

DIREITO À SUCESSÃO DO FILHO HAVIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

RIGHT TO SUCCESSION OF SON BEEN IN HOMOLOGOUS ARTIFICIAL INSEMINATION POST MORTEM

SILVA, José Roberto Hermandó

Resumo: O estudo diante do conteúdo apresentado pelo artigo 1.597, do Código Civil, oferece espaço para o questionamento dos efeitos jurídicos, para a verificação dos direitos de sucessão para o filho havido por fecundação artificial *post mortem*. Por ser um procedimento que faz uso da técnica de reprodução humana assistida homóloga, em que o material genético, os gametas são do próprio casal que tem o desejo de procriar, e para tal evento utilizam o seu próprio material para a sucessão parental. Estando previsto pelo Código Civil de 2002, a presunção de paternidade, oferecendo aos casais terem seus filhos por meio da inseminação artificial homóloga, o que pode ser realizado até mesmo após o falecimento do esposo. Verifica-se, entretanto, que o referido Código não especificou como ficam os direitos sucessórios para este filho concebido *post mortem*. O fato de não se ter uma legislação pertinente a essa questão, abre-se espaço para por não haver nenhuma legislação regulamentando a matéria, abre-se espaço para discussões dessa doutrina. Leva-se assim, a diferentes posicionamentos, sobre a questão da filiação e a sua sucessão legítima. Tendo-se entendimento para alguns doutrinadores que a sucessão deve ser aceita quando a concepção foi autorizada antes da morte do esposo, o que para outros apenas se entende que há a possibilidade do reconhecimento desta paternidade diante princípio da igualdade entre os filhos, tendo-se ainda o entendimento que é possível se presumir esta possibilidade de reconhecimento *post mortem*.

Palavras-chave: Direito das Sucessões; Concepção *post mortem*, Inseminação Artificial,

Abstract: The study on the content presented by Article 1597 of the Civil Code, provides space for questioning the legal effects for the verification of the rights of succession to the child by artificial insemination occurred post mortem. Being a procedure that makes use of the technique of homologous human assisted reproduction, in which the genetic material, the gametes are the couple themselves who has the desire to procreate, and for such an event using your own material for parental succession. Is envisaged by the 2002 Civil Code, the presumption of paternity, offering couples having children through artificial insemination homologous, which can be done even after the death of her husband. It appears, however, that the Code did not specify how the inheritance rights are for this child conceived postmortem. The fact of not having a relevant question to this legislation opens up space because there is no legislation regulating the matter, opens up space for discussions of this doctrine. It takes well to different positions on the question of membership and their legitimate succession. Having understanding to some scholars that the succession should be accepted when the design was committed before the death of her husband, which is meant only for others there is the possibility of the recognition of this principle on fatherhood equality among children, having still understanding that it is possible to assume this possibility of postmortem recognition.

Keywords: Law of Succession; Conceived post mortem, Artificial Insemination,

1. INTRODUÇÃO

Este artigo resulta de discussões diante dos avanços da medicina, principalmente no âmbito da reprodução humana assistida, resultando em várias questões que precisam ser resolvidas pelo Direito. Os avanços tecnológicos acontecem com muito mais rapidez do que o

direito consegue se atualizar, existindo várias lacunas a ser preenchidas pela doutrina e jurisprudência.

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.597¹ inseriu três novas possibilidades de presunção de paternidade em técnicas de reprodução assistida, a saber, os incisos III, IV e V. O inciso III dispõe sobre a possibilidade da utilização pela mulher dos gametas crio preservados de seu marido, após a morte deste. O Código passa dessa forma a oferecer uma solução para a questão da paternidade ocorrida em período muito posterior ao que anteriormente era considerado como possível de ser real. Pelo Código anterior que por ser de 1916, época que não havia nenhum conhecimento sobre as técnicas de reprodução assistidas, e certamente se o filho nascesse após um período máximo de 300 dias não se poderia requerer a paternidade *post mortem*.

Entretanto, o Código de 2002, não definia o direito sucessório do filho, permanecendo segundo o seu artigo 1.798² do Código Civil a disposição de apenas serem legítimos herdeiros os que fossem concebidos em um período mínimo estabelecido por lei como de antecedência da abertura da sucessão, ou seja, antes da morte do de *cujus*. Fato este que não admitia dessa forma que filhos resultantes da concepção concebida por meio do uso de técnica de reprodução homóloga *post mortem* terem direitos sucessórios, levando ao questionamento que sendo o filho desejado pelo pai, mesmo sabendo da possibilidade de sua morte futura, o seu filho gerado após este fato não terá direito a sua sucessão?

O presente trabalho tem como objetivo estudar os possíveis efeitos jurídicos da inseminação artificial homóloga *post mortem* no âmbito do direito sucessório, com base em determinados aspectos, consubstanciados em quatro pontos principais. Assim, o estudo tratará da possibilidade de ultrapassar o sentido estrito de dispositivo legal para conceder direitos sucessórios aos inseminados *post mortem*, superando a interpretação literal do artigo 1.798 do Código Civil Brasileiro.

2. SUCESSÃO DO CONCEBIDO *POST MORTEM*

2.1 Princípios Gerais da Sucessão

Constata-se segundo a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXX o direito de herança, em que essa é uma garantia fundamental, assegurada a todos. E que esse direito se constitui em um conjunto de normas legais disciplinadoras do ato da transferência dos bens patrimoniais deixados por uma pessoa após o seu falecimento, aos seus descendentes,

¹ 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.

² Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

segundo determina a lei ou as suas determinações previstas por testamento (FERRAZ, 2011, p. 24).

Ressaltando dessa forma que o direito a um legado será sempre apenas a morte de um antecessor, ou seja, não existe no Código brasileiro a possibilidade de um futuro herdeiro receber por determinação legal, os bens pertencentes a uma pessoa viva. Após o seu falecimento é que se começa o processo sucessório aos bens deixado pelo mesma, tendo todo um conjunto de normas para a definição de quem são os herdeiros primários do seu espólio (ALMEIDA, 2003, p. 29).

Constando segundo o artigo 1.785³ do Código Civil em relação a abertura do ato de sucessão o último domicílio do morto, ainda que os seus bens estejam situados em outra localidade.

A herança é um direito universal e conta a seu favor o principio da indivisibilidade, porém há casos em que essa é tratada como bem coletivo e o legislador pode trata-la como unidade (ALMEIDA, 2003, p. 104).

Entendendo dessa forma que até o momento da partilha dos bens, todo o espólio é um bem em processo de sucessão e não partes de um processo. Essa presunção visa garantir os direitos dos herdeiros legítimos à sua sucessão, uma vez que deve ser assegurado que até 50% dos bens quando no ato da partilha seja direcionado para esses, e apenas o restante poderá ser objeto de outras partilhas.

Sobre a formação dos princípios que regem o direito sobre o patrimônio do falecido observa-se em Hinoraka (2003) a sua descrição:

O direito sucessório é informado ainda pelo princípio da patrimonialidade, já que há situações jurídicas que são intransmissíveis. O objeto da herança são as situações jurídicas transmissíveis, que representam, na sua maioria, as relações patrimoniais. Há exceções, como o usufruto, que não é transmissível com a morte apesar de terem cunho patrimonial. Os alimentos, que antes eram intransmissíveis, agora com o artigo 1.700⁴ do Código Civil podem ser transmitidos aos herdeiros do devedor. Já as situações existenciais, em regra, não podem ser transmitidas aos herdeiros por terem natureza personalíssima, por exemplo, os direitos da personalidade, mas também há exceções, como a possibilidade de defesa da honra do falecido, a qual pode ser feita pelos seus herdeiros (HINORAKA, 2003, p.94).

O direito a posse dos bens do falecido são estabelecido assim que ocorre a abertura da sucessão, quando os seus herdeiros, tanto os legítimos ou os que venham a obter o direito por meio do testamento passa a ter o direito a propriedade dos bens da herança imediatamente,

³ **Art. 1.785.** A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido.

⁴ **Art. 1.700.** A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694. **Art. 1.694.** Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

como esta previsto diante do artigo 1.784⁵ do Código Civil, recebendo este instituto a denominação de *princípio saisine*⁶.

Entendendo que para ocorrer esse direito é necessária a existência de dois fatores, o primeiro é a morte da pessoa e o segundo a comprovação de possuir herdeiros tidos como de vocação hereditária, ou seja, que sejam filhos, pais ou cônjuge. E de fundamental importância que esse falecido tenha deixado bens para serem distribuídos entre os seus. A denominação de herdeiro corresponde a indivíduo que recebe quando único e sem restrições a totalidade dos bens ou quando diversos uma parcela da partilha. Verifica-se que a diferença entre o herdeiro e o legatário é que o primeiro toma posse dos bens assim que ocorre a morte da pessoa e o segundo apenas após o cumprimento das determinações legais sobre a partilha e do que lhe foi destinado em testamento.

Segundo o artigo 1.845⁷ do Código Civil são considerados como herdeiros legítimos e necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge sobrevivente, a definição como legítimos decorre por terem eles o direito a metade da herança, ou seja, a legítima parte, uma vez que a outra parte quando há testamento, o falecido poderá em vida dar um destino diferente, como beneficiar uma pessoa ou instituição que não seja esses seus herdeiros legítimos (ARAÚJO, 1996, p. 16).

Trata-se de uma prerrogativa legal que visa assegurar o direito dos sucessores para o patrimônio do falecido, diante do seu grau de parentesco. Ficando dessa forma com o direito de atestar apenas sobre 50% do seu patrimônio.

Segundo Pereira (2007, p. 30):

O princípio cardeal do direito sucessório é a transmissão dos bens aos herdeiros legítimos e testamentários, subordinados obviamente a que tenham capacidade para suceder. Não basta ao herdeiro invocar a sua vocação hereditária, é preciso, ainda, seja ele capaz e não indigno. Mas não se confunde capacidade sucessória (ou legitimação para suceder) com capacidade civil, ou poder de ação no mundo jurídico. Deve entender-se em acepção estrita de aptidão da pessoa para receber os bens deixados pelo falecido.

Na apuração do direito sucessório é previsto dois requisitos da capacidade sucessória de um herdeiro, a primeira definição é de existir o herdeiro no ato da morte do de *cujus*, e quando esse herdeiro já for falecido os seus herdeiros legítimos é que passam a ter esse direito. Dessa forma podem ser sucessores pessoas já nascidas ou concebidas no momento do

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

⁶ A *saisine* é um instituto do Direito das Sucessões, apresentado diante do artigo 1.784 do Código Civil, que proporciona aos herdeiros a posse indireta do patrimônio deixado *causa mortis* pelo falecido.

⁷ **Art. 1.845.** São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

ato de abertura da sucessão que é o falecimento do indivíduo que possui os bens a serem partilhados (Artigo 1.798, CÓDIGO CIVIL, 2002).

Sobre o direito de sucessão, o Código Civil destaca que somente terá direito a sucessão quando o nascituro nasce com vida, pois quando esse nascer morto perderá o direito a herança a sua genitora, pois se caracteriza como que nunca existiu. Porém, caso aconteça que viva mesmo que seja por poucos momentos, se mantém o direito de sucessão da sua genitora aos bens deixados pelo progenitor.

A possibilidade de disposição testamentária de prole após o falecimento também é prevista pelo artigo 1.799⁸, do Código Civil de 2002 para o momento da abertura da sucessão, e se estabelece um prazo de até dois anos, segundo o artigo 1.800, § 4º do Código Civil, que prevê a concepção do sucessor testamentário, é este prazo determinado, porque não é possível se ficar esperando por tempo infinito o nascimento do herdeiro.

Após o decurso desse período de tempo, os bens que foram reservados para esse possível herdeiro se não tiver nascido, serão distribuídos entre os herdeiros necessários. Em caso positivo de nascimento, os bens lhe são transmitidos como se fosse vivo no ato da abertura do direito a sucessão. Observando que o período de tempo que se fica aguardando o seu nascimento e ou se esta esperando que expire o prazo legal, os bens em herança, depois que se tenha transmitido todos os procedimentos legais da partilha devem ser confiados a um curador, sendo esse nomeado sempre pelo juiz (PEREIRA, 2007, p. 31).

Constando-se ainda como condição para que o sucessor seja herdeiro, é o chamamento ou vocação do herdeiro que, não tenha sido deserdado ou considerado como indigno de ter esse direito sucessório, ação esta que pode ocorrer como uma disposição de última vontade, ou por força da lei.

3. A SUCESSÃO LEGÍTIMA E A TESTAMENTÁRIA

A determinação da sucessão legítima é segundo Leite (2003, p. 210) “ a que, na falta de disposição testamentária do de *cujus*, a lei defere aos seus parentes, reforçando o vínculo familiar e atendendo à vontade presumida do defunto”. Esse pressuposto tem por

⁸ **Art. 1.799.** Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

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

II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

base o fundamento da preocupação social em que se busca a promoção da unidade e solidariedade familiar.

Verificando que a sucessão legítima tem por base o vínculo familiar, em que se destaca o de sangue, ou seja, os filhos e pais e o civil, a relação com o seu cônjuge. Essa determinação da vocação hereditária é pelo artigo 1.829⁹ do Código Civil, disciplinando os graus de parentesco dos herdeiros. Os quais são convocados pela ordem de classe de descendência ou ascendência quando não tiver o falecido, herdeiros legítimos, e dessa forma, os parentes quanto mais próximos forem, maior será a possibilidade de herdarem os bens do mesmo.

Observa-se que somente compete ao juiz a verificação do direito sucessório aos bens do de *cujus* quando este não tiver deixado um testamento definindo o direito de posse de seus bens. Em que nessa situação compete aos herdeiros segundo a classe sucessória a legítima sucessão a herança.

Como expressa Diniz (2002, p. 128) “na sucessão testamentária, a transmissão dos bens do de *cujus* se opera por ato de última vontade, revestido da solenidade exigida por lei, prevalecendo as disposições normativas naquilo que for *ius cogens*¹⁰, bem como no que for omissivo o testamento”.

Apesar do direito que todo cidadão tem de expressar a sua vontade em relação a distribuição de seus bens após a sua morte, registrado em testamento esse seu direito, porém segundo o artigo 1.845 do Código Civil deve ser assegurado direitos constitucionais da família, ou seja, essa liberdade de dispor dos bens não é total, assim deve antes ser assegurado parte de seu legado para atender as necessidades da família que tenha constituído para depois favorecer alguma outra pessoa que seja do seu agrado. Tendo-se ainda que verificar se de fato o seu desejo expresso de dispor parte de seus bens tenha sido de fato de sua livre iniciativa ainda em vida e se estava com plenos funcionamento de suas capacidades mentais (DINIZ, 2002, p. 128).

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, 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.

¹⁰ **ius cogens** (direito cogente) são normas peremptórias imperativas do Direito Internacional é inderrogáveis pela vontade das partes.

Para dispor de seus bens para terceiros deve ser respeitado o limite de 50% dos pertences matérias para assegurar o direito sucessório de seus herdeiros necessários, somente quando não os tiver é que o testador poderá apresentar em vida a distribuição de seus bens para quem desejar favorecer, e em caso que tenha elaborado testamento que favoreça a terceiros além do limite previsto tendo os herdeiros legítimos, essa será dada como ineficaz e será reduzida ao limite previsto em lei. Destacando que ambos os modos de sucessão podem ser utilizadas por um testador, apenas que seja observado o direito dos herdeiros necessários quando houver.

4. POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

Apesar de o Código Civil atual ser recente (2002) não traz especificações exatas sobre os direitos sucessórios do filho concebido por técnicas de reprodução humana assistida e que tiveram a sua concepção homóloga após a morte do pai. Verificando pelo artigo 1.798 do Código Civil, o tratamento para a sucessão, apenas a modalidade de sucessão legítima de herdeiros vivos e à testamentária, em relação aos herdeiros considerados legítimos da sucessão, estão inclusos tanto os filhos já nascido como os que no momento da morte já haviam sido concebidos (HIRONAKA, 2003, p. 94).

Segundo o artigo 2º do Código Civil, em relação a definição do que seja a personalidade jurídica dos herdeiros necessários, são os nascido e os já concebidos, e que para Hironaka (2003, p. 95), para estes há duas classes médico-legais, que são o feto, que compreende desde o ato da concepção até o período do ato do nascimento ou seja que esta se deslocando do aparelho reprodutor feminino, e a segunda classe é o período em que o feto-nascente esta em processo de expulsão fetal até o momento em que se verifica o estabelecimento de vida autônoma.

Entretanto, quando ocorre a inseminação artificial *post mortem*, o feto não se encontra em nenhuma dessas duas situações, ou seja, no ato do estabelecimento da abertura da sucessão, este não pode ser incluído por não existir. Nem mesmo se ter a sua exata certeza de futura existência viva. Porém diante da atual possibilidade de procriação assistida, a mulher após a morte do companheiro poderá a qualquer momento requerer o direito de ter o filho projetado pelo casal anteriormente.

Observa-se que a fertilização *in vitro* póstuma, é prevista pelo artigo 1.597, inciso IV¹¹ do Código Civil, já é uma modalidade de procriação *post mortem* com menor grau de polêmicas, por ter sido o embrião crio preservado teve a sua concepção realizada em período anterior a morte do progenitor. Nesse caso segundo Pereira (2007, p. 35) “deve prevalecer o entendimento de quem têm legitimação para suceder, em virtude de já estarem efetivamente concebidos ao tempo do óbito do de *cujus* (permitindo, por isso, a incidência da regra do art. 1.798 do novo Código Civil)”.

Esse mesmo entendimento é apresentado por Leite (2003, p. 109-110): “Em se tratando de criança concebida *in vitro* (sem recurso a um terceiro doador) e cujo pai faleceu antes da implantação do embrião, a hipótese é cientificamente plausível já que a congelação do embrião permite sua conservação”.

Nessa situação se presume que o pai tinha a intenção de ser o pai da criança que iria nascer futuramente, dessa forma essa passa a ser sua herdeira legítima, ainda que na data da abertura do processo sucessório não esteja em processo de gestação. Para essa situação a máxima *infans conceptus pro nato habetur quoties ejus agitur*¹² confere a sua aptidão de ser herdeira, tendo apenas que ser respeitado a condição de nascer com vida.

Outro dispositivo legal que confere o direito à sucessão é o previsto pelo artigo 1.799, inciso I¹³ do Código Civil, que destaca na definição do processo de sucessão testamentária, poder o pai reconhecer como legítima a disposição de contemplar como herdeiro um filho não nascido ainda, mas que seja o seu desejo que passe a fazer parte de sua prole eventual configurando dessa forma como pessoa viva no momento da abertura da sucessão. Nessa situação verifica-se que mesmo não tendo o embrião implantado no útero da mulher no ato da morte do pai, mas se este tiver consentido que fosse realizado esse implante, será a criança sua legítima herdeira.

Porém, o Código Civil não oferece regras relacionadas aos direitos sucessórios de filhos concebidos *post mortem* como sucessores legítimos, uma vez que se trata do instrumento, ainda que tenha tratado a matéria com uma possível relação à presunção de sua paternidade, como se observa pelos incisos finais do artigo 1.597, “IV – *havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial*

¹¹ **Art. 1.597.** Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

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

¹² É uma frase em latim que se refere ao direito do feto para herdar os bens do pai falecido..

¹³ **Art. 1.799.** Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

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

homóloga” e na sucessão testamentária, no artigo 1.799, inciso “I. – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”, não se verificando nenhuma dessas hipóteses nos três últimos incisos do artigo 1.597:

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 CÓDIGO CIVIL, 2002, Art. 1.597, Incisos III, IV e V).

O mesmo se verificando nos artigos 1.798, que considera como legítimas sucessoras apenas as pessoas nascidas ou que esteja em concepção no ato da abertura do processo de sucessão. Constatando que pelo artigo 1800, em caso de embrião conservado para posterior concepção, esta deverá ocorrer em até dois anos, e os bens destinados para essa criança deverão ficar sob a custódia de um curador designado pelo juiz. E passado esse período, caso não ocorra a inseminação artificial, os bens deverão ser repassados aos herdeiros legítimos.

Em relação ao doutrinamento que rege sobre o efeito jurídico da inseminação artificial póstuma, há três correntes distintas, sobre os seus efeitos jurídicos. Para a primeira corrente não deve ser admitido nenhum direito ao filho concebido após o falecimento do seu progenitor, não se aceitando nenhum direito tanto na área de família como sucessório. A segunda corrente, ainda que não admita o direito hereditário para o concebido *post mortem* do de *cujus*, para a sucessão legítima, entende ser possível um filiação mesmo que ocorra após os 300 dias previstos pelo artigo 1.597, II¹⁴ do Código Civil. Uma vez que não se pode negar o direito de um filho receber o nome de seu pai, quando foi esta a vontade expressa ainda em vida.

Por sua vez a terceira corrente considera ser de direito do filho fruto de concepção assistida após o falecimento do pai, ter o direito de receber o seu sobrenome no registro de nascimento e lhe é assegurado os direitos sucessórios, como os demais filhos legítimos do casal.

Hironaka (2003, p. 93) apresenta a sua defesa para a primeira corrente, diante da regra contida no inciso I do artigo 1.799, é lícito que o testador quando sabendo da sua possível morte indique como sucessor a prole eventual de uma única pessoa. O que deve ser feito, mediante um documento que autorize a esposa a realizar a futura concepção assistida como forma de assegurar o direito a paternidade e a herança de seus bens.

¹⁴ II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

Pois por não se ter nenhum problema com a sucessão dos filhos concebidos *post mortem*, como previsto pelo artigo 1.800, §4º¹⁵ do Código Civil quando esses forem inclusos no testamento de seu progenitor. Uma vez que caso a concepção não ocorra nos dois próximos anos, os bens deixados para esse serão distribuídos entre os herdeiros existentes, a não ser que haja uma comunicação expressa do pai falecido exigindo que seja assegurado esse direito por tempo superior ao previsto por lei.

Posição contrária é defendida por Aguiar (2005, p. 119), que vê na morte do progenitor o fim da sua permissão para o uso das técnicas de reprodução assistida. E se for mantido a pretensão da mãe em ter o filho, este terá que ser registrado filho apenas de sua pessoa, pois vê nesse ato, uma ação inconstitucional por estar violando o artigo 5º, I da Constituição Federal, ainda que se lamente a efetuação de uma opção arbitrária de orfandade intencionada.

Para essa linha de pensamento o filho quando concebido sem a anuência do pai, por este já estar morto, não pode ter direitos a sua sucessão, por não se enquadrar diante do texto do artigo 1.798 do Código Civil, ou seja, podem ser sucessores apenas os filhos nascidos ou concebidos até a data da abertura da sucessão. Pois se entende nessa doutrina, que para ter-se um projeto parental, deve se ter a vontade de duas pessoas e não apenas de um dos lados. Que no caso é a da mãe. E esta não pode dar continuidade a formação da prole sem a participação e consentimento efetivo do esposo.

Também Gama (2003, p. 22) entende diante dos artigos da legislação atual contida no Código Civil em vigor na legislação brasileira para a reprodução assistida, não deve ser permitido para a mulher obter o acesso ao material genético congelado do marido, quando este já esteja falecido, ainda que tenha oferecido essa vontade expressa, por infringir o princípio constitucional da igualdade entre os filhos. Somente poderia ser estabelecida a paternidade diante do uso dessa técnica com a sua fundamentação biológica, mas não se podendo definir direitos sucessórios, ato este que pode resultar na busca por direitos da criança pelos seus prejuízos advindos da falta dos bens materiais deixados de receber diante da ação unilateral da mãe em concebê-lo tendo para isso uma fundamentação de responsabilidade civil.

¹⁵ **Art. 1.800.** No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz. § 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

Porém questionando esse posicionamento Leite (2003, p. 38) destaca que não há lei que apresente expressamente à proibição da inseminação artificial *post mortem*, e se percebe a sua falta nos artigos e seus incisos dessa norma proibitiva, ou seja, apesar de não dizer que é proibido, a lei atual não diz também que é permitido. Assim como se considera quase impossível que uma criança vá à justiça pleitear os seus direitos e ou danos materiais perdidos por ser fruto de uma concepção artificial de um pai já falecido. Pois, geralmente quando um pai busca ajuda para a fertilização assistida para a sua esposa, se entende que seja um desejo comum do casal a sua concepção. Sendo ainda a sua anômala, tanto em relação ao direito de família quanto diante do direito das sucessões. Uma vez que não há previsão de recebimento de herança por parte do pai devido a sua nãoconcepção no ato de abertura da sucessão. A não ser que a sua previsão fosse expressa na legislação brasileira, o que na atualidade não é, e se verifica que em outros países como na França, pelo seu Code Civil artigo 725 já se encontra reconhecido a capacidade sucessória da concepção concebida *post mortem* quando a sua autorização foi expressa para que ocorra a inseminação em até 180 dias após o seu falecimento.

Esta posição do direito francês é o que se observou diante da segunda corrente que tem em Almeida Júnior (2005, p. 256) um de seus defensores, e que prevê o direito a sucessão, se for esse desejo manifestado por testamento, e deve ser respeitado o período de dois anos como data limite para a sua concepção. Considera também que quando houver essa cláusula no testamento, deve ser reservada a parte que compete a este herdeiro na partilha. Mantendo-se as práticas legais de se encarregar um tutor para preservar o patrimônio e se passado o tempo legal dos dois anos sem a sua concepção, seja distribuído como prevê a lei entre os herdeiros.

Verificando que por não haver ainda na legislação brasileira norma que ampare os direitos sucessórios do concebido *post mortem*, tem somente amparo com a sua especificação testamentaria e mesmo assim com o limite previsto pelo artigo 1.800, § 4º do Código Civil.

Contrariando essas duas correntes doutrinárias a terceira corrente admite amplos direitos ao filho concebido após a morte do pai, desde o nome do seu pai no registro de nascimento e a sua inclusão como herdeiro legítimo como qualquer outro filho que o casal tenha tido.

Em defesa dessa corrente Almeida (2003, p. 104), verifica que o atual Código Civil de 2002 apenas reproduziu o preceito já expresso no Código Civil de 1916 sobre os concepturos. Lembrando que naquela época não havia a menor alusão a possibilidade de ocorrer filiação assistida, apenas se referindo como um possível direito do filho nascido em um determinado

prazo que efetivamente teria acontecido a concepção natural do filho, antes de sua morte. E na atualidade essa é uma realidade inquestionável.

Ainda segundo Almeida (2003, p. 104) mesmo não tendo previsão de sua inclusão como direito do concebido artificialmente a sucessão dos bens deixado pelo pai, o Código Civil em seus artigos 1.798 e artigo 1.799, inciso I, oferecem possíveis contradições e por isso novos entendimentos para a questão da sucessão testamentária, pois enquanto o artigo 1.798 considera apto a suceder apenas os filhos que estejam vivos ou concebidos no momento da abertura da sucessão. Este texto oferece o entendimento de que os filhos não concebidos poderiam herdar caso forem indicados no testamento. Outra questão presente no artigo 1.798 pode ser entendida como se caso a criança não for concebida até o momento da morte do seu pai não poderá ser considerada como sua herdeira.

Entretanto, o atual desenvolvimento científico permite que seja atestado como filho mesmo o que seja procriado pela inseminação artificial, não se tendo importância para esse reconhecimento se o pai já está ou não falecido, como descrito pelo artigo 1.597, inciso III do Código Civil. Sobre os filhos concebidos por uso da fecundação artificial: “*III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido*”.

Verificando dessa forma que a legislação brasileira reconhece a relação do filho com o pai falecido, desta forma não é justificável que se mantenha um entendimento previsto no início do século XX, quando se fazia distinção entre filhos legítimos e naturais, como eram denominados os filhos havidos fora do casamento. Além de que a lei sempre ofereceu um espaço para que o filho natural também reclamasse o seu direito de herança. Então, não se justifica mais na atualidade se afastar os efeitos patrimoniais, especialmente os referentes à herança. Uma vez que se verificou que a lei garante a este filho o seu direito de filiação. Dessa forma não há porque se justificar a sua negativa para o direito sucessório.

Tendo-se ainda segundo a Constituição Federal, no seu artigo 227, §6^o¹⁶, a garantia de igualdade de condições de direitos entre os filhos, ou seja, não é admissível que um filho obtenha o direito à herança e seja negado para o outro.

Favorável a esse direito verifica-se em Chinelato (2004, p. 92) que o artigo 1.597 do Código Civil, não oferece obstáculo para que se entenda o artigo 1.798 a negação do direito à

¹⁶ **Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

sucessão do filho concebido postumamente, quando há o desejo expresso do falecido, autorizando a inseminação artificial *post mortem*.

Diniz (2009, p. 549) também entende que o concebido, após a morte do pai, deve ser considerado um herdeiro legítimo, porque segundo o Código Civil, no artigo 1.597, a sua presunção esta contida na constância do casamento, desde que se tenha a anuência das partes e esteja em uma união estável ou casamento quando foi tomada a decisão da sua concepção assistida.

Sobre a regra contida no artigo 1.798, que reconhece a legitimação de sucessão às pessoas nascidas ou concebidas até o momento da abertura da sucessão. Em que se questiona a sua legalidade como concebido na constância do casamento, e quais os efeitos legais que devem ser oferecidos para esse indivíduo. Tema este debatido III Jornada de Direito Civil e recebeu aprovação com o enunciado 267, de Guilherme Calmon¹⁷, o qual dispõe nos seguintes termos: “A regra do artigo 1.798 do Código Civil se estende aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida abrangendo, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição de herança”.

Sobre a questão da concepção da vida se esta já se faz presente desde o embrião, o que segundo o Código Civil brasileiro, art. 4º, a vida humana tem o seu início com o nascimento, porém a lei dispõe que a vida ocorre desde a concepção do nascituro, tendo-se sobre essa questão um longo questionamento legal no Brasil, apresentando-se em 2005, a ADI número 3.510, a qual foi proposta para o debate em relação células-tronco embrionárias em que se questionava sobre questões éticas e do entendimento sobre o início da vida, recebido voto do Ministro Aires Brito sobre o momento da concepção quando delegou o *status* de objeto de direito ao embrião extracorpóreo, sob o fundamento de que não há vida antes da nidação. A preocupação com o uso de embriões na produção de células-tronco e do seu descarte quando não aproveitado na inseminação artificial, promoveu a distinção pela ADI 3510, de embriões destinados para a fertilização assistida, descartes de embriões com mais de 3 anos mantidos congelados e do uso de embriões inviáveis, ou seja, que não apresentaram condições para o seu implante no útero materno. Mantendo-se o entendimento que as pesquisas com células-tronco seriam somente realizadas com material descartado da inseminação assistidas e doados para pesquisa, atendendo aos quesitos de mais de três anos de congelamento e de embriões inviáveis. O que se mantém o entendimento da vida desde a concepção do embrião.

¹⁷ http://daleth.cjf.gov.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf.

Reforçando a valorização do avanço das ciências, o Conselho Federal de Medicina a aprovação da Resolução 2013 em 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119 do Diário Oficial da União, pelo qual se passa a adotar novas normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Mantém-se a sua utilização apenas para a inseminação e apenas após o seu descarte como previsto pela ADI 3510 é que será usado para fins de pesquisas, sobre a questão da paternidade, com a utilização das técnicas de reprodução humana assistida *post mortem*, o melhor entendimento do artigo 1.798 do Código Civil leva a considerar que deve ser feita uma interpretação extensiva a qual abrange também os embriões já formados e aqueles a formar. Se a criança nascer depois da conclusão do inventário e da determinação da partilha dos bens, poderá ter o seu direito de acesso a herança por meio de petição de herança¹⁸ como é realizado por outros herdeiros legítimos quando são preteridos.

Como destacado por Pereira (2007, p. 71) “*petição de herança é uma ação real universal, quer o promovente postule a totalidade da herança, se for o único da sua classe, quer uma parte dela, se a sua pretensão é restrita a ser incluído como sucessor, entre os demais herdeiros*”.

Leite (2003, p. 194) a petição de herança tem o duplo objetivo de proclamar o princípio de que quando tiver mais de um herdeiro, pode a parte que se sentir lesada reclamar a sua totalidade da parte que lhe cabe da herança. (artigo 1.791¹⁹ do Código Civil); e o segundo objetivo é de reconhecer judicialmente o filho como herdeiro.

De modo geral a petição de herança pode ser ajuizada dentro do prazo prescricional de 10 anos²⁰, a ser contado a partir do falecimento do autor da herança. Porém essa referencia não se aplica em relação a incapazes, os menores de 16 anos, e em relação ao concebido por inseminação artificial *post mortem*, a petição de herança pode ser requerida até os 26 anos de idade.

Tepedino e Barbosa *apud* Tavares (2010, p. 29) destacam entendimento apresentado durante a III Jornada de Direito Civil:

Art. 1.597, III e IV AUTORES: Gustavo Tepedino e Heloisa Helena Barboza, Professores Titulares de Direito Civil da UERJ
ENUNCIADO: Tendo em vista que o art. 1.597, incs. III e IV, não estipulou prazo para a possível gestação da mulher após a morte do marido, e os graves problemas de ordem prática daí decorrentes, razoável a aplicação do prazo prescricional

¹⁸ 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.

¹⁹ **Art. 1.791.** A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

²⁰ Prazo geral do artigo 205 do Código Civil quando não há lei expressa fixando um prazo menor.

geral para a eventual petição de herança, a ser suspenso na forma da lei, até que venha a ser editada legislação específica sobre o assunto.

JUSTIFICATIVA:

O art. 1.597, incisos III e IV, do Código Civil contempla a denominada “inseminação artificial *post mortem*” e a possibilidade de utilização, a qualquer tempo – portanto, também após a morte do cônjuge –, dos embriões do casal que se encontrarem criopreservados. Não houve, contudo, estabelecimento de prazo para a possível gestação e o nascimento do filho assim gerado. Essa ausência de limitação temporal cria problemas de ordem prática no aspecto sucessório, especialmente no que respeita ao inventário de partilha dos bens do marido. Considerando que o vínculo de filiação assegurado pela presunção de paternidade gera efeitos extrapatrimoniais e patrimoniais, parece razoável manter-se o antigo entendimento do STF, seguido pelo STJ, mesmo após 1988, que diferencia tais efeitos nos casos de investigação (*post mortem*) da paternidade, cumulado com a petição de herança.

Para esse entendimento, os efeitos extrapatrimoniais referentes a filiação são imprescritíveis; não o sendo a petição de herança, que é de natureza patrimonial, e está sim, deve estar sujeita a um prazo que se prescreve após 10 anos, e que deve ser interrompido após o nascimento com vida do filho, por força do disposto no art. 198, I²¹. O que leva a considerar como uma possível solução, a de que o pai deve autorizar em vida quando da realização do ato do processo da técnica de reprodução humana assistida, se estabelecesse um prazo para a concepção do filho. Devendo ser este de no máximo dois anos, em parte para preservar a qualidade do material genético e de outra atendendo ao dispositivo presente no Código Civil no artigo 1800, §4^{o22} para a concepção da prole eventual. Prevalecendo a reserva de bens de herança pelo tempo previsto e a sua distribuição entre os demais herdeiros em caso de negativa de concepção no prazo previsto.

Diante dos detalhamentos dos artigos do Código Civil referentes aos direitos sucessórios sobre a fecundação artificial *post mortem* importante se faz aqui apresentar uma descrição presente no ordenamento jurídico brasileiro referente a família, a qual tem pelo artigo 226²³ da Constituição de 1988, a sua definição como base da formação da sociedade e portanto protegida pelo Estado constitucional, destacando que ao se referir como família já há o entendimento sobre as diferentes formações que atualmente podem ser compostas uma família e oferecendo também o seu amparo para os seus descendentes monoparental.

²¹ **Art. 198.** Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3o.

²² **§ 4o** Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

²³ **Art. 226** - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. **§ 4º** - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. **§ 8º** - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Não tendo o Estado segundo o artigo 226, §7º²⁴ da Constituição Federal direitos de interferir sobre o planejamento familiar, apenas que esse seja definido em princípios que preservem a dignidade humana e que as famílias sejam plenamente responsáveis pelos seus filhos, não oferecendo nenhuma imposição relacionada ao direito de decisão quanto a quantidade de filhos que venham a ter como se observa pelo artigo 2º da Lei 9.263/96²⁵.

Ainda por essa mesma lei em seu artigo 3º²⁶ é direito de cada família decidir ou não pelo planejamento familiar, apesar de ser recomendável para que o casal possa ter melhor controle de sua prole e ou meios para educa-la, não se tendo nenhuma restrição quanto ao direito do casal de realizarem a formação de sua prole por meio de inseminação artificial pela mulher, mesmo que essa seja realizada após a morte do esposo.

O que leva a entender que não pode ser negado o direito da mulher de realizar o seu intento de formar a sua prole sozinha, desde de que tenha condições emocionais e financeiras para a sua manutenção, podendo ser esse projeto uma elaboração conjunta do casal, quando esse ainda era vivo, por isso nada a impede de seguir na execução do mesmo, ainda que tenha que assumir sozinha a educação do filho. O consentimento deve oferecer a mesma relação dada para a ação de adoção póstuma prevista pelo artigo 42, §5º²⁷ do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 1990), que dá ao adotante, ainda que durante o processo de adoção, este venha a falecer. Em ambos as situações, é preferível que a manifestação da vontade do pai seja registrada, como forma de garantir os feitos jurídicos ao filho.

O ideal é que o esposo possa deixar em vida uma autorização para a realização desse procedimento, o que garante ao filho os seus direitos tanto os de sucessão como de identidade. Verificando diante dos princípios consagrados pela Constituição da igualdade de direitos dos filhos, mesmos os dos filhos concebidos pela inseminação artificial *post mortem*, como

²⁴ § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

²⁵ **Art. 2º** Para fins desta Lei entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

²⁶ **Art. 3º** O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

²⁷ **Art. 42.** Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

§ 5º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

previsto pelo artigo 1.597, inciso III²⁸ do Código Civil. Ou seja, a legislação infraconstitucional não possui o direito de executar exceções ou de estabelecer algum tipo de diferenças, as quais não estejam prevista pela Constituição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o avanço científico das pesquisas no emprego de modernas técnicas de reprodução assistida, surgiram inúmeras discussões doutrinárias na esfera jurídica, principalmente no que se refere ao direito sucessório, mais precisamente na questão relacionada à capacidade sucessória, daquele concebido *post mortem*. Nesse campo, em decorrência da falta de uma legislação infraconstitucional para dar regulamentação às técnicas de reprodução humana assistida, surgem três correntes doutrinárias distintas, objetivando a resolução da problemática surgida. A primeira é Excludente. Seus adeptos defendem a ideia de que a utilização de técnicas de reprodução assistida deva ser proibida, em razão do entendimento estrito do art. 1798 do CC 02. A segunda é Semi Excludente, pois aceita a utilização das técnicas de reprodução assistida póstuma, permitindo apenas o direito a filiação, excluindo assim o novo ser do direito à herança. A terceira é Inclusiva, não só permitindo ao concebido *post mortem* o direito de família, como também o direito a sucessão.

Enfim, percebe-se que as normas que tratam da sucessão, quando se discute o direito daquele concebido por técnicas de reprodução assistida após a morte do autor da herança, estão em completo desacordo com os avanços decorrentes da reprodução médica assistida, fazendo-se necessário, o mais breve possível, que o legislador regulamente de forma adequada o direito de esse novo ser, pois os interesses das crianças devem ser preservados, independente da forma como foram geradas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

²⁸ III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

BRASIL. **Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005**. Lei de Biossegurança. Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm – acesso em 20/06/2014.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima: arts. 1.784 a 1.856, v. XVIII**. São Paulo: Atlas, 2003.

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e o biodireito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 94, n.838, ago. 2005.

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p.117.

ARAÚJO, Maria Darlene Braga. O clássico estabelecimento da filiação e as inovações oriundas do princípio da Isonomia. **Revista Pensar**. Fortaleza, v.4, n.4, p.51-60, janeiro de 1996.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Código Civil de 2002 (CC)** Saraiva e Constituição Federal.36. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família, v. 18 (arts. 1.591 a 1.710)**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.013**, de 9 de maio de 2013. Diário Oficial da União. 9 maio 2013;(88):seção I, p. 119-20. Constituição Federal, 2013.

III Jornada de Direito Civil.

http://daleth.cjf.gov.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf

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 humana assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.636.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 6º v.: Direito das Sucessões**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ. Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAZ, Adilson Silva. **A Teoria da Argumentação Jurídica como controle de racionalidade: breves considerações acerca de sua viabilidade**. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Adilson_Ferraz.htm>. Acesso em: 12 jul 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários os Código Civil: parte especial: do direito das sucessões, v. 20 (arts.1.784 a 1.856)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. XXI: do direito das sucessões (arts. 1784 a 2027). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.210.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: V. VI : Direito das Sucessões. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TAVARES, Anna Livia Freire. **A evolução do direito sucessório quanto à origem da filiação no ordenamento jurídico brasileiro**: uma análise à luz da constitucionalização do direito civil. In: Juris Way, 2010.