

**A CAPACIDADE SUCESSÓRIA NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA
POST MORTEM
THE INHERITANCE CAPACITY IN ARTIFICIAL INSEMINATION HOMOLOGOUS
POST MORTEM**

Antonio Carlos Marques de Souza, Claudina Dourado

Prof. Do Centro Universitário Estácio Brasília

RESUMO

A evolução científica no campo da biotecnologia vem transformando dia após dia a sociedade. O desejo dos casais acometidos pela infertilidade, esterilidade, às mulheres solteiras e viúvas e casais homoafetivos de terem os seus próprios filhos, atualmente, é fácil de ser concretizado. As técnicas de reprodução humana é uma realidade, e as procriações artificiais ganham status de normalidade no cenário mundial. Todavia no ordenamento jurídico brasileiro ainda não há legislação específica regulamentando tais técnicas. A presente pesquisa desenvolvida a partir de escritos bibliográficos analisa as consequências jurídicas relacionadas à presunção de filiação e ao direito sucessório nas hipóteses de inseminação artificial homóloga post mortem, uma técnica de reprodução assistida onde os gametas utilizados são do próprio casal, porém a fecundação ocorre após a morte do doador, o autor da herança. O Código Civil de 2002, no artigo 1.597 já estabelece a presunção de paternidade dos filhos frutos da inseminação artificial homóloga, mesmo que realizada após a morte do marido. Porém, o problema está na capacidade sucessória desse filho concebido postumamente, qual condição gozará? Filho do casal, mas, herdeiro apenas de sua mãe, ou filho e herdeiro de ambos? Por não haver legislação regulamentando a matéria, abre-se espaço para uma discussão na doutrina que não é pacífica e não encontrou resposta para o problema. Renomados doutrinadores não admitem os direitos sucessórios desse indivíduo, em respeito ao princípio da saisine. Mas existe uma corrente doutrinária que admite e, para tanto, reclama, entre outros, o princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

PALAVRAS-CHAVES: inseminação artificial homóloga post mortem; filiação; sucessão; princípios constitucionais.

ABSTRACT

The scientific developments in the field of biotechnology is transforming every day society. The desire of couples affected by infertility, sterility to single women and widows and homosexual couples to have their own children, now it is easy to be realized. The human reproduction techniques is a reality, and artificial breedings earn normal status on the world stage. However the Brazilian legal system there is no specific legislation regulating such techniques. This research developed from bibliographic written analyzes the legal consequences related to membership of presumption and the law of succession in the event of homologous artificial insemination post mortem, an assisted reproduction technique in which the gametes used are the couple themselves, but fertilization takes place after the death of the donor, the author of the inheritance. The 2002 Civil Code, Article 1597 already provides for the presumption of paternity of children fruits of homologous artificial insemination, even if held after the death of her husband. But the problem is in the succession capacity of this child conceived posthumously, what condition will enjoy? Son, but only heir of his mother, or son and heir of both? Because there is no legislation regulating the issue, opens space for a discussion on the doctrine that is not peaceful and did not answer the problem. Renowned scholars do not admit the succession rights of that individual, in respect to the principle of *saisine*. But there is a doctrinal current that accepts and, therefore, calls for, among others, the constitutional principle of equality among children.

KEYWORDS: homologous artificial insemination post mortem, membership, succession, constitutional principles.

INTRODUÇÃO

Os avanços da medicina e da biotecnologia vêm transformando gradativamente a sociedade. As técnicas de reprodução humana é uma realidade, e as procriações artificiais ganha *status* de normalidade no cenário mundial, atualmente é possível aos casais acometidos pela infertilidade, esterilidade, às mulheres solteiras e viúvas, aos casais homoafetivos, não se privarem do sonho de terem filhos.

Considerando que a ciência contemporânea é responsável por grandes transformações sociais, biológicas e tecnológicas, principalmente no campo da biomedicina, na área da reprodução humana, oportunizando a geração de filhos através das técnicas de reprodução humana assistida, deve o Direito acompanhar tal evolução (Presot,2013).

Ocorre entretantes, que em nosso ordenamento jurídico não há legislação que regulamente de maneira suficiente e específica as técnicas de

reprodução humana assistida e suas reais consequências, tais como os direitos sucessórios, e que essa omissão legislativa tem fomentado grandes discussões na esfera jurídica. Todavia, a necessidade de tal regulamentação não é uma discussão somente do Brasil, a inseminação póstuma é discutida nos mais variados ordenamentos jurídicos do mundo e congressos, pois surgem complicações no âmbito do direito, em especial na área das sucessões, devido à falta de norma reguladora do tema (Presot, 2013):

Segundo Lima Júnior (2013), “O Direito, enquanto fenômeno histórico, social e cultural não pode se colocar à margem dos problemas que atingem a sociedade”.

Mas no Brasil, é evidente a desproporcionalidade entre os avanços científicos das pesquisas voltadas para as técnicas de fecundação assistida *post mortem* e a criação de leis capazes de regulamentar tais técnicas e conseqüentemente os direitos alusivos à capacidade sucessória na inseminação artificial homóloga, tema central desse estudo.

Nesse contexto, a proposta deste trabalho é uma revisão literária das informações no tocante à capacidade sucessória dos concebidos ou nascidos pelas técnicas de Reprodução Assistida, no caso inseminação artificial homóloga após a morte do autor da herança. Qual o tratamento dado a esse indivíduo no campo da sucessão? Ele gozará da condição de filho do casal, mas, herdeiro apenas de sua mãe, ou filho e herdeiro de ambos?

É sabido que no Brasil ainda não há regulamentação legal referentes às técnicas de reprodução assistida, tampouco a acerca dos direitos sucessórios dos indivíduos concebidos ou nascidos por meio dessas técnicas. Assim, é patente saber qual é o entendimento doutrinário, o posicionamento dos Tribunais acerca do tema, pois ao tratar modo específico sobre a matéria no caso concreto, o operador do direito estará evitando a tomada de decisões equivocadas que acarretariam danos irreparáveis aos envolvidos

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A reprodução assistida consiste em técnicas de reprodução como alternativa para casais que possuem algum problema de infertilidade ou esterilidade,

para que possam realizar a paternidade e a maternidade tão almejada. Temos como exemplos dessas técnicas a inseminação artificial e a fecundação *in vitro*.

No método da inseminação artificial o material genético é implantado no corpo da mulher onde irá ocorrer a fecundação, de maneira intrauterina. É composto de três etapas: indução da ovulação, coleta e preparo de sêmen.

A fecundação *in vitro*, é realizada fora do útero e pode ser dividida em quatro etapas: indução da ovulação, coleta de óvulos e da amostra de sêmen, fertilização dos óvulos no laboratório e transferência dos embriões para o útero. O material genético do casal é colhido e a manipulação dos gametas feita em laboratório, onde, após a fecundação é que o embrião vem a ser implantado no útero materno. Contudo, apenas uma parte dos embriões é utilizada, sendo o restante resfriados e congelados para que possam ser utilizados posteriormente.

A sociedade vem se transformando com os avanços da medicina e da biotecnologia, as técnicas de reprodução humana é uma realidade, e as procriações artificiais ganha *status* de normalidade no cenário mundial.

Todavia, o direito não tem acompanhado essa evolução, no Brasil ainda não há legislação suficiente e específica sobre a reprodução humana assistida, desta feita, nas clínicas onde são realizados os procedimentos de reprodução humana assistida, é exigido que os pacientes declarem expressamente estar ciente da medida a ser utilizada.

O Conselho Federal de Medicina-CFM, preocupado com os avanços da ciência e o comportamento social, aprovou mudanças nas regras de reprodução humana assistida, entre os destaques está a permissão para a realização de procedimentos com material biológico criopreservado após a morte, e a possibilidade de mais pessoas se beneficiarem com as técnicas, independente do estado civil ou orientação sexual, uma das razões que revogou a Resolução nº 1.957/10, e publicou a Resolução CFM n. 2013/2013.

Mas a falta da norma específica tem levado demandas aos tribunais, recentemente a Primeira Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em sede de embargos infringentes, por unanimidade, negou o pedido da embargante de utilizar, para fins de reprodução assistida, o material genético (sêmen) criopreservado colhido de seu falecido companheiro, vez que nos autos não havia documento que indicasse, de forma irrefutável, a vontade do *de cujus* no

sentido de ter um ou mais filhos depois de sua morte, reforçando a necessidade de autorização expressa para uso do sêmen ([EIC 2008011493002](#), Relator Des. Carlos Rodrigues, Primeira Câmara Cível. Julgamento: 25/05/2015).

O Enunciado número 105 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, informa que a concepção artificial pode ser classificada em quatro modalidades, quais sejam: Homóloga, Homóloga *Post Mortem*, Heteróloga e Bisseminal.

A inseminação artificial homóloga também está prevista no inciso III do art. 1.597 do Código Civil Brasileiro de 2002, dividindo-se em homóloga e homóloga *post mortem*.

A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA E HOMÓLOGA POST MORTEM

A inseminação artificial homóloga é a técnica de implantação do espermatozoide, do marido ou companheiro no útero da mulher. Quanto a inseminação homóloga *post mortem*, trata-se de uma fecundação póstuma, pois quando é realizada a implantação do material fecundante (sêmen criopreservado) do marido ou companheiro, no útero da mulher, esse já se encontrava falecido.

A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA E HETERÓLOGA POST MORTEM

Já na inseminação artificial heteróloga o material fecundante utilizado, a ser implantado no útero da mulher, não é mais do casal, e sim de um doador, que em regra, tem sua identidade preservada. Tem que haver o consentimento do casal. Este procedimento é utilizado pelos casais em que o homem têm problemas de insuficiência ou ausência de espermatozoides, bem como doenças hereditárias.

A TÉCNICA DA PROcriação ARTIFICIAL BISSEMINAL

A técnica da procriação artificial bisseminal é empregada nos casos de insuficiência de espermatozoides do marido ou companheiro. Dilui-se partes do esperma do marido ou companheiro e de um doador cuja identidade é preservada. A mistura é implantada no útero da mulher para haver a fecundação. O doador deve ter características físicas similares ao futuro pai (Fernandes, 2005).

Como se depreende, a reprodução humana assistida, tem modalidades distintas de inseminação artificial, porém todas têm a mesma finalidade que é

possibilitar a satisfação do casal infértil, estéril e/ou homoafetivo gerar seus próprios filhos.

DA AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO LEGAL REFERENTE ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A princípio para utilização das técnicas de reprodução assistida, o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos foram as normas éticas elencadas na Resolução do CFM nº 1.957/2010, publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79.

Todavia, o Conselho Federal de Medicina-CFM, preocupado com os avanços da ciência e o comportamento social, e considerando que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5.5.2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132), aprovou mudanças nas regras de reprodução humana assistida, entre os destaques está a permissão para a realização de procedimentos com material biológico criopreservado após a morte, dando a possibilidade de mais pessoas se beneficiarem com as técnicas, independente do estado civil ou orientação sexual, revogando assim, a Resolução nº 1.957/10, e publicando a Resolução CFM n. 2.013/2013.

Embora contenha apenas normas éticas, essa resolução é o único documento de orientação às pessoas envolvidas na realização das técnicas de reprodução, porém, não se trata de norma geral. Segundo a advogada Heloísa Helena Gomes Barboza, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM, não pode ser preterido o valor dessa Resolução como único regulamento razoável de tão complexa que é a matéria, a qual desafia ser disciplinada por lei especial, de há muito necessária, assim é razoável que se espere, pelo menos, uma redação mais clara, principalmente que facilite a compreensão do alcance das disposições.

O Código Civil Brasileiro de 2002, inseriu três novas possibilidades de presunção de paternidade em técnicas de reprodução assistida, mas ainda não há regulamentação específica sobre o assunto, estabelece apenas a respeito da concepção dos filhos:

Art. 1.597. 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.

(Grifos meus)

Como se vê, o inciso III trata da presunção de paternidade nos casos de fecundação artificial homóloga, ainda que falecido o marido, mas o dispositivo não dispõe sobre utilização, pela mulher, do material genético de seu marido, mesmo após a morte deste.

Nesse sentido, vale observar o Enunciado 106 das Jornadas de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, o qual estabeleceu interpretação sobre referido dispositivo:

"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."

Destarte, no Enunciado 106, o legislador ao interpretar o art. 1.597 do Código Civil, obriga que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva.

Sobre o assunto, Paulo Lobo (2003, p. 59), ao discorrer sobre a interpretação das disposições contidas no inciso III do artigo 1597 do Código Civil afirma que "ainda que o artigo sob comento refira-se à constância do casamento a presunção de filiação, paternidade e maternidade, aplica-se à união estável".

O que traz consonância com o artigo 226 da Constituição Federal, ao dispor a respeito da família, que assim estabelece:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)
§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Desta forma, com a inserção dos artigos III, IV e V do artigo 1.597, o Código Civil de 2002, veio dar solução ao problema da paternidade superveniente, criando mecanismo que a viabilizasse, tendo em vista que tal paternidade seria inadmissível no Código de 1916, pois a presunção se daria somente nos casos em que a criança nascesse nos 300 dias após a morte de seu pai.

Tratou-se de grande avanço jurídico, momento em que o legislador poderia ter se estendido mais, tratando das normas regulamentadoras da utilização de material genético, após o falecimento da pessoa da qual foi colhido, bem como especificando os aspectos sucessórios resultantes do mesmo procedimento, contudo, a previsão foi limitada, em especial no que diz respeito ao tema deste trabalho que se delimita à capacidade sucessória do indivíduo concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Assim, na perspectiva do direito de família, no âmbito jurídico, pode-se dizer que há entendimento pacífico quanto ao reconhecimento da condição de filho ao concebido por inseminação artificial, inclusive *post mortem*, visto que a paternidade é biologicamente inegável. No entanto, quanto à questão dos direitos sucessórios, a legislação civil nada prevê ficando a situação à mercê da regra geral estabelecida no artigo 1.798 do Código Civil, que na sua interpretação literal não dispõe sobre efeitos sucessórios na inseminação póstuma, dispõe que “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, que pelo princípio *saisine* se dá com a morte do *de cuius*.

DA FILIAÇÃO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Filiação, é o direito de ter um pai e uma mãe, é estar inserido na família com um status de filho, é estar sob o poder familiar, onde os pais em conjunto com o Estado, têm o dever de prover para os filhos menores seu alimento, sua educação, sua dignidade, etc., bem como os filhos têm obrigações para com seus pais, quais sejam, o respeito, a obediência, entre outros (Sousa, 2013)

Como já foi dito aqui, o atual Código Civil Brasileiro reconhece a condição de filho à pessoa gerada por meio de fecundação artificial homóloga após a morte de seu pai, e em seu artigo 1.597 inseriu três novas possibilidades de presunção de paternidade em técnicas de reprodução assistida, a saber, aos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, aos filhos havidos, a

qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, e os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Mas ainda não há regulamentação específica sobre o assunto, trata apenas a respeito da concepção dos filhos.

O instituto da filiação está presente também na Constituição Federal de 1988, tamanha a sua importância para a sociedade, no art. 227, § 6º, a Carta Magna veda completamente a discriminação entre os filhos, garantido aos filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção os mesmos direitos e qualificações, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Desta forma, entende-se que não deve haver qualquer limitação ao direito de reconhecimento da filiação. Trata-se de direito imprescritível (Sum. 149/STF), podendo ser requerido a qualquer tempo, inclusive mediante ação de investigação de paternidade.

O Código Civil de 1916, fazia distinção entre os filhos, eles eram distinguidos de acordo com a sua origem, em legítimos e ilegítimos, como ensina o professor Carlos R. Gonçalves (apud Sousa, 2013):

Filhos *legítimos* eram os que procediam de justas núpcias. Quando não houvesse casamento entre os genitores, denominavam-se *ilegítimos* e se classificavam, por sua vez, em naturais e espúrios. *Naturais*, quando entre os pais não havia impedimento para o casamento. *Espúrios*, quando a lei proibia a união conjugal dos pais. Estes podiam ser *adulterinos*, se o impedimento resultasse do fato de um deles ou de ambos serem casados, e *incestuosos*, se decorresse do parentesco próximo, como entre pai e filha ou entre irmão e irmã.

Com o advento da CF/88, surgiu o Princípio da Igualdade Entre os Filhos, o artigo 227, deixa explicitado que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, extinguindo-se tal discriminação.

Ressalte-se que igual redação, em atendimento ao referido preceito Constitucional, deu o legislador ao artigo 1.596 do Código Civil e no artigo 20 do ECA:

Nas palavras do doutrinador Silvio de S. Venosa (apud Sousa 2013): a equiparação da filiação interessa fundamentalmente ao idêntico tratamento que faz a lei no tocante ao conteúdo e aos efeitos das relações jurídicas quanto a origem da procriação.

De fato, não há o que se falar na inseminação post mortem, em sucessão, porém, ainda que divergentes, há decisões que reconhecem direitos sucessórios ao embrião invocando a isonomia constitucional entre os filhos. O Desembargador Getúlio Moraes Oliveira, em seu voto proferido no julgamento da apelação 20080111493002APC, manifestou o seguinte: “Desde 1912, antes do Código Civil antigo, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que os filhos terão o seu quinhão hereditário, ainda que supervenientes”. (fls. 10 do Acórdão).

Também é constitucional o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio este fundamental e primordial em nosso ordenamento jurídico que sustenta o Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º da CF/88, que faz a promoção dos direitos humanos e da justiça social.

Para Lisboa (2002, p. 40 *apud* Sobral, 2013) esse princípio é o fundamento precípua da nossa Constituição, o qual deve ser considerado e respeitado em todas as relações jurídicas, sejam elas públicas ou privadas, incluídas as relações familiares.

Nesse sentido, a renomada autora Maria Berenice Dias (p.61, *apud* Moraes, 2009), diz o seguinte:

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum - permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada indivíduo com base em ideias pluralistas, solidaristas, democráticas e humanistas

Como se vê, a dignidade da pessoa humana incide sobre diversas situações, e é deste princípio que se irradia os demais princípios da liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade. Assim, em respeito a esses princípios deve-se tecer considerações sobre os direitos sucessórios dos filhos nascidos por meio de inseminação artificial homóloga após a morte de seu pai, o autor da herança. E na falta de previsão legal, se faz necessário que toda e

qualquer decisão deve estar amparada por princípios constitucionais norteadores e sempre primando pelo bom senso.

OS DIREITOS SUCESSÓRIOS NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM

Suceder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito. Esse é o conceito amplo de sucessão no direito.

Na esfera jurídica quando ocorre uma relação entre duas ou mais pessoas e uma sub-roga-se no lugar de outra dá-se uma sucessão, no entanto, pelo duplo sentido da palavra, a sucessão pode se dar de duas maneiras, entre vivos ou *causa mortis*, em vida temos como exemplo alguém que quando compra um bem de outrem o substitui na qualidade de dono daquele bem, isto através de um contrato, e na *causa mortis* os herdeiros ou legatários substituem o *de cuius*, nos seus bens, direitos e obrigações.

Silvio de S. Venosa ensina (apud Sousa, 2013):

No direito, costuma-se fazer uma grande linha divisória entre duas formas de sucessão: a que deriva de um ato entre vivos, como um contrato, por exemplo, e a que deriva ou tem como causa a morte (*causa mortis*), quando os direitos e obrigações da pessoa que morre transferem-se para seus herdeiros e legatários.[...] Quando se fala, na ciência jurídica, em direito das sucessões, está-se tratando de um campo específico do direito civil: a transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte. É o direito hereditário, que se distingue do sentido lato da palavra *sucessão*, que se aplica também à sucessão entre vivos.

Contudo, sempre que nos deparamos com a palavra *Sucessão* no meio jurídico, ela sempre tem a acepção de sucessão *causa mortis*, chamar alguém a receber aquilo que lhe cabe, na ordem de relação preferencial de chamamento estabelecida em lei, a suceder o finado.

No Código Civil de 1916, no artigo 1.616, o rol era taxativo e preferencial eram chamados a suceder os descendentes, os ascendentes, o cônjuge supérstite ou o companheiro, os colaterais até o quarto grau e, por último, a Fazenda Pública.

Atualmente a ordem em que é feita esta sucessão no Brasil, é regulamentada pelo a Código Civil, no artigo 1.829, que assim dispõe:

Art. 1.829 -A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime

da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

O art. 1.798 do Código Civil, dispõe que estão legitimados a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da sucessão. Desta forma, concedeu de forma substancial a legitimação sucessória para o nascituro desde que nasça com vida. No entanto, não assegurou a legitimação do filho que venha a ser concebido por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança.

Mas ao dispor sobre a prole eventual previu a possibilidade de concessão da capacidade sucessória por parte daqueles que ainda não foram concebidos. Conforme determina o art. 1799, inciso I do CC “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”, serão considerados herdeiros testamentários. Porém, o § 4º do artigo 1.800 do CC, impõe uma limitação temporal para que isso ocorra, ou seja, se no prazo de 2 (dois) anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado aqueles bens que foram reservados, caberão aos herdeiros legítimos, caso não haja outra disposição em contrário do testador.

Ressalte-se que na prole eventual não importa se os filhos indicados pelo testador forem biológicos ou adotivos, eles gozam dos mesmos direitos ao recebimento de herança por meio do testamento. Embora os filhos concebidos por meio de inseminação artificial não estejam inseridos no instituto da prole eventual, a matéria é importante, pois, abre-se um viés para aplicar o emprego de analogia com vistas a assegurar direito sucessório do filhos resultantes das técnicas de inseminação artificial.

Venosa (2009, p. 199 *apud* Lima) fazendo referência à prole eventual reconhece que: “A matéria ganha maior importância agora, com as técnicas de reprodução assistida”. Com o advento da popularização das técnicas de inseminação artificial, de certo, o instituto da prole eventual foi afetado, uma vez que a geração não depende agora apenas dos meios naturais para acontecer.

O enunciado n. 267 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*, de autoria do jurista Guilherme Calmon Nogueira da Gama, responde positivamente à extensão da regra sucessória aos embriões havidos das técnicas de reprodução

assistida: “A regra do 1798 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 de herança”(Flávio Tartuce, 2011, p. 1203).

Ocorre entretanto, que esse enunciado doutrinário não tem apoio de vários juristas, por entenderem que o embrião só será herdeiro por força de disposição testamentária, não gozando da mesma situação jurídica que o nascituro, conforme veremos no próximo tópico.

Ressalte-se, que o nascido ou concebido pela técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem* se enquadra na filiação sanguínea, uma vez que o material genético utilizado é de ambos os pais, bem como considerar que o direito a suceder, tem fundamento na Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXX, que consagra o direito de herança. Tratando-se, portanto, de direito fundamental, que não pode ser negado pela legislação infraconstitucional. Assim, privar os nascidos ou concebidos por inseminação póstuma de ter garantida a sua capacidade sucessória, configura afronta à Carta Magna.

Diante da falta da norma regulamentadora específica para o tema e os divergentes posicionamentos doutrinários, até que o surja a norma específica para dar solução ao problema aqui tratado, o julgador deve intervir estabelecendo limites, consubstanciados nos princípios constitucionais, de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (Lima, 2013). Sendo o mais coerente, primar pela possibilidade de inclusão da criança gerada por inseminação póstuma na ordem da vocação hereditária, considerando, pois, os artigos 1º, inciso III, artigo 5º, inciso XXX, e o artigo 227, § 6º da Constituição Federal, bem como os artigos 1.596, 1.597 inciso III, do Código Civil e o artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente, juntos eles pregam direitos e garantias, e que não poderá haver tratamento desigual ou discriminatório em relação aos filhos, portanto excluir os filhos fruto de inseminação artificial homóloga póstuma da sucessão constituiria afronta aos dispositivos supracitados.

CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA CAPACIDADE SUCESSÓRIA NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Diante da falta de legislação específica no ordenamento pátrio e consequentemente a falta de posição dos Tribunais acerca do tema em questão, por se tratar de um assunto relativamente novo, os operadores do direito tem de se valer da doutrina, dos princípios constitucionais, e, é claro do bom senso para encontrar soluções para os casos concretos.

Contudo, há divergências doutrinárias acerca da capacidade sucessória nos casos de filhos nascidos por inseminação artificial homóloga, inclusive post mortem. De um lado, uma corrente que advoga pela possibilidade de reconhecimento de capacidade sucessória, de outro uma corrente que nega tal capacidade.

Segundo, Nader (2008), esse lapso legislativo ocasiona situações passíveis de gerar embates jurídicos, agravados pela ausência de consenso doutrinário.

A corrente doutrinária mais numerosa defende a negação da capacidade sucessória do concebido post mortem, parte dos doutrinadores se fundam no dispositivo legal do art. 1798 do Código Civil, o qual determina que: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Primando assim, pela proteção dos herdeiros nascidos ou concebidos quando da abertura da sucessão evitando a insegurança jurídica, caso contrário, a partilha seria algo provisório e frágil.

DOCTRINADORES QUE NEGAM A CAPACIDADE SUCESSÓRIA NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA PÓSTUMA

Dentre o grupo de doutrinadores que negam a capacidade sucessória na inseminação póstuma encontramos renomados especialistas como Maria Helena Diniz, José de Oliveira Ascensão e Sílvio Venosa

Em se tratando de direito sucessório, a doutrinadora Maria Helena Diniz, é contrária à prática da fertilização artificial após a morte do doador do material fecundante, segundo ela, tal prática deve ser proibida, visto que a criança oriunda desta procriação artificial não poderá herdar, tendo em vista que quando da morte do autor da herança, ainda não estava concebida.

Defende ainda Diniz que (2010, p. 46 e 47):

[...] a capacidade para adquirir herança, inclusive por via testamentária, pressupõe existência de herdeiro, ou legatário, à

época da morte do testador. [...] Ao tempo do falecimento do autor da herança o herdeiro deve estar vivo, ou pelo menos concebido, para ocupar o lugar que lhe compete. Pessoa ainda não concebida (nondum conceptus) ao tempo da abertura da sucessão não pode herdar, salvo a hipótese do artigo 1.799, I, do Código Civil.

Destaque-se mais um entendimento dessa doutrinadora em relação ao assunto:

Predomina, na tradição do nosso direito das sucessões, a sucessão legítima, em razão da marcante influência do elemento familiar na formação desses ramos do direito entre nós. A sucessão legítima é a regra, e a testamentária, a exceção [...]. O elemento familiar, definido pelo parentesco, e o elemento individual, caracterizado pela liberdade de testar, são os dois fulcros em que se baseiam as normas da sucessão.

O artigo 1.799 do CC, diz que na sucessão testamentária, os filhos ainda não concebidos podem ser chamados a suceder. Vale ressaltar que no Brasil não se tem o costume de fazer testamento, mas sim seguir a sucessão legítima, como foi observado pela autora. Desta forma, considerar os direitos sucessórios dos nascidos postumamente apenas na hipótese da sucessão testamentária, é negar o princípio da igualdade entre os filhos.

Para Ascensão (1999) citado por Lima Junior (2013, p.2) a estrutura da sucessão almeja um desenrolar de situação a curto prazo, e, se admitir relevância sucessória nos casos de inseminação artificial póstuma, nunca seria praticamente possível a fixação dos herdeiros e o esclarecimento das situações sucessórias. E a partilha que porventura se fizesse estaria indefinitivamente sujeita a ser alterada.

Venosa, também afirma que não se deve atribuir a qualidade de herdeiro para a criança que através de inseminação artificial foi concebida após a abertura da sucessão, em razão da incompatibilidade com a previsão legal do art. 1798 do Código Civil, sendo apenas possível na hipótese de prole eventual.

Contudo, se de um lado Venosa (2004, p. 96, apud Lima Junior, 2013) nega a capacidade sucessória ao concebido postumamente, por outro, com relação ao reconhecimento da filiação diz que:

[...] o reconhecimento da filiação gera efeitos patrimoniais. Os filhos reconhecidos equiparam-se em tudo aos demais, no atual estágio do nosso ordenamento, gozando de direito hereditário, podendo pedir alimentos, pleitear herança e propor ação de nulidade de partilha.

Considerando o posicionamento desses doutrinadores, na hipótese de inseminação artificial homóloga póstuma, o filho estaria afastado do recebimento da

herança deixada por seu pai, muito embora seja considerado filho do pré-morto, conforme garante o art. 1.597, inciso III do Código Civil, o que no caso concreto gera grande polêmica.

DOCTRINADORES QUE DEFENDEM A CAPACIDADE SUCESSÓRIA NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA PÓSTUMA

Em defesa da capacidade sucessória na inseminação póstuma e contrários a esse grupo de doutrinadores mencionados no tópico anterior, estão nomes como Maria Berenice Dias, Silmara Chinelato, Juliane Fernandes Queiroz, Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho e Carlos Roberto Gonçalves.

No tocante à negatória da capacidade sucessória aos nascido ou concebido via inseminação artificial, tendo como escopo a proteção dos herdeiros nascidos ou concebidos quando da abertura da sucessão, objetivando a afastar a insegurança jurídica, Dias (2011, pp. 124 e 125, *apud* Moraes 2009) alerta que:

A tentativa de emprestar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que veio a nascer, ainda que depois de alguns anos. Basta lembrar que não há limite para o reconhecimento da filiação por meio de investigação de paternidade, e somente o direito de pleitear a herança prescreve no prazo de 10 anos (CC 205). Mesmo que tenha o autor da herança autorizado por escrito a fecundação depois de sua morte, questiona-se se o filho dispõe de direito sucessório, uma vez que não existia quando da abertura da sucessão. Claro que estas novidades alimentam acaloradas discussões e o surgimento de posições díspares, até porque a fecundação pode correr anos após o falecimento de quem em vida manifestou o desejo de ter filhos.

Para Chinelato (2007 *apud* Lima Junior, 2013), o embrião disporá de capacidade sucessória, pois o Código Civil (art. 1.798) não distingue o *locus* da concepção e nem obriga que seja implantado. Requer tão somente a concepção, negar a capacidade sucessória do concebido por inseminação artificial póstuma, consiste em afastar o princípio da igualdade entre os filhos.

No entendimento de Albuquerque Filho (2006, p.190 *apud* Lima Junior, 2013): “[...] vedar reconhecimento e direito sucessório a quem foi concebido mediante fecundação artificial post mortem pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada.

Hironaka (2003 *apud* Moraes, 2009 e Lima Júnior 2013), não nega a capacidade sucessória, porém, diz que a inseminação homóloga post mortem só

deve ser permitida se houver autorização do doador, que expressamente mencione o uso de seu material fecundante após a morte, produzindo efeitos tanto na esfera do direito de família como no campo do direito sucessório.

Para Gonçalves (2008), não há como se esquivar no disposto nos arts. 1.597 do CC e 227, § 6º da CF, se o Código Civil trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai como tendo sido “concebidos na constância do casamento”, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios.

Diante de todos os posicionamentos supramencionados, o mais coerente é primar pela hipótese de inclusão da criança gerada por inseminação póstuma na ordem da vocação hereditária, considerando, pois, os artigo 1º, inciso III, artigo 5º, inciso XXX, e o artigo 227, § 6º da Constituição Federal, bem como os artigo 1.596, 1.597 inciso III, do Código Civil e o artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente, juntos eles pregam direitos e garantias, e que não que não poderá haver tratamento desigual ou discriminatório em relação aos filhos, portanto excluir os filhos fruto de inseminação artificial homóloga póstuma da sucessão constituiria afronta aos dispositivos supracitados.

CONCLUSÃO

De fato, as técnicas de reprodução assistida ainda é matéria não regulamentada no nosso ordenamento jurídico, e em princípio, não há o que se falar em direitos sucessórios dos sujeitos concebidos ou nascidos via inseminação artificial póstuma, mas o tema é controvertido e guarda relação com a evolução da ciência e a falta de norma reguladora.

Contudo, existem peculiaridades a serem consideradas a partir de uma abordagem sobre os direitos sucessórios dos filhos nascidos ou concebidos postumamente, e diante do vácuo jurídico a respeito da matéria, cabe ao intérprete, em especial ao Poder Judiciário, fundamentado nas regras gerais vigentes e primado pelo bom senso dirimir eventuais controvérsias relacionadas ao assunto.

Atualmente a doutrina brasileira se encontra dividida, mas há uma forte tendência em conjugar o Código Civil (art. 1.596) com a Carta Magna (art. 227, § 6º), que consagram o direito a filiação independentemente de sua origem, não poderá

haver discriminações, devendo o filho concebido postumamente ser considerado herdeiro legítimo, assim como qualquer outro filho que o casal tenha.

E, se ainda houver controvérsia, deverão ser considerados, os artigos 1º, inciso III, e 5º, inciso XXX, da Constituição Federal que diz respeito à dignidade da pessoa humana e ao direito de herança, respectivamente, bem como o artigo 1.597 inciso III, do Código Civil e o artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente, juntos eles pregam que não poderá haver tratamento desigual ou discriminatório em relação aos filhos.

Portanto, excluir os filhos fruto de inseminação artificial homóloga póstuma da sucessão constituiria afronta aos dispositivos supracitados.

Não é aceitável que uma criança que foi desejada, gerada e concebida tenha direitos diferenciados dentro do direito de família e sucessão, em relação aos demais herdeiros da mesma classe e do mesmo grau, deve ser considerada como filho e herdeiro do falecido e do cônjuge ou companheiro sobrevivente, em atenção ao princípio constitucional da igualdade de filiação previsto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, corroborado pelo artigo 1.596do Código Civil, bem como os demais dispositivos acima mencionados. Negar tal capacidade seria um retrocesso.

No entanto, apesar de todos os esforços dos operadores do Direito em interpretar e querer adequar as normas à realidade atual, muitos dos questionamentos acerca da capacidade sucessória na inseminação artificial homóloga *post mortem* só serão elucidados com a criação de uma norma específica que trate da matéria.

Assim, diante dessas indagações não pode o legislador quedar-se inerte, urge de regulamentação a discussão em tela, pois ao tratar de modo específico sobre a matéria, o legislador estará evitando a tomada de decisões equivocadas que acarretariam danos irreparáveis aos envolvidos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Lucídio de Souza. Da Vocação Hereditária na reprodução artificial post mortem

Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12525>. Acessado em 30 de novembro de 2014.

Assessoria de Comunicação IBDFAM. Disponível em <www.ibdfam.org.br/noticias/5033/14/05/2013novosite>. Acessado em 14/11/2014

BRASIL. Código civil de 2002. In: VadeMecum. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). In: VadeMecum. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. In: VadeMecum. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. EIC 2008011493002, Relator Des. Carlos Rodrigues, Primeira Câmara Cível. Data de julgamento: 25/05/2015. Disponível em <www.tjdft.jus.br> Institucional > Jurisprudência > Decisões em Evidência> Acessado em: 06/06/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Processo 080111493002APC

(0100722-92.2008.8.07.0001), 3ª Turma Cível. Relatora Desembargadora Nídia Corrêa Lima,

Acórdão nº 820873 de 2013. Disponível em:<<http://df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/...civel.../inteiro-terror-141069826>>. Acessado em: 19/10/2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. **RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/2013.** Publicada no D.O.U. de 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br>> Acesso em: 28 out. 2014.

DELFIN, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga "post mortem". **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2186, 26 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12965>>. Acesso em: 3 abr. 2015.

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

_____ *Manual de Direito das Famílias. 9ª edição revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem.* São Paulo Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, volume 6: direito das sucessões. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das sucessões.* 10. ed. rev.– São Paulo: Saraiva, 2008-Coleção sinopses jurídicas; v. 4).

LIMA JÚNIOR, Daniel Verissimo de. *Reflexos da inseminação artificial homóloga post mortem no âmbito do direito sucessório.* **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3546, 17 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23960>>. Acesso em: 28 set. 2014.

MOTA, Manuela. *Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem: sua implicação no âmbito do direito sucessório.* Disponível em <<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/342/3/20657903.pdf>>. Acessado em 20 de março de 2015.

MORAES, Fernanda Cristina Rodrigues de. *Princípio da dignidade da pessoa humana no direito de família.* Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 01 Dez. 2009. Disponível em: <investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/124220>. Acesso em: 02 Dez. 2014

PRESOT, Regiane Sousa de Carvalho. *Inseminação Artificial Post Mortem: Efeitos no Direito Sucessório.* **Academia.edu.** Disponível em <<http://uba.academia.edu/RegianedeCarvalhoPresot>>. Acessado em 26/09/2014.

Revista Viva Saúde <<http://revistavivasaude.uol.com.br/clinica-geral/como-funciona-a-reproducao-assistida/641/>> Acessado em 13/01/2015

SOBRAL, Mariana Andrade. *Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares*

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400. Acessado em 01 de dezembro de 2014.

SOUSA, Luana Gonçalves de. *Os reflexos sucessórios da inseminação artificial homóloga post mortem.* **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3635, 14 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24694>>. Acesso em: 19 de outubro de 2014.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. (Coleção direito civil; v. 7).