

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMOLOGA *POST MORTEM* E O DIREITO SUCESSORIO

ARTIFICIAL INSEMINATION HOMOLOGY *POST MORTEM* AND SUCESSORY LAW

Giovana Alves Barbosa¹

Mariana Otoni²

Ana Lúcia Andrade Tomich Ottoni³

RESUMO: O presente estudo objetiva uma análise sobre o direito sucessório do filho concebido através de inseminação artificial homóloga, *post mortem*, bem como o reconhecimento da filiação diante dos avanços tecnológicos da medicina, os entendimentos doutrinários e as jurisprudências que cuidam dessa nova modalidade de reconhecimento sucessório. Nesse entendimento em apertada síntese, estuda-se técnicas de reprodução assistida como Inseminação Artificial Homóloga e Heteróloga e Fertilização Artificial *Post Mortem*. Em seguida, é exposto um de maneira breve a problemática do reconhecimento da legitimidade sucessória do filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem*. Com observância aos institutos jurídicos, regramento legal, doutrina e a jurisprudência pertinentes. Diante do dos avanços tecnológicos tem-se o conseqüente reconhecimento de novas modalidades de filiação, para concluir diante da falta de amparo na legislação vigente, clama-se por garantias legais dos que vivem a mercê da lei.

Palavras-Chave: Reprodução Assistida; inseminação Homóloga; Igualdade; Sucessão.

ABSTRACT: The presente study aims an analyze about the sucession right of the conceived child through the homologous artificial insemination, post mortem, like the recognition of membership facing the technological advances in medicine, the doctrinal understandings and the jurisprudence who take care of this new modality of doctrinal recognition. In this understanding in tight synthesis, tecniques of assisted reproduction like homologous artificial insemination and heterologous and artificial fertilization Post

¹ Aluna do curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos-AlfaUnipac. Email: agiovana291@gmail.com

² Aluna do curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos-AlfaUnipac. E-mail: mama.otoni@hotmail.com

³ Coordenadora e Professora do curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos-AlfaUnipac. E-mail: analuciatomich@hotmail.com

mortem are studied. Then, it's exposed in a short and problematic way of the succession legitimacy of the child conceived by homologous artificial insemination post mortem. In compliance with the legal institutes, legal regulation, doctrine and pertinent jurisprudence. In view of the technological advances, there is the consequent recognition of new forms of affiliation, to conclude in the face of the lack of support in the current legislation, there is a call for legal guarantees of those who live at the mercy of the law..

KEYWORDS: Assisted reproduction; Homologous insemination; Equality; Succession.

1. INTRODUÇÃO

Analisar-se-á no presente trabalho o direito sucessório do filho concebido através de inseminação artificial homóloga, *post mortem*, que foi proporcionado através do avanço da medicina, que permitiu novos meios de técnicas conceptivas, o que, contudo, tem estabelecido diversas posições e questionamentos no âmbito do direito das sucessões, em face da falta de legislação sobre o tema.

O código civil em seu art. 1.597, reconhece a filiação, dos concebidos através da técnica de reprodução humana assistida homóloga, mesmo que *post mortem*. Em contrapartida o mesmo código não foi preciso em relação ao direito sucessório dos mesmos, em seu art. 1.798, dispõe que: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Dessa forma, verifica-se que a problemática não está no reconhecimento do filho, e sim no reconhecimento do seu direito de suceder, e é neste ponto que se encontram as controvérsias doutrinárias, surgindo duas correntes que se posicionam em sentido contrário, pois os dispositivos legais permitem que se interprete no sentido de se admitir ou não o direito sucessório deste filho.

Enfim, o presente artigo busca analisar a problemática acerca do tema, se fundando na pesquisa bibliográfica, através de pesquisas doutrinárias, em artigos científicos, e na lei, atinentes ao tema.

2. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Na antiguidade a única forma de se gerar um filho seria com um ato sexual entre um homem e uma mulher. Ao passar do tempo, com os avanços tecnológicos e científicos, surgiram as técnicas de reprodução assistida, permitindo assim, que

casais inférteis ou estéreis, que possuem um planejamento familiar, pudessem conceber uma criança, de forma que não seria possível pelos meios convencionais.⁴

Embora tenham a opção de fazer a adoção de crianças, alguns casais desejam ter seus filhos de sangue, o que é totalmente possível com as novas técnicas de reprodução assistida.

O Código Civil Brasileiro 2002 trouxe em seu art. 1597, nos incisos III, IV e V, algumas técnicas de reprodução assistida. Conforme a I Jornada de Direito, em seu enunciado 105, os dispostos nos incisos III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”.

Acerca disso, Sílvio Venosa (2003, pág. 113) entende que: “a reprodução assistida é a interferência no processo de procriação natural, como finalidade de alcançar a paternidade e maternidade daqueles que não são capazes devido esterilidade ou infertilidade”. A técnica de reprodução assistida vem sendo cada vez mais aplicada, e vem ganhando uma notoriedade maior no âmbito jurídico. Os métodos de reprodução assistida são divididos em dois grupos, a fertilização in vitro e a inseminação artificial que se subdivide em inseminação artificial homóloga e inseminação artificial heteróloga.⁵

Os aspectos médicos da inseminação artificial, consistem nas formas procedimentais técnicas da medicina quanto à sua realização, sobre o Banco de Sêmen, suas características e procedimentos, e sobre o Conselho Federal de Medicina que tem como norma reguladora da Reprodução Assistida, a Resolução 1358/92. (REZENDE, 2009).

⁴ Instituto Brasileiro de Direito de Família, **Técnica de Reprodução Assistida e biodireito.**

Disponível em <

<https://www.ibdfam.org.br/artigos/110/T%C3%A9cnicas+de+reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+e+biodireito>> Acesso em: 29 out 2020.

⁵ MARQUES, Alessandro Brandão. **Questões polêmicas decorrentes da doação de gametas na**

inseminação artificial heteróloga. Teresina, ano 7, n. 92, 3 out. 2003. Disponível em: <

<https://jus.com.br/artigos/4267/questoes-polemicas-decorrentes-da-doacao-de-gametas-na-inseminacao-artificial-heterologa> >. Acesso em: 04 nov. 2020.

2.1. Inseminação Artificial Homóloga e Heteróloga

Segundo Venosa (2006, p. 240), “denomina-se homóloga a inseminação proveniente do sêmen do marido ou do companheiro; heteróloga, quando proveniente de um estranho”.

Lopes (2000, p. 585), denomina a inseminação artificial homóloga como sendo a que: “consiste na introdução de espermatozoides do esposo de qualquer segmento do aparelho genital feminino. Tal procedimento é feito após preparo laboratorial do sêmen. Pode ter lugar em um ciclo espontâneo ou após estimulação da função ovatoriana com indutores da ovulação”.

. A inseminação Homóloga como mencionado só pode ser aplicada em pessoas casadas ou com união estável, de acordo com o Código Civil, e também com necessidade de autorização prévia escrita e expressa com consentimento livre e esclarecido informado por ambos os envolvidos. A inseminação homóloga também é admitida em caso de separação de fato, divórcio ou fim da união instável mediante o consentimento das partes envolvidas.⁶

Sobre a inseminação artificial heteróloga, Lopes (2000, p. 586), discorre: “obedece aos critérios técnicos semelhantes àqueles levados a efeito na inseminação artificial homóloga. Exceção, faz-se, quanto a origem da amostra seminal no caso oriunda de um doador”.

O espermatozoide ou óvulo que será utilizado, provém de um doador desconhecido ao casal, através de doação. O procedimento é muito utilizado nos casos de esterilidade do homem ou da mulher ou de incompatibilidade sanguínea. É fundamental que exista o anonimato entre os doadores e os receptores, assim como a gratuidade, não podendo ter como intenção qualquer fim lucrativo. (MARQUES, 2003).

2.2. Fertilização Artificial *Post mortem*

A fertilização artificial *post mortem* consiste na inseminação de um sêmen do esposo falecido na mulher viúva, ou também, da introdução do embrião fecundado

⁶ SERRA, Isabella. **Inseminação artificial homóloga post mortem no âmbito do direito sucessório**. Disponível em:<

com o sêmen do falecido. A reprodução assistida *post mortem*, trouxe a possibilidade de a viúva gerar filho de pai pré-morto, através da criopreservação do sêmen logo após o falecimento do esposo.⁷

Entretanto, esta técnica enquadra-se apenas em casos de graves doenças ou estado terminal do marido. A fecundação na mulher só é feita após a morte do seu marido, criando assim, a possibilidade de um homem que apontou riscos de esterilidade conservarem sua fertilidade. Embora a técnica de reprodução assistida venha se expandindo, a legislação brasileira ainda é muito falha em relação ao direito de suceder o filho concebido *post mortem*.

Neste sentido, entende Venosa:

Advirta-se, de plano, que o código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução aos aspectos da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microssistema. (VENOSA, 2006, p.199)

À vista disso, observa-se que não há na legislação uma parte que protege os direitos sucessórios do filho concebido *post mortem*. Embora o art. 1597, em seu inciso III, do Código Civil brasileiro trate dos filhos havidos por fecundação artificial, não há nenhuma disposição sobre os direitos sucessórios dos mesmos. Embora não haja no Código Civil brasileiro uma posição em relação a prole concebida *post mortem*, o art. 5º, em seu inciso XXX, da Carta Magna assegura o direito a herança como direito fundamental.

Neste contexto, entende Flávia Ayres de Moraes e Silva:

Tem-se, então, no nosso ordenamento jurídico que a capacidade sucessória é a aptidão ou idoneidade para receber a herança ou o legado, sendo delimitada pelo não impedimento legal para herdar. Destaca-se que não há impedimento legal expresso no que tange à inseminação *post mortem* e que o direito à sucessão, antes de ser tratado como um instituto civil, constitui direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal. (SILVA, 2008 p.263)

Superada essa questão, deve-se partir para a análise da aptidão sucessória do nascido mediante as técnicas de reprodução *post mortem*.

⁷ SANTOS, MAísa Rodrigues; PELLIZZONI, Nilton Torcani. **A Inseminação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/a-inseminacao-artificial-post-mortem-e-o-direito-sucessorio/> Acesso em 02.nov.2020

3. Direito Sucessório

Também conhecido como direito hereditário, o direito sucessório consiste na transmissão de patrimônio, direitos e obrigações de um indivíduo a outro. Dar-se-á sucessão quando os direitos e obrigações de uma pessoa são transferidos a outra pessoa, tendo este sucessor os mesmos direitos e obrigações que o sujeito anterior.

Os direitos e obrigações podem ser transferidos para o sucessor sendo o titular ainda vivo, ou após sua morte. A transferência feita em vida é conhecida como transmissão *inter vivos*, já a transferência feita após a morte do titular, é conhecida como transmissão *mortis causa*. Na sucessão, a transmissão causa mortis é a transferência dos direitos e obrigações do falecido para outro que esteja vivo.

Neste contexto, Cahali e Hironaka (2000, PG 15) lecionam: "emprega-se o vocábulo sucessão em sentido estrito para identificar a transmissão do patrimônio apenas em razão da morte, como fato natural, de seu titular, tornando-se o sucessor sujeito de todas as relações jurídicas que àquele pertenciam".

A sucessão tem sua classificação como legítima ou testamentária, como prevista no art. 1786 do Código Civil brasileiro. Na chamada sucessão legítima, também conhecida como *ab intestato*, é feito de acordo com a lei, ocorre quando o titular vem a óbito sem deixar testamento ou quando o negócio jurídico for nulo ou caduco. Na sucessão testamentária, prevalece a última vontade do *de cuius*. O titular dos direitos e obrigações deixa expresso em documento lavrado de acordo com a lei, onde ele escolhe quem serão seus sucessores.⁸

3.1. Abertura da Sucessão

A abertura da sucessão se dá com a morte do titular da herança. No momento em que é aberta a sucessão, os direitos e obrigações existentes são desmembrados do autor e herdados por seus sucessores. No momento em que se dá a abertura da sucessão, acontece também a delação sucessiva e aquisição sucessiva.⁹

⁸ Jus.com.br, **Direito Sucessório: linhas diretas**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/34103/direito-sucessorio-linhas-gerais>> Acesso em: 02 nov. 2020

⁹ JUS.com.br, **Direito Sucessório: linhas diretas**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/34103/direito-sucessorio-linhas-gerais>> Acesso em: 02 nov. 2020

Denomina-se delação sucessiva, o momento em que a herança é colocada para distribuição entre quem tem o direito de herdar, enquanto a aquisição da herança acontece quando o herdeiro legítimo ou testamentário, manifesta sua vontade para receber o que lhe é de direito. Apesar de existirem estas três fases do processo sucessório e de serem distintas umas das outras, as três fases acontecem concomitantemente. Assim sendo, de acordo com o art. 1784 do Código Civil brasileiro, aberta a sucessão, transmite-se, desde logo, a herança ao herdeiro.

Aberta a sucessão, o patrimônio do de cujus é transferido para seus herdeiros, independe de qualquer ato dos seus sucessores, mesmo que não tenham conhecimento dela. A partir do momento em que herança é passada para os herdeiros, eles se tornam titulares dos direitos e obrigações deixadas pelo de cujus, sendo protegidos apenas das responsabilidades como as dívidas deixadas pelo falecido, conforme dispõe o art. 1792 do Código Civil brasileiro.¹⁰

3.2. Legitimidade ou capacidade para suceder

É necessário que se diferencie a capacidade para suceder da capacidade civil. De acordo com Diniz (2018), que cita a obra de Caio M. S. Pereira (1976), “a capacidade civil é a aptidão que tem uma pessoa para exercer por si, os atos da vida civil, já a legitimidade ou capacidade sucessória é a aptidão específica da pessoa para receber os bens deixados pelo de cujus, ou melhor, é a qualidade virtual de suceder na herança deixada pelo *de cujus*. “

Do disposto no art. 1.784 do Código Civil perpassa que ao ser aberta a sucessão, a herança será transmitida imediatamente aos herdeiros, sendo a continuação de uma relação jurídica em outro sujeito, que será titular de direitos e deveres.

De acordo com Silva Pereira apud Diniz:

Para apurar a capacidade sucessória, cumpre observar a ocorrência dos seguintes pressupostos: 1º Morte do *de cujus*, porque só nesse momento é que a propriedade e a posse da herança se transmite aos herdeiros legítimos e testamentários; 2º Sobrevivência do sucessor, ainda que por fração ínfima de tempo, dado que a herança não se transmite do nada; 3º O herdeiro precisa pertencer a espécie humana, dado que só o homem e as pessoas

¹⁰ Jus.com.br, **Direito Sucessório: linhas diretas**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/34103/direito-sucessorio-linhas-gerais>> Acesso em: 02 nov. 2020

jurídicas por causa dos homem podem adquirir a *causa mortis*. Coisas inanimadas e animais não tem capacidade sucessória, porque não podem ser sujeitos de direito; 4º Título ou fundamento jurídico do direito do herdeiro, pois para herdar deve atender à convocação do testador ou da lei (CC, art.1786). (PEREIRA, *apud* DINIZ, 2018, p.64).

Conforme art. 1798 são legítimos a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, logo a regra é de que apenas a pessoa viva no momento da sucessão, pode suceder, com a exceção dos já concebidos, desde que nasçam com vida.

O enunciado nº 267 do Conselho de Justiça Federal expõe que:

A regra geral do art.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 as regras previstas para a petição de herança.

O art. 1799, do Código Civil já dispõe que se tratando de 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.

4. Princípio constitucional da igualdade entre os filhos

A Constituição Federal, em seu capítulo dos direitos fundamentais, art. 5º, dispõe sobre o princípio da igualdade, segundo o qual todos são iguais perante a lei sem qualquer distinção, de qualquer natureza. A Constituição legisla sobre a proteção integral desses direitos. Dessa forma, se aplicando o princípio, é evidente a ideia de isonomia, ficando proibido que os iguais sejam tratados de forma diferente. A Constituição estabelece o princípio de igualdade dos filhos, segundo o qual todos os filhos, independente da natureza da filiação, são iguais para qualquer efeito jurídico, mesmo sendo concebidos através de técnicas de reprodução assistida, ainda que por inseminação homologa *post mortem*.

Segundo Rigo:

Para muitos autores, o princípio da igualdade estende-se a todos os seres humanos, aos já nascidos, ou aos apenas concebidos [...]uma interpretação literal do art. 1º da Declaração dos Direitos Humanos pode ensejar dúvida quanto aos seres humanos já concebidos, mas ainda não nascidos. Todavia, em uma leitura integral e mais cuidadosa de toda a Declaração, nota-se que não há distinção entre os seres já nascidos e os não nascidos. Mesma interpretação deve ter o parágrafo 2º do art. 1º do Pacto de São José da Costa Rica, não dando espaço a distinção entre a vida intra e extrauterina. (RIGO, 2009, p.06).

Enquanto a Constituição Federal dispõe sobre a proibição de qualquer desigualdade entre os filhos através de princípios gerais e fundamentais, o Código Civil não os contemplou, entrando em contradição, quando dispõe sobre o direito sucessório do filho concebido através de inseminação artificial *post mortem*.

Destaca Rigo (2009, p. 6) “que ao estabelecer entre os filhos a igualdade plena, a Constituição Federal de 1988, proíbe todo e qualquer tipo de distinção entre estes. E, que o Código Civil, por sua vez, expressa que o filho concebido após a morte de seu pai somente pode sucedê-lo se contemplado em testamento.”

Sendo assim, nota-se que o Código Civil, deixou de observar o princípio da igualdade, estabelecido pela carta magna.

Hironaka (2003, p.93), sobre o princípio constitucional de igualdade entre os filhos afirma: “A Constituição Federal não faz distinção entre os filhos, qualquer que seja sua origem ou o tipo de relação mantida por seus genitores”.

Por sua vez, ressalta Gonçalves (2007, p. 58) que:

Se, assim, na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “concebidos na constância do casamento”, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, §6º, da Constituição Federal. (GONÇALVES, 2007, p.58).

A respeito do que se fala, Marques (1999, p.28) ensina que:

A isonomia, traduzida constitucionalmente na aplicação do conceito da igualdade, buscou solucionar, portanto, vazios legislativos para situações do mundo dos fatos que reclamavam por uma interpretação mais contemporânea. Interpretação que, por sinal aos poucos era integrada na jurisprudência dos tribunais a partir da utilização de princípios gerais de direito e de análise comparativa e outros ordenamentos jurídicos. O mérito da Constituição Federal de 1988, por consequência, não foi o de inaugurar soluções a problemas do âmbito do direito de família, mas sim, o de obrigar a interpretação de leis infraconstitucionais a uma nova realidade material: a de igualdade entre familiares nas suas relações de convívio. (MARQUES, 1999, p.28).

Dessa forma, permitindo que todos os membros das famílias sejam tratados de forma igual, como sujeitos de direitos, reconhecendo a individualidade de cada um, proporcionando maior respeito aos seus direitos fundamentais.

5.1. Legitimidade sucessória do filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem*

O Código Civil como já mencionado reconhece a filiação dos nascidos através

de técnicas de inseminação artificial, mesmo que *post mortem*, e garante o direito a sucessão aos nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão, de acordo com o art.1798 CC. Desta maneira, os filhos através de inseminação homóloga *post mortem* não seriam legítimos para herdar, de acordo com o direito positivo, indo contra o princípio constitucional da igualdade.

Dias (2011, p. 117) explica que a “norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários”.

Na tentativa de minimizar o efeito nocivo do referido artigo, o Código Civil buscou, em seu art.1799, assegurar os direitos sucessórios desta criança, propondo que a mesma pode vir a suceder desde que tenha sido indicada em testamento pelo *de cuius*. (CRISTIANE, p.283).

Albuquerque Filho (2006), sugere aplicar, por analogia, o prazo constante do artigo 1.800, § 4º, do Código Civil, ou seja, de dois anos a contar da abertura da sucessão.

Desta forma, segundo o código civil, para se requer o direito sucessório, deve ser observado o prazo de 02 anos após abertura da sucessão, do contrário os bens caberão aos demais herdeiros legítimos, salvo se disposto em contrário em testamento.

Afirma Dias:

que não há qualquer justificativa para se estabelecer o prazo de 02 anos, uma vez que não se pode discriminar os filhos havidos de inseminação artificial *post mortem* em favor dos demais sucessores. Importante lembrar que não há prazo prescricional para o processo investigativo de paternidade, logo o prazo para requerer a herança, por meio de petição de herança, deve ser de 10 anos, vide o art. 205 do código civil e sumula 149 do STF. (DIAS, 2001, p.117).

A doutrina em parte vem entendendo que o reconhecimento do direito sucessório desse filho havido por inseminação homóloga *post mortem*, teria como limite o prazo prescricional da petição de herança, ou seja, 10 anos.

O art.1.824 do código civil, permite que o herdeiro possa reivindicar a sua quota parte na herança, mesmo depois de encerrado o inventario e a partilha o herdeiro não perderá seus direitos. No mais esse prazo começa a ser contado a partir dos 16 anos do filho concebido por inseminação *post mortem*, pois não há o que se falar em relação a prazo prescricional para os menores de 16 anos, o que é assegurado pelo código civil em seu art.198, inciso I.

A doutrina que entende que deve se estabelecer o limite prescricional da petição de herança, busca evitar assim, a possibilidade de gerar uma situação de insegurança jurídica por tempo indeterminado.

5. Entendimentos divergentes

É notória a divergência acerca do assunto, o que vem gerando grandes debates doutrinários, por omissão de uma legislação específica que regule acerca do assunto.

Quanto aos efeitos, existem três posições doutrinárias a saber:

A primeira corrente, que pode ser chamada de excludente, não garante qualquer tipo de direito sucessório do filho concebido pela técnica de inseminação após a morte do seu genitor. Simplesmente exclui este filho da sucessão, e não se deve tão pouco reconhecer a filiação, e defendem a proibição da utilização dessa técnica, como ocorre em outros países.

Para Aguiar (2005, p.17) “mesmo que tenha ocorrido uma inseminação que tal, a morte opera como revogação do consentimento prestado e, portanto, o concebido será filho apenas do cônjuge sobrevivente.”

Na mesma vertente Almeida (2005, p.3), afirma que “o embrião fecundado *post mortem* não teria direito sucessório algum, pois não é pessoa concebida e muito menos pessoa nascida”.

A segunda corrente, é chamada de relativamente excludente, pois reconhece a paternidade deste filho concebido por inseminação artificial, após a morte do genitor, no entanto continua a lhe negar o reconhecimento da sua condição de herdeiro.

“Os filhos ainda não concebidos somente podem ser aquinhoados por testamento. O ordenamento não prevê qualquer modalidade de sucessão para os nascidos ou concebidos após a morte do autor da herança se não houver previsão no ato de ultima vontade” Venosa (2013, p.163).

Outra posição neste mesmo sentido é a de Gonçalves (2012, p.75): “Em princípio não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte (CC, art, 1.784) e dela participam as pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão (art.1798).”

Nesse mesmo sentido constata-se observação de Gama (2003, p.732):

Alguns autores têm sustentado que a parte final do artigo 1.718, do Código

de 1916, admite a disposição testamentária em favor de prole eventual própria quando o testador, prevendo a possibilidade de vir a falecer antes da concepção da criança, confecciona seu testamento referindo à prole dele próprio –no Código Civil de 2002, o artigo 1.799, inciso I, admite o chamamento, na sucessão testamentária, dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que tais pessoas estejam vivas à época da abertura da sucessão.

No entanto, esta previsão se condiciona ao que se estabelece no parágrafo 4º do art. 1.800 do Código Civil, que dispõe o prazo de 02 anos após a abertura da sucessão para que seja concebido o herdeiro esperado, do contrário, os bens, salvo disposição contrária do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

Portanto, os doutrinadores nessa corrente, entendem apenas pelo reconhecimento da filiação através desta técnica após a morte do genitor, mas não reconhece qualquer direito sucessório a esse filho, a menos que seja ato de última vontade do testador de maneira expressa no testamento.

A terceira corrente, a qual se dá o nome de inclusiva, reconhece os plenos direitos sucessórios do filho concedido por inseminação artificial *post mortem*, fazendo jus ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos, de acordo com o art. 227 parágrafo 6º da Constituição Federal, que garante os mesmos direitos e proíbe qualquer tipo de discriminação entre os filhos, havidos ou não por meios naturais.

Albuquerque Filho (2006, p. 190) afirma que “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. Pune-se o desejo de realizar um sonho”.

Neste mesmo sentido Rigo (2009, p.5) dispõe que: “Se não houvesse o sonho da paternidade, qual seria o motivo para um homem deixar seu sêmen congelado em um centro de reprodução humana medicamente assistida? O depósito do material é o autêntico consentimento do falecido para tal procriação.”

Dias (2011, p.13) completa a ideia ao declarar que:

É difícil dar mais valor a uma ficção jurídica do que ao princípio constitucional da igualdade assegurada a filiação (CF 227 6º). Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.198) e até as pessoas ainda não concebidas (CC 1.799 I), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem*. Sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, descabido afastar da sucessão quem é filho e foi concebido pelo desejo do genitor.

Assim posto, não há porque existir a possibilidade de exclusão do concebido *post mortem* da sucessão legítima, independentemente de ter ou não havido disposição testamentária, é explícito o desejo da paternidade e conseqüentemente de

que esse filho tenha direitos iguais a qualquer outro.

6. Considerações Finais

Diante do exposto fica claro que a legislação brasileira é omissa em relação ao assunto, e em alguns pontos até mesmo contrária a Constituição Federal, ficando evidente a necessidade de uma legislação para que se regulamente o direito sucessório do filho havido pela técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*.

Conclui-se após uma análise do entendimento doutrinário, que o tema traz posições conflitantes, gerando as mais diversas discursões a respeito.

Dentre tantas divergências, encontrar-se em comum o fato de reconhecer, com fulcro no art. 1.597, inciso III do código civil, a paternidade dos filhos havidos através da técnica de reprodução assistida homóloga mesmo que *post mortem*.

Entende-se que em relação a sucessão legítima só teriam direito a suceder, as pessoas vivas no momento da abertura da sucessão, sem nenhuma disposição a respeito dos concebidos *post mortem*.

Tendo por outro lado que, em se tratando de sucessão testamentária, esses filhos teriam direitos sucessórios garantidos, de acordo com o código civil, desde que seja deixado explícito em testamento como prole eventual, respeitando ainda um prazo de 02 anos após a abertura da sucessão para que venham ser concebidos.

A doutrina se divide entre os que são completamente contra o uso da técnica e negam qualquer direito sucessório bem como no direito de família a esse filho. Do contrário tem os que reconhecem a paternidade, mas lhe negam qualquer tipo de direito sucessório, baseado no art.1798 do código civil, que leciona que é necessário que o herdeiro esteja vivo ou no mínimo concebido no momento da sucessão para se ter qualquer direito sobre.

Enfim, tem os que defende plenamente os direitos sucessórios desse filho havido pela reprodução assistida *post mortem*. Considerando o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, e tendo como clara a manifestação em vida da intenção do pai de ter um filho, ao doar seu material genético, e tendo uma prévia autorização expressa para que se realizasse a técnica.

Após toda a análise, conclui-se de que não é justo negar que esses filhos havidos através da reprodução assistida homóloga *post mortem*, tenha a legitimidade

de seu direito sucessório negado, é inquestionável que eles sejam considerados como herdeiros legítimos, afinal são frutos do desejo de um casal em ter um filho, portanto ele deve ser tratado e ter resguardado os seus direitos, igualmente a qualquer outro filho, como dispõe a carta magna.

Referências

- AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e dignidade humana. São Paulo: IOB/Thomson, 2006, p. 169-191.
- ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito**. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/6522/tecnicas-de-reproducao-assistida-e-o-biodireito>>. Acesso em 25/out./2020.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 106**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 19 de outubro de 2020.
- CRISTIANE, Eliane da Silva. **Aspectos jurídicos relevantes da reprodução humana assistida**, p 283.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito das Sucessões. V 6. Saraiva, 2018.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. VII: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2007.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil – parte especial: do direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20.
- IBDFAM. **Técnicas de reprodução assistida e biodireito**. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/110/T%C3%A9cnicas+de+reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+e+biodireito>> Acesso em 04.nov.2020.
- LOPES, Joaquim Roberto Costa; FEBRASGO. **Tratado de Ginecologia: 63**. Aspectos Éticos da Inseminação Artificial. Rio de Janeiro: Revinter, 2000, vol. 1, p.585-587.
- MARQUES, Alessandro Brandão. **Questões polêmicas decorrentes da doação de**

gametas na inseminação artificial heteróloga. Teresina, ano 7, n. 92, 3 out. 2003. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/4267/questoes-polemicas-decorrentes-da-doacao-de-gametas-na-inseminacao-artificial-heterologa> >. Acesso em: 04 nov. 2020.

MARQUES, Claudia Lima. **Igualdade entre os filhos no Direito Brasileiro atual- Direito pós-moderno.** In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO DE FAMÍLIA., 1998, Mendonça, Argentina. **Igualdade entre os filhos no Direito Brasileiro atual- Direito pós-moderno.** Rio Grande do Sul: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, 1999. v. 16, p. 28-29.

RESENDE, Cecília Cardoso Silva Magalhães. **Questões jurídicas da inseminação artificial heteróloga.** Jus Navigandi, dez. 2009. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/21725/as-questoes-juridicas-da-inseminacao-artificial-heterologa> >. Acesso em: 04 nov. 2020.

RIGO, Gabriella Bresciani. **O status de filho concebido post mortem perante o direito sucessório na legislação vigente.** Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 08 Jul. 2009. Disponível em:< <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849> >. Acesso em 13 de outubro de 2020

SANTOS, MAÍsa Rodrigues; PELLIZZONI, Nilton Torcani. **A Inseminação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/a-inseminacao-artificial-post-mortem-e-o-direito-sucessorio/> Acesso em 02.nov.2020

SERRA, Isabella. **Inseminação artificial homóloga post mortem no âmbito do direito sucessório.** Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/62382/inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-no-ambito-do-direito-sucessorio#:~:text=%E2%80%9CQuanto%20%C3%A0%20insemina%C3%A7%C3%A3o%20post%20mortem,direitos%20sucess%C3%B3rios%20ao%20ser%20nascido%2C>> Acesso em 31.out.2020.

SILVA, Flávia Ayres de Moraes e. **Direitos sucessórios dos inseminados "post mortem" versus direito à igualdade e à segurança jurídica.** Jus Navigandi. Disponível em:< Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12042>>. Acesso em: 18 out 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo; Direito Civil: Direito das sucessões. 13 ed. São Paulo: Atlas 2013 Direito civil. Direito de Família. 3.. ed., São Paulo: Atlas, 2003.



Fundação Presidente Antônio Carlos.
Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni.

Atividade: Trabalho de Conclusão de Curso – **ARTIGO/MONOGRAFIA.**

Curso: DIREITO **Período:** 9º / **Semestre:** 2º / **Ano:** 2020

Professor (a) Orientador (a):

Ana Lúcia Andrade Tomich Otoni

TERMO DE ENCERRAMENTO DE ORIENTAÇÃO DE TCC.

Declaro, através deste documento, encerrado todo o trabalho de orientação e elaboração do Trabalho de Conclusão de Curso do(s) acadêmico(s) abaixo relacionado(s).

ALUNOS

Giovana Alves Barbosa

Mariana Otoni

Assinatura do Professor

. Observação: **Protocolar para o coordenador do curso dar baixa na vida acadêmica do aluno, liberando-o para a colação de grau.**

Os alunos com nota superior a 90 deverão entregar o CD da Monografia/artigo, adesivado com arte padrão da faculdade (modelo no Site) e protocolado para a Biblioteca juntamente com o termo de publicação.