, na utilização do sêmen congelado, ainda não há embrião no momento do falecimento do ex-cônjuge<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 320-327. p. 325.

<sup>111</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 311-319. p. 319.

<sup>112</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*. O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 732.

Desta maneira, se analisado isoladamente o artigo 1.798 do Código Civil de 2002, haveria exclusão do direito à herança.

No entanto o artigo 1.597 do ordenamento civil é claro ao dispor que haverá presunção de que foram concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. Portanto, nestes casos, haverá presunção de paternidade.

Heloisa Helena Barboza conclui que a intenção do legislador foi estender a presunção aos filhos ‘concebidos’ após a morte do marido, quando já desfeito o casamento, permitindo à mulher valer-se de material fecundante crioconservado: “A presunção consiste, pois, em considerar como concebido na constância do casamento mesmo o filho que se sabe concebido quando já extinto o vínculo conjugal, em razão da morte do marido”<sup>113</sup>.

A autora ainda acrescenta importante comentário: “Observe-se que dada a interpretação restrita a ‘excedentários’, ou seja, pressupondo-se um processo de procriação já em curso, de nada serviria a presunção, pois a concepção teria ocorrido na vigência do casamento”<sup>114</sup>.

Nesse sentido, Heloisa Helena Barboza ressalta que a presunção só tem utilidade exatamente para fins de fixar a época da concepção, já que inócua para estabelecer a paternidade, diante da certeza jurídica.

Deste modo, a inseminação *post mortem*, aquela em que a concepção ocorre após a abertura da sucessão, se presume anterior, ou seja, durante casamento.

Em outras palavras, de acordo com o artigo 1.597 do ordenamento civil e conforme ressaltado anteriormente, mesmo que o embrião tenha sido concebido após a morte do marido, presume-se que foi concebido durante o matrimônio.

Portanto o artigo 1.798 do Código Civil deve ser analisado em consonância com o artigo 1.597 do mesmo diploma, e, desta maneira, deverá haver direito à sucessão, já que são presumidos como concebidos na constância do casamento.

Ademais, não se pode esquecer que o ordenamento jurídico é unitário e deve ser lido sempre sob a ótica da Constituição, de maneira que todas as normas devem

---

<sup>113</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In.: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 225-249. p. 236.

<sup>114</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In.: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 225-249. p. 238.

ser embasadas por princípios constitucionais, que, neste caso, seriam o da igualdade entre filhos e proibição de qualquer forma de discriminação entre eles.

Acrescenta-se, ainda, que o direito de herança integra o rol dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal.

Mais uma vez é importante lembrar que as regras do Código Civil devem estar sempre em consonância com as normas constitucionais, que se encontram no ápice da pirâmide normativa. A Constituição Federal expressa os valores superiores da ordem jurídica, funcionando de maneira a orientar e embasar todas as normas de direito.

Deste modo, por ser considerada o alicerce do ordenamento, a Constituição fundamenta toda a ordem jurídica, legitimando as demais decisões. Sob esse aspecto, o Direito Civil-Constitucional tem um papel essencial de reunificação, definindo parâmetros hermenêuticos e harmonizando o sistema jurídico.

Nessa perspectiva, encontra-se Heloisa Helena Barboza que ressalta a importância da “(re) construção dos institutos já existentes, uma vez que é indispensável ‘ler’ os dispositivos que repetem a redação da lei anterior com novas ‘lentes’, sob pena de subtrair à norma civil sua função maior – a de conferir efetividade aos mandamentos constitucionais”<sup>115</sup>.

Carlos Cavalcanti ressalta que se deve observar que o legislador não previu a possibilidade de uma pessoa falecida gerar um filho, através da utilização de seu material genético crioconservado, de modo que não havendo expressa vedação legal, deve o intérprete compatibilizar essa nova perspectiva com os princípios constitucionais de igualdade de filiação e da liberdade do planejamento familiar<sup>116</sup>.

O tratamento equânime entre os filhos é imprescindível. Desta forma, como observa Ana Cláudia Scalquette, é preciso buscar soluções ao “impasse jurídico que se formou em torno do possível nascimento de filhos decorrentes de reprodução

---

<sup>115</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 320-327. p. 321.

<sup>116</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. Anais do V congresso brasileiro de direito de família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 169-191. p. 189.

artificial, sob pena de categorizarmos novamente os filhos, protegendo uns em detrimento de outros”<sup>117</sup>.

Assim, caso se mantenha a possibilidade de inseminação póstuma, os direitos sucessórios devem ser garantidos, tanto nos casos de utilização do sêmen por meio de fecundação artificial homóloga, quanto nos casos de implantação do embrião excedentário após o falecimento do genitor.

Ressalta-se aqui que alguns doutrinadores como José de Oliveira Ascensão, embora entendam que estariam preenchidos os requisitos para a legitimação sucessória, tendem a negá-la, por questões de dificuldades puramente práticas:

Toda a dinâmica 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 do mapa dos herdeiros e o esclarecimento das situações sucessórias. E a partilha que porventura se fizesse hoje estaria indefinidamente sujeita a ser alterada”<sup>118</sup>.

Caio Mário da Silva Pereira faz a seguinte colocação em sua obra de Direito das Sucessões:

Se o filho havido artificialmente, após a morte do pai, reputa-se concebido na ‘constância do casamento’, estaria aparentemente preenchido o requisito para a sua legitimação sucessória: Seria ele, para os efeitos legais, um nascituro (e não concepturo), plenamente equiparado ao que, já concebido por processo natural, apenas não houvesse nascido quando da abertura da sucessão”<sup>119</sup>.

No entanto afirma o autor que as considerações de ordem puramente práticas têm sido, por vezes, invocadas para justificar a falta de legitimação sucessória dos filhos artificialmente concebidos *post mortem*. Mas o estudioso questiona como se justificar, ao menos *lege data* a exclusão de seus direitos sucessórios, principalmente no Brasil que contém a regra constitucional de absoluta igualdade de direitos entre os filhos (CF art. 226, § 6º)<sup>120</sup>.

Heloisa Helena Barboza enfatiza que “todos os que ocupam o mesmo lugar nas famílias, isto é, exercem as mesmas funções, devem ter igual tratamento”. E

<sup>117</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 302.

<sup>118</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. rev. Coimbra: Coimbra editora, 2000. p. 128.

<sup>119</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. 17. ed. rev. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 27.

<sup>120</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. 17. ed. rev. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 27.

acrescenta que o eventual tratamento diferenciado seria discriminatório, ferindo o princípio constitucional da igualdade<sup>121</sup>.

A questão da legitimação sucessória dos embriões excedentários, embora ainda muito controversa, é menos complexa do que a do sêmen congelado. Isso porque os embriões excedentários já estão concebidos ao tempo do óbito do genitor, permitindo a incidência da regra do artigo 1.798 do Código Civil<sup>122</sup>.

Entretanto, *data venia*, deve-se fazer uma pesada crítica à aplicação de interpretação meramente literal das regras do ordenamento civil, pois a distinção entre sêmen e embrião congelado não faz sentido. Caso a criança venha a nascer, ela deve ter todos os direitos garantidos, pois é filha do *de cuius*, assim como eventuais irmãos. Caso contrário, a aplicação puramente textual geraria tratamento diferenciado entre filhos, o que não é admissível em nosso ordenamento.

Quanto à alegação de que sem previsão legal não há que se cogitar a possibilidade de direitos sucessórios<sup>123</sup>, mais uma vez é de se ressaltar que o ordenamento deve ser visto de forma unitária. Desta maneira, as normas constitucionais devem prevalecer, devendo ser respeitado o princípio da igualdade entre filhos.

Nesse sentido é a opinião de Carlos Roberto Barbosa Moreira, atualizador do volume de sucessões da coletânea de Caio Mário da Silva Pereira. De acordo com o autor, para se reconhecer a legitimação sucessória, “basta a regra constitucional da absoluta igualdade entre os filhos, independentemente da existência de qualquer outra norma infraconstitucional”<sup>124</sup>.

Outro aspecto é que a tendência em se negar a legitimação para suceder por dificuldades meramente práticas não pode prosperar. A restrição de direitos de um cidadão não pode ocorrer somente por questões de ordem prática, pois isso fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Por este pensamento, seria

---

<sup>121</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 320-327. p. 323.

<sup>122</sup> Em sentido oposto: OLIVEIRA, Euclides. Concorrência sucessória e a nova ordem de vocação hereditária. In.: *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 29, abr-mai 2005. [S.l.]: IOB Thomson. p. 26-44. p. 27-28.

<sup>123</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões*. Artigos 1.784 a 2.027. vol. xxi. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 110.

<sup>124</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. 17. ed. rev. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 28.

mais coerente a proibição da inseminação póstuma. No entanto, uma vez nascido o filho, este deve ser protegido em todos os âmbitos.

Certo é que as dificuldades de interpretação, conformação e harmonização do Código Civil de 2002 devem necessariamente ser enfrentadas, mesmo diante do intrincado binômio 'segurança jurídica', por um lado e 'justiça no caso concreto', por outro. Mesmo porque, a realidade é que na prática tais técnicas já estão sendo utilizadas e o Judiciário necessita dar uma resposta apropriada a estas indagações.

## **2.2 Necessidade de existência de autorização expressa do *de cuius* para implantação de seu material genético após sua morte**

No que tange ao consentimento informado, cumpre lembrar que nas intervenções médicas há uma vulnerabilidade inata a qualquer paciente. Esta vulnerabilidade se torna ainda mais intensa no âmbito da reprodução medicamente assistida, tendo em vista os efeitos psicológicos da luta pela fertilidade e os altos custos do tratamento.

Deste modo, faz-se imprescindível o compromisso com o consentimento livre e esclarecido, como maneira de salvaguardar e proteger a dignidade dos seres humanos envolvidos, inclusive a prole a nascer.

O consentimento informado representa a manifestação da vontade, sinalizando que o indivíduo aceita e autoriza a interferência externa sobre seu corpo<sup>125</sup>. Ele tem como pressuposto a capacidade de autodeterminação, a fim de que possa garantir a manifestação da vontade do envolvido, estando regulamentado pelo Código de Ética Médica.

No consentimento informado, a informação prévia, clara e suficiente deve levar em conta que o objeto dessa prestação de serviço médico é a procriação e, por isso, o consentimento deve constituir muito mais do que mero documento assinado pelos beneficiários.

Vale dizer que, muitas vezes, aos usuários das técnicas de reprodução humana assistida não são descritas de forma apropriada as reais dificuldades a

---

<sup>125</sup> RODRIGUES, Rafael Garcia. *Da autonomia privada à autonomia corporal*. 2003. 162 f. Dissertação de mestrado em Direito Civil. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. p. 116.



serem enfrentadas mesmo após o nascimento do bebê (ou da desistência do casal), como o destino dos embriões ou gametas congelados<sup>126</sup>.

A esperança pode impedir que a escolha pela procriação assistida seja fundada na manifestação da vontade racional, ponderada e confrontada com os reais riscos e problemas a serem encarados. Deste modo, antes da assinatura do termo de consentimento, é imprescindível que seja dado um prazo para reflexão, e até fornecimento de estatísticas com vantagens e desvantagens das técnicas de reprodução medicamente assistida.

Na França, por exemplo, antes da realização da reprodução assistida, são realizadas entrevistas individuais com uma equipe multidisciplinar, nas quais é verificada a real motivação de cada um, além de serem informadas as técnicas disponíveis e as possibilidades de êxito entre outras informações. O que chama mais atenção, no entanto, é que antes do início dos procedimentos, é obrigatório um prazo de reflexão de um mês após a última entrevista<sup>127</sup>.

Assim, a declaração de consentimento informado deve ser feita de forma consciente, contendo autorização para intervenção médica, bem como prever o destino do material congelado em caso de separação, doença ou morte de um dos cônjuges. A manifestação expressa traz mais segurança, podendo evitar sérios conflitos judiciais no futuro.

No que tange ao ordenamento jurídico, o Código Civil de 2002 somente previu a necessidade de autorização do marido para utilização do material genético no inciso V do artigo 1.597, referente à inseminação artificial heteróloga. Foi lacunoso quanto à utilização de embriões excedentários, bem como na reprodução assistida *post mortem*.

Embora o ordenamento civil seja omissivo, é importante ressaltar a necessidade de autorização expressa do marido para utilização de seu material genético *post mortem*. Isso porque “o fim perseguido é a concepção de um filho, fato

---

<sup>126</sup> LEWICKI, Bruno. O Homem construtível: responsabilidade e reprodução assistida. In.: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 99-154. p. 134.

<sup>127</sup> In.: Code de la santé publique, article L. 152-10: “La demande ne peut être confirmée qu'à l'expiration d'un délai de réflexion d'un mois à l'issue du dernier entretien”. O trecho correspondente da tradução é: “A demanda não pode ser confirmada até que haja um período de reflexão de um mês após a última entrevista”.

que por si só demonstra a seriedade das consequências que o envolvem, tanto no campo jurídico quanto no campo das relações afetivas”<sup>128</sup>.

Ana Cláudia Scalquette acrescenta que “qualquer vício que ataque o consentimento dos envolvidos não poderá ser sanado sem que graves sequelas surjam, pois uma vida foi gerada e não poderá ser apagada”<sup>129</sup>.

Heloisa Helena Barboza, já em sua obra de 1993, intitulada “A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro*”<sup>130</sup>, sustentava a indispensabilidade da manifestação de vontade do *de cujus* para aquisição de direitos:

Parece-nos *de lege ferenda*, em qualquer caso, que a manifestação de vontade do autor da herança constitui elemento decisivo para a aquisição de direitos do filho póstumo. Há de restar inequívoco que depositou seu sêmen para esse tipo de inseminação, prevenindo-se qualquer manobra maliciosa de aproveitamento do material fecundante do falecido marido, até mesmo sua retirada logo após sua morte. Além disso, deve ser inequívoca sua vontade de transmitir a herança ao filho não gerado<sup>131</sup>.

Maria Berenice Dias<sup>132</sup> entende que, ainda que o marido tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para a inseminação *post mortem*. Somente nas hipóteses de ter havido expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento<sup>133</sup>.

Paulo Luiz Netto Lôbo enfatiza:

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 nela seja implantado, 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>134</sup>.

<sup>128</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 170.

<sup>129</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 170.

<sup>130</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 55.

<sup>131</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 55.

<sup>132</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 330.

<sup>133</sup> Neste mesmo sentido Heloisa Helena Barboza. In.: BARBOZA, Heloisa Helena. *Já podemos dispensar o pai?* In.: IV ENCONTRO DE PSICÓLOGOS JURÍDICOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, 2003, Rio de Janeiro.

<sup>134</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado: direito de família. Relações de parentesco. Direito Patrimonial*. vol. xvi. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003. p. 51.

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho também sustenta ser imprescindível a expressa manifestação de vontade do cônjuge para a realização da inseminação póstuma<sup>135</sup>.

Maria Helena Diniz questiona que direitos teria a viúva do depositante sobre o seu material fertilizante: “Autorizar sua inseminação não seria violar o direito do morto, uma vez que a paternidade deve ser desejada e não imposta?” E continua: “Poder-se-ia impor ao depositante, no além-túmulo, uma paternidade involuntária?”<sup>136</sup>.

Giselda Hironaka afirma que não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de sua morte, por isso a necessidade de consentimento expresso<sup>137</sup>.

No Brasil, no dia 25 de abril de 2010, foi veiculada uma reportagem no programa “Fantástico” da Rede Globo de Televisão, na qual a noiva e os genitores de um jovem que acabara de falecer abruptamente em decorrência de um aneurisma ingressaram com uma ação judicial para retirar o sêmen do *de cuius* e, assim, gerar um filho. Em sede de liminar, houve a autorização para a retirada do sêmen do corpo do falecido. Posteriormente será julgada a questão referente à possibilidade de utilização do material reprodutivo para implantação na ex-noiva.

A demanda é bem complexa, tendo em vista que a autora e o falecido não eram casados e não havia consentimento expresso do *de cuius* autorizando a utilização de seu sêmen após sua morte, nem sequer material reprodutivo congelado. Por outro lado, a família do falecido não somente apoia a decisão da ex-noiva, como também incentiva a prática como forma de perpetuar, de certo modo, a vida do falecido na criança que poderá nascer. Seria este um motivo suficiente para autorizar a inseminação póstuma?

Na Espanha, “a chave para a atribuição dos efeitos legais que derivam do reconhecimento da paternidade do marido ou companheiro falecido está no

---

<sup>135</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. Anais do V congresso brasileiro de direito de família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 169-191. p. 185.

<sup>136</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 557-558.

<sup>137</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 311-319. p. 319.

consentimento expresso, por ele deixado, quanto ao desejo de que um filho fosse gerado após sua morte”<sup>138</sup>.

Embora na legislação brasileira ainda não haja nada expresso sobre o assunto, é de extrema importância, conforme dispõe resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que as clínicas de fertilização, ao colherem a declaração dos interessados, questionem sobre o destino do material congelado em casos de divórcio, falecimento, doenças graves, para evitar futuras complicações:

item V.3: No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los<sup>139</sup>.

No mesmo sentido é o Enunciado n. 106 do Conselho da Justiça Federal:

**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.** (grifo nosso)

Em outras palavras, a manifestação escrita e consciente pelo casal, inserida no termo de consentimento informado, com as decisões a serem tomadas em caso de doença, divórcio ou morte deve ser um pré-requisito para que o procedimento seja realizado. No entanto, conforme se verificará no item 4.2.1, que trata de um caso concreto acerca da reprodução humana assistida *post mortem*, muitas clínicas ainda não atentaram para todas estas questões.

A declaração expressa do *de cuius*, autorizando a utilização do seu sêmen ou embrião congelado, também tira qualquer dúvida quanto à vontade do genitor em dar continuidade ao projeto parental, deixando novos descendentes após sua morte. Deste modo, fica ainda mais explícito todos os direitos do novo filho ao nascer com vida, inclusive o direito à herança.

Entretanto, mesmo que não haja consentimento expresso do *de cuius* com relação à implantação de seu material reprodutivo *post mortem*, a criança, uma vez nascida, terá todos os direitos assegurados.

---

<sup>138</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 258.

<sup>139</sup> Resolução n. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina.

### 2.3 Prazo para utilização do material reprodutivo congelado após a morte do genitor

José Luiz Gavião de Almeida adverte que o problema da legitimação sucessória aumentou com a possibilidade da inseminação artificial “que tornou eterna a espera pela vinda da prole futura”<sup>140</sup>.

No que tange ao direito sucessório, importante ressaltar que não foi estabelecido qualquer prazo para a utilização do sêmen do falecido marido ou do embrião congelado, o que poderá trazer muitas dificuldades, especialmente de ordem prática<sup>141</sup>.

Atualmente, com as inovações tecnológicas, é possível a implantação de embriões muitos anos após terem sido congelados. Hoje é comum encontrar casos de implantação de embriões preservados em laboratório por 8 (oito) anos e até de embriões congelados há 15 (quinze) anos.

Já há relatos de nascimento de criança decorrente de embrião congelado há 22 (vinte e dois) anos<sup>142</sup>. Nestes casos, os bens da herança já podem ter sido partilhados entre os herdeiros até então existentes.

Eduardo Oliveira Leite afirma que o inciso III do artigo 1.597 cria a dúvida de ordem sucessória, gerando problemas incontornáveis de ordem jurídica: “Se o legislador não delimitar um prazo de possibilidade de acesso ao recurso, certamente, a técnica poderá gerar embaraços cada vez maiores na esfera jurídica”<sup>143</sup>. O autor ainda acrescenta:

Assim como no parágrafo 4º do artigo 1.800 o legislador tomou a cautela de estabelecer um prazo, a partir do qual os bens reservados (a legítima) retornarão aos herdeiros legítimos, de forma a evitar a duração perigosa de um estado

<sup>140</sup> ALMEIDA, José Gavião de. *Código Civil comentado*. Direito das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima. Artigos 1.784 a 1.856. vol. xviii. AZEVEDO, Villaça, Álvaro (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003. p. 106.

<sup>141</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Já podemos dispensar o pai?* In.: IV ENCONTRO DE PSICÓLOGOS JURÍDICOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, 2003, Rio de Janeiro.

<sup>142</sup> Médicos dos EUA anunciaram o nascimento de uma menina concebida por meio de sêmen congelado havia 22 anos. O pai do bebê, Chris Biblis, 39, teve leucemia na adolescência e, antes de iniciar o tratamento de radioterapia que o tornaria infértil, a família decidiu congelar seu esperma. COLLUCCI, Cláudia. *Menina nasce nos EUA por meio de sêmen congelado por 22 anos*. Folha de São Paulo: Folha online. São Paulo: [s.n.], 15 abr. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u550803.shtml>>. Acesso em: 11 jun. 2009.

<sup>143</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. Bioética e presunção de paternidade. Considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil. In.: \_\_\_\_\_ (Org.). *Grandes temas da atualidade*. Bioética e biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17-40. p. 29.

condomínial não desejado pelo legislador, igualmente, a matéria das inseminações artificiais homólogas precisa se submeter a lapso temporal definido, sob risco de se fomentarem situações indesejadas de indefinição<sup>144</sup>.

Com o intuito de não se prolongar ainda mais esta indefinição, é válido que, em estatuto específico sobre o tema, seja fixado um prazo para utilização do material genético preservado.

Convém acrescentar também que pela alegação de continuidade do projeto parental, não é coerente que somente após muitos anos da morte do cônjuge haja o interesse em gerar um filho em comum.

Desta forma, visando minimizar a precariedade da situação, seria benéfica a imposição de um prazo não muito extenso para implantação no útero do material congelado do *de cuius*.

Na opinião da autora Juliane Fernandes Queiroz, é altamente prejudicial à ordem jurídica a espera indefinida de uma possível prole, já que o sêmen pode ficar crioconservado por anos ou décadas e, só após, ser utilizado<sup>145</sup>.

Carlos Cavalcanti faz a seguinte colocação:

Caberia ao autor da sucessão quando manifestou a sua vontade por documento autêntico ou por testamento fixar o prazo de espera do nascimento dos filhos, o qual não deve ultrapassar os dois anos previstos para concepção da prole eventual de terceiro, ou, não havendo prazo previamente estabelecido aplicar-se, por analogia, o prazo constante do art. 1.800, § 4º, do Código Civil, ou seja, de dois anos a contar da abertura da sucessão<sup>146</sup>.

Heloisa Helena Barboza faz algumas importantes ponderações quanto à instituição de um prazo para a concepção do herdeiro. Para a autora, uma solução seria aplicar a regra dos dois anos após a abertura da sucessão, como no caso da prole eventual. Passado esse período, os bens passariam aos herdeiros legítimos, se não houvesse disposição em contrário no testamento. Nesse sentido, os concebidos após 2 (dois) anos da abertura da sucessão não teriam a qualidade de herdeiros para qualquer fim<sup>147</sup>.

<sup>144</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. Bioética e presunção de paternidade. Considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil. In.: \_\_\_\_\_ (Org.). *Grandes temas da atualidade*. Bioética e biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17-40. p. 29.

<sup>145</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 80.

<sup>146</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. Anais do V congresso brasileiro de direito de família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 169-191. p. 188.

<sup>147</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 320-327. p. 326-327.

Por outro lado, a autora ressalva que ao criar limitação temporal, haveria restrição da possibilidade de herdar. Deste modo, haveria afronta ao princípio da plena igualdade entre os filhos, já que todos são herdeiros necessários. Ademais, pondera não ser recomendável aplicar limitações de qualquer ordem por interpretação extensiva<sup>148</sup>.

Por fim, Heloisa Barboza aduz que não ficaria satisfatoriamente respondida a questão de como proceder se houver concepção e nascimento após os 2 (dois) anos da abertura da sucessão.

Já Ana Cláudia Scalquette defende o prazo de 3 (três) anos para implantação, tomando-se como paradigma a Lei de Biossegurança, cujo dispositivo teve a constitucionalidade confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, para que os direitos sucessórios dos filhos nascidos *post mortem* sejam garantidos<sup>149</sup>.

A autora explica que após os três anos de congelamento, os embriões existentes quando da publicação da referida lei – Lei n. 11.105/05 – podem ser doados para pesquisa, com o consentimento dos genitores. Deste modo, “a potencialidade de virem a se tornar seres humanos formados fica afastada e, conseqüentemente, de serem considerados, no mínimo, sujeitos de direitos condicionados ao nascimento com vida”<sup>150</sup>.

Ana Scalquette conclui que durante esses três anos de congelamento, os genitores “puderam refletir suficientemente sobre a decisão de ter ou não esses filhos”, podendo dar outro destino que não o do congelamento eterno. No caso dos direitos sucessórios, “uma vez estabelecidas as regras e cientes as partes envolvidas, a questão deixaria de ser um problema para ser uma opção do casal parental”. Ademais, trata-se de um prazo razoável, que não força o genitor sobrevivente, ainda sob as dores do luto, a se submeter ao procedimento para que a criança seja gerada<sup>151</sup>.

Sobre essa questão do luto, vale trazer posicionamento da lei belga. Na Bélgica, por exemplo, é permitida a reprodução assistida *post mortem* se houver

---

<sup>148</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 320-327. p. 326-327.

<sup>149</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 214-215.

<sup>150</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 215.

<sup>151</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 215.

autorização expressa do *de cuius*, mas o prazo para realização deve ser entre 6 (seis) meses até 2 (dois) anos após o falecimento. O objetivo do prazo mínimo de 6 (seis) meses é para evitar decisões meramente emocionais e na suposição de que muitas viúvas desistirão deste plano após alguns meses de reflexão<sup>152</sup>.

Já na Espanha, o prazo para utilização do material congelado do falecido marido ou companheiro é de 12 (doze) meses que se seguirem ao falecimento, desde que haja consentimento expresso do falecido<sup>153</sup>.

Apesar das diferentes posições doutrinárias brasileiras no que tange ao lapso temporal, seria mais acertado que esse prazo não fosse uma liberalidade do genitor, nem que decorresse de interpretação extensiva; mas sim que fosse fixado pelo legislador. Para isso, faz-se necessário uma regulamentação sobre o assunto.

Sob essa perspectiva, é imprescindível a criação de lei específica a respeito do tema, introduzindo limites; procedendo esclarecimentos sobre a reprodução assistida e impondo sanções aos responsáveis pelo descumprimento das normas. Atualmente não há qualquer limite temporal para a implantação de sêmen ou embrião congelado do falecido marido no ventre materno.

Nesse sentido, caberia ao legislador a imposição de um prazo razoável, como, por exemplo, de 2 (dois) ou 3 (três) anos da abertura da sucessão e, a partir daí, não fosse mais possível a realização do procedimento com o material criopreservado do *de cuius*.

Isso porque a demora na manifestação de vontade demonstra que não haveria mais projeto parental, comprovado pelo decurso do tempo.

Deste modo, esse limite impediria o prolongamento indefinido da situação e ainda evitaria o nascimento de um filho desamparado patrimonialmente e em desigualdade com relação aos seus irmãos.

---

<sup>152</sup> PENNINGGS, Guido. Belgian law on medically assisted reproduction and the disposition of supernumerary embryos and gametes. *European Journal of Health Law* 14. [S.l.]: Martinus Nijhoff, p. 251-260, 2007.

<sup>153</sup> Lei espanhola n. 14 de 26 de maio de 2006, sobre técnicas de reprodução humana assistida. "Artículo 9. Premoriencia del marido. 1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, **el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado** en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas". (grifo nosso).



No entanto, caso houvesse violação da norma, o filho póstumo não poderia sofrer discriminações, devendo ser considerado herdeiro necessário, independente da época do nascimento. Acrescenta-se aí, a possibilidade de apenar os responsáveis pela violação da regra que teria imposto lapso temporal.

Outro ponto a ser analisado refere-se ao dilema, na abertura da sucessão, entre eventual reserva de quinhão, por um lado; e a necessidade de definição da situação, por outro.

Nos casos de sêmen congelado, Heloisa Helena Barboza questiona:

O que fazer? Ignorar o fato ou 'reservar bens' – mas para o quê? Trata-se efetivamente de um 'que', posto que até a concepção há apenas o sêmen do marido morto, portanto, um tecido, juridicamente uma coisa. Será razoável, em nome da presunção do art. 1597, reservar bens em razão de mera possibilidade, para um ser sequer concebido? Por quanto tempo?<sup>154</sup>

A autora acrescenta que, no que tange aos embriões excedentários, estes também podem jamais ser transferidos para o útero da mulher, ou pode não haver a gravidez. Diante disso, Heloisa Barboza questiona se seria razoável reservar bens para embriões, em razão de suas potencialidades<sup>155</sup>.

O mais correto não é a reserva do quinhão, pois, por vezes, pode haver cerca de oito a dez embriões congelados e não necessariamente todos irão ser implantados. Além disso, pode ocorrer de um embrião se duplicar no ventre materno, gerando filhos gêmeos, o que modificaria toda divisão dos bens.

Ademais, se houvesse a necessidade de reservar o quinhão de tantos eventuais descendentes, o direito dos herdeiros existentes ficaria praticamente inviável. Desta maneira, é imprescindível a definição da situação, para que possa haver uma certa segurança jurídica.

Ana Cláudia Scalquette sugere que haja uma sucessão provisória quando houver embriões congelados no momento da abertura da sucessão, sendo essencial a autorização para a implantação póstuma. No entanto esta questão será discutida mais a fundo no item 4.1, referente à petição de herança<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 320-327. p. 326.

<sup>155</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 320-327. p. 326.

<sup>156</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 212-213.

Tais pontos evidenciam as dificuldades de se buscar uma solução clara e rápida para os conflitos que podem surgir em decorrência das técnicas de reprodução assistida *post mortem*.

Desta maneira, é de se questionar se as técnicas de reprodução medicamente assistida deveriam ser utilizadas após a morte de um dos genitores, já que trazem muitas consequências geradoras de instabilidade, dificultando a segurança jurídica, além de poderem trazer prejuízos para a futura criança, que não terá a figura paterna.

### 3 EFEITOS PATRIMONIAIS DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM* NA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

#### 3.1 Prole Eventual

No âmbito da autonomia privada do indivíduo, vale dizer que o testador tem uma certa liberdade para decidir a quem deseja deixar seus bens. Deste modo, pode transferir sua parte disponível do patrimônio a quem quer que seja, inclusive à prole eventual de terceira pessoa.

Conforme discutido no capítulo anterior, a questão dos direitos sucessórios para o filho gerado por meio da reprodução humana assistida após a morte do genitor ainda é muito polêmica. No entanto, tendo em vista o direito fundamental à herança disposto no artigo 5º, inciso XXX, bem como o direito constitucional de igualdade entre filhos, assentado no artigo 227, § 6º; uma vez que o filho póstumo venha a nascer, seus direitos hereditários devem ser garantidos.

Um ponto tormentoso, devido às divergências doutrinárias, decorrente da reprodução medicamente assistida *post mortem*, refere-se ao modo de se obter os direitos sucessórios.

Guilherme Calmon relata que desde o Código de 1916 alguns autores já têm sustentado a possibilidade de disposição testamentária em favor de prole eventual própria, nos casos em que o testador, “prevendo a possibilidade de vir a falecer antes da concepção da criança, confecciona seu testamento referindo à prole dele próprio”<sup>157</sup>.

No entanto, a matéria é controvertida, conforme se observa na alegação de Giselda Hironaka:

[...] é claro que não poderá indicar sua própria prole eventual, uma vez que a lei exige que a pessoa indicada pelo testamento esteja viva no momento da abertura da sucessão. E ou bem ele está morto, acarretando a abertura da sucessão, ou bem está vivo nesse momento, o que demonstra a impossibilidade de beneficiar sua própria prole eventual<sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*. O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 732.

<sup>158</sup> CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. CAMBLER, Everaldo Augusto (Coord.). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 356-357. No entanto, Giselda Hironaka faz uma ressalva, conforme será observado adiante.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Maria Helena Machado<sup>159</sup>.

Em posição contrária, Juliane Fernandes Queiroz, de maneira sensata, ressalva que se o testador pode atribuir a sua herança à prole eventual de terceiros, também o pode, sem qualquer restrição, à sua própria prole<sup>160</sup>.

Carlos Cavalcanti também defende que o testador pode indicar prole eventual própria: “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”. O autor ainda ressalta que o testador pode, inclusive, estabelecer se a deixa testamentária sairá da sua parte disponível ou se constitui adiantamento da legítima, com necessidade de colação<sup>161</sup>.

Apesar de algumas divergências doutrinárias, e ressaltando-se que o instituto da prole eventual não foi elaborado especificamente para esse fim, o entendimento majoritário é no sentido de que é possível a indicação de prole eventual própria, diante dos avanços tecnológicos na medicina reprodutiva.

Todavia, caso assim não se entenda, o testador pode se utilizar do instituto indicando prole futura própria de maneira oblíqua, apontando como beneficiário, nos termos do artigo 1.799 do Código Civil, filho ainda não concebido de sua esposa (possivelmente o embrião excedentário do casal ou formado através de seu sêmen congelado).

Nesse sentido, a própria Giselda Hironaka, que afirma não ser permitido que o testador indique prole eventual própria, lembra que ele poderá obter o mesmo resultado por via reflexa, ao indicar a outra pessoa (cônjuge, companheiro ou mesmo pessoa com quem nunca manteve relacionamento afetivo) como pessoa existente na época da abertura da sucessão<sup>162</sup>.

Entretanto, a autora pondera que ao utilizar essa via reflexa, o testador poderá também beneficiar filho da viúva com terceiro: “Em assim agindo, beneficiará

---

<sup>159</sup> MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 108.

<sup>160</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 80.

<sup>161</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. Anais do V congresso brasileiro de direito de família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 169-191. p.187.

<sup>162</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. vol. 20. 2. ed. rev. AVEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 102.

não só os embriões congelados e provenientes de seu material genético como também a prole eventual do indivíduo supérstite havida com terceiro”<sup>163</sup>.

A autora nota que as hipóteses estão cada vez mais complexas. Diante disso, Hironaka sugere que a decisão mais apropriada à hipótese é a solução proposta por Silvio Rodrigues no sentido de que haja o rompimento do testamento por reconhecimento de paternidade posterior à morte do testador:

A solução que melhor se amolda à hipótese é a que determina o rompimento do testamento na hipótese de virem um ou mais desses embriões a aderir a um útero apto a garantir-lhes desenvolvimento saudável e posterior nascimento. Com isso, estar-se-á adequando a norma legal às novas exigências sociais decorrentes da evolução científica. E o mesmo se alcançará quando, inexistindo testamento, vier o herdeiro nascido ao depois pleitear e receber seu quinhão hereditário, como se fosse um filho reconhecido por posterior ação de investigação de paternidade<sup>164</sup>.

Não obstante os comentários acima, nada impede que haja previsão em testamento para prole eventual própria, sendo que tais bens sairiam da parte disponível. Desta forma, não se faz necessário que haja rompimento do testamento, mesmo porque o beneficiário da prole eventual é o próprio filho nascido *post mortem*, que não sofrerá qualquer prejuízo. Ademais, deve-se, sempre que possível, preservar a manifestação de vontade do testador<sup>165</sup>.

Silvio Rodrigues explica que o rompimento do testamento por revogação legal ocorre quando a lei presume que ele “não teria testado da maneira por que o fez se houvesse que novamente testar, depois da ciência de tais fatos”. Um exemplo seria a superveniência de um novo filho após a elaboração do testamento<sup>166</sup>.

Vale dizer, que neste caso, ocorre o oposto. O testador deseja contemplar este filho superveniente, de modo que não há razão para o rompimento de suas disposições de última vontade.

Guilherme Calmon, ao discutir o tema da sucessão testamentária sobre a prole eventual, tem um ponto de vista oposto aos argumentos utilizados por Silvio

---

<sup>163</sup> CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. CAMBLER, Everaldo Augusto (Coord.). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 356.

<sup>164</sup> CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. CAMBLER, Everaldo Augusto (Coord.). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 356-357.

<sup>165</sup> Além disso, entre duas possíveis interpretações, merece ser prestigiada aquela que reconhece eficácia à cláusula testamentária, e não a outra, da qual decorreria sua caducidade. Este é o ensinamento de PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. 17. ed. rev. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 276.

<sup>166</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. vol. 07. 26. ed. rev. atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 269.

Rodrigues e Giselda Hironaka. O autor sugere que se estabeleça na lei a insuscetibilidade de revogação da disposição testamentária sobre essa matéria, a exemplo da impossibilidade de revogação da disposição testamentária que reconhecia filho extramatrimonial, no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 883/49<sup>167</sup>.

Outro ponto a ser debatido é que parte dos estudiosos, como Maria Helena Diniz defendem que o único meio de ser garantida a herança dos filhos concebidos *post mortem* seria através da sucessão testamentária, quando houver expressa disposição em favor de prole eventual do *de cuius*.

Silvio de Salvo Venosa também sustenta que a única possibilidade de herdeiros, ainda não concebidos, receberem herança seria por meio da sucessão testamentária: “Se não houver previsão testamentária para esses filhos, pelo princípio atual não serão herdeiros”<sup>168</sup>.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz afirma:

[...] Poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca for a vontade do doador de sêmen de transmitir herança ao filho ainda não concebido, manifestada em testamento. Abrir-se-ia a sucessão à prole eventual do próprio testador, advinda de inseminação artificial homóloga *post mortem* (LICC, arts. 4º e 5º)<sup>169</sup>.

O Código Civil de 2002, no inciso I do artigo 1.799, dispõe que os filhos, ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, podem ser chamados a suceder na sucessão testamentária, desde que tais pessoas estejam vivas à época da abertura da sucessão.

Nesta situação, o direito sucessório será condicional, subordinando-se a sua aquisição ao evento futuro e incerto<sup>170</sup>.

Giselda Hironaka entende que as pessoas contempladas no artigo 1.799 do Código Civil somente podem receber herança ou legados por disposição de última vontade: “A forma encontrada pelo legislador para fazê-lo exclui da sucessão legítima os indivíduos aqui arrolados”. E acrescenta: “Não se pode permitir que a lei defira a herança à prole eventual de quem quer que seja, já que é exigida, pela lei, a

---

<sup>167</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*. O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 733.

<sup>168</sup> VENOSA, Sílvio da Salvo. *Direito civil: direito de família*. vol. 06. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 46.

<sup>169</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 558.

<sup>170</sup> CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. CAMBLER, Everaldo Augusto (Coord.). 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 129.

sobrevivência do sucessor ao defunto, o que implica não só que aquele continue a existir como que já existisse no momento da morte deste”<sup>171</sup>.

No entanto, *data venia*, embora o artigo 1.799 do ordenamento civil se refira à sucessão testamentária, em momento algum há restrição, no sentido de que os ali contemplados não possam ser herdeiros legítimos. Deste modo, caso o testador nomeie prole eventual própria, esse filho biológico, ao nascer, também será sucessor legítimo.

Assim, mesmo diante da corrente doutrinária que defende que o herdeiro existente após a morte do genitor somente herdará por via testamentária, imprescindível destacar posição contrária.

Ana Cláudia Scalquette esclarece que a instituição de benefício testamentário em favor da prole eventual é um ato voluntário do testador, que:

em nada se identifica com o direito conferido aos herdeiros necessários de participar da herança de seu ascendente, garantido pelo Código Civil, com hipóteses taxativas de afastamento (arts. 1.814 e 1.962), dentre as quais não se encontra o decurso de qualquer prazo<sup>172</sup>.

A autora demonstra que na prole eventual, ao não se concretizar o nascimento da pessoa beneficiada no prazo bienal, esta perde um presente - a deixa testamentária - mas seu direito à legítima permanece<sup>173</sup>.

Na mesma perspectiva, Guilherme Calmon problematiza que ao se admitir somente a possibilidade de disposição testamentária em favor da prole eventual decorrente de reprodução assistida *post mortem*, haverá tratamento diferenciado entre filhos no campo sucessório, já que estes filhos não herdarão por sucessão legítima, o que fere o princípio constitucional da igualdade<sup>174</sup>.

Ademais, o autor lembra da fragilidade da proteção da criança, uma vez que poderá haver circunstâncias referentes à validade, eficácia e revogação do testamento, o que tornaria a situação do futuro filho do falecido bastante instável<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. vol. 20. 2. ed. rev. AVEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 96.

<sup>172</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 214.

<sup>173</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 214.

<sup>174</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*. O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 732-733.

<sup>175</sup> O autor sugere que se estabeleça na lei a insucetibilidade da disposição testamentária sobre essa matéria (sucessão testamentária sobre a prole eventual) ser revogada, a exemplo do reconhecimento por testamento de filho extramatrimonial (Lei nº 883/49). GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*. O biodireito e as

Já José Luiz Gavião de Almeida ressalta que há aparente contradição entre o artigo 1.798 do Código Civil e o seguinte, que menciona que na sucessão testamentária podem ser chamados a suceder os filhos ainda não concebidos: “Parece esse artigo indicar que os filhos não concebidos somente poderiam herdar pela via testamentária”<sup>176</sup>.

Sustenta o autor que “beneficiou-o exclusivamente na sucessão testamentária porque era impossível, com os avanços científicos de então, imaginar que alguém morto pudesse ter filhos”<sup>177</sup>. Conclui que por atualmente existir essa possibilidade, e reconhecendo o legislador efeitos pessoais ao concepturo (relação de filiação), não se justifica o afastamento de efeitos patrimoniais, especialmente o hereditário.

Importante mencionar que o prazo para que a prole eventual seja concebida é de dois anos, conforme estipula o artigo 1.800 do Código Civil. Caso não haja concepção do herdeiro nesse prazo, referida disposição testamentária caducará, restando-se ineficaz e os bens a ele reservados caberão aos herdeiros necessários, caso o testador não tenha nomeado substituto. Vale dizer que se for nomeado substituto, poderá haver a eficácia da disposição testamentária.

Há doutrinadores que entendem ser possível a dilação do prazo de dois anos, caso seja essa a vontade do testador. Caio Mário afirma: “Pode o testador reduzir ou dilargar o prazo do § 4º do art. 1.800 do novo Código Civil, valendo o que estabelecer”<sup>178</sup>.

No mesmo sentido é a opinião de Eduardo Oliveira Leite: “Este prazo poderia ser dilargado, via disposição em contrário do testador, por mais anos, embora estabelecendo-se a situação de indefinição que o legislador procurou evitar através de novos dispositivos sucessórios”<sup>179</sup>.

Em perspectiva contrária encontra-se Guilherme Calmon que afirma:

---

relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 732-733.

<sup>176</sup> ALMEIDA, José Gavião de. *Código Civil comentado*. Direito das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima. Artigos 1.784 a 1.856. vol. xviii. AZEVEDO, Villaça, Álvaro (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003. p. 104.

<sup>177</sup> ALMEIDA, José Gavião de. *Código Civil comentado*. Direito das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima. Artigos 1.784 a 1.856. vol. xviii. AZEVEDO, Villaça, Álvaro (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003. p. 104.

<sup>178</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. 17. ed. rev. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 26.

<sup>179</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. Bioética e presunção de paternidade. Considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil. In.: \_\_\_\_\_ (Org.). *Grandes temas da atualidade*. Bioética e biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17-40. p. 26.



Data venia da orientação apresentada, não há como prevalecer tal orientação, devendo ser considerado o limite de dois anos como restrição imposta por norma de ordem pública, admitindo-se apenas sua redução, mas não a ampliação, por motivo de segurança jurídica e interesse social<sup>180</sup>.

Francisco Cahali também sustenta que o prazo de espera pode ser somente inferior ao legal, caso estabeleça o testador: “A previsão indica o lapso temporal máximo, para evitar que a herança fique, além deste largo período, sem destinatário, mas a vontade do testador em reduzir tal prazo mostra-se válida”<sup>181</sup>.

Acrescenta-se, por fim, a opinião de Euclides de Oliveira que afirma que o Código vigente resolveu antigo questionamento acerca da extensão temporal do conceito da prole eventual para a vocação hereditária. Para o autor, o prazo é de dois anos: “Passado esse prazo, que se conta da data da abertura da sucessão, os bens do nascituro, que se achavam confiados a um curador, caberão aos herdeiros legítimos (salvo hipóteses de substituição testamentária)”<sup>182</sup>.

Desta forma, o filho concebido *post mortem* poderá herdar por via testamentária, através de nomeação de prole eventual, mas se a criança for concebida após os dois anos da abertura da sucessão, os bens a ela reservados pelo instituto da prole eventual passarão aos herdeiros legítimos.

Ressalta-se, no entanto, que essa nova criança, em razão de ser filha biológica do *de cuius*, também fará parte da ordem de vocação hereditária, só que agora tendo que dividir os bens a ela reservados com os demais herdeiros, sem qualquer distinção, em razão da expiração do prazo da prole eventual. Entretanto, este ponto será analisado mais a fundo no capítulo 04 (quatro), referente à sucessão legítima, tendo em vista que a questão ainda é muito polêmica e a doutrina é dividida.

No que tange ao procedimento para reconhecimento do direito da prole eventual, cumpre esclarecer que o legado deixado pelo testador ao filho de pessoa existente à época da abertura da sucessão será confiado ao curador. O curador será

---

<sup>180</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 190-239. p. 227.

<sup>181</sup> CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. CAMBLER, Everaldo Augusto (Coord.). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 130-131.

<sup>182</sup> OLIVEIRA, Euclides. Concorrência sucessória e a nova ordem de vocação hereditária. In.: *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 29, abr-mai 2005. [S.l.]: IOB Thomson. p. 26-44. p. 28.

nomeado pelo juiz depois da liquidação do acervo ou da partilha de bens, nos termos do *caput* do artigo 1.800 do Código Civil.

A curatela será exercida pela pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro. No entanto, por tal disposição ser supletiva, caso o testador indique curador específico, sua vontade deve ser respeitada. Na impossibilidade de tais indivíduos, poderão ser nomeadas as pessoas indicadas no artigo 1.775 do Código Civil, que trata da ordem de nomeação de curador de incapaz.

Guilherme Calmon lembra que a curatela dos bens hereditários reservados deveria ser regida pelas regras da primeira fase do processo de ausência, cuja preocupação maior é a preservação dos bens até que haja o retorno do ausente ou, no presente caso, o nascimento com vida da prole em questão. No entanto o § 2º do artigo 1.800 do ordenamento civil faz referência expressa às disposições relativas à curatela dos incapazes<sup>183</sup>.

O mesmo autor ainda explica que a regra da prole eventual somente se aplica aos casos em que o bem tiver sido deixado em legado:

Na eventualidade de tiver sido instituída tal disposição acoplada à substituição fideicomissária, somente será aplicada a regra caso o bem não se encontre em poder de fiduciário, e, portanto, deve ser combinada com o disposto nos artigos 1.951 ss do CC, que tratam da substituição fideicomissária, nesse caso<sup>184</sup>.

De acordo com Giselda Hironaka, não será admitido que o testador imponha condição do eventual filho ser de determinado sexo; ser de origem consaguínea ou outra origem. Nestes casos, a condição deve ser declarada inconstitucional, tendo-se por não escrita. No entanto a própria disposição testamentária continuará tendo validade<sup>185</sup>.

Acrescenta-se, ainda, que o artigo 1.799, I, dispõe que na sucessão testamentária podem ser chamados a suceder os “filhos ainda não concebidos” de pessoas indicadas pelo testador. Deste modo, não pode ser considerado apenas o primogênito como sucessor testamentário, mas todos que vierem a nascer no

---

<sup>183</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 190-239. p. 227.

<sup>184</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões*. Série Fundamentos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2003. p.64.

<sup>185</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. vol. 20. 2. ed. rev. AVEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 100-101

período de dois anos, conforme referido no artigo 1.800, § 4º, do vigente Código Civil<sup>186</sup>.

Finalmente, é preciso elucidar que, embora o artigo 1.799, I, fale em “filhos ainda não concebidos”, na prática, não pode haver diferenciação entre sêmen e embrião congelado para utilização do instituto da prole eventual. O legislador utilizou-se da palavra “concebidos”, pois, na época de elaboração do projeto do Código Civil, ainda não se falava em congelamento de sêmen e embriões. Tal diferenciação era ainda impensada.

Ademais, é preciso verificar o real intento do legislador e não se ater somente à aplicação textual, que, por vezes, pode não fazer sentido, se analisada isoladamente.

Vale dizer, ainda, que, quando o legislador utiliza a palavra “concebido” em diversos artigos do Código Civil, provavelmente refere-se a ‘concebido no útero materno’. Aqui é preciso lembrar que muitos artigos do Código Civil de 1916 foram repetidos no ordenamento civil de 2002, sem qualquer alteração e, na época de elaboração do Projeto do Código, somente se falava em procriação carnal.

Deste maneira, não deve haver diferença se o filho nasceu de sêmen criopreservado ou de embrião excedentário. Em ambos os casos, poderá ser nomeado herdeiro testamentário, por meio da prole eventual.

Giselda Hironaka adverte que se “se tratar dos filhos não concebidos implica afastar os embriões congelados, o problema em debate resta insolúvel”<sup>187</sup>.

Ana Cláudia Scalquette reforça esse entendimento, observando que a deusa testamentária poderá beneficiar tanto o filho gerado do embrião, como do sêmen congelado:

Observe que a deusa poderá, a nosso ver, beneficiar tanto o ser gerado do embrião, já concebido em laboratório, com material do próprio testador, ou até mesmo o ser gerado com o material genético congelado (por exemplo, sêmen) do testador, ainda que a fecundação não tenha ocorrido, bastando que autorize o uso ao cônjuge sobrevivente<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 190-239. p. 224.

<sup>187</sup> A autora sustenta: “Ou bem os embriões congelados foram concebidos, e nessa hipótese são nascituros, não obstante o não alojamento no útero, ou então não foram concebidos, o que lhes garantiria legitimidade para receber por testamento”. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. vol. 20. 2. ed. rev. AVEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 101-102.

<sup>188</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 218.

Da mesma forma, quanto à impossibilidade de aplicação meramente literal das regras do ordenamento, outra questão que deve ser esclarecida é a do artigo 1.800, § 4º, do Código Civil. Referido artigo dispõe sobre o prazo de dois anos para que a prole seja concebida. Deste modo, se fosse feita uma interpretação puramente textual, o embrião excedentário, portanto, já concebido, poderia ser implantado a qualquer tempo no útero materno para dar início à gestação, o que não é o intento do ordenamento.

Em outras palavras, o sêmen congelado do testador poderia ser unido a um óvulo, formando um embrião no prazo de dois anos após a morte do testador. Teoricamente, haveria, dessa forma, a concepção no prazo estipulado pelo artigo 1.800, § 4º, do Código Civil.

Pela aplicação somente literal do texto, uma vez concebido, o embrião poderia ser implantando muitos anos após a morte do genitor, já que o artigo da prole eventual fala no prazo de dois anos para a concepção, e não para nidação ou nascimento.

Entretanto não há cabimento nessa interpretação, já que esse não era o objetivo do legislador. Por isso é imperativo que haja uma interpretação sistemática do Direito, havendo uma análise coerente e compatível com os paradigmas axiológicos.

Pietro Perlingieri ensina que, na análise das normas do ordenamento, deve haver uma certa dinâmica do Direito, mas sem que seja comprometida a legalidade<sup>189</sup>. O doutrinador explica que o sentido não está fechado no texto e que o intérprete deve cooperar na produção desse sentido, mas sem ignorar o texto<sup>190</sup>:

A ampliação da noção de direito positivo e a sua abertura para noções e valores não literalmente e não explicitamente subsumtos nos textos jurídicos permite a superação da técnica da subsunção e a prospectação mais realística da relação dialética e de integração fato-norma, em uma acepção unitária da realidade<sup>191</sup>.

Desta maneira, cabe ao intérprete achar um equilíbrio entre o sentido da norma e realidade social contemporânea para aplicação da justiça no caso concreto.

---

<sup>189</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 63.

<sup>190</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 66-67.

<sup>191</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 68.

José Luiz Gavião de Almeida faz importantes reflexões acerca da legitimação sucessória. O autor sustenta que a lei garante o vínculo entre o *de cujus* e o indivíduo vindo de inseminação artificial homóloga, quer ele tenha nascido enquanto vivo ou depois de morto o seu pai. Deste modo, “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>192</sup>.

O autor ainda defende:

O reconhecimento de direito sucessório àquele que tiver garantida a perfilhação é de mais simples solução. Se assim não for, isto é, se apenas os concebidos à época da abertura da sucessão forem agraciados, a problemática se desloca para a apuração do exato instante de concepção. E nem sempre é fácil a identificação da idade gestacional<sup>193</sup>.

Mais uma vez se enfatiza que na época da realização do projeto do Código Civil, os avanços da biomedicina ainda não haviam chegado nessas discussões. Mas agora que são uma realidade frequente, essas dúvidas de interpretação deverão ser respondidas pelo Judiciário até que se façam as devidas mudanças legislativas para atualização do ordenamento com os avanços biotecnológicos que afetam a reprodução humana.

O que deveria haver seria uma alteração na legislação, de maneira que houvesse a substituição da palavra “concebido” para que já fosse um “nascituro”, de modo que o prazo de dois anos da prole eventual fosse para que o filho já estivesse implantado no ventre materno.

Diante dos argumentos apontados anteriormente, e tendo em vista que o Código de 2002 não traz qualquer solução a respeito da desigualdade entre os filhos, conclui-se que a disposição referente à prole eventual (art. 1.799, I do Código Civil de 2002) poderá ser utilizada para nomeação do referido herdeiro por via testamentária. No entanto trata-se de mera liberalidade do genitor, o que não protege por completo os direitos da futura criança.

Além disso, há casos em que o genitor sequer previa a hipótese de utilização do material após sua morte, mas a criança veio a nascer<sup>194</sup>. Nestas circunstâncias,

---

<sup>192</sup> ALMEIDA, José Gavião de. *Código Civil comentado*. Direito das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima. Artigos 1.784 a 1.856. vol. xviii. AZEVEDO, Villaça, Álvaro (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003. p. 104.

<sup>193</sup> ALMEIDA, José Gavião de. *Código Civil comentado*. Direito das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima. Artigos 1.784 a 1.856. vol. xviii. AZEVEDO, Villaça, Álvaro (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003. p. 104-105.

<sup>194</sup> Cumpre aqui ressaltar que esta não é a solução ideal, uma vez que é de extrema importância a declaração expressa quanto à utilização do material genético em hipótese de falecimento.

não haverá disposição testamentária referente ao assunto, não podendo o filho ficar desamparado.

Deste modo, por haver outras maneiras de proteção desses direitos, nota-se que a prole eventual é uma forma válida para se obter a herança, mas não é o único meio, diante da possibilidade da existência da substituição fideicomissária, na sucessão testamentária; e da petição de herança na sucessão legítima.

### 3.2 Substituição Fideicomissária

Outro modo de manifestação da última vontade do testador é a instituição da substituição fideicomissária ou simplesmente fideicomisso. Trata-se de mais um recurso para o testador beneficiar pessoa ainda não nascida ao tempo da abertura da sucessão<sup>195</sup>, inclusive para proteção patrimonial do filho póstumo.

Reforçando esse entendimento, Ana Cláudia Scalquette defende ser possível que o bem gravado em fideicomisso beneficie “prole do próprio testador na figura do fideicomissário, de acordo com a nova configuração do instituto do fideicomisso previsto pelo Código Civil de 2002”<sup>196</sup>.

Mas antes de se analisar a questão da instituição do fideicomisso para o futuro filho do autor da herança, fruto da reprodução assistida *post mortem*, serão esclarecidos os principais pontos desse instituto, em razão das transformações sofridas com o advento do Código Civil de 2002.

O fideicomisso tem por objetivo fazer valer a vontade do testador, fideicomitente, e é regulado pelos artigos 1.951 a 1.960 do Código Civil.

Por meio desse instituto, o testador nomeia herdeiros ou legatários, estabelecendo que a herança ou legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, o fideicomissário.

O fiduciário, também chamado de gravado, é o primeiro herdeiro ou legatário, que terá seu direito resolvido com sua morte, o advento do termo, ou o implemento

---

<sup>195</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008. p. 741.

<sup>196</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 356.

da condição prevista no testamento, permitindo a transmissão da herança ou do legado a outro instituído<sup>197</sup>. Já o fideicomissário é o destinatário final da herança ou legado, após ter ocorrido evento previsto pelo testador.

Em outras palavras, o fideicomitente institui, através de testamento, que um ou alguns bens ficarão sob a guarda e propriedade resolúvel do fiduciário até que ocorra uma condição pré-determinada pelo fideicomitente. Ocorrida a condição, o fiduciário passará a propriedade dos referidos bens ao fideicomissário, último destinatário dos bens.

Assim, poderá haver três modos de transmissão do legado ou herança: *mortis causa*, temporal ou condicional. A primeira assemelha-se ao usufruto vitalício, pois o fiduciário poderá usufruir dos bens até a sua morte.

Vale dizer que a segunda hipótese, que é a imposição temporal, trata-se de uma exceção, já que o artigo 1.898 do Código Civil é claro ao dispor que a designação do tempo em que deva começar ou cessar o direito do herdeiro será considerada como não escrita, salvo nas disposições fideicomissárias.

Em qualquer dos casos, o fiduciário ficará com a propriedade resolúvel dos bens, devendo conservar a herança ou legado, possibilitando que haja a transmissão automática para o fideicomissário quando do acontecimento do evento previsto pelo testador.

Importante destacar que, diferentemente da substituição vulgar ou ordinária, nas quais há um substituto de forma alternativa, que age como uma espécie de reserva ou suplente, na substituição fideicomissária, a vocação é sucessiva<sup>198</sup>. Deste modo, o fiduciário adquirirá o bem determinado pelo testador e, sucessivamente, após evento previsto, haverá a transmissão desta herança ou legado ao fideicomissário.

Orlando Gomes ressalta que “conquanto sejam chamados sucessivamente, os direitos do fiduciário e do fideicomissário são simultâneos, no sentido de que, até

---

<sup>197</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Substituições e fideicomisso. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 343-366. p. 354.

<sup>198</sup> CARVALHO, Dimas Messias de; CARVALHO, Dimas Daniel de. *Direito das sucessões*. Inventário e partilha. Teoria, jurisprudência e esquemas práticos. Atualizado conforme a lei 11.441 de 2007. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 155.

ocorrer a substituição, o primeiro é proprietário sob condição resolutiva, e o segundo, sob condição suspensiva”<sup>199</sup>.

Como leciona Guilherme Calmon, o fideicomisso caracteriza-se por permitir a instituição de duas liberalidades sucessivas, caso a instituição fideicomissária venha se realizar em sua plenitude. A primeira em favor do fiduciário, de titularidade temporária e a segunda em proveito do fideicomissário, de titularidade definitiva<sup>200</sup>.

É preciso esclarecer que a partir do Código Civil de 2002, a substituição fideicomissária somente poder ser instituída em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador fideicomitente, segundo o que dispõe o artigo 1.952 do diploma civil.

Caso o testador pretenda beneficiar pessoa nascida, deverá instituir a herança ou legado de maneira direta e, se desejar, pode instituir usufruto vitalício, a termo ou condicional em favor do fiduciário<sup>201</sup>. Mas, se somente ao tempo da morte do testador já houver nascido o fideicomissário, este adquirirá a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.

Mario Faria, atualizador do livro de Sucessões de Orlando Gomes lembra de uma situação não prevista pelo legislador. Para o autor, se por ocasião do óbito do testador, o fideicomissário somente tenha sido concebido, encontrando-se no ventre materno, “caso venha a nascer com vida, aplicar-se-á, então, a regra do parágrafo único do art. 1952, hipótese que melhor se coaduna com a vontade do testador”<sup>202</sup>. Deste modo, por este raciocínio, deverá ser aguardado o nascimento com vida do fideicomissário, que adquirirá a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.

Em posição oposta se encontra Gustavo Rene Nicolau que defende que, na hipótese do fideicomissário ser apenas nascituro na época da abertura da sucessão, o instituto do fideicomisso fica mantido:

---

<sup>199</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev. atual. aum. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 214.

<sup>200</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Substituições e fideicomisso. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 343-366. p. 354.

<sup>201</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Substituições e fideicomisso. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 343-366. p. 358.

<sup>202</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev. atual. aum. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 217.



A lei foi taxativa ao estabelecer o nascimento como única hipótese de conversão do instituto em usufruto. Logo, caso o fideicomissário já tenha sido concebido, mas ainda não nascido, o fideicomisso estaria mantido e a segunda transmissão (fiduciário-fideicomissário) se operaria diante da ocorrência da condição ou do termo previsto no testamento<sup>203</sup>.

Embora as duas correntes tenham fortes argumentos, o entendimento mais acertado deve ser o segundo, pois a lei dispõe expressamente sobre “nascido”. Ademais, não haverá prejuízo em se manter o fideicomisso que, inclusive, trata-se da vontade do testador. Desta maneira, é necessário se aguardar o termo ou condição prevista pelo autor da herança, perfazendo-se, assim, sua vontade.

É possível que o testador dê substituto ao fiduciário ou fideicomissário, prevendo a hipótese de um ou outro não querer ou não poder aceitar a herança ou o legado, sendo essa hipótese conhecida como substituição compendiosa. Vale dizer que tal hipótese não viola o artigo 1.960 do Código Civil, uma vez que tal substituição continua sendo de segundo grau. O que não é permitido é que o fideicomitente imponha obrigação de que o fideicomissário transmita os bens fideicometidos a outrem.

Reforça esse entendimento Orlando Gomes, ao esclarecer que a proibição se refere a graus e não a pessoas. Assim, para impedir a caducidade do fideicomisso, o testador dispõe sobre a substituição do fideicomissário. Neste caso, “não estará indo além do segundo grau, porquanto o substituto terá posição idêntica à do substituído”. Ademais, não receberá ele do fideicomissário, mas do fiduciário<sup>204</sup>.

Nos termos do artigo 1.954 do Código Civil, salvo disposição em contrário do testador, se o fiduciário renunciar, defere-se ao fideicomissário o poder de aceitar.

Poderá haver a caducidade do fideicomisso em duas ocasiões: renúncia expressa ou pré-morte do fideicomissário. Na primeira, com a renúncia do fideicomissário, o fideicomisso caduca, deixando de ser resolúvel a propriedade do fiduciário, caso não haja disposição contrária do testador. No entanto, caso ocorra a morte do fiduciário antes de realizada a condição resolutória, a propriedade transmite-se aos seus herdeiros, caso esta não seja a causa da sua extinção subjetiva<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> NICOLAU, Gustavo Rene. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 154-155.

<sup>204</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev. atual. aum. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 219.

<sup>205</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev. atual. aum. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 222-223.

Na segunda hipótese, no caso de pré-morte do fideicomissário ou falecimento antes de realizar-se a condição resolutória do direito deste último, a propriedade consolida-se no fiduciário, nos termos do artigo 1.955 do Código Civil<sup>206</sup>. Vale dizer que esse direito eventual não se transmite aos sucessores do fideicomissário pré-morto, pois a condição não se realizou<sup>207</sup>.

O atualizador da obra de sucessões de Orlando Gomes, Mario de Faria, afirma que se o fiduciário renunciar, extingue-se o fideicomisso, transformando-se em disposição em favor de prole eventual, aplicando-se as regras do artigo 1.800 do Código Civil<sup>208</sup>. No entanto este não é o mais correto entendimento, já que devem ser respeitadas as condições impostas pelo testador na substituição fideicomissária. Ademais, as regras da prole eventual estipulam um prazo de dois anos para que haja o nascimento da criança, e, no instituto do fideicomisso, não há este prazo bienal. Esta é uma lacuna que terá de ser respondida pelo Poder Judiciário, mas vale lembrar a importância de disposição em testamento de um substituto ao fiduciário ou fideicomissário para impedir a caducidade do fideicomisso.

Voltando ao ponto específico, objeto da presente pesquisa, é de ser salientado, apesar de não ser tão popular, que o instituto da substituição fideicomissária é perfeitamente aplicável para a designação de bens ao filho gerado por meio de reprodução assistida *post mortem*.

Ressalta-se, aqui, que no Projeto do Código Civil de 1965 havia a restrição do fideicomisso aos descendentes do testador ainda não nascido<sup>209</sup>. Relevante é a observação feita por Ana Cláudia Scalquette, no sentido de que, ao prever o fideicomisso restringindo-se aos descendentes do testador, pensavam os juristas nos netos do futuro *de cuius*. Cuida-se de um reforço à idéia de que o instituto pode ser utilizado até mesmo para beneficiar os próprios filhos do testador<sup>210</sup>.

---

<sup>206</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito das sucessões. vol. 06. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 352.

<sup>207</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev. atual. aum. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 218.

<sup>208</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev. atual. aum. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 218.

<sup>209</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. 17. ed. rev. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 273.

<sup>210</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 226.

Nesse sentido, é possível que o marido, prevendo que possa vir a falecer em breve, a exemplo da descoberta de um câncer, faça um testamento, instituindo o fideicomisso, nomeando a futura criança como fideicomissária. Deste modo, havendo a utilização do sêmen congelado do autor da herança, com a conseqüente concepção e nascimento de um novo herdeiro, a vontade do *de cuius*, manifestada em testamento, deve ser respeitada.

Diferentemente da prole eventual, no fideicomisso não há um prazo bienal, após a morte do testador, para que a criança venha a nascer.

Registra-se, mais uma vez, que, na utilização das técnicas de reprodução humana assistida *post mortem*, o material reprodutivo (sêmen ou óvulo) bem como o embrião podem ficar congelados por muitos anos. Deste modo, caso o genitor deseje contemplar seu filho a ser concebido após sua morte, mas não saiba ao certo quando a prole irá nascer, o mais recomendado, do ponto de vista do testador, é que se utilize do instituto da substituição fideicomissária.

Todavia vale ressaltar que se faz necessária a imposição de certos prazos, por meio de legislação específica, caso contrário, determinadas situações podem se eternizar.

Como observa Orlando Gomes, o fideicomisso é um instituto polêmico, entre as razões alegadas por alguns juristas e economistas, por ser contrário ao princípio da livre circulação de riqueza e por causar litígios frequentes que costumam surgir na interpretação das cláusulas testamentárias que contêm duplicidade de herdeiros, ou legatários<sup>211</sup>.

Dúvida tormentosa surge quando ocorre o evento previsto no testamento, sem que tenha havido a concepção ou nascimento do filho da pessoa indicada pelo testador. Para Carlos Roberto Barbosa Moreira, atualizador do livro de sucessões de Caio Mário da Silva Pereira, deveria haver aplicação analógica do artigo 1.800 do Código Civil, inclusive quanto ao prazo de dois anos. Este prazo seria contado a partir do evento previsto no testamento, que poderia ser a morte do fiduciário, o implemento da condição ou do termo, e não da abertura da sucessão<sup>212</sup>:

Se, porém, o fideicomissário não estiver ainda concebido ao se abrir a sucessão fideicomissária (seja esta subordinada à morte do fiduciário ou a qualquer outra ocorrência), incidirá o art. 1.800 do novo Código Civil, devendo o prazo de seu § 4º,

<sup>211</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev. atual. aum. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 209-210.

<sup>212</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. 17. ed. rev. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 275.

nesta hipótese, contar-se a partir do advento do termo ou do implemento da condição resolutiva do direito do fiduciário, e não da abertura da sucessão do próprio testador<sup>213</sup>.

Em sentido oposto é o argumento de Guilherme Calmon, sustentando que não pode haver utilização do artigo 1.800 do ordenamento civil, pois a hipótese tratada no artigo é específica para os casos de prole eventual. Desta maneira, trata-se de outra modalidade de benefício testamentário instituído em favor de pessoa não existente à época da morte do testador, devendo ser consideradas as duas hipóteses de modo separado<sup>214</sup>. O autor dá a seguinte solução:

Caso não tenha ocorrido a concepção do fideicomissário até o momento da resolução do direito do fiduciário, é de se reconhecer a caducidade do fideicomisso, consolidando-se a propriedade no fiduciário (nas hipóteses de termo ou condição) ou nos seus herdeiros (no caso de morte do fiduciário). A única hipótese em que não haveria caducidade do fideicomisso seria a previsão testamentária expressa a respeito de um prazo de espera para a concepção do fideicomissário, mesmo após se ter operado a resolução do direito do fiduciário<sup>215</sup>.

Entretanto, Carlos Roberto Barbosa Moreira, na 17ª ed. do volume 6 das “Instituições de Direito Civil”, rebate a crítica de Guilherme Calmon alegando que a relação entre prole eventual e o fideicomisso é de “gênero e espécie, sendo o fideicomisso manifestação particular da possibilidade contemplada no primeiro daqueles dispositivos”<sup>216</sup>. O autor continua:

Por isso, a aplicação do mecanismo previsto no art. 1.800 – ressalvada a questão do termo inicial do biênio de espera – se faz ‘diretamente’, e não por analogia. Além disso, entre duas possíveis interpretações, merece ser prestigiada aquela que reconhece eficácia à cláusula testamentária, e não a outra, da qual decorreria sua caducidade<sup>217</sup>.

Em posição contrária, Mario Faria, atualizador da obra de sucessões de Orlando Gomes é enfático ao dizer que não se aplicam ao instituto do fideicomisso as regras atinentes à disposição em favor de prole eventual, inclusive o prazo estabelecido pelo § 4º do artigo 1.800 do Código Civil:

<sup>213</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. 17. ed. rev. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 275-276.

<sup>214</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Substituições e fideicomisso. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 343-366. p. 362.

<sup>215</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Substituições e fideicomisso. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 343-366. p. 363.

<sup>216</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. 17. ed. rev. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 276.

<sup>217</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. 17. ed. rev. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 276.

O fideicomisso difere da disposição em favor da prole eventual, pois no primeiro existem dois proprietários sucessivos, enquanto no segundo, enquanto a prole não nasce, tem-se um curador que administra os bens deixados ao único beneficiado<sup>218</sup>.

No entanto Carlos Roberto Barbosa Moreira defende que a solução da aplicação analógica da prole eventual é a que melhor preserva a vontade do testador, reduzindo a possibilidade de o fideicomisso caducar por falta de fideicomissário. Ademais, defende que esta saída permite conciliar, de um lado, o chamamento do sucessor que, ao tempo do testamento, não era sequer concebido e, de outro, a escolha do termo ou condição que, por sua natureza, somente poderá implementar-se quando já expirado o primeiro biênio da morte do testador. O doutrinador explica:

Diante da regra do art. 1.800 do novo Código Civil, não mais se justifica a exigência, que formulávamos em edições anteriores, de que, no momento da abertura da sucessão fideicomissária, o fideicomissário já existisse, isto é, estivesse nascido ou ao menos concebido<sup>219</sup>.

O instigante debate entre Carlos Roberto Barbosa Moreira e Guilherme Calmon acerca da caducidade ou não do fideicomisso, caso ainda não haja o nascimento do fideicomissário quando do implemento do evento previsto pelo testador, é essencial, pois altera todo o raciocínio de uma eventual proteção patrimonial do filho concebido após a morte do testador.

Tendo em vista que há significativas diferenças entre prole eventual e fideicomisso e, *data venia*, não se podendo afirmar que a relação entre eles é de gênero e espécie, não deve ser utilizada a interpretação analógica com relação ao prazo. Entretanto vale ressaltar que há certas similaridades entre eles.

No instituto da prole eventual, o prazo para que a criança seja concebida é de dois anos, contados a partir da abertura da sucessão. Caso não haja concepção do herdeiro nesse prazo, haverá a caducidade da disposição testamentária, e os bens a ela reservados caberão aos herdeiros legítimos necessários. Ressalta-se que no caso em estudo, que trata do filho concebido *post mortem*, a criança, por ser filha biológica do testador, fará jus à herança, por meio da sucessão legítima.

No que tange à substituição fideicomissária, o entendimento deve ser similar. Deste modo, embora não haja prazo extintivo previamente estipulado, o que deve

---

<sup>218</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev. atual. aum. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 210.

<sup>219</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. 17. ed. rev. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 276.

ser observado é o evento previsto pelo testador, que poderá ser de natureza temporal; verificação de determinada condição ou o falecimento do fiduciário.

Assim, cabe ao testador-fideicomitente tomar o grau de precaução que entende correto. Por exemplo, a morte do fiduciário não pode ser prevista, havendo sempre um risco de que este morra antes do nascimento do fideicomissário. Nesse sentido, é de se refletir sobre uma condição ou lapso temporal que traga maiores garantias de que o fideicomissário já esteja concebido quando o evento ocorrer.

Sob essa perspectiva, acompanhando o entendimento de Guilherme Calmon<sup>220</sup>, caso ocorra o evento previsto no testamento, sem que tenha havido a concepção ou nascimento do filho da pessoa indicada pelo testador, a disposição testamentária caducará, e a propriedade se consolidará no fiduciário, nos termos do artigo 1.955 do Código Civil.

Entretanto, diferentemente do autor, deve-se considerar que o testador não poderá dispor sobre prazo suplementar para a concepção do fideicomissário, com o intuito de evitar a caducidade do fideicomisso<sup>221</sup>.

Cumpra esclarecer que o filho, concebido *post mortem*, continuará protegido patrimonialmente, pois herdará por sucessão legítima, tendo os mesmos direitos que seus eventuais irmãos, conforme já discutido anteriormente.

Contudo, a problemática não se restringe às questões até agora levantadas. Outro ponto polêmico se refere ao embrião excedentário. Teoricamente, o embrião excedentário congelado em laboratório já está concebido antes da abertura da sucessão do *de cuius*. Deste modo, é de se questionar se a ele poderia ser aplicável o instituto da substituição fideicomissária, já que o artigo 1.952 do Código Civil refere-se expressamente aos não concebidos.

Ana Cláudia Scalquette, ao refletir sobre esta problemática, sustenta que o legislador, ao se referir ao ser ainda não concebido, não aventou a hipótese de concepção artificial, criopreservação, dentre outras inúmeras situações com as quais

---

<sup>220</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Substituições e fideicomisso. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 343-366. p. 363.

<sup>221</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Substituições e fideicomisso. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 343-366. p. 363.

se convive atualmente. Porém, para a autora, “pode ser exatamente para essas circunstâncias que o fideicomisso se torne ainda mais interessante”<sup>222</sup>.

Daí a importância da criação de estatuto específico para esclarecer a diferença entre concebido e já implantado no útero, sendo neste último caso um nascituro. Isso porque, quando houve a realização do Projeto do Código Civil, os avanços com relação à medicina reprodutiva não estavam tão avançados. Nesse sentido, o único meio de procriação era através da conjunção carnal, sendo o prazo máximo de 300 dias para o nascimento da criança.

Desta maneira, como mencionado anteriormente, quando o legislador utiliza a palavra “concebido” em diversos artigos do Código Civil provavelmente refere-se a ‘concebido no útero materno’.

No entanto, com as inovações biotecnológicas, a situação se alterou. Atualmente é perfeitamente possível e comum a existência de embriões formados em laboratório e congelados por um longo período.

É de se questionar se nestes casos poderia ser aplicado o instituto da substituição fideicomissária. Caso a interpretação seja somente literal, não será possível utilizar o fideicomisso para nomear herdeiro decorrente de embrião excedentário.

O mesmo problema ocorre com relação à prole eventual, pois em ambos os casos, o embrião excedentário já está concebido antes da abertura da sucessão. Vale dizer que esse é o mesmo raciocínio de muitos doutrinadores<sup>223</sup> para auferir ou não direitos hereditários ao embrião excedentário implantado no útero após a morte do genitor.

Entretanto, imprescindível ressaltar que a aplicação meramente literal das normas do ordenamento civil, por vezes, pode causar contradições e injustiças. Um exemplo claro é a regra do artigo 1.952 do Código Civil, referente à substituição fideicomissária, pela qual o legislador ao se referir aos “não concebidos”

---

<sup>222</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 225.

<sup>223</sup> No sentido de diferenciação entre embrião e sêmen para verificação de legitimação sucessória: VENOSA, Silvio da Salvo. *Direito civil: direito de família*. vol. 06. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 229; DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 558; OLIVEIRA, Euclides. Concorrência sucessória e a nova ordem de vocação hereditária. In.: *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 29, abr-mai 2005. [S.l.]: IOB Thomson. p. 26-44. p. 27-28; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. vol. 05. 16. ed. rev. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 318.

provavelmente pretendia dizer os “não nascituros”, ou seja, ainda não implantados no útero da mulher.

Ocorre que, com os avanços biotecnológicos, atualmente é possível fazer a diferenciação entre criopreservação do material reprodutivo (sêmen e óvulo); embrião congelado; nascituro e nato.

Deste modo, até que haja modificação no Código Civil, cabe ao intérprete verificar o real intuito do legislador, que, no caso do fideicomisso, é instituir herdeiro ou legatário pessoa ainda não existente e que ainda não seja nascituro, isto é, não se encontra em fase de desenvolvimento no interior do corpo humano. Sendo assim, o fideicomissário pode ser tanto pessoa ainda não existente, como também decorrente de sêmen criopreservado ou embrião congelado.

Reforça esse entendimento opinião de Ana Cláudia Scalquette:

Dessa forma, para que seja conciliada a substituição fideicomissária com o avanço da medicina genético-reprodutiva e, tendo em vista que sem a implantação no útero o embrião, embora concebido, não tem condição de se transformar em ser humano formado, cremos que o embrião não implantado deve ser exceção à regra da concepção prevista no artigo transcrito, conferindo-lhe a possibilidade – a despeito da concepção, mas em respeito à não implantação -, de ser fideicomissário<sup>224</sup>.

Nesse sentido, é preciso que haja uma visão axiológica do sistema, uma vez que no Direito contemporâneo não há mais espaço para o positivismo formal e acrítico, mas sim um positivismo ético, visando a máxima eficácia social.

Em resumo, como leciona Gustavo Tepedino, o civilista tem o dever de compatibilizar o Código Civil e a legislação especial ao texto constitucional<sup>225</sup>, fazendo um releitura da norma como parte de um todo, para que ocorra a superação do formalismo e, conseqüentemente, haja a concretização do justo.

Dando continuidade ao estudo, e tendo em vista que essa substituição testamentária não pode ser tida como solução para garantir os direitos sucessórios do filho concebido *post mortem*, já que não garante a igualdade de direitos sucessórios, conforme também defende Ana Scalquette<sup>226</sup>, passa-se agora ao estudo de outras formas de proteção do patrimônio do novo herdeiro.

---

<sup>224</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 225.

<sup>225</sup> TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*, In.: \_\_\_\_\_. *Temas de direito civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 01.

<sup>226</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 227.



## 4 EFEITOS PATRIMONIAIS DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM* NA SUCESSÃO LEGÍTIMA

### 4.1 Petição de Herança

Conforme analisado no capítulo 02 (dois), o filho póstumo, ou seja, aquele que nasceu em decorrência das técnicas de reprodução medicamente assistida após o falecimento do genitor, tem capacidade sucessória.

Por um lado, parte da doutrina<sup>227</sup> entende que o filho póstumo não tem direito à herança, havendo somente a legitimação sucessória na sucessão testamentária, quando houver disposição referente à prole eventual própria deixando bens a este descendente.

Ana Cláudia Scalquette questiona se a sucessão testamentária seria a única saída para que os filhos gerados com material congelado pudessem receber parte da herança do pai. Após aprofundada análise, sua resposta é em sentido negativo<sup>228</sup>.

Vale dizer que, no que tange à sucessão testamentária, além de sua elaboração não ser obrigatória, as disposições de última vontade são uma mera liberalidade do testador. Ademais, pode ocorrer que o genitor não saiba que seu material reprodutivo será utilizado após sua morte<sup>229</sup>. Deste modo, nem terá a oportunidade de se manifestar em testamento, com o intuito de proteger patrimonialmente filho póstumo, que sequer irá conhecer.

Ocorre que, consoante esta corrente que defende o direito à herança somente por meio da sucessão testamentária, se não houver testamento deixando bens aos filhos nascidos após a morte do testador, o descendente estaria excluído do chamamento hereditário, o que demonstraria um retrocesso a antes da promulgação

---

<sup>227</sup> Nesse sentido: VENOSA, Silvio da Salvo. *Direito civil: direito de família*. vol. 06. 8 ed., São Paulo: Atlas, 2008. p. 229; DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 558; OLIVEIRA, Euclides. Concorrência sucessória e a nova ordem de vocação hereditária. In.: *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 29, abr-mai 2005. [S.I.]: IOB Thomson. p. 26-44. p. 27-28.

<sup>228</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 75, 209-213.

<sup>229</sup> Sobre o tema, vide item 4.2.1 referente a caso concreto de reprodução assistida *post mortem*.

da Constituição de 1988 e, por isso, não pode mais ser admitido no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, tendo em vista que os efeitos sucessórios da inseminação *post mortem* não devem se restringir à sucessão testamentária, o herdeiro poderá buscar assegurar seus direitos sucessórios por meio da ação de petição de herança, nos termos do artigo 1.824, do ordenamento civil.

Em resumo, a sucessão testamentária depende de uma liberalidade do testador, enquanto que a sucessão legítima é um direito assegurado ao herdeiro necessário por determinação da lei.

Nesse sentido dispõe o Enunciado nº 267 do Conselho da Justiça Federal:

A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

Deste modo, uma vez reconhecido como herdeiro, o filho póstumo tem a faculdade de reclamar sua quota-parte.

Ana Cláudia Scalquette defende que o direito patrimonial do novo herdeiro deve ser garantido, mas utiliza o instituto da ausência como paradigma para proteção de seus interesses. Por este raciocínio, com a morte de um dos genitores, e havendo autorização expressa para a reprodução *post mortem*, haveria a sucessão provisória, que passaria a ser definitiva com o transcurso do tempo. Para a autora, essa hipótese traria uma resposta adequada, pois todos os interesses estariam resguardados e também protegeria o patrimônio dos novos herdeiros em caso de nascimento de gêmeos ou trigêmeos, por exemplo<sup>230</sup>.

Nesse sentido, Ana Scalquette assevera que o direito dos filhos, ainda não concebidos ou não implantados, estariam protegidos por tempo determinado, possibilitando a organização e planejamento de seus nascimentos pelo genitor sobrevivente<sup>231</sup>.

A sugestão da autora referente à sucessão provisória, pelo prazo de três anos, traz benefícios, no sentido de buscar proteger todos os interesses. Ademais, certo é que a provisoriedade da divisão dos bens não pode durar *ad eternum*, pois geraria uma grande instabilidade.

---

<sup>230</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 212-213.

<sup>231</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 212-213.

No entanto, em que pese as respeitáveis colocações acerca de uma possível sucessão provisória em casos de existência de sêmen ou embriões congelados no momento da abertura da sucessão, deve-se levar em conta que existe somente uma vida em potencial, que provavelmente poderá não vir a nascer.

É preciso lembrar que as técnicas de reprodução assistida *post mortem* não devem ser incentivadas, pois trazem muitos transtornos de ordem prática para a divisão dos bens a serem partilhados, bem como podem acarretar prejuízos à futura criança, cujo interesse deve sempre prevalecer.

Entretanto a utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida está se tornando cada vez mais comum, o que acarreta um crescente número de famílias que possuem material reprodutivo ou embriões congelados. A própria Ana Scalquette lembra que em 2008, no Brasil, já havia 47.570 embriões congelados somente em clínicas de reprodução assistida cadastradas<sup>232</sup>. Deste modo, caso um número expressivo de viúvas desejasse implantar o material reprodutivo do marido após sua morte, grande parte das sucessões teria de ser provisória, o que também não traria segurança.

Assim, com a morte do autor da herança, o mais correto é que haja a partilha dos bens com os herdeiros existentes à época da abertura da sucessão. Caso, eventualmente, haja o nascimento de algum herdeiro após o início da partilha, ele poderá ingressar com a ação de petição de herança para que seus direitos sejam assegurados.

Vale lembrar a similaridade dessa situação com a de um herdeiro não reconhecido em vida por seu genitor, que ingressa com ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança para garantir seus direitos pessoais e patrimoniais.

Percebe-se, pois, que em qualquer caso, a noção de segurança jurídica é apenas relativa.

Nessa mesma linha, Guilherme Calmon argumenta que, de acordo com o sistema jurídico atual em matéria de herdeiros legítimos preteridos, o problema que surge caso a criança venha a nascer após o término do inventário e da partilha pode ser solucionado pela petição de herança:

Deve-se admitir a petição de herança, com a pretensão deduzida dentro do prazo prescricional de dez anos a contar do falecimento do autor da sucessão, buscando, assim, equilibrar os interesses da pessoa que se desenvolveu a partir do embrião ou

---

<sup>232</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 168.

do material fecundante do falecido e, simultaneamente, os interesses dos demais herdeiros<sup>233</sup>.

Importante ressaltar novamente o direito à herança como um direito constitucionalmente garantido. Nessa esteira, Heloisa Helena Barboza faz a seguinte colocação:

A função da herança não mais se esgota na preservação da propriedade privada. Embora não deixe de ser uma forma de 'amparo' à família, a herança tem, desde 1988, função mais relevante: a de contribuir para a proteção da pessoa humana, assegurando-lhe condições dignas de sobrevivência, e permitindo o pleno desenvolvimento de suas potencialidades<sup>234</sup>.

Em resumo, deve-se sempre buscar a igualdade de direitos entre os filhos de um mesmo genitor, sendo irrelevante a origem da filiação, “se matrimonial ou extramatrimonial, se decorrente de vínculo civil – por adoção, reprodução assistida heteróloga ou posse do estado de filho – ou natural – por vínculo originário”<sup>235</sup>.

A ação de petição de herança, embora seja uma novidade introduzida formalmente pelo Código Civil de 2002, já era bastante comentada por civilistas, e frequentemente utilizada no campo jurisprudencial.

Orlando Gomes explica que a ação de petição de herança destina-se ao reconhecimento da qualidade sucessória de quem a intenta, objetivando, fundamentalmente, a positivação de um *status*, do qual deriva a aquisição da herança<sup>236</sup>.

Caio Mário da Silva Pereira afirma que com a abertura da sucessão, o herdeiro adquire a propriedade e a posse dos bens da herança, independentemente de ato seu, ou de estar presente, e até mesmo de seu conhecimento do óbito<sup>237</sup>.

A ação de petição de herança pode ser intentada por qualquer dos herdeiros contra terceiros ou co-herdeiros, com objetivo de ter garantido seu quinhão hereditário. Um exemplo dado por Guilherme Calmon refere-se à descoberta de

<sup>233</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 190-239. p. 219.

<sup>234</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 320-327. p.322.

<sup>235</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 95-96.

<sup>236</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev. atual. aum. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 260.

<sup>237</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. 17. ed. rev. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 58.

testamento somente depois de realizado o inventário e ultimada a partilha entre os herdeiros legítimos facultativos que haviam sido afastados no testamento. Secundando Orlando Gomes, Calmon assevera que a ação de petição de herança é hipótese em que os verdadeiros herdeiros precisam exercer seu direito para tornar efetiva sua condição hereditária<sup>238</sup>.

No que tange a terceiros, outro exemplo claro é o filho extramatrimonial, reconhecido somente após a morte do autor da sucessão e, por isso, intenta a ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança para afastar os herdeiros colaterais, já que se encontra em classe preferencial. Pode ocorrer também de já existirem herdeiros legítimos, como irmãos. Neste caso a ação é intentada para que o autor faça parte da divisão igualitária dos bens.

Embora as ressalvas feitas anteriormente quanto ao uso da técnica, caso a prática da reprodução humana assistida *post mortem* se torne corriqueira, não será raro ocorrer a concepção do filho após a partilha dos bens. Deste modo, a criança gerada terá direito de pleitear seu quinhão hereditário por meio da ação de petição de herança.

Assim, o filho póstumo deverá, primeiramente, comprovar seu *status* familiar, pois se trata de meio de prova da ação de petição de herança<sup>239</sup>. O autor poderá ingressar com ação investigatória de paternidade para estabelecer a pré-condição de hereditariedade de forma autônoma, ou de maneira cumulada com a ação de petição de herança.

Habitualmente, “quando a *petitis hereditatis* é cumulada à ação de investigação de paternidade, pede o autor que o juiz mande reservar, em poder do inventariante, o quinhão a que fará jus se decidido a seu favor o litígio”<sup>240</sup>.

Reforça esse entendimento Caio Mário da Silva Pereira:

A ação de petição de herança pode constituir uma pretensão isolada e autônoma, ou vir geminada a outro apelido. O caso mais frequente de acumulação objetiva é com a investigação de paternidade. O filho natural, não reconhecido em vida, intenta ação contra herdeiros de seu pai, e requer, com a declaração do seu *status familiae*, a devolução do seu quinhão hereditário<sup>241</sup>.

<sup>238</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões*. Série Fundamentos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2003. p. 105-106.

<sup>239</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. vol. 20. 2. ed. rev. AVEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 201.

<sup>240</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev. atual. aum. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.266.

<sup>241</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. 17. ed. rev. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 60.

Cristiano Faria esclarece que, na eventualidade de cumulação da petição de herança com a de investigação de paternidade, “constarão como demandados, além do possuidor dos bens hereditários, todos os herdeiros do falecido (e não o espólio), formando um litisconsórcio passivo necessário”, ainda que os herdeiros tenham renunciado ou cedido a herança<sup>242</sup>. Esse também é o entendimento dos Tribunais<sup>243</sup>.

No entanto, mesmo que seja homologada a partilha, o direito do herdeiro preterido não se perde, podendo ele ingressar com a ação autônoma de petição de herança:

“Investigação de paternidade c/c petição de herança. Paternidade reconhecida e não impugnada pela via recursal. Questão que se subsume à petição de herança. Prescrição da petição de herança. Não ocorrência da hipótese. Prazo vintenário (CC/1916). Petição de herança que tem o condão de impedir a produção de efeitos da partilha perante o sucessor que foi preterido. **Direito de o herdeiro preterido buscar sua quota-parte na herança ainda que esta já tenha sido partilhada.** Recurso não provido” (TJ/SP, Apelação com revisão 6219334000, Rel. Roberto Mac Cracken, 5ª Câmara de Direito Privado, DJ 06/05/2009). (grifo nosso).

Francisco Cahali explica que de acordo com o artigo 1.824 do Código Civil<sup>244</sup>, pode parecer que a intenção do legislador teria sido permitir a outorga do quinhão devido diretamente ao autor da ação. Porém o autor defende que o processo necessário para a transferência do universo das relações jurídicas do falecido é o inventário: Assim, na petição de herança, “já se contém a invalidação de eventual partilha ou adjudicação, viciada por preterir o autor da ação. E seu resultado será a restituição da herança ou parte dela ao monte-mor, para nova destinação por sentença no processo de inventário”<sup>245</sup>.

<sup>242</sup> FARIA, Cristiano Chaves de. Incidentes à transmissão da herança: aceitação, renúncia, cessão de direitos hereditários e petição de herança. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 41-82. p. 74.

<sup>243</sup> “Processual civil e civil. Ação de investigação de paternidade post mortem. Legitimidade ad causam. Recurso especial. Prequestionamento. Ausência. Dissídio. Não comprovação. I - **Na ação de investigação de paternidade post mortem, partes legítimas passivas são os herdeiros e não o espólio.** II - Recurso especial não conhecido.” (REsp 351842/AL, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 06/05/2002, DJ10/06/2002 p. 203). (grifo nosso).

<sup>244</sup> Artigo 1.824 do Código Civil: “O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua”.

<sup>245</sup> CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. CAMBLER, Everaldo Augusto (Coord.). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 471-472.

Nesse sentido, o STJ<sup>246</sup> já se manifestou, sustentando que, com o trânsito em julgado da sentença da ação de petição de herança, haverá nulidade automática da partilha anterior, tornando-se dispensável a propositura de ação específica. Deste modo, a execução da decisão de procedência proferida nos autos de petição de herança, faz-se com “simples pedido de retificação de partilha, uma vez que a sentença homologatória de partilha não faz coisa julgada em relação ao herdeiro não convocado no processo de inventário”<sup>247</sup>.

O principal efeito da sentença favorável é a obrigação do réu de restituir os bens que possuía, em perfeita consonância com a regra que veda o enriquecimento sem causa<sup>248</sup>.

Como ressalta Carlos Cavalcanti, esta forma de reivindicação “dá a perfeita noção da segurança apenas relativa de qualquer sucessão, à medida que com a referida ação o herdeiro preterido objetiva não só a declaração da qualidade de herdeiro como também a restituição do patrimônio deixado pelo falecido”<sup>249</sup>.

De acordo com Guilherme Calmon, a ação de petição de herança pode ser promovida contra o possuidor:

a) *Pro herede*, ou seja, aquele que pensa tratar-se de herdeiro, ou aquele que, não sendo herdeiro, possui a herança, ou o quinhão hereditário na alegada condição de sucessor; b) *pro possessore*, a saber, a pessoa que não alega qualquer título para negar a entrega dos bens hereditários, pretendendo pura e simplesmente prosseguir como possuidora<sup>250</sup>.

<sup>246</sup> “Processo Civil. Ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança. Procedência de ambos os pedidos. Partilha realizada sem a presença e participação do autor, reconhecido filho-herdeiro. Nulidade *pleno iure*. **Desnecessidade de que seja proclamada expressamente em ação própria**. Execução. Lição doutrinária. Ação ajuizada com intuito de haver a respectiva quota-parte. Possibilidade de aproveitá-la. Instrumentalidade do processo e aforismo *Pas de nullite sans grief*. Interesse de agir. Prazos prescricionais. Inaplicabilidade do disposto no art. 1.805 c/c 178, § 6., v, CC. Inoponibilidade da exceção de coisa Julgada. Recurso desacolhido. I - **juizados procedentes os pedidos formulados em sede de ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, disso resulta lógica e automática a nulidade da partilha realizada sem a presença e participação do autor vitorioso, afigurando-se dispensável a propositura de ação específica que tenha por objeto apenas vê-la reconhecida expressamente. II - A execução da decisão de procedência proferida em autos de petição de herança faz-se, como regra, por meio de simples pedido de retificação de partilha, uma vez que a sentença homologatória de partilha não faz coisa julgada em relação ao herdeiro não convocado**. Ao processo de inventário (art. 472, CPC)”. (Superior Tribunal de Justiça. REsp 16137/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJU 21.02.1995).(grifo nosso).

<sup>247</sup> FARIA, Cristiano Chaves de. Incidentes à transmissão da herança: aceitação, renúncia, cessão de direitos hereditários e petição de herança. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 41-82. p. 78.

<sup>248</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões*. Série Fundamentos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2003. p. 109.

<sup>249</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. Anais do V congresso brasileiro de direito de família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 169-191. p.174.

<sup>250</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões*. Série Fundamentos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2003. p. 106.

Deste modo, o demandante deverá provar que é herdeiro legítimo ou testamentário, e que o réu, normalmente herdeiro aparente, possui parte ou a totalidade da herança, *pro herede*, ou *pro possessore*, devendo restituí-la com todos os acessórios. Ademais, pode ser necessário verificar os efeitos dos atos praticados antes do reconhecimento judicial do novo herdeiro<sup>251</sup>.

A ação terá sempre o mesmo objetivo: “reconhecer o título hereditário e, em consequência, pleitear o seu quinhão na massa dos bens transmitidos”<sup>252</sup>.

De acordo com João Manuel de Carvalho Santos a ação de petição de herança tem caráter universal:

A petição de herança é para o direito hereditário o que a reivindicação é para o direito de propriedade, como muito bem adverte Maynz, mas o que as distingue nitidamente é o seguinte: o caráter universal da petição de herança, enquanto a reivindicatória é uma ação particular<sup>253</sup>.

Para Silvio Rodrigues, trata-se de uma ação real e universal, pois, ainda que o objeto da restituição seja uma parte do acervo, a herança é uma universalidade de direito<sup>254</sup>.

Diante do caráter universal e conforme dispõe o artigo 1.825 do Código Civil, qualquer dos herdeiros pode demandar a totalidade da herança, pois com a abertura da sucessão, estabelece-se entre os herdeiros o condomínio e a comosse, até que haja a partilha dos bens.

Conforme mencionado, a ação de petição de herança pode ser intentada antes ou depois de ultimada a partilha. Caso seja ajuizada antes, poderão ser reservados bens por meio de medidas cautelares. Se for intentada após, uma vez que seja procedente o pedido contido na ação, o réu terá de devolver os bens com seus acréscimos, frutos e rendimentos, devendo ser realizada nova partilha, incluindo o herdeiro reconhecido.

---

<sup>251</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões*. Série Fundamentos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2003. p. 107.

<sup>252</sup> FARIA, Cristiano Chaves de. Incidentes à transmissão da herança: aceitação, renúncia, cessão de direitos hereditários e petição de herança. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 41-82. p. 74-75.

<sup>253</sup> SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado. Direito das sucessões*. v. xxii. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. p. 88.

<sup>254</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. vol. 07. 26. ed. rev. atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 88.



Silvio de Salvo Venosa explica que o foro competente para a ação de petição de herança é o do inventário, enquanto não ultimada a partilha conforme dispõe o artigo 96 do Código de Processo Civil. “Feita a partilha, a ação deve ser dirigida contra os possuidores indevidos dos bens hereditários, seguindo-se as regras gerais de competência”<sup>255</sup>.

O artigo 1.826 do ordenamento civil dispõe que a responsabilidade do possuidor da herança será fixada segundo a sua posse, observado o disposto nos artigos 1.214 a 1.222 do Código Civil, que tratam dos efeitos da posse. Importante destacar que a partir da citação, a responsabilidade do possuidor há de ser aferida pelas regras concernentes à posse de má-fé e à mora.

De acordo com o artigo 1.827 do Código Civil, o herdeiro pode demandar os bens da herança mesmo em poder de terceiros, caso estes estejam de má-fé. No entanto, pela teoria da aparência, a alienação será plenamente eficaz caso o terceiro esteja de boa-fé, em razão da prevalência da proteção das relações sociais.

Em outras palavras, caso o comprador adquira o bem de forma onerosa e de boa-fé do herdeiro aparente, não há como desfazer o negócio. Isso porque o herdeiro aparente é conhecido e reputado como herdeiro legítimo, assumindo publicamente a condição de herdeiro.

Assim, pela ponderação de interesses, é preciso sacrificar a propriedade em prestígio da boa-fé, pois esta tem uma amplitude maior, evitando uma completa insegurança nas relações sociais. Estes são os ensinamentos de Cristiano Farias: “Os efeitos da petição de herança não podem prejudicar aquele que, de boa-fé, adquiriu do herdeiro aparente um bem integrante do espólio”<sup>256</sup>.

Na lição de Orlando Gomes: “se a aparência evidencia a realidade, prima o elemento visível sobre o oculto”<sup>257</sup>. Neste caso, o herdeiro real deverá pleitear ao herdeiro aparente o valor correspondente dos bens.

Este é um problema que, nos casos concretos relacionados à filiação póstuma, poderá trazer dificuldades de ordem prática para que o novo herdeiro possa reaver os bens a que tem direito.

---

<sup>255</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. vol. 07. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 100.

<sup>256</sup> FARIA, Cristiano Chaves de. Incidentes à transmissão da herança: aceitação, renúncia, cessão de direitos hereditários e petição de herança. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 41-82. p. 81.

<sup>257</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev. atual. aum. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 262.

Não se pode esquecer que, com os avanços da ciência, é possível que o herdeiro nasça somente vários anos após o falecimento do genitor, por meio da utilização de seu material reprodutivo congelado. Desta forma, a partilha ou adjudicação dos bens pode já ter sido finalizada. Ademais, pode ocorrer que os bens já tenham sido vendidos a terceiros de boa-fé, que não podem ser prejudicados, já que o negócio jurídico é plenamente válido e eficaz.

Ressalta-se que, nestes casos, não há nem que se falar que o herdeiro real foi preterido intencionalmente, pois nem sequer era nascido e nem havia como existir a certeza sobre seu nascimento. Deste modo, a venda dos bens recebidos por herança a terceiros não pode ser considerada de má-fé ou negligência. Restará ao novo herdeiro reclamar ao herdeiro “aparente” que restitua o valor equivalente

Quanto ao herdeiro aparente, vale dizer que, nos casos de reprodução assistida *post mortem*, teoricamente, os herdeiros que receberam a herança antes do nascimento do novo filho não seriam herdeiros aparentes, mas sim herdeiros reais (pelo menos até o surgimento do novo filho do autor da herança).

Ocorre que há casos em que, com o nascimento da criança após o falecimento do genitor, a ordem de vocação hereditária pode ser alterada por completo. Referente a este tema, vide item 4.2.1 que trata de um caso concreto ocorrido no Poder Judiciário do Estado de São Paulo.

#### 4.1.1 Prazo prescricional da petição de herança

O tema da prescritibilidade ou não da pretensão referente à ação de petição de herança é polêmico. Caio Mário da Silva Pereira afirma que “juristas e tribunais têm tumultuado os princípios, confundindo a ação de estado e a de petição de herança, com o efeito patrimonial daquela”<sup>258</sup>.

Conforme esclarece Gustavo Rene Nicolau, o debate acerca da possível imprescritibilidade da ação de petição de herança parece ter sido superado: “O argumento utilizado para a tese era de que se tratava de uma ação de estado, cujo

---

<sup>258</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. 17. ed. rev. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 60.

objetivo era reconhecer a qualidade de herdeiro e como tal não poderia prescrever”<sup>259</sup>.

Para Orlando Gomes, “no rigor dos princípios, a ação é imprescritível”, pois seu reconhecimento não pode ser trancado pelo decurso de tempo. “Há de ser declarado, passem ou não os anos”. Para o autor, “não é a ação que prescreve, mas a exceção de usucapião que a inutiliza”<sup>260</sup>.

Nesse sentido, Silvio Rodrigues lembra que no Código Civil italiano e português a ação de petição de herança é imprescritível, embora reconheçam os efeitos da usucapião. Deste modo, o autor explica que a ação pode ser intentada a todo o tempo, a não ser que, pelo decurso do prazo, o possuidor – pela usucapião – já tenha adquirido a propriedade da coisa que possuía<sup>261</sup>.

Giselda Hironaka adota o mesmo posicionamento e adverte que a qualidade de herdeiro não se perde, mas que essa construção teórica pode restar ineficaz na prática:

[...] sempre que transcorrido o lapso temporal referente à prescrição aquisitiva, pode o meio originário de aquisição da propriedade ser oposto como meio de defesa pelo herdeiro aparente ou quem por ele, ou como seu sucessor, se encontre na posse dos bens da herança<sup>262</sup>.

Em sentido oposto, sustentando pela prescrição da eficácia da pretensão da petição de herança encontra-se Caio Mário da Silva Pereira. O autor explica a questão ao afirmar que há uma confusão entre ação de estado e a ação de petição de herança, que busca os efeitos patrimoniais daquela. O doutrinador ensina que o *status* é imprescritível, mas “a pretensão econômica judicialmente exigível, como toda outra pretensão exigível prescreve”<sup>263</sup>: “O filho terá ação sempre para se fazer reconhecer (ação de estado, imprescritível); mas, no sistema do novo Código Civil (art. 205), não poderá exercer pretensão à herança depois de decorridos 10 (dez) anos da abertura da sucessão (petição de herança)”<sup>264</sup>.

<sup>259</sup> NICOLAU, Gustavo Rene. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 58.

<sup>260</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev. atual. aum. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 265.

<sup>261</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. vol. 07. 26. ed. rev. atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 90.

<sup>262</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. vol. 20. 2. ed. rev. AVEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 202.

<sup>263</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. 17. ed. rev. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 60-61.

<sup>264</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. 17. ed. rev. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 61.

No entanto, não obstante a existência das duas correntes opostas, as consequências práticas serão idênticas, como ressalta Giselda Hironaka<sup>265</sup>.

Vale dizer que a jurisprudência decidiu pela prescritibilidade da ação de petição de herança. Convém citar também a Súmula nº 149 do Supremo Tribunal Federal sobre o tema: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a petição de herança.”

Importante aqui fazer uma observação quanto às ações consideradas ‘imprescritíveis’. Esta expressão pode causar uma certa confusão, já que ‘imprescritível’ pode induzir ao entendimento de que se trata somente a ação que não tem prazo prescricional. Entretanto, na realidade, a doutrina e a jurisprudência consideram que as ações imprescritíveis são aquelas que não se sujeitam nem a prazo prescricional, nem decadencial<sup>266</sup>.

Agnelo Amorim Filho esclarece que há uma impropriedade na expressão “ações imprescritíveis”, pois ela não condiz com precisão ao sentido em que é utilizada comumente, além de não corresponder à compreensão lógica e gramatical da expressão. Assim, visando à exatidão dos conceitos, o autor sugere a substituição da expressão “ações imprescritíveis” por “ações perpétuas”, conciliando, desta maneira, a realidade com a lógica<sup>267</sup>.

Deste modo, são consideradas ações perpétuas as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e todas as ações declaratórias, pois seu plano de atuação é somente o da certeza jurídica, “que, em si, não se subordina a eficácia do tempo”<sup>268</sup>.

De fato, o mais acertado é afirmar que a ação de investigação de paternidade não se sujeita a prazo decadencial, uma vez que se trata de um direito potestativo de cunho declaratório, sendo, por consequência, uma ação perpétua.

---

<sup>265</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. vol. 20. 2 ed. rev. AVEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 202.

<sup>266</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. In: *Revista dos Tribunais*. Ano 94, vol. 836, p. 49-68. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2005. p. 54.

<sup>267</sup> AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In.: *Revista dos Tribunais*. Ano 86, vol. 744, p. 726- 750. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1997. p. 746-747.

<sup>268</sup> AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In.: *Revista dos Tribunais*. Ano 86, vol. 744, p. 726- 750. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1997. p. 747.

Nesse mesmo sentido, Maria Helena Diniz: O reconhecimento de paternidade não cria a paternidade, “apenas visa a declarar um fato, do qual o direito tira consequências. É, por isso, declaratório e não constitutivo. Esse ato declaratório, ao estabelecer a relação de parentesco entre os progenitores e a prole, origina efeitos jurídicos”<sup>269</sup>.

Guilherme Calmon explica que os efeitos da sentença judicial de procedência do pedido investigatório são *ex tunc*, “eis que a paternidade, a maternidade e a filiação se estabeleceram antes da sentença, no momento da concepção, mas apenas na sentença houve reconhecimento judicial de tal relação jurídica”<sup>270</sup>.

O mesmo raciocínio deve ser utilizado para a ação de petição de herança, em que o reconhecimento posterior da qualidade de herdeiro produz efeitos *ex tunc*, colocando-o como titular do domínio da herança, na parte que lhe tocava, desde a abertura da sucessão<sup>271</sup>.

Ainda no que tange à Súmula nº 149 do STF, vale esclarecer que na ação de investigação de paternidade, que se trata de uma ação de estado, o autor pretende obter o reconhecimento de seu estado de filiação. Deste modo, referida ação não se sujeita a prazo extintivo. No entanto a pretensão patrimonial decorrente desse vínculo de filiação obedece a prazo prescricional.

No caso da ação de petição de herança, a lógica é semelhante. O reconhecimento da qualidade de herdeiro não se sujeita a prazo extintivo, mas a produção dos efeitos desse reconhecimento, ou seja, a pretensão de integral satisfação no tocante ao acervo hereditário prescreve em 10 (dez) anos a contar da abertura da sucessão.

Em outras palavras, as ações que visam ao adimplemento de uma prestação são de natureza condenatória e, assim, sujeitam-se ao prazo prescricional. Deste modo, decorrido o limite temporal estabelecido em lei, a pretensão patrimonial pode restar inócua.

Reforça esse entendimento Heloisa Helena Barboza que explica que a filiação gera efeitos pessoais e patrimoniais e que a observância do princípio da plena

---

<sup>269</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito de família. v. 05. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 460.

<sup>270</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 399.

<sup>271</sup> Nesse sentido: STJ, REsp 16137/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 21.02.1995.

igualdade entre os filhos não implica o afastamento do prazo prescricional para petição de herança, direito esse de natureza patrimonial<sup>272</sup>.

Nesse rumo, os ensinamentos de Silvio de Salvo Venosa:

O prazo extintivo para essa ação inicia-se com a abertura da sucessão e, no atual sistema, é de 10 anos, prazo máximo permitido no ordenamento. No sistema de 1916, o prazo era de 20 anos (Súmula 149 do STF). Como vimos, a ação de investigação de paternidade é imprescritível; não o é, no entanto, a ação de petição de herança<sup>273</sup>.

Francisco Cahali afirma que o prazo prescricional da ação de petição de herança, por inexistir previsão específica, é de 10 (dez) anos, conforme o artigo 205 do Código Civil de 2002<sup>274</sup>.

O artigo 205 do Código Civil é uma cláusula geral sobre prescrição que deve ser adotada quando determinada pretensão não tenha prazo específico previsto. Referida disposição prevê o prazo prescricional de 10 (dez) anos quando a lei não tenha fixado prazo menor. Este é exatamente o caso da ação de petição de herança.

Vêm corroborar esse posicionamento Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim,<sup>275</sup> além de Maria Helena Diniz, que aduz:

“O herdeiro poderá dentro do prazo de 10 anos (CC, art.205), contado da abertura da sucessão (salvo se for absolutamente incapaz – CC, art. 3º, I, c/c o art. 198,I) do suposto pai, por meio de ação de petição de herança, pleitear não só o reconhecimento de seu direito sucessório, que foi impugnado, como também a devolução, total ou parcial, da herança contra qualquer pessoa que a detenha, na qualidade de herdeiro, mesmo sem qualquer título<sup>276</sup>”.

A autora ainda acrescenta que, no que tange à ação de investigação de paternidade, por ser ação de estado, pode ser proposta a qualquer tempo, em busca da paternidade ou maternidade real, “porque não se pode negar-lhe a proclamação de seu *status*, embora prescrevam seus efeitos patrimoniais, de modo que, havendo

<sup>272</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 320-327. p. 327.

<sup>273</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. vol. 07. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 100.

<sup>274</sup> CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. CAMBLER, Everaldo Augusto (Coord.). 3. ed. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 473.

<sup>275</sup> AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. *Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática*. 19. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005. p. 324.

<sup>276</sup> DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 12. ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1491.

prescrição destes, o filho pode intentar a ação, para se fazer reconhecer, sem ter, contudo, direito à herança”<sup>277</sup>.

Cabe aqui lembrar que quando o óbito do autor da herança ocorreu sob a vigência do Código Civil de 1916, deve-se verificar se já transcorreu mais da metade do lapso temporal, conforme dispõe o artigo 2.028 das disposições finais e transitórias do Código Civil de 2002. Em caso positivo, devem ser aplicados os prazos concernentes ao ordenamento civil de 1916, cujo prazo prescricional para a ação de petição de herança é de 20 (vinte) anos.

Outro ponto a ser levantado refere-se à questão do prazo prescricional quando há a abertura da sucessão, mas ainda não houve reconhecimento do vínculo de filiação. Cristiano Chaves de Farias observa que mesmo quando há cumulação da petição de herança com outro pedido, como investigação de paternidade, o prazo prescricional continuará sendo de dez anos: “Apesar de imprescritível a declaração filial, a *petitio hereditatis* prescreverá normalmente, conforme entendimento cimentado na Súmula n. 149 do Supremo Tribunal Federal”.

No entanto este pensamento não pode prosperar, pois para que haja cabimento da ação de petição de herança, é preciso, primeiramente, comprovar o vínculo de parentesco. Antes do reconhecimento da filiação, o pretense filho jamais poderá propor a ação de petição de herança para o fim de ser reconhecida a qualidade de herdeiro<sup>278</sup>.

O raciocínio deve ser o mesmo do artigo 200 do Código Civil, que dispõe que não corre a prescrição na pendência de processo criminal quando há ação fundada em fato que deva ser apurado em juízo criminal, porque, segundo Caio Mário Pereira, “seria ela dependente de seu desfecho”<sup>279</sup>.

Deste modo, tomando por exemplo o presente estudo sobre a reprodução humana assistida *post mortem*, a procedência do pedido contido na ação de investigação de paternidade é condição indeclinável, ou seja, uma prejudicial incontornável, para que o filho possa intentar a ação de petição de herança. Nesse sentido, cumpre ressaltar que o filho não se manteve inerte, pelo contrário,

---

<sup>277</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito das sucessões. vol. 06. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 476-477.

<sup>278</sup> OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *A nova lei de investigação de paternidade*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. p. 171-172.

<sup>279</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral de direito civil*. vol. 01. 22. ed. rev. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 698.

ingressou com ação visando ao reconhecimento do vínculo de filiação, pressuposto para ter reconhecido seu direito sucessório.

Assim, uma vez intentada a ação de investigação de paternidade, o mais correto seria o impedimento da contagem do prazo prescricional da ação de petição de herança até que a primeira ação seja julgada. Reforça-se, mais uma vez que o reconhecimento do vínculo de filiação é uma premissa necessária para que a ação de petição de herança se torne viável.

Nesse sentido, Orlando Gomes explica: “A ação de estado é premissa da petição de herança, quando o título de herdeiro depende da prova de parentesco, como acontece em relação ao filho ilegítimo não reconhecido”<sup>280</sup>.

Entretanto, para evitar tais discussões, o ideal é que ambas as ações sejam cumuladas.

No que tange à contagem do prazo prescricional, o entendimento majoritário, tanto doutrinário como jurisprudencial, é o de que o início da contagem do prazo se dá a partir da abertura da sucessão<sup>281</sup>, fato gerador do direito sucessório<sup>282</sup>.

Christiano de Faria explica:

“Em razão do princípio da transmissão imediata (art. 1.784, CC), aberta a sucessão, com a morte do titular, transfere-se o patrimônio de logo, *ipso iure*, para os seus herdeiros, independente de qualquer manifestação volitiva deles, formando um condomínio que somente será dissolvido com o trânsito em julgado da partilha. É a chamada devolução hereditária”<sup>283</sup>.

Para se confirmar o marco inicial da contagem do prazo prescricional, importante enfatizar entendimento de Giselda Hironaka, que esclarece que no momento exato da morte, o patrimônio do *de cuius* se transmite a seus herdeiros:

Nenhum ato do herdeiro se faz necessário para que a herança lhe seja deferida no momento exato em que se abre a sucessão. Morto o autor da herança, esta se transfere de pleno direito e imediatamente aos herdeiros legais ou instituídos, ainda que estes não tenham sequer tomado conhecimento da morte ocorrida e mesmo que não venham a saber dela por sobrevir-lhes morte posterior.

---

<sup>280</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev. atual. aum. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 261.

<sup>281</sup> “O prazo prescricional da ação de petição de herança flui a partir da abertura da sucessão do pretendido pai, eis que é ela o fato gerador.” (Superior Tribunal de Justiça. REsp. 17.556/MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, DJU 17.12.1992, p. 24.242).

<sup>282</sup> FARIA, Cristiano Chaves de. Incidentes à transmissão da herança: aceitação, renúncia, cessão de direitos hereditários e petição de herança. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 41-82. p. 76.

<sup>283</sup> FARIA, Cristiano Chaves de. Incidentes à transmissão da herança: aceitação, renúncia, cessão de direitos hereditários e petição de herança. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 41-82. p. 39.



Vale dizer que, via de regra, o herdeiro preterido já está nascido quando ocorre a abertura da sucessão. Deste modo, realmente o fato gerador ocorre com o falecimento e conseqüente abertura da sucessão, momento em que os herdeiros se tornam sucessores de forma automática e tem início a contagem do prazo prescricional.

No entanto, com o avanço da ciência e a possibilidade de reprodução humana assistida *post mortem*, cria-se uma dúvida, porquanto o filho póstumo ainda não está nascido. Deste modo, como correrá o prazo prescricional com relação a este filho, que sequer existia quando houve a abertura da sucessão?

Poderia haver a contagem do prazo prescricional de maneira diferenciada com relação a esse filho, ou seja, o prazo se iniciaria com seu nascimento (havendo uma causa impeditiva até que o herdeiro atingisse a capacidade relativa)?

Importante mencionar que, de acordo com Caio Mário da Silva Pereira, a contagem dos prazos prescricionais se inicia quando o interessado pode, sem embargo, manifestar a pretensão em juízo<sup>284</sup>.

Vale lembrar que, como esse filho ainda não existia no momento da abertura da sucessão, não há como se falar em pretensão. Na realidade, até antes de nascer, não há que se dizer que este herdeiro foi preterido na divisão dos bens hereditários.

Desta forma, somente quando há o nascimento com vida e verificação de que este herdeiro não consta como sucessor no inventário é que se pode falar em lesão ao direito. Esse é um ponto conflituoso, que poderá trazer ainda mais dúvidas para a reprodução assistida *post mortem*. Ademais, se esta tese for adotada, a definição da situação poderá se prolongar ainda mais, já que o sêmen e embrião congelado pode ser criopreservados por anos<sup>285</sup>.

Contudo a problemática não se restringe a esses pontos controvertidos. Outra questão muito tormentosa refere-se ao fato da impossibilidade do início da contagem do prazo contra incapaz, conforme dispõe o art. 198 do Código Civil.

---

<sup>284</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral de direito civil*. vol. 01. 22 ed. rev. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 694.

<sup>285</sup> “Menina nasce nos EUA por meio de sêmen congelado por 22 anos”. Médicos dos EUA anunciaram o nascimento de uma menina concebida por meio de sêmen congelado havia 22 anos. O pai do bebê, Chris Biblis, 39, teve leucemia na adolescência e, antes de iniciar o tratamento de radioterapia que o tornaria infértil, a família decidiu congelar seu esperma. In.: COLLUCCI, Cláudia. *Menina nasce nos EUA por meio de sêmen congelado por 22 anos*. Folha de São Paulo: Folha online. São Paulo: [s.n.], 15 abr. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u550803.shtml>>. Acesso em: 11 jun. 2009.

Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim ensinam que a contagem do prazo da ação de petição de herança inicia-se da data da abertura da sucessão, salvo se o herdeiro é menor impúbere, havendo que se aguardar o atingimento de sua capacidade relativa<sup>286</sup>.

Este também é o entendimento de Cristiano Farias: “É oportuna, todavia, a lembrança de que contra os absolutamente incapazes não corre qualquer prazo prescricional, consoante dispositivo do art. 198, I, do Codex”<sup>287</sup>.

Deste modo, entende-se que não corre prescrição contra os incapazes, desde que sejam de forma absoluta, isto é, haja total falta de discernimento. Assim, quando atingirem 16 (dezesesseis) anos, ou seja, obtiverem a capacidade relativa, dá-se início à contagem do prazo prescricional de dez anos.

Nestes casos, há um fato obstativo para o início da contagem do prazo, qual seja, a incapacidade absoluta do herdeiro. Assim, diante desse impedimento, não se inicia a contagem da prescrição.

O problema é que, diante disso, o litígio pode demorar mais de vinte seis anos para que haja definição da situação, se se considerar o período entre a morte do genitor, a implantação do sêmen ou embrião no útero materno até o término do prazo prescricional da ação de petição de herança.

Esta problemática será analisada no item 4.2.

## 4.2 Realização da partilha na prática

De acordo com Heloisa Helena Barboza, a aplicação das regras da petição de herança no que tange aos direitos patrimoniais, preservando-se os direitos existenciais, se não é a solução ideal, pelo menos atende à orientação constitucional. Isso porque preserva, independentemente de prazo, o direito pessoal ao estado de filho e, por conseguinte, ao nome e ao parentesco pela linha paterna.

---

<sup>286</sup> AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. *Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática*. 19. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005. p. 324.

<sup>287</sup> FARIA, Cristiano Chaves de. Incidentes à transmissão da herança: aceitação, renúncia, cessão de direitos hereditários e petição de herança. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 41-82. p. 76.

Deste modo, mesmo que nada receba do pai, terá direito à herança por direito de representação, bem como a herdar de outros parentes”<sup>288</sup>.

A ação de petição de herança parece ser a via mais comum e adequada para a busca desses direitos sucessórios, embora na prática, possa causar alguns transtornos.

Pela análise anterior, verifica-se que, na realidade, o prazo para definição da situação pode estender-se por décadas após o falecimento do genitor.

Isso porque a contagem do prazo prescricional não corre contra menores de 16 (dezesseis) anos. Assim, somente quando o menor se tornar relativamente capaz, iniciará o prazo de 10 (dez) anos, nos quais haverá a contagem do prazo prescricional da referida ação.

Isso sem mencionar que o material congelado (sêmen ou embrião excedentário) do marido pode ficar armazenado nas clínicas de reprodução por muitos anos ou décadas, após a abertura da sucessão, o que dificulta ainda mais a definição da situação.

Acrescenta-se, ainda, o tempo decorrente do trâmite judicial, incluindo a longa fase de recursos processuais.

Somado a isso, ressalta-se que atualmente não há limites para o número de sucessivas gestações, o que iniciaria o dilema novamente e a situação restaria indefinida.

Portanto o que se observa é que este cenário poderá estender-se por muitos anos após o óbito do autor da herança, criando uma precariedade na divisão dos bens.

Eduardo Oliveira Leite questiona como conciliar as ideias de determinação de cotas legitimárias e limitação da situação condominial infinita com as hipóteses previstas nos incisos III, IV e V, do artigo 1.597. O autor afirma:

As três hipóteses, perfeitamente factíveis no mundo da bioética, encontram aqui óbice praticamente intransponível, mesmo porque o novo texto codificado procura evitar, ou minorar, de todas as formas, a situação de indefinição do partilhamento da legítima, quer no caso do artigo 1.798, que no do artigo 1.800<sup>289</sup>.

---

<sup>288</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 320-327. p. 326-327.

<sup>289</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. Bioética e presunção de paternidade. Considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil. In.: \_\_\_\_\_ (Org.). *Grandes temas da atualidade*. Bioética e biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17-40. p. 26.

As dificuldades de ordem prática são inúmeras, já que por um lado não se pode desrespeitar a regra constitucional de igualdade entre filhos; mas por outro lado é necessário que haja uma certa segurança jurídica nas relações sociais.

Ademais, de um lado há o direito ao planejamento familiar, mas de outro há o direito da criança à biparentalidade; questões essas que não puderam ser discutidas nesse trabalho por necessitarem de uma pesquisa mais aprofundada.

Guilherme Calmon defende que, no estágio atual do direito brasileiro, não há como se admitir a legitimidade do acesso da viúva ou da ex-companheira (por morte do ex-companheiro) à técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*<sup>290</sup>:

No sistema jurídico brasileiro é vedada a possibilidade da reprodução assistida *post mortem*, diante dos princípios da dignidade da (futura) pessoa humana, da igualdade dos filhos em direitos e deveres e, principalmente, do melhor interesse da criança (arts. 226, § 7º, e 227, caput e § 5º, ambos da Constituição Federal)<sup>291</sup>.

O autor parte da premissa da inconstitucionalidade do emprego das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, em razão da violação aos princípios da Constituição Federal e da efetivação dos direitos humanos e fundamentais também no âmbito das relações privadas. Guilherme Calmon ressalta, ainda, que, mesmo quando haja autorização do *de cuius* para a formação de nova pessoa humana, haverá afronta ao princípio da igualdade material entre os filhos, “principalmente sob o prisma das situações jurídicas existenciais”<sup>292</sup>.

Os problemas decorrentes da reprodução medicamente assistida, quando aplicados à realidade, ainda não foram discutidos a fundo pelos doutrinadores em razão do tema ser recente.

Vale dizer, também, que o Judiciário ainda não teve a necessidade de se manifestar em relação aos direitos hereditários, tendo em vista que os nascimentos de filhos póstumos estão ocorrendo no momento presente. Entretanto, em alguns anos a jurisprudência terá de tomar um posicionamento com relação aos direitos sucessórios desses filhos.

---

<sup>290</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*. O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1000.

<sup>291</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 190-239. p. 217.

<sup>292</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 190-239. p. 218.

Não se pode esquecer ensinamento de Maria Celina Bodin que leciona que são os valores constitucionais que irão determinar as escolhas legislativas e interpretativas no que se refere à regulamentação do caso concreto<sup>293</sup>.

Caso se observe que será impossível realizar essa divisão dos bens da herança na prática, é melhor que a questão da reprodução *post mortem* seja revista e, quem sabe, vedada.

No entanto o que não pode ocorrer é a desproteção do filho por razões meramente práticas. Se são herdeiros necessários e têm o direito à sucessão, seus direitos devem ser assegurados.

Em resumo, a solução interpretativa do caso concreto só se legitima se compatível com a legalidade constitucional<sup>294</sup>.

#### 4.2.1 Caso concreto ocorrido no Poder Judiciário do Estado de São Paulo

O caso verídico a seguir é uma decisão paulista pioneira sobre o tema da reprodução medicamente assistida *post mortem*, que demonstra a realidade desses avanços e as dúvidas e repercussões desse processo.

Um casal tentou constituir prole naturalmente durante quase 12 (doze) anos, mas, diante das dificuldades, procurou ajuda médica em abril de 2006 e passou a realizar, numa clínica de reprodução humana assistida, tratamento para esse fim, obedecendo as regras constantes na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92<sup>295</sup>.

Neste tratamento foram realizados dois ciclos de coito programado, dois ciclos de inseminação artificial e ciclos de fertilização *in vitro*, com criopreservação do sêmen do marido, para o fim específico de obtenção de gravidez.

---

<sup>293</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *A caminho de um direito civil constitucional*. In.: *Revista Estado, Direito e Sociedade*. v. I, Rio de Janeiro: [s.n.], 1991. In.: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca4.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2009.

<sup>294</sup> TEPEDINO, Gustavo José Mendes. O novo e o velho direito civil. Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 05, v. 20. In.: *Temas de direito civil*, t. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 401.

<sup>295</sup> Decisão obtida na 22ª Vara Cível do Foro Central Civil João Mendes Júnior, no Estado de São Paulo, mantida sob sigilo a pedido da autora da ação. Íntegra da sentença em anexo.

O sêmen do marido foi então congelado enquanto se aguardava a captação dos óvulos, para que fosse realizada a fertilização *in vitro*. Ocorre que nesse ínterim, no ano de 2007, o marido veio a falecer num acidente.

A esposa, então, desejando continuar o projeto parental, decidiu utilizar o sêmen congelado do *de cuius*. Como não havia autorização expressa do marido sobre tal hipótese, ela ingressou com um pedido, buscando a autorização judicial para a continuidade do referido tratamento, com a utilização do líquido seminal do falecido, sob o argumento de que a intenção do casal era a formação de família.

Tendo em vista a relevância para o tema em estudo, cumpre transcrever partes da sentença proferida. A juíza, ao analisar o caso, faz as seguintes ponderações:

A questão é estranha à legislação em vigor, o que, por si, não desincumbe o Juiz de solucioná-la, pois nestes casos, deverá a decisão valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil). No caso, verifica-se que a autora e seu marido tinham por objetivo comum a formação de família, que somente não se concretizou por dificuldades na concepção por meios naturais. (...)

Mesmo sem estar concebido de fato, este filho já estava concebido de alma pelo casal, pois, de certa forma, conviviam diariamente com a expectativa de sua concepção. A reprodução assistida se deu por consentimento livre e esclarecido do casal e está formalizada por instrumento particular. A intenção de Y sempre foi a de se tornar pai, tanto que se submeteu à coleta de seu sêmen, para fins de engravidar sua mulher. (...)

Seu sêmen tinha destinatária certa com fins definidos. Por certo, com a morte do doador ou depositante, os gametas devem ser descartados a menos que haja autorização dos respectivos fornecedores, para autorização 'post mortem'. No caso, Y morreu prematuramente de forma abrupta, sem que tivesse, ao menos, tempo para autorizar o uso de seu sêmen na reprodução assistida que X se submetia. (...)

Com a continuidade à reprodução assistida estará se respeitando a dignidade da pessoa humana. Se eventualmente X obtiver êxito em seu tratamento e engravidar, a vontade do casal será respeitada, nos termos do preceito constitucional de se ter, como base da sociedade, a família, assegurado o planejamento familiar como livre decisão do casal (art. 226, § 7º, da Constituição Federal) (...)

É evidente o reconhecimento do vínculo familiar, relativamente à eventual êxito em concepção de X. Aliás, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, em seu art. 26, parágrafo único, garante o reconhecimento do filho após o falecimento do pai. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prescreve que o direito à filiação é indisponível e imprescritível. A criança tem o direito de conhecer seus pais, o que não ocorre com relação à criança nascida por meio da inseminação póstuma, muito embora ela saiba que foi desejada e venha a integrar uma família. Entretanto esta situação não será solucionada pela legislação. Poderia, no caso, X estar grávida de Y quando ele sofreu o acidente e, do mesmo modo, o filho do casal também não conheceria o pai. Entendo que a viúva tem o direito de tentar gerar um filho de seu falecido marido, quando este era manifestamente o desejo do casal, interrompido por uma morte precoce. Estas questões se deparam com a Ética e o Direito. Inaceitável é o descompasso entre o Direito e a Ciência, pois a tecnologia avança a passos largos, não podendo o Direito acompanhá-la e muito menos atravancá-la. (...)

Assim, inegável que a inseminação póstuma necessita de regras disciplinadoras temporais, éticas e protetivas, sem abandono do direito do pretense pai de expressar sua vontade quanto a uma possível paternidade póstuma, respeitando a vontade da mãe e o objetivo do casal. Isto posto, defiro o alvará pretendido, para autorizar a autora, X, a utilizar no tratamento de reprodução

assistida, o sêmen criopreservado de Y, seu falecido marido, armazenado na Clínica W, pelo prazo de um ano a contar da retirada deste alvará.

Não obstante a respeitável e relevante decisão sobre esta matéria inovadora, pioneira e controversa, em que não há muitos estudos aprofundados, nem jurisprudência sobre o tema, cumpre aqui fazer algumas ponderações sobre a sentença, principalmente de ordem prática.

O primeiro ponto a ser ressaltado é que a Magistrada impôs um prazo de um ano para que fosse utilizado o material reprodutivo congelado. No ordenamento jurídico não há prazo estabelecido, mas referido lapso temporal, imposto na sentença, impede que haja uma espera eterna na geração do filho, evitando uma maior insegurança jurídica das relações sociais. Acrescenta-se que, neste caso, conforme a própria juíza ressalta, o que vai haver uma continuidade do tratamento de fertilidade, que já se havia iniciado antes da morte do marido. Assim, parece razoável a imposição de um termo.

No entanto seria melhor que a fixação do prazo para implantação do material reprodutivo, após a morte do parceiro, fosse padronizada pelo legislador, para que não houvesse casos concretos similares, decididos de forma díspares.

Outro ponto a ser discutido refere-se à autorização do falecido para a reprodução assistida *post mortem*. Conforme a própria juíza observa, o melhor seria que o próprio marido que “morreu prematuramente de forma abrupta”, tivesse deixado declaração a respeito do que fazer com seu material congelado em casos de sua morte. Isso evitaria dúvidas quanto ao desejo de paternidade *post mortem*. Conforme discutido no item 2.2 da presente pesquisa, não há como presumir que alguém queira ser pai depois de morto, mesmo que, ao falecer, esteja realizando procedimento de reprodução assistida.

Ainda referente à ausência de autorização do falecido marido, cita-se um ponto complicador que seria a possibilidade de eventual oposição familiar, como no caso dos pais do falecido, que se tornarão avós. Com o nascimento do neto, haverá todas as consequências decorrentes das relações de parentesco, como direito a alimentos, direitos sucessórios com relação aos avós, direito ao nome e eventual disputa pela guarda. É de se questionar se deveria ser levada em conta uma possível oposição familiar em caso de ausência de manifestação expressa do *de cuius* a respeito da reprodução assistida *post mortem*. Ainda não há resposta apropriada sobre o tema.

Deste modo, percebe-se a importância do termo de consentimento informado, que deverá sempre ser assinado antes de se iniciarem os procedimentos médicos, tendo como disposições as providências a serem tomadas em caso de doenças, morte e até separação do casal. Isso evita muitas complicações posteriores e disputas judiciais<sup>296</sup>.

Um terceiro aspecto da sentença a ser comentado é a ponderação a respeito da importância da figura paterna. A sentença aborda o direito imprescritível e indisponível à filiação, bem como o direito da criança conhecer seus pais, o que não ocorrerá na inseminação póstuma, embora o filho tenha sido desejado. Neste aspecto, a decisão faz uma comparação de que a mulher poderia já estar grávida quando ocorresse o falecimento do pai<sup>297</sup>.

No entanto, sem adentrar na discussão acerca da razoabilidade ou não da reprodução *post mortem*, tendo em vista a certeza da ausência paterna na vida da criança, é imprescindível diferenciar alguém que se torne gestante viúva por força de uma fatalidade, de outra mulher que deseja ter o filho de maneira programada, mesmo após a morte do genitor.

Assim como a opção de muitas mulheres de se tornarem mães solteiras de forma natural, as razões que levam a essa escolha na reprodução *post mortem*, podem ter um fundo emocional, bem como estarem ligadas à continuação do projeto parental, iniciado em vida pelo casal, ou até o desejo de substituir a figura do falecido marido. Entretanto tais questões não serão discutidas na presente pesquisa, já que necessitariam de um estudo interdisciplinar, envolvendo temas do Direito, da Psicologia, da Sociologia, da Ética, entre outras áreas.

Dando continuidade à análise da sentença em questão, não se pode esquecer da ênfase feita à importância do respeito aos princípios constitucionais,

---

<sup>296</sup> Já existem algumas disputas judiciais referentes à destinação do embrião congelado após a separação do casal. O caso mais famoso é conhecido como “Caso Evans”: “Uma mulher britânica que ficou infértil depois de um tratamento de câncer de ovário não tem o direito de usar embriões congelados para gerar um bebê sem a permissão do homem doador do esperma, decidiu a Corte Européia de Direitos Humanos”. BEM PARANÁ. Disponível em: <<http://www.bemparana.com.br/index.php?n=24903&t=mulher-nao-pode-usar-embriao-congelado>>. Acesso em: 21 mai. 2009.

<sup>297</sup> “A criança tem o direito de conhecer seus pais, o que não ocorre com relação à criança nascida por meio da inseminação póstuma, muito embora ela saiba que foi desejada e venha a integrar uma família. Entretanto esta situação não será solucionada pela legislação. Poderia, no caso, X estar grávida de Y quando ele sofreu o acidente e, do mesmo modo, o filho do casal também não conheceria o pai”. Trecho de decisão obtida na 22ª Vara Cível do Fórum Central Civil João Mendes Júnior, no Estado de São Paulo, mantida sob sigilo a pedido da autora da ação. Íntegra da sentença em anexo.



principalmente diante das evoluções tecnológicas, de forma que o Direito esteja sempre em compasso com a Ciência.

Nesse sentido, todas as decisões judiciais devem estar amparadas pelo manto constitucional, havendo a ponderação de valores em jogo. Assim, é permitido ao intérprete, utilizar-se das cláusulas gerais, para “amoldar as previsões normativas às peculiaridades do caso concreto” e também dos “princípios constitucionais, dotados de força normativa”<sup>298</sup>.

Ressaltou-se também, na decisão, a necessidade da existência de “regras disciplinadoras, temporais, éticas e protetivas” referentes à inseminação póstuma. Tais normas são importantes para impor parâmetros e limites de atuação, proibindo certas condutas, e regulamentando outras, de forma que haja um equilíbrio entre o avanço da ciência e o respeito à dignidade humana. Percebe-se, dessa forma, a urgência da aprovação de leis, ou até mesmo um estatuto específico a respeito do tema da reprodução medicamente assistida.

Por fim, serão agora analisadas as questões sucessórias, referentes ao caso concreto, caso a viúva obtenha sucesso no procedimento de inseminação artificial ou fertilização *in vitro*.

No presente caso narrado, o falecido cônjuge era um empresário bem sucedido e não havia deixado filhos, somente ascendentes. Assim, conforme preconiza o artigo 1.829, II, do Código Civil, a herança deveria ser dividida entre seus pais e a esposa.

Deste modo, caso a implantação do material reprodutivo congelado do falecido marido, e autor da herança, ocorra com sucesso no útero materno, vindo a gerar uma prole, muitas repercussões jurídicas irão ocorrer.

Cumprir destacar que a primeira questão controvertida será se este herdeiro terá direito aos bens deixados pelo falecido genitor. Conforme verificado no decorrer do trabalho, a doutrina ainda é muito dividida no que tange aos direitos hereditários do filho concebido *post mortem*.

Um ponto complicador é o fato de que quando houve o falecimento do genitor, sequer havia embrião, mas somente sêmen congelado, ou seja, a criança ainda não havia sido concebida.

---

<sup>298</sup> TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 319.

É preciso lembrar que parte da doutrina, como Eduardo Oliveira Leite<sup>299</sup> faz a diferenciação entre sêmen e embrião congelado para possibilitar a legitimação sucessória.

Entretanto, não obstante as divergências doutrinárias, e respeitando os princípios constitucionais, o entendimento mais apropriado deve ser o de que, se a criança vier a nascer, não deverá haver diferença se ela decorreu de sêmen ou embrião congelado. O essencial é que seja filha biológica do falecido genitor, tendo, assim, seus direitos sucessórios assegurados.

Ocorre que, no caso acima relatado, se houver o nascimento do filho após a abertura da sucessão, a partilha dos bens do *de cuius* que, inicialmente, deveria ser feita entre os pais e a esposa do falecido, deverá ser substancialmente alterada. Isso porque uma vez que haja descendentes entre os herdeiros; os ascendentes, que estão em segundo lugar na ordem de vocação hereditária, deixam de herdar, tendo em vista a prioridade dos filhos, nos termos do artigo 1.829, I do Código Civil.

Assim, no quadro da legitimação sucessória, deverá deixar de constar os ascendentes, para constar o descendente, que herdará em concorrência com o cônjuge sobrevivente, de acordo com o regime de bens pactuado entre o casal.

Diante disso, é de se questionar como será feita, na prática, esta alteração na ordem de vocação hereditária.

Importante salientar que o quadro inicial de herdeiros é composto somente por pessoas maiores e capazes, ou seja, os pais do *de cuius* e sua esposa. Assim, é possível que o inventário seja realizado por meio de escritura pública no cartório, o que agilizará o trâmite, e os bens seriam partilhados mais rapidamente. Uma vez que fosse finalizada a partilha, os herdeiros poderiam usufruir dos bens recebidos da maneira que melhor lhes aprouvessem, inclusive vendendo-os para terceiros.

Conforme estudado no item 4.1, pela teoria da aparência, o negócio jurídico celebrado com terceiros de boa-fé é plenamente válido e eficaz. Neste caso, restaria ao novo herdeiro, por meio da ação de petição de herança, pleitear seu quinhão hereditário e, caso os bens originais não mais estivessem em poder do herdeiro aparente, requerer o ressarcimento pelo valor correspondente.

A exemplificação desse caso real denota os conflitos e os desafios que a reprodução humana assistida *post mortem* irá acarretar na partilha dos bens.

---

<sup>299</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões*. Artigos 1.784 a 2.027. vol. xxi. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 110.

Importante salientar que neste caso concreto analisado, por não existir o consentimento expresso do falecido marido, foi necessária autorização judicial para utilização de seu material reprodutivo após sua morte. Assim, com o deferimento do alvará para continuação do tratamento iniciado ainda em vida, impôs-se o prazo de um ano para utilização do sêmen criopreservado.

No entanto, vale dizer que, na prática, não haverá necessidade de ingressar no Judiciário para a realização do procedimento, tendo em vista que o ordenamento jurídico permitiu a reprodução humana assistida *post mortem*.

Nesse sentido, uma vez que haja autorização expressa do *de cujus* para implantação do material reprodutivo após sua morte, a própria clínica de reprodução medicamente assistida poderá realizar o procedimento, respeitando a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, até que haja legislação específica em vigor.

Ressalta-se que, não havendo na lei prazo estipulado para a implantação do material criopreservado e conseqüente gravidez, o filho e novo herdeiro poderá nascer muitos anos após a abertura da sucessão. Isso porque, conforme dito anteriormente, os embriões podem ficar congelados por muitos anos, até que sejam implantados no útero, possibilitando a gestação.

Além desta problemática, não se pode esquecer que é comum, na fertilização *in vitro*, o nascimento de gêmeos, uma vez que são implantados até 04 (quatro) embriões no útero da mulher de uma só vez, para que as chances de gravidez se multipliquem.

Ademais, nada na lei impede que a viúva implante o sêmen ou os embriões de forma sucessiva, havendo o nascimento de mais de uma criança em períodos diferentes, gerando uma grande instabilidade no campo sucessório.

Por isso, vale dizer, mais uma vez, a extrema importância da imposição de um prazo não muito extenso para implantação no útero do material congelado, assim como foi feito na sentença analisada, para que diminua, na medida do possível, a precariedade da situação, acarretando, deste modo, maior segurança jurídica.

Deste forma, diante deste novo cenário, é preciso que se ache um ponto de equilíbrio entre os interesses, para que haja compatibilização entre o direito da viúva em dar continuidade ao planejamento familiar iniciado enquanto o *de cujus* ainda

estava vivo; o direito do filho nascido após a morte do pai, bem como o direito dos demais herdeiros.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho, longe de ter abordado todos os temas polêmicos, buscou somente levantar os principais problemas decorrentes da inovação trazida pelo ordenamento jurídico, no que tange à reprodução humana assistida homóloga *post mortem*, particularmente quanto aos direitos sucessórios.

O legislador trouxe uma grande novidade ao abordar as questões de reprodução humana assistida, que são uma realidade em todo o mundo. No entanto não se atentou para os diversos e complexos efeitos daí decorrentes, tanto na ordem jurídica como no âmbito das relações familiares.

A disposição sobre o tema da procriação assistida em somente três incisos de um único artigo do Código Civil se mostra totalmente insuficiente, gerando muita insegurança quanto ao modo de realização de tais técnicas, bem como aos limites a serem impostos.

Por isso, cumpre ressaltar a existência de lacunas e incongruências de tais disposições, que merecem urgente regulamentação, já que as técnicas de reprodução vêm sendo utilizadas e estão gerando consequências jurídicas que ainda não têm resposta apropriada.

Vale dizer que cada ponto polêmico merece um estudo aprofundado, como a legitimação ou não da reprodução assistida *post mortem*, tendo em vista o direito da criança à biparentalidade; a necessidade de estar na condição de viúva para fazer uso de referidos procedimentos; a possibilidade de utilização das técnicas de reprodução assistida também pelo viúvo, por meio de um útero de substituição, evitando a discriminação entre homens e mulheres; a admissibilidade dos companheiros também fazerem uso das técnicas, tendo em vista a igualdade entre entidades familiares; além da necessidade de muitos debates éticos entre pesquisadores, juristas e a sociedade.

Nesse estudo, buscou-se demonstrar a diferenciação entre sêmen e embrião congelado, já que neste último já houve a fecundação, havendo uma vida em potencial, que merece proteção específica.

No que tange ao direito sucessório dos filhos, nascidos após a abertura da sucessão do genitor, são inúmeras as dúvidas de como proceder para que haja

justiça no caso concreto. Um ponto a ser destacado é que a doutrina é dividida quanto ao direito à sucessão hereditária.

Muitos autores fazem a diferenciação entre sêmen e embrião congelado para a verificação dos direitos hereditários. Por essa corrente, se o filho for concebido após a abertura da sucessão, não herdará, mas caso decorra de embrião excedentário, portanto já concebido no momento da abertura da sucessão, terá direito à herança.

No entanto, conforme a Constituição Federal dispõe no artigo 227, § 6º, e o Código Civil no artigo 1.596, a criança gerada tem os mesmos direitos que os seus irmãos, não podendo sofrer quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

A norma constitucional não admite qualquer exceção, não se podendo restringir direitos por interpretação extensiva. Desta maneira, uma vez que se mantenha a possibilidade da reprodução assistida *post mortem*, todos os direitos da criança devem ser assegurados, inclusive o direito fundamental à herança.

No âmbito do ordenamento civil, o artigo 1.597, inciso III, foi claro ao dispor que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. Deste modo, fazem jus à herança, assim como os demais descendentes

Vale dizer que o ordenamento jurídico deve ser visto de forma unitária, de modo que as regras de direito de família devem ser analisadas em conjunto com as normas sucessórias, e ambas devem estar em congruência com a Constituição Federal.

Assim, ao filho nascido por meio das técnicas de reprodução assistida, mesmo após a morte do genitor, serão assegurados todos os efeitos decorrentes do parentesco e dos direitos sucessórios.

Outro ponto abordado refere-se à necessidade de autorização expressa do *de cujus*, para que haja implantação de seu material reprodutivo ou embrião excedentário no útero de sua esposa. Apesar de o ordenamento jurídico ser omissivo nesse sentido, mencionando a prévia autorização do marido somente nos casos de inseminação artificial heteróloga, conforme dispõe o inciso V do artigo 1.597 do Código Civil, não há como presumir que o genitor queira ter um filho mesmo depois de sua morte.

Desta forma, é de extrema importância que as clínicas de fertilização, ao colherem a declaração dos interessados, questionem sobre o destino do material congelado em casos de divórcio, falecimento, doenças graves, para evitar futuros litígios. Ademais, o consentimento para a reprodução *post mortem* também tira qualquer dúvida quanto à vontade do genitor em dar continuidade ao projeto parental, deixando novos descendentes após sua morte. Deste modo, ficam ainda mais explícitos todos os direitos do novo filho ao nascer com vida, inclusive o direito à herança.

Há também a problemática quanto a um eventual prazo para implantação *post mortem* do material reprodutivo ou embrião congelado, já que, diante dos avanços tecnológicos, é possível o nascimento de filhos muitos anos após o falecimento do genitor.

Com o intuito de não se prolongar ainda mais esta indefinição, é imprescindível a fixação, pelo legislador, de um prazo para utilização desse material genético preservado. Convém acrescentar também que pela alegação de continuidade do projeto parental, não é coerente que, somente após muitos anos da morte do cônjuge, haja o interesse em gerar um filho em comum.

Assim, como sugestão de *lege ferenda*, o Brasil poderia adotar o prazo entre 6 (seis) meses e 2 (dois) anos, contados da abertura da sucessão, assim como na Bélgica, para que fosse feita a implantação do material reprodutivo ou embrião congelado no ventre materno, visando à geração de um filho póstumo. Vale dizer que o período inicial de 6 (seis) meses serviria para reflexão, evitando, na medida do possível, decisões precipitadas decorrentes da dor da perda de um ente querido.

Dando continuidade aos pontos abordados, depois de se ter concluído que os descendentes, nascidos após a morte do genitor, devem ter seus direitos hereditários garantidos, sejam eles formados a partir de sêmen congelado ou embrião excedentário, outro tema analisado foram os meios judiciais de proteção desses direitos sucessórios.

Observou-se que o herdeiro pode participar da herança por meio da sucessão testamentária, através da prole eventual ou da substituição fideicomissária, caso essa seja a vontade do *de cuius*; e-ou por meio da sucessão legítima, através da ação de petição de herança.

Nos casos da sucessão testamentária, não se deve fazer aplicação puramente literal dos dispositivos do Código Civil, pois o importante é verificar o real

intuito do legislador. Assim, não deve ser feita diferenciação entre sêmen e embrião congelado. Se o filho do *de cuius* nascer, fará jus à sucessão testamentária, se assim foi o desejo do genitor, e foram respeitados os prazos estipulados pelo ordenamento.

No entanto, mesmo que não haja disposição testamentária, deixando bens ao filho póstumo, os direitos desse novo filho serão garantidos por meio da ação de petição de herança.

Vale lembrar que a sucessão testamentária provém de uma mera liberalidade do testador, enquanto que a sucessão legítima é um direito garantido do herdeiro. Ademais, pode ser que o genitor não soubesse que iria gerar um filho após sua morte, o que o impossibilitou de dispor em testamento sobre este fato. Assim, a sucessão legítima é outra forma de garantir os direitos hereditários ao filho nascido após a morte do pai.

Deste modo, o filho nascido após a abertura da sucessão poderá ingressar nos autos do inventário em andamento, requerendo a reserva de bens, até que comprove seu parentesco.

Caso já tenha ocorrido a partilha dos bens, poderá ingressar com ação de petição de herança, que poderá ser cumulada com a ação investigatória de paternidade. Uma vez comprovado o vínculo entre o *de cuius* e o filho, o autor da ação terá direito a reivindicar seu quinhão hereditário, já que a realização da partilha dos bens ocorreu sem sua participação.

Um dos problemas práticos decorre da possível dificuldade de redistribuição dos bens após a partilha já ter sido realizada entre os herdeiros existentes. Isso porque pode ter havido a venda de alguns bens a terceiros de boa-fé, tornando o negócio jurídico plenamente válido e eficaz. Ademais, há ainda o fato de que, por vezes, o nascimento de um filho pode acarretar completa mudança na ordem de vocação hereditária.

Acrescenta-se, ainda, que a situação pode se prolongar por muito tempo, já que não corre prescrição contra absolutamente incapazes, e o prazo da ação de petição de herança é de 10 (dez) anos. Além disso, o material congelado pode durar décadas nas clínicas de reprodução antes de ser implantado no útero para dar início à gestação.



Nesse contexto, como compatibilizar os direitos do filho, concebido após a morte de seu genitor, com o direito dos demais herdeiros e a necessidade de definição da situação, visando à segurança jurídica?

Essa é uma questão ainda muito tormentosa, que coloca em xeque os benefícios da reprodução medicamente assistida *post mortem*. Por um lado, há o direito à procriação, e por outro, o direito da criança que deve ser sempre protegido.

Diante do arrolamento das dificuldades trazidas pela utilização do material criopreservado do cônjuge, é de se questionar se tais técnicas deveriam ser utilizadas. Mesmo porque a criança já nasceria sem a figura paterna, o que para muitos já seria motivo suficiente para não ser utilizada a técnica de reprodução assistida *post mortem*.

Desta maneira, o ideal é que não haja incentivo à técnica de procriação *post mortem*, para que seja utilizada somente em casos excepcionais, após um estudo interdisciplinar e mediante autorização judicial. Assim, não há como haver uma solução apriorística, mas sim que se faça um juízo de ponderação na análise do caso concreto, observada a motivação da viúva e os interesses em jogo.

Nesse sentido, é preciso que haja imposição de certos limites aos avanços tecnológicos para que sejam realizados somente após debates e estudos éticos, sempre respeitando os valores constitucionais.

Em razão da complexidade da matéria, principalmente em decorrência dos riscos da interferência humana no processo reprodutivo, já que a utilização das técnicas de reprodução assistida envolve novos seres humanos, verifica-se a necessidade de criação de uma legislação específica.

Esse estatuto deve conter todos os aspectos, tanto de regulamentação; de controle como de imposição de sanções em caso de desrespeito, em busca da proteção do interesse do menor, bem como com o objetivo de manter a estabilidade nas relações sociais.

No entanto, diante das constantes inquietações éticas decorrentes da biotecnologia, enquanto não há tratamento específico, haverá a necessidade de ponderação de interesses e princípios, com o intuito de proteção da dignidade do ser humano. Os princípios e valores constitucionais devem ter funções de interpretação, integração e construção das demais normas, visando sempre à função promocional do direito.

Nesse sentido, os juízes, mediante uma conduta vigilante e crítica, devem ser os guardiões dos direitos fundamentais e co-partícipes do processo de criação, interpretando a dogmática civilista a partir da ótica constitucional, sempre respeitando as cláusulas gerais para busca de realização do direito na sua concretude.

Desta forma, embora ainda não haja respostas jurídicas adequadas para todas as questões envolvendo a medicina reprodutiva, observa-se que deve haver a primazia dos valores constitucionais sobre qualquer outra norma.

Esse trabalho buscou discorrer sobre a reprodução medicamente assistida *post mortem*, abordando as consequências sucessórias para o filho nascido após a morte do genitor, bem como para os demais herdeiros. Em seguida, por meio da análise de um caso concreto, ocorrido no Poder Judiciário do Estado de São Paulo, demonstraram-se as dificuldades de ordem prática para que tais direitos sejam assegurados. Por fim, observou-se que o ordenamento jurídico deve fornecer, com urgência, respostas aos desafios das situações concretas enfrentadas pela sociedade.

Diante do quadrante jurídico que o Direito Civil atualmente se insere, é imperioso que haja a busca de atingimento dos objetivos fundamentais da República federativa do Brasil, fundados na dignidade da pessoa humana, inclusive e especialmente na temática dos efeitos sucessórios da reprodução humana assistida homóloga *post mortem*.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. Anais do V congresso brasileiro de direito de família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 169-191.

ALMEIDA, José Gavião de. *Código Civil comentado*. Direito das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima. Artigos 1.784 a 1.856. vol. xviii. AZEVEDO, Villaça, Álvaro (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003.

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

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. *Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática*. 19. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In.: *Revista dos Tribunais*. Ano 86, vol. 744, p. 726- 750. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. rev. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

\_\_\_\_\_. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 320-327.

\_\_\_\_\_. Direito à procriação e as técnicas de reprodução assistida. In.: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Org.). *Grandes temas da atualidade*. Bioética e biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 153-168.

\_\_\_\_\_. Embriões Excedentários e a lei de biossegurança: o sonho confronta a realidade. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. Anais do V congresso brasileiro de direito de família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 457-468.

\_\_\_\_\_. *Já podemos dispensar o pai?* In.: IV ENCONTRO DE PSICÓLOGOS JURÍDICOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, 2003, Rio de Janeiro.

\_\_\_\_\_. Princípios do biodireito. In.: \_\_\_\_\_; BARRETTO, Vicente; MEIRELLES, Jussara. (Org.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 49-81.

\_\_\_\_\_. Proteção jurídica do embrião humano. In.: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Org.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 248-270.

\_\_\_\_\_. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In.: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 225-249.

\_\_\_\_\_; BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARRETTO, Vicente (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BEM PARANÁ. Mulher não pode utilizar embrião congelado. 10 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.bemparana.com.br/index.php?n=24903&t=mulher-nao-pode-usar-embriao-congelado>>. Acesso em: 21 mai. 2009.

BIAZOTTI, Maria Cristina S. Conceitos e causas da infertilidade. *SAUDEVIDAONLINE*. Disponível em: <[www.saudevidaonline.com.br/artigo84.htm](http://www.saudevidaonline.com.br/artigo84.htm)>. Acesso em: 03 out. 2009.

BRASIL, Código Civil e Constituição Federal. 58. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_, Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, legislação civil, processual civil e empresarial, Constituição Federal. CAHALI, Yussef Said (Org.). 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. REsp 351842/AL, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, DJU 10.06.2002, p. 203.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 17.556/MG, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, DJU 17.12.1992.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. REsp 16137/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJU 21.02.1995.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. *ADIn nº 3510-0/600*, proposta pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, tendo por alvo o artigo 5º da Lei Federal nº 11.105 (“Lei de Biossegurança”), de 24 de março de 2005.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. CAMBLER, Everaldo Augusto (Coord.). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CARVALHO, Dimas Messias de; CARVALHO, Dimas Daniel de. *Direito das sucessões. Inventário e partilha. Teoria, jurisprudência e esquemas práticos*. Atualizado conforme a lei 11.441 de 2007. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Org.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

COLLUCCI, Cláudia. *Menina nasce nos EUA por meio de sêmen congelado por 22 anos*. Folha de São Paulo: Folha online. São Paulo: [s.n.], 15 abr. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u550803.shtml>>. Acesso em: 11 jun. 2009.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). *Enunciados n. 105, 126 e 128*, aprovados nas Jornadas de Direito Civil (I a IV), promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). *Resolução n. 1.358/92*. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Débora. *Entre o sonho, o tratamento e o vácuo da lei. O Estado de São Paulo*, São Paulo, 26 jan. 2009, p. J3.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 12. ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito das sucessões. vol. 06. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito de família. v. 05. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIONNE JR, E. *Widow wins Paris case for husband's sperm*. NYTIMES. Nova Iorque: [s.n.], 02 ago. 1984. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/1984/08/02/us/widow-wins-paris-case-for-husband-s-sperm.html?sec=health>>. Acesso em: 03 nov. 2008.

ESPANHA. *Lei n. 14 de 26 de maio de 2006*. Dispõe sobre as técnicas de reprodução humana assistida.

FARIA, Cristiano Chaves de. Incidentes à transmissão da herança: aceitação, renúncia, cessão de direitos hereditários e petição de herança. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 41-82.

FRANÇA, *Código de Saúde Pública*. 2000.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*. O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 190-239.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: sucessões*. Série Fundamentos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e o Estatuto da criança. In.: Rodrigo da Cunha Pereira. (Org.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 265-304.

\_\_\_\_\_. Efeitos patrimoniais do biodireito com relação ao nascituro e ao filho póstumo. II CONGRESSO PAULISTA DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES: *Família e patrimônio: um novo olhar*, set. 2008, São Paulo.

\_\_\_\_\_. Filiação e reprodução assistida. Introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. In.: TEPEDINO, Gustavo José Mendes. (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 515-546.

\_\_\_\_\_. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. Substituições e fideicomisso. In.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 343-366.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. rev. atual. aum. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. In.: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 311-319.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código Civil*. vol. 20. 2. ed. rev. AVEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2007.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Bioética e presunção de paternidade. Considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil. In.: \_\_\_\_\_ (Org.). *Grandes temas da atualidade*. Bioética e biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17-40.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões*. Artigos 1.784 a 2.027. vol. xxi. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. (Coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Procriações artificiais e o direito*. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995.

LEWICKI, Bruno. O homem construtível: responsabilidade e reprodução assistida. In.: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 99-154.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado: direito de família*. Relações de parentesco. Direito Patrimonial. vol. xvi. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In.: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2007.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Estatuto Jurídico do Embrião. In.: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 163-177.

MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil constitucional. In.: *Revista Estado, Direito e Sociedade*. v. I, Rio de Janeiro: [s.n.], 1991. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca4.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2009.

MOREIRA FILHO, José Roberto. Os novos contornos da filiação e dos direitos sucessórios em face da reprodução humana assistida. In.: GUERRA, Arthur Magno e Silva. *Biodireito e bioética*. Uma introdução crítica. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 215-248.

NICOLAU, Gustavo Rene. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2005.

NUNOMURA, Eduardo. Total de clínicas de reprodução humana dobra em 5 anos. Agência Estado. 08 set. 2009. Disponível em: <<http://www.abril.com.br/noticias/ciencia-saude/total-clinicas-reproducao-humana-dobra-5-anos-519749.shtml>>. Acesso em: 04 out. 2009.

OLIVEIRA, Euclides. Concorrência sucessória e a nova ordem de vocação hereditária. In.: *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 29, abr-mai 2005. [S.l.]: IOB Thomson. p. 26-44.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *A nova lei de investigação de paternidade*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

O POVO ONLINE. Dificuldade é igual para homens e mulheres. Saúde. 10 out. 2009. Disponível em: <<http://www.noolhar.com/opovo/cienciaesaude/917438.html>>. Acesso me: 12 out. 2009.

PENNINGS, Guido. Belgian law on medically assisted reproduction and the disposition of supernumerary embryos and gametes. *European Journal of Health Law* 14. [S.l.]: Martinus Nijhoff, p. 251-260, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. vol. 06. 17. ed. rev. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil: direito de família*. vol. 05. 16. ed. rev. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil: teoria geral de direito civil*. vol. 01. 22. ed. rev. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte geral*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. t. III.

PORTUGAL. *Lei n. 32 de 11 de julho de 2006*. Dispõe sobre procriação medicamente assistida.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Auto-Regulamentação familiar e reprodução assistida post-mortem: a (re) construção da igualdade entre os filhos*. 2006. 343f. Tese de doutorado em Direito Civil. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 13 mar. 2006.

\_\_\_\_\_. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. In.: SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 283-303.



RODRIGUES, Rafael Garcia. *Da autonomia privada à autonomia corporal*. 2003. 162f. Dissertação de mestrado em Direito Civil. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. vol. 07. 26. ed. rev. atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: direito de família*. vol. 06. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Direito das Sucessões. v. xxii. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

SÃO PAULO, sentença obtida na 22ª Vara Cível do Foro Central Civil João Mendes Júnior, no Estado de São Paulo, mantida sob sigilo a pedido da autora da ação.

SENADO FEDERAL. Brasil. Parecer Preliminar sobre o Projeto de Código Civil, do Senador Josaphat Marinho, relator do Projeto no Senado Federal, republicado no Diário do Senado Federal em 15 nov. 1997. p. 14.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey-Mandamentos, 2008.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Normas constitucionais e direito civil. In.: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano iv, n. 4 e ano v, n. 5 – 2003-2004.

\_\_\_\_\_. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. O novo e o velho direito civil. Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 05, v. 20. In.: *Temas de direito civil*, t. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 401.

\_\_\_\_\_. Apresentação do livro *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*, de autoria de Juliane Fernandes Queiroz. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. xi.

\_\_\_\_\_. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, In.: \_\_\_\_\_. *Temas de direito civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. In.: *Revista dos Tribunais*. Ano 94, vol. 836, p. 49-68. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2005.

VELASCO, Carolina Altoé. *Reflexões sobre a natureza jurídica dos embriões excedentários na experiência brasileira contemporânea*. In.: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. nov. 2008, Brasília. p. 01-15.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. vol. 07. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: direito de família*. vol. 06. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

**ANEXO** - Sentença da 22ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo - SP, referente ao tema da reprodução humana assistida *post mortem*.

22ª Vara Cível do Foro Central Civil João Mendes Júnior

Sentença: “Vistos. Trata-se de pedido de alvará formulado por XXX, para o fim de ser autorizada a utilizar sêmen criopreservado de seu marido, XXX, falecido em YYY. Sustenta que durante quase doze anos o casal tentou constituir prole, naturalmente, mas, “diante da dificuldade, procuraram ajuda médica e passaram a realizar, na Clínica WWW, tratamento para esse fim – técnica de reprodução assistida - obedecidas todas as regras constantes na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92” (fs. 03). Neste tratamento foram realizados dois ciclos de coito programado, dois ciclos de inseminação artificial e ciclos de fertilização ‘in vitro’, com criopreservação do sêmen de YYY, com o fim específico de obtenção de gravidez (fs. 38). Entretanto, durante o período dos procedimentos referentes este tratamento, o marido da autora faleceu em decorrência de acidente. A requerente pugna pela continuidade do referido tratamento, com a utilização do líquido seminal do falecido, uma vez que era intenção do casal a formação de família. Junta documentos (fs. 27-46). É o breve relatório. Decido. Pretende a autora a inseminação ‘post mortem’, com o uso do sêmen do de seu falecido marido, para fins de fertilização. A questão é estranha à legislação em vigor, o que, por si, não desincumbe o Juiz de solucioná-la, pois nestes casos, deverá a decisão valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil). No caso, verifica-se que a autora e seu marido tinham por objetivo comum a formação de família, que somente não se concretizou por dificuldades na concepção por meios naturais. Embora casados há vários anos, o casal buscou a ajuda de técnica de reprodução assistida, somente em abril de 2006, expressando o desejo de terem filhos com o início do tratamento eleito, sob a assistência médica da Clínica WWW. Por certo, desnecessária a demonstração da dificuldade superada pelo casal para que decidissem por este tratamento, levando-se em consideração custos, desgastes emocionais em frustradas tentativas, além da

realização de exames, muitas vezes invasivos, necessários à formação da opinião médica para avaliação e encaminhamento à correta conduta a ser aplicada. Isto tudo, fez com que este casal vivesse a expectativa de paternidade/maternidade, sem qualquer resultado concreto, ficando apenas com a idéia, vontade e torcida de que tivesse êxito à fecundação. Sofreram juntos, todas as vezes que as tentativas fracassaram, unindo ainda mais o casal na luta por um filho. Mesmo sem estar concebido de fato, este filho já estava concebido de alma pelo casal, pois, de certa forma, conviviam diariamente com a expectativa de sua concepção. A reprodução assistida se deu por consentimento livre e esclarecido do casal e está formalizada por instrumento particular. A intenção de YYY sempre foi a de se tornar pai, tanto que se submeteu à coleta de seu sêmen (fs. 38-9), para fins de engravidar sua mulher. Nesse passo, necessário diferenciar o doador do depositário de sêmen. O doador não é identificado e colhe seu material, colocando-o à disposição de eventual uso em processo de reprodução assistida, nos casos em que o marido da paciente seja impotente ou estéril. YYY depositou seu líquido seminal para fins de realização de reprodução assistida em favor de XXX, portanto, era depositário. Seu sêmen tinha destinatária certa com fins definidos. Por certo, com a morte do doador ou depositante, os gametas devem ser descartados a menos que haja autorização dos respectivos fornecedores, para autorização 'post mortem'. No caso, YYY morreu prematuramente de forma abrupta, sem que tivesse, ao menos, tempo para autorizar o uso de seu sêmen na reprodução assistida que XXX se submetia. Certamente, o depositário ou doador, ao saber que é portador de doença terminal, portanto, patente à proximidade de sua morte, terá condições de autorizar expressamente a utilização de seu material. Não foi o caso de YYY. Com a continuidade à reprodução assistida estará se respeitando a dignidade da pessoa humana. Se eventualmente XXX obtiver êxito em seu tratamento e engravidar, a vontade do casal será respeitada, nos termos do preceito constitucional de se ter, como base da sociedade, a família, assegurado o planejamento familiar como livre decisão do casal (art. 226, § 7º, da Constituição Federal). Feitas estas considerações gerais, anoto que o legislador atual reconhece os efeitos pessoais do concepturo (relação de filiação), conforme dispõe o Código Civil, a saber: "Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: ... III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial

homóloga;" É evidente o reconhecimento do vínculo familiar, relativamente à eventual êxito em concepção de YYY. Aliás, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, em seu art. 26, parágrafo único, garante o reconhecimento do filho após o falecimento do pai. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prescreve que o direito à filiação é indisponível e imprescritível. A criança tem o direito de conhecer seus pais, o que não ocorre com relação à criança nascida por meio da inseminação póstuma, muito embora ela saiba que foi desejada e venha a integrar uma família. Entretanto esta situação não será solucionada pela legislação. Poderia, no caso, XXX estar grávida de YYY quando ele sofreu o acidente e, do mesmo modo, o filho do casal também não conheceria o pai. Entendo que a viúva tem o direito de tentar gerar um filho de seu falecido marido, quando este era manifestamente o desejo do casal, interrompido por uma morte precoce. Estas questões se deparam com a Ética e o Direito. Inaceitável é o descompasso entre o Direito e a Ciência, pois a tecnologia avança a passos largos, não podendo o Direito acompanhá-la e muito menos atravancá-la. O Direito não pode, de imediato, solucionar as mudanças sociais, porque elas são volúveis, enquanto que o Direito exige bases sólidas. Por esta razão é necessária a certeza dos avanços tecnológicos para que possa o Direito discipliná-los. Sérgio Ferraz, ao tratar da relação entre as manipulações biológicas e os princípios constitucionais, destaca: "Em outras palavras, seja agora, enquanto não editada a pertinente normatividade, seja a partir de sua elaboração, e subsequente vigência, o tema da manipulação genética tem de ser, a todo instante, calibrado à vista dos princípios constitucionais - única fórmula de assegurar a abertura das sendas do progresso, dentro dos marcos fundamentais livremente estabelecidos pela sociedade." Assim, inegável que a inseminação póstuma necessita de regras disciplinadoras temporais, éticas e protetivas, sem abandono do direito do pretense pai de expressar sua vontade quanto a uma possível paternidade póstuma, respeitando a vontade da mãe e o objetivo do casal. Isto posto, defiro o alvará pretendido, para autorizar a autora, XXX, a utilizar no tratamento de reprodução assistida, o sêmen criopreservado de YYY, seu falecido marido, armazenado na Clínica WWW, pelo prazo de um ano a contar da retirada deste alvará. Pagas as custas. Expeça-se o alvará e arquivem-se. E alvará à disposição."