

LUCAS APARECIDO DA SILVA PARRA

**REPERCUSSÃO JURÍDICA NO DIREITO SUCESSÓRIO DO
HERDEIRO FRUTO DA FECUNDAÇÃO *POST MORTEM***

CURSO DE DIREITO- UniEVANGÉLICA

2018

LUCAS APARECIDO DA SILVA PARRA

**REPERCUSSÃO JURÍDICA NO DIREITO SUCESSÓRIO DO
HERDEIRO FRUTO DA FECUNDAÇÃO *POST MORTEM***

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da professora Me. Karla de Souza Oliveira.

ANÁPOLIS – 2018

LUCAS APARECIDO DA SILVA PARRA

**REPERCUSSÃO JURÍDICA NO DIREITO SUCESSÓRIO DO
HERDEIRO FRUTO DA FECUNDAÇÃO *POST MORTEM***

Anápolis, ____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

RESUMO

A presente pesquisa tem o objetivo de estudar os impactos jurídicos no direito sucessório da criança concebida após a morte do cônjuge. A metodologia utilizada foi a compilação de estudos bibliográficos, pesquisa em ambiente virtual. Está dividida em três capítulos. Inicialmente são abordadas as técnicas de reprodução assistida, evolução, limites éticos, bem como uma intersecção com os princípios constitucionais da igualdade entre os filhos e livre planejamento familiar. O segundo capítulo ocupa-se em analisar o direito sucessório na legislação brasileira, indicando suas modalidades e quem é considerado herdeiro. Por fim, o terceiro capítulo trata sobre as correntes doutrinárias divergentes sobre o tema, trata ainda do concebido *post mortem* no direito internacional e casos brasileiros.

Palavras chave: fecundação, concebido, *post mortem*, sucessório.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – REPRODUÇÃO ASSISTIDA	03
1.1 Evolução histórica	03
1.2 Reprodução Assistida no Direito de Família	04
1.3 Da reprodução assistida	05
1.4 Biodireito e a bioética	06
1.5 Das formas de reprodução assistida	07
1.6 Princípios constitucionais	09
CAPÍTULO II – SUCESSÃO E MODALIDADES	12
2.1 Da sucessão	12
2.2 Princípio da saisine	13
2.3 Sucessão legítima	14
2.4 Sucessão hereditária	16
2.4.1 Sucessão dos descendentes	17
2.4.2 Sucessão dos ascendentes	17
2.4.3 Sucessão do cônjuge	18
2.4.4 Sucessão do companheiro	19
2.4.5 Sucessão dos colaterais	19
2.4.6 Sucessão do estado	19
2.4.7 Processo de inventário	20
CAPÍTULO III – SUCESSÃO DO FERTILIZADO <i>POST MORTEM</i> PARA DOCTRINA E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	21
3.1 Panorama geral	21
3.2 Posição doutrinária	23
3.3 A sucessão do <i>post mortem</i> no direito internacional	30
3.4 Casos brasileiros	30
CONCLUSÃO	32
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	34

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o escopo de discutir sobre as técnicas de reprodução assistida, bem como contribuir com a lacuna legislativa quanto aos herdeiros advindos de fecundação homóloga *post mortem*.

Com os avanços tecnológicos na área da medicina e, por conseguinte na esfera da reprodução humana assistida, nascem diversas questões que devem encontrar respaldo e solução no direito. Acontece que as inovações tecnológicas ocorrem em uma velocidade muito superior do que a modernização do direito, criando lacunas legislativas que vão ser preenchidas pela jurisprudência e doutrina.

O fio condutor desta pesquisa são os efeitos jurídicos no direito sucessório e de família da criança concebida por fecundação homóloga após a morte de um dos cônjuges. Nesse sentido, não há regime legal regulamentando, permitindo ou até mesmo proibindo a circunstância de uma fecundação *post mortem*. O que gera uma indefinição, especialmente no direito sucessório.

No primeiro momento, o tema da fecundação será abordado de forma técnica, fazendo um histórico, conceituando-a, indicando as modalidades e traçando um paralelo com princípios constitucionais.

Após, o segundo capítulo tratará sobre o direito sucessório na legislação brasileira, conceituando sucessão, explicando passo a passo as modalidades de sucessão.

Por fim, após a explanação quanto as técnicas de reprodução assistida, os limites bioéticos, princípios constitucionais, o direito sucessório, os requisitos para

ser considerado herdeiro, o trabalho encerra discorrendo sobre as correntes doutrinárias acerca do tema e traz casos brasileiros.

É fato que o progresso da ciência provocou enormes mudanças no âmbito jurídico porque situações que outrora sequer poderiam ser imaginadas atualmente causam conflitos na doutrina e jurisprudência, sendo que o vácuo existente precisa ser suprido pelo legislador.

Desse modo, a pesquisa desenvolvida espera colaborar, afim de criar-se uma compreensão mais atualizada sobre o tema, valendo-se de pesquisas jurisprudenciais, doutrinárias, na internet, visando o estudo do aludido tema proposto.

CAPÍTULO I- REPRODUÇÃO ASSISTIDA

De início, o capítulo inicia a jornada sobre o tema escolhido. Dessa forma, neste será abordado de forma especial à fecundação *post mortem*, assim como seu conceito, meios, evolução ao longo do tempo. A fim de relacionar o tema com a ciência jurídica, far-se-á a intersecção com os princípios Constitucionais, dentre eles o da dignidade da pessoa humana, igualdade, livre planejamento familiar.

1.1 Evolução Histórica

A inquirição acerca da infertilidade está presente no imaginário humano há muito tempo e remonta às civilizações Orientais. A mulher, bem como o homem fértil eram creditados como privilegiados pelos Deuses e os filhos fortes e saudáveis que geravam eram invejados, enquanto que os "inférteis" eram tidos como punição dos Deuses e conseqüentemente foram marginalizados porque não podiam procriar (JOPPER, 2013, *online*).

Não existe consenso sobre quando foi feita a primeira inseminação artificial, mas há uma narrativa no qual essa teria sido realizada no ano de 1332 em cavalos. Porém, a história narra que ponto inicial da inseminação artificial se deu quando um monge atestou a técnica em animais comprovando ser possível a geração sem, no entanto, ter havido o contato entre o órgão reprodutor do macho com o da fêmea. A técnica foi difundida e bastante utilizada em um primeiro momento em animais. Somente no ano de 1790 foi possível empregar a referida técnica em humanos; feita pelo médico John Hunter, no qual obteve êxito ao realizar uma inseminação utilizando o mesmo procedimento dos veterinários (JOPPER, 2013, *online*).

Desde as primeiras tentativas até os dias atuais a reprodução assistida evoluiu bastante. Dessa forma, não pode-se comparar a forma como o procedimento é realizado e muito menos a tecnologia empregada atualmente.

1.2 Reprodução Assistida e o Direito de Família

O Direito familiar é um braço do Direito que de forma labiríntica regula a família, no entanto tem como objetivo principal a manutenção da família, lidando das obrigações e direitos, sistematizando as relações e assegurando o convívio familiar (VENOSA, 2008).

Dessa forma “as relações familiares não criadas pelo direito de família; este apenas dispõe sobre o fato natural” (NADER, 2013, p. 4).

Para Maria Berenice Dias, o direito de família tem várias conceituações, bem como várias formas, mas este em princípio deve ter uma visão cada vez mais abrangente. Citando Washington de Barros Monteiro, a referida autora conceitua o direito de família "com o próprio objeto a definir" (*apud*, p.33).

Paulo Nader afirma que a ideia de família passa pela criação de um vínculo por meio da afinidade, entre duas ou mais pessoas, originando uma sociedade familiar, veja:

Deixando entre parênteses os elementos não essenciais, contingentes, podemos dizer que família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa, que irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência, ou simplesmente descendam uma da outra ou de um tronco comum (2013, p.4).

Ao definir o conceito de família a Constituição Federal, no artigo 226 *caput*, estipula que "a família é a base da sociedade, tem proteção especial do estado" (BRASIL, 2014, p.73), assim, feita uma análise de tal dispositivo, chega-se a conclusão que a magna carta objetiva resguardar a família, bem como a evolução da sociedade.

Com a finalidade de garantir a proteção estatal quanto ao núcleo familiar, a interpretação do dispositivo anteriormente citado não deverá ser taxativa, haja

vista haver várias outras formas de composição familiar não abrangidas pelo artigo 226 da Constituição Federal de 1988; e, portanto merecem proteção do direito de família (FARIAS, 2010).

Logo, da união de um casal, independente da configuração das pessoas envolvidas, é natural pressupor que o objetivo destes seja ter um filho, atitude natural da nossa espécie, bem como cobrado na nossa sociedade, haja vista ser um dos alvos da vida de um casal (FARIAS, 2010).

Assim, gerar descendentes é finalidade da sociedade conjugal, porém nem todos as pessoas, ou casais, terão oportunidade de realizar tal feito pois, por problemas de infertilidade, não conseguirão de forma natural terem seus filhos (PISETTA, 2014).

Dessa forma, a ciência com todo o seu aparato tecnológico, atualmente pode possibilitar aqueles casais que tem sua expectativa frustrada por conta da infertilidade, ajudando com procedimentos de reprodução artificial bastantes modernos e com grandes taxas de sucesso, a conceber seus descendentes. No entanto, apesar do benefício causado pela reprodução assistida, esta ainda gera polêmicas.

1.3 Da reprodução assistida

Para Claudia Regina Loureiro Magalhães é objetivo do casal ao constituir uma família e, portanto passa a ser o objetivo desta também, o desejo de ter filhos, é natural da nossa espécie. Entretanto, há um número expressivo de casais que não vão atingir seu desejo devido impossibilidade biológica (LOUREIRO, 2005).

O problema da infertilidade pode ser devastador para a vida de um casal, ainda mais aqueles que sonham com a paternidade ou maternidade. Dessa forma, com a enorme evolução científica, a ciência atualmente possibilita aos casais e não somente estes, as pessoas, desejosas de se tornarem pais e não podem por problemas de infertilidade, realizar tal objetivo. Para Ana Cláudia Silva Scalquette, reprodução assistida "é aquela em que o casal recebe orientação de forma a

programar a maneira de suas relações, visando à facilitação do encontro do espermatozóide com o óvulo" (2010, p. 58).

Sobre reprodução assistida, Cláudia Regina Magalhães diz possuir várias definições, mas se caracteriza por uma intervenção médica no processo de fertilização, com o intuito de ajudar a procriação naqueles que não conseguem na forma natural, sobrepondo o modo orgânico, vejamos o que diz a autora:

Pode ser chamada de concepção artificial, fertilização artificial, fecundação ou fertilização assistida, e consiste no processo que leva o óvulo a entrar em contato com o espermatozóide, resultando em um ser humano, sem cômula carnal (LOUREIRO, 2009, p.96).

A disfunções biológica que impossibilita os casais de terem seus filhos são chamadas de infertilidade ou esterilidade. A esterilidade ocorre quando o casal é totalmente incapaz de gerar um filho. Já infertilidade se dá quando o casal não consegue engravidar por força de um problema, qual seja, disfunção no sistema reprodutivo masculino ou feminino (BERALDO, 2012).

1.4 Biodireito e a Bioética

Edison Tetsuzo Namba, acredita que a bioética deve contribuir com as pesquisas científicas em favor do ser humano propiciando um aparato ético no qual envolva o ambiente científico, social e biológico. Logo, pode-se conceituar a bioética como sendo um questionamento pautado em princípios morais acerca de estudos científicos (NAMBA, 2009).

Em contexto semelhante, preleciona Cláudia Regina Magalhães que "Os princípios da bioética devem se constituir em normas gerais aptas a reger, de maneira abrangente, toda atividade de aplicação, subsunção, interpretação ou elaboração de leis sobre questões de bioética" (LOUREIRO, 2009, p.8).

Vale lembrar que o universo da biologia não abrange a bioética, esta pertence a ética e diz respeito a um conjunto de princípios morais de cuidados que a ciência deve ter com a população, traduzindo os resultados das investigações científicas, para a coletividade. É entendimento do autor Edson Tetsuzo Namba, vejamos:

A bioética não deixa de ser um dos conhecimentos adquiridos pelo ser humano para a condução de sua vida e de sua evolução, com a característica específica da conciliação com a experimentação científica, pois, pragmaticamente, deve haver uma aplicação de suas descobertas na realidade (NAMBA, 2009, p.10).

Acerca do biodireito, Cláudia Regina Magalhães Loureiro defende que este objetiva a regulamentação da atividade médica. Logo, como a atividade da medicina está em constante transformação, assim como é contínua, o biodireito está em profunda evolução seguindo o ritmo da sociedade se adequando as inovações científicas (LOUREIRO, 2009).

Portanto, o biodireito tem de forma especial a função de proteção da humanidade da mediação ocasionada pelo progresso da ciência, servindo também como guardião de princípios dispostos na Constituição da República como o da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

1.5 Das formas de reprodução assistida

Uma das finalidades de um casal é procriar, sendo propósito principal permitir a continuidade da espécie. No entanto, há casais e/ou pessoas que possuem algum distúrbio no processo de reprodução e não realizam o sonho de ter o filho de forma natural, sobrepondo o método orgânico pelo artificial de fertilização. Para que a técnica seja utilizada é preciso atender os critérios prescrito na Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (LOUREIRO, 2009, p.8).

Existem alguns motivos que impossibilitam um casal de ter um filho, dentre eles se destacam a esterilidade e a infertilidade. Aquela ocorre quando um dos consortes não tem possibilidade orgânica de conceber filhos, assim, uma predisposição biológica lhes tornam insuscetíveis de gerar filhos, sendo denominados casal estéril. Já na infertilidade ocorre a fertilização, porém não há a concepção (SCALQUETTE, 2010).

A reprodução assistida é dividida em duas técnicas, quais sejam, in vitro e in vivo. Naquela forma ocorre fora do útero, de onde o óvulo é retirado anteriormente

e fecundado com o sêmen do pai e tal procedimento se dá numa proveta em um laboratório; para que o óvulo já fecundado possa ser inserido no útero da mulher novamente. Enquanto nesta última forma de fecundação há a substituição da forma natural de fecundação, neste caso o coito sexual, onde será introduzido o material genético do homem na mulher (NADER, 2013).

A forma para a inseminação artificial podem ser duas, quais sejam, Heteróloga ou Homóloga. A primeira ocorre quando o marido concorda, e para isso deve haver uma manifestação expressa da sua anuência para que sua mulher seja subordinada ao procedimento com sêmen de um terceiro (DIAS, 2013).

Acerca do conceito de Inseminação Artificial Heteróloga, Silvio de Salvo Venosa explica:

A inseminação heteróloga é aquela cujo sêmen é de um doador que não o marido. Aplica-se principalmente nos casos de esterilidade do marido, incompatibilidade do fator Rh, moléstias graves transmissíveis pelo marido etc. Com frequência, recorre-se aos chamados bancos de esperma, nos quais, em tese, os doadores não são e não devem ser conhecidos (2008, p.226).

A Inseminação Homóloga utiliza gametas masculino e feminino do casal (DIAS, 2015). Para Silvio de Salvo Venosa esse meio de Inseminação "é utilizada em situações nas quais, apesar de ambos os cônjuges serem férteis, a fecundação não é possível por meio do ato sexual por várias etiologias" (2008, p.226).

Em sinopse, nesta forma o material genético do homem e da mulher serão utilizados, possibilitando a procriação, sucedendo a lógica natural. Nesse meio a fertilização ocorre de forma externo ao corpo da mulher, como já foi citado, *in vitro*, e após a fecundação deverá o embrião ser colocado na cavidade uterina (NADER, 2013).

Sobre a inseminação artificial homóloga *post mortem*, o procedimento de coleta do material genético ocorre em vida, entretanto a fertilização acontece após a morte de um dos consortes, ocasionando, grande impacto no ambiente jurídico (JÚNIOR ALMEIDA, 2015).

Um caso que merece destaque é o *Affair Parpalaix*. No ano de 1984, na França, Corine Richard descobriu que seu marido, Alain Papalaix tinha câncer nos

testículos, no entanto, a vontade de gerarem um filho era tanta que optaram por depositar o sêmen de Alain em um banco de sêmen afim de usarem quando terminasse o tratamento contra o câncer (COCO, *online*).

Frustrada a luta contra o câncer, Alain não resistiu e morreu, mas esse fato não desmotivou a agora viúva Corine, ela decidiu dar continuidade ao processo de inseminação, mas isto lhe foi negado pelo local onde Alain havia depositado seu material genético o que deu início para uma enorme disputa judicial (COCO, *online*).

Na época, foi sustentado que o banco de sêmen tinha um contrato onde era obrigado à restituição, em contrapartida este alegava desconhecer sobre o contrato e que só poderia fazer a restituição ao depositário e não a outra pessoa. Por fim, o banco foi condenado pela justiça francesa, no entanto pela demora em solucionar o caso, o material genético acabou sendo perdido.

A luz deste caso, surgem questionamentos sobre esta modalidade de inseminação. A criança nascida por esta técnica, ou seja, do sêmen do companheiro falecido será considerada filho do *de cuius*? Pressupondo haver um vínculo genético, terá direito sucessório?

1.6 Princípios Constitucionais

Para viver em sociedade, o ser humano desde logo percebeu que teria de estabelecer regras gerais, ou seja, padrões de comportamento objetivando principalmente a convivência harmoniosa. Tais regras limitadoras das vontades individuais frente as coletivas influenciam a ciência jurídica nos dias atuais, assim como é fonte basilar do direito. Os princípios são normas fundamentais e servem para auxiliar a aplicação do direito, no entanto, isto não deve ser confundido com inovações a cada situação que possa surgir, mas diretrizes gerais.

Por estarem numa posição hierarquicamente superior, os princípios constitucionais prevalecem diante de qualquer outro braço do direito. A fim de delimitar a discussão, um dos mais importantes princípios fundamentais e, no caso da reprodução assistida não poderia ser diferente é o da dignidade pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Para

Roberto Senise Lisboa tal princípio é fundamento da Magna Carta e deve ser prezado de forma obrigatória na totalidade das relações jurídicas (LISBOA, 2002, p. 40).

Ainda sobre o tema, Luís Roberto Barroso diz que intrínseco neste princípio é possível vislumbrar muitos outros, como o da igualdade, direito à vida, por exemplo. Preceitua também que os direitos fundamentais do homem não podem ser violados em favor do progresso científico. Desta maneira, os direitos coletivos devem sobrepor os individuais e que o desenvolvimento no meio científico deve observar as regras morais e éticas, sempre objetivando a não mecanização do homem (2014, p. 287)

Outro princípio Constitucional é o da igualdade entre os filhos e está previsto no artigo 227, § 6º da Constituição Federal de 1988 diz que "(...) os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação." (VADE MECUM, 2014, p. 74). Logo, o que se extrai deste é o caráter proibitivo de qualquer distinção acerca da origem da filiação, assegurando que todos os filhos devem ter direitos iguais na esfera pessoal, bem como patrimonial.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, Flávio Tartuce leciona:

Isso repercute tanto no campo patrimonial quanto no pessoal, não sendo admitida qualquer forma de distinção jurídica, sob as penas da lei. Trata-se, portanto, na ótica familiar, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional (2006, *online*).

O princípio do livre planejamento familiar foi previsto tanto legalmente (artigo 1565, § 2º do Código Civil de 2002), bem como na esfera constitucional. O artigo 226, § 7º da Constituição Federal prevê "(...) 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 (VADE MECUM, 2014, p. 74).

Arnaldo Rizzardo leciona sobre a questão, assim dispõe:

Desde que não afetados princípios de direito ou o ordenamento legal, à família reconhece-se a autonomia ou liberdade na sua organização e opções de modo de vida, de trabalho, de subsistência, de formação moral, de credor religioso, de educação dos filhos, de escolha de domicílio, de decisões quanto à conduta e costumes internos. Não se tolera a ingerência de estranhos – quer de pessoas privadas ou do Estado -, para decidir ou impor no modo de vida, nas atividades, no tipo de trabalho e de cultura que decidiu adotar a família. Repugna admitir interferências externas nas posturas, nos hábitos, no trabalho, no modo de ser ou de se portar, desde que não atingidos interesses e direitos de terceiros”. (...) Dentro do âmbito da autonomia, inclui-se o planejamento familiar, pelo qual aos pais compete decidir quanto à prole, não havendo limitação à natalidade, embora a falta de condições materiais e mesmo pessoal dos pais. Eis a regra instituída no §2º do art. 1565: ” O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas (2006, p. 15).

Em síntese do artigo, foi definido pelo legislador que o planejamento familiar é direito fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e liberalidade do casal, onde o poder estatal não pode interferir, mas apenas garantir caminhos onde os casais possam satisfazer seus desejos na formação das suas famílias.

CAPÍTULO II- SUCESSÃO E MODALIDADES

Esse capítulo pretende apresentar de forma geral o direito sucessório, bem como as modalidades de sucessão dispostas no Código Civil de 2002 e os qualificados a sucessão.

2.1 Da sucessão

O direito sucessório decorre do fato de a pessoa viva não ser eterna. Assim, a existência não é eterna e instantaneamente a morte de alguém produz efeitos no campo legal. Portanto, direito sucessório é o ramo do direito que se ocupará de regular e disciplinar os futuros efeitos que a morte dá início.

A palavra sucessão significa a transferência de uma pessoa possuidora de bens. Essa se aplica a diversas espécies de domínios, pode ser na venda e até mesmo na compra. Portanto, a pessoa que sucede, adquire direitos sobre o que sucedeu.

Carlos Roberto Gonçalves leciona que a sucessão pode ocorrer de duas formas: a transmissão intervivos, que se dá quando há manifestação de vontade de duas pessoas, onde essas transferem a titularidade de bem determinado bem. Já a outra forma é a sucessão causa mortis, onde a transferência só ocorre após a morte do titular dos bens (GONÇALVES, 2011).

Maria Helena Diniz também faz a divisão do conceito de sucessão, assim:

a) um sentido amplo, aplicando-se a todos os modos derivados de aquisição de domínio, de maneira que indicaria o ato pelo qual alguém sucede a outrem, investindo-se, no todo ou em parte, nos

direitos que lhe pertenciam. Trata-se da sucessão inter vivos, pois o comprador sucede ao vendedor, o donatário ao doador, tomando um o lugar dos outros em relação ao bem vendido ou doado; b) um sentido restrito, designando a transferência, total ou parcial, de herança, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros. É a sucessão mortis causa que, no conceito subjetivo, vem a ser o direito em virtude do qual a herança é devolvida a alguém, ou, por outras palavras, é o direito por força do qual alguém recolhe os bens da herança, e, no conceito objetivo, indica a universalidade dos bens do de cujus que ficaram, com seus encargos e direitos (DINIZ, 2014, p. 26).

Assim sendo, o principal requisito para o direito sucessório é a morte do titular, não sendo possível falar em sucessão sem este fato. Outrossim, é considerada aberta a sucessão com a morte do *de cujus*, de acordo com o artigo 1.784, do Código Civil "aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários" (VADE MECUM, 2014, p. 276).

A transferência acontece de forma automática, transferindo a propriedade dos bens do *de cujus* aos herdeiros vivos no momento da transmissão. Dessa forma, os herdeiros somente irão adquirir a posse da herança, assim como as obrigações inerentes com a morte do titular dos bens (DINIZ, 2013).

Concluindo, o direito sucessório nada mais é do que a transferência de patrimônio de uma pessoa para outra em decorrência da morte daquela.

2.2- Princípio da *Saisine*

O artigo 1.784 do Código Civil declara a abertura da sucessão, onde é automática a transmissão aos herdeiros. Esse momento nada mais é do que a materialização do princípio da *Saisine*, que com a morte do *de cujus*, é automática a transferência da posse da herança aos herdeiros, assim como as obrigações.

Nesta esteira, o princípio da *Saisine*, diz que é direito dos herdeiros adquirir a posse dos bens, sem formalidade, do *de cujus*. Esse cenário era representado pelo princípio da *Le mort saisit Le vif* (o morto é substituído pelo vivo), disposto no Código Civil Francês, no qual os herdeiros têm plenitude de direito sobre os bens do *de cujus*. Outrossim, o ordenamento jurídico nas sucessões depreende que o *droit de saisine*, é a transferência automática dos bens do *de cujus*, para que

os herdeiros tenham o direito de reger o patrimônio da pessoa falecida. Portanto, se a pessoa, no caso, o herdeiro vivo vier a morrer após a sucessão, esse herdou por um lapso temporal momentâneo, e, subsequente tudo o que herdou vai ser repassado aos seus sucessores (GONÇALVES, 2011).

Carlos Roberto Gonçalves concebe que:

O Princípio da saisine acolhido no mencionado art. 1.784, harmoniza-se com os arts. 1.207 e 1.206, pelos quais o 'sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor', com 'os mesmos caracteres'. Compatibiliza-se, também, com os arts. 990 e 991 do Código de Processo Civil e 1.797 do estatuto civil, mediante a interpretação de que o inventariante administra o espólio, tendo a posse direta dos bens que o compõem, enquanto os herdeiros adquirem a posse indireta. Uma não anula a outra como preceitua o art. 1.797 do Código Civil (2011, p. 39-40).

Importante destacar que para abertura da sucessão é considerado o último domicílio do autor da herança, por que compreende-se que, neste logradouro seria a sede dos principais interesses e negócios do falecido, ainda que a morte tenha ocorrido em local diferente ou que os bens do patrimônio estejam distribuídos em vários locais, a sede jurídica para o processamento da sucessão será o domicílio do *de cujus*. Dessa forma, adotou-se o critério territorial, onde o último lugar de domicílio do autor da herança é considerado o foro competente para os processos que discutam a herança (DINIZ, 2010).

2.3- Sucessão Legítima

Sendo prático, sucessão legítima é resultante de lei. Portanto, são aqueles casos definidos na legislação. É conhecida também como *ab intestato* (sem testamento). Nesta, não há disposição de última vontade justamente porque não há testamento e os bens serão destinados as pessoas a quem a lei confere legitimidade de herdeiro.

Disposta no artigo 1.829 do Código Civil, a sucessão legítima se diferencia da sucessão testamentária porque nesta depende-se que houve um ato de última vontade do falecido. Logo, quando há um testamento, os herdeiros são indicados pelo *de cujus*, mas na legítima, caberá a lei indicar os herdeiros e a ordem a ser observados.

Nesse contexto, a sucessão legítima definirá como o patrimônio do *de cuius* será partilhado levando em consideração a inexistência de disposição de última vontade (testamento), ou quando da existência de um testamento, esse não dispôs sobre a totalidade do patrimônio, bem como aquele caducou, tornou-se ineficaz, nulo ou ainda tenha sido descoberto a existência de herdeiro necessário, situação pelo qual deve ser diminuída a disposição testamentária com intuito de assegurar a cota reservatória.

Desta maneira, a sucessão legítima transmitirá o patrimônio do falecido as pessoas a quem à lei indicar, devendo ser observado uma ordem específica-vocação hereditária-:

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.

Percebe-se que a vocação hereditária é uma ordem preferencial, definida pela lei, das pessoas chamadas a suceder o *de cuius*. Logo, os parentes em linha reta são aqueles cuja relação é disposta no artigo 1.591 do Código Civil. Portanto haverá os ascendentes, que vão desde os pais, aos avós, bisavós, rastreando os genitores da pessoa. Enquanto os descendentes, que são desde uma pessoa para seus filhos, netos e seguintes (TARTUCE, SIMÃO, 2011).

Quando um grupo de herdeiros têm simetria entre si, são chamados de classe de herdeiros. A primeira é a dos descendentes do falecido, são aqueles que possuem a configuração de filhos, netos e bisnetos. Já a segunda, é a dos ascendentes e são os que vieram antes do *de cuius*, percebe-se como ascendentes os pais, avós, bisavós entre outros, como dispõe o artigo 1.591 do Código Civil. Na terceira classe está o cônjuge ou companheiro, que mesmo não havendo parentesco, estes disputam a herança com os descendentes ou ascendentes, incluído pela reforma do Código Civil de 2002. Por último, há a classe dos parentes colaterais, que não guardam relação de ascendência ou descendência ou

parentesco em linha reta, mas por possuírem o mesmo ancestral, mesmo que não seja em linha reta (TARTUCE, SIMÃO, 2011).

Os parentes de linha reta ou colaterais até quarto grau, companheiros, cônjuges, são considerados herdeiros legítimos, que terão legitimidade para suceder. Entretanto, há o caso dos necessários que perderão tal qualidade somente se forem classificados como deserdados ou indignos (DIAS, 2013).

2.4- Sucessão hereditária

Essa forma de sucessão remonta à Roma antiga, onde o testamento se sobrepõe sobre a ordem de vocação hereditária. De forma simples, nesta forma de sucessão a transferência da herança ocorrerá pelo testamento.

Nessa espécie de sucessão, o autor da herança por meio do ato de última vontade, ou seja, ainda vivo, escolhe a quem será destinado seu patrimônio após a sua morte. O testamento neste caso dá autonomia ao *de cuius* para que este modifique a vontade do legislador (VENOSA, 2008).

Ainda que o testamento configure uma maior autonomia para o autor da herança, esse não pode dispor da totalidade de seus bens, cabendo a este resguardar a metade aos ascendentes e descendentes que são considerados herdeiros necessários e, portanto, possuem o direito a sucessão legítima. Logo, ao falecido é vedado dispor de mais da metade dos seus bens via testamento (GONÇALVES, 2011).

Maria Berenice Dias entende:

A lei não mais define o que é testamento, como fazia o Código anterior (CC/1916 1.626). Foi sensível às críticas recebidas. Agora se limita a apontar suas características (CC 1.857 e 1.858). Mas cabe trazer a definição de Pontes de Miranda: ato pelo qual a vontade de alguém é declarada para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, transmitir ou extinguir direitos. Trata-se de ato essencialmente solene, sujeito a condição suspensiva, pois sua eficácia está condicionada a evento futuro e certo: a morte do testador. O testamento torna-se perfeito e acabado no momento da declaração de vontade e irrevogável quando da abertura da

sucessão. O testamento só é eficaz com a morte do testador. Durante a vida dele, só há expectativa, só existe esperança. Como diz Zeno Veloso, o beneficiado na deixa mortuária não tem direito atual a coisa nenhuma (DIAS, 2013. p. 353).

Quando da sucessão testamentária, ofalecido desde logo designa o herdeiro, já na legítima quem o faz é a lei, no entanto, a sucessão testamentária não proíbe que ocorra concomitantemente a sucessão legítima, pelo contrário, ambas podem acontecer, mas sempre deve ser observado o fato do autor da herança não poder dispor de mais da metade do patrimônio (GONÇALVES, 2011).

2.4.1 - Sucessão dos descendentes

Nessa modalidade, os filhos são os primeiros na ordem de sucessão, não podendo haver nenhuma forma de distinção entre eles, de acordo com o artigo 1.834 do Código Civil que diz "Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes". Isto é possível porque o artigo 1.833 estabelece que "Entre os descendentes, os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação" (VADE MECUM, 2014).

Outrossim, o artigo 1.835 dispõe que " Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau". Concluindo, Maria Helena Diniz diz que "os mais próximos excluem os mais remotos, e cada filho receberá a sua cota parte igual da herança, excluindo os outros descendentes" (DINIZ, 2013, p. 162).

2.4.2 - Sucessão dos ascendentes

Os herdeiros da classe de ascendentes serão chamados a suceder quando não houver nenhum descendente, o que haverá concorrência com o cônjuge sobrevivente, de acordo com o artigo 1.836 do Código Civil. A mesma questão quanto ao grau mais próximo excluir o mais remoto se repete.

Porém, cumpre destacar, caso o falecido deixou companheiro sobrevivente, este herdará 1/3 (um terço) do patrimônio de acordo com o disposto no artigo 1.790, III do Código Civil. Entretanto, se o autor da herança houver deixado

apenas os seus genitores, esta haverá de ser partilhada em frações iguais para ambos, e caso somente um dos pais estiver vivo, herdará tudo o que o falecido deixou como patrimônio (GONÇALVES, 2011).

2.4.3- Sucessão do cônjuge

Mesmo estando em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, o cônjuge é considerado herdeiro legítimo, conforme o artigo 1.845 do Código Civil. Assim, quando não houver ascendentes ou descendentes do falecido, o cônjuge será reconhecido como herdeiro necessário. No entanto, estando o cônjuge separado de fato pelo prazo de dois anos, este perderá o direito sucessório após a separação consensual houver sido homologada, ou tiver sido julgada a sentença de divórcio litigioso (GONÇALVES, 2011).

Para o Doutrinador Sílvio de Salvo Venosa:

O cônjuge, como enfatizamos, foi colocado na posição de herdeiro necessário, juntamente com os descendentes e ascendentes (art. 1.845). Desse modo, aos herdeiros necessários pertence, de pleno direito, a metade dos bens da herança, que se denomina legítima (art. 1.846). Quando se trata de herdeiro cônjuge, nunca é demais reiterar que herança não se confunde com meação. Assim, havendo meação, além desta caberá ao sobrevivente, pelo menos, a metade da herança, dependendo da situação, que constitui a porção legítima (2008, p. 142).

Além disso, o Inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, é taxativo quando diz que o cônjuge irá concorrer com os ascendentes e descendentes do *de cuius*. Dessa forma, o legislador evitou que os viúvos e viúvas deixassem de concorrer na sucessão da herança deixada pelo falecido (TARTUCE, SIMÃO, 2011).

O cônjuge concorrerá com os ascendentes independente do regime de bens entre o falecido e a viúva, mas a depender do número de ascendentes, se for o sogro e a sogra, por exemplo, o cônjuge sobrevivente receberá um terço da herança, enquanto no caso de concorrência com os descendentes, a partilha dependerá do regime de bens (DIAS, 2013).

Portanto, o cônjuge sobrevivente somente herdará a totalidade da herança quando não houver herdeiros na qualidade de ascendentes, nem ascendentes, conforme artigo 1.838 do Código Civil.

2.4.4 - Sucessão do companheiro

No Código Civil de 1916, a relação entre um homem e uma mulher sem casamento era chamado de concubinato. No entanto, com a reforma do código, essa passou a ser chamada de "união estável", estando disciplinada nos artigos 1.723 a 1.727 do novo código. Ocorre que o legislador foi omissivo quando não incluiu o companheiro no rol de herdeiros necessários, como figura o cônjuge. Então, na união estável, a sucessão é assegurada aqueles bens adquiridos na vigência desta e de forma onerosa. Logo, o companheiro foi colocado como sendo um herdeiro de última classe, somente possuindo direito à concorrência aqueles bens adquiridos durante a união estável (GONÇALVES, 2011).

2.4.5- Sucessão dos colaterais

Em último lugar na ordem de sucessão estão os colaterais. Assim, conforme o artigo 1.830 do Código Civil "serão chamados a suceder os colaterais até quarto grau".

Maria Berenice Dias define os colaterais:

Parentes colaterais são os que a lei assim define (CC 1.592): os provenientes de um tronco comum. Como a limitação do parentesco é até o quarto grau, somente esses desfrutam da qualidade de herdeiros. A ordem de precedência atende à proximidade de graus: os mais próximos excluem os mais remotos. Os irmãos dispõem da condição de herdeiros colaterais de segundo grau. Na falta destes, herdam os de terceiro grau – sobrinhos e tios – e, por último, os de quarto grau – sobrinhos-netos, tios-avós e os chamados primos-irmãos. Ainda que existam vínculos de parentesco mais distantes, os efeitos são meramente sociais, sem relevância jurídica. Parentes não são, e nada herdam (2013, p. 144).

2.4.6- Sucessão do estado

Na ausência de cônjuge, ascendente, descendente, companheiro ou qualquer parente para herdar a herança deixada pelo falecido, o Estado, figurará com sucessor, caso em que somente ocorrerá após a herança ser declarada vacante, conforme o artigo 1.844 do Código Civil.

Portanto, o Estado somente será sucessor e dessa forma recolher a herança na falta de herdeiros, adquirindo a posse e domínio após a herança ser considerada vacante e antes disso jacente (GONÇALVES, 2011).

2.4.7- Processo de Inventário

O procedimento de inventário tem o objetivo de mensurar, descrever e avaliar os bens do autor da herança. Para que este seja aberto é necessário certidão de óbito do *de cuius*. Somente o inventário é instrumento capaz de garantir efetivamente a herança pelos sucessores na quota que lhes é devida, assim é indispensável o inventário (GONÇALVES, 2011).

Como já foi explicado em tópico anterior, o foro competente para processar e julgar o inventário é de domicílio do falecido, a este será dado a qualidade de juízo universal, devendo trazer quaisquer discussões relacionadas com a sucessão, exceto as de alta complexidade.

CAPÍTULO III- SUCESSÃO DO FERTILIZADO *POST MORTEM* PARA DOCTRINA E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O terceiro e último capítulo desta pesquisa propõe abordar a sucessão *post mortem* de forma geral, lembrando tudo de forma sucinta sobre o que já foi tratado em capítulos anteriores e oferecendo um panorama sobre o que dispõe a legislação pertinente ao tema. Dando continuidade, aborda também o objetivo central do trabalho, qual seja a visão doutrinária sobre o tema, tendo em vista a omissão legislativa.

3.1 Panorama geral

A legislação cita às técnicas de reprodução assistida no caso de presunções de filiação, contudo não faz nenhuma referência do uso do referido procedimento no âmbito dos direitos sucessórios. Ao formular o artigo 1.798 do Código Civil, o legislador não se atentou com os avanços científicos na área de reprodução humana, o referido artigo, somente faz referência a pessoas que já foram concebidas. Outrossim, o Código Civil prevê a paternidade dos filhos advindos pelo meio de reprodução artificial, no caso da fecundação homóloga, no artigo 1.597, inciso III do Código Civil preconiza que há a filiação mesmo após do falecimento do cônjuge (DIAS, 2013).

O artigo 1.798 do Código Civil estabelece que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Assim, a criança gerada pelo meio de reprodução assistida não teria direito a suceder a herança do seu genitor falecido antes de ser concebida. No entanto, no artigo 1.799, Inciso, do referido Diploma estabelece que na sucessão testamentária, as pessoas

indicadas pelo testador poderiam suceder, mas já estando vivas no momento da abertura do testamento (ALMEIDA, 2015).

No momento em que a Lei presumiu a filiação decorrente da fertilização *post mortem*, ela não atribuiu capacidade sucessória legítima aos filhos concebidos após a abertura da Sucessão. É incontestável que a legislação brasileira deve resolver a problemática da vocação hereditária dos filhos gerados pela reprodução assistida após o óbito do genitor (BERALDO, 2012).

A ausência de regulamentação para os avanços da engenharia genética, para o direito sucessório da criança que ainda não foi concebida após o falecimento do de *cujus*, visto que não foi inseminada ou que está em desenvolvimento. Esta não poderá estar na ordem da sucessão legítima por não se enquadrar como nascituro, e também, não podendo ficar à disposição de ser inseminado de acordo com a vontade da mãe, trazendo uma insegurança jurídica na partilha de bens (GUERRA, 2005).

As crianças geradas por meio desse tipo de reprodução, apenas possuem direito à sucessão, caso elas sejam especificadas em testamento, feito pelo de *cujus*, como expressão de última vontade do hereditante, ou podendo fazer a Petição de Herança, sendo esta última meio hábil garantidor dos direitos sucessórios (ALMEIDA, 2015).

A Lei Civil não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, mas é constatada a omissão da lei, dando somente solução à questão da presunção de paternidade. Embora a questão dar gera grandes problemas, devendo ter lei específica para regular essa controvérsia, assim acabando com as dúvidas geradas por disposições legais que não apresentam soluções a problemática no direito sucessório (VENOSA, 2014).

Nesse sentido, é o entendimento da doutrinadora Maria Berenice Dias:

Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (art. 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798), e até às pessoas ainda

não concebidas (CC 1.799 I), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem*. Deve ser dada ao dispositivo legal interpretação constitucional, pois o filho nascido de concepção póstuma ocupa a classe dos herdeiros necessários (DIAS, 2013, p. 125).

A revolução genética é um fato e não se pode questioná-la, somente quanto aos aspectos éticos. Acontece, que a reprodução assistida cada vez mais se tornará comum por vários motivos e como foi dito, a legislação atual não proíbe, mas também não é eficaz para solucionar conflitos que possam surgir, em especial, e pelo tema da pesquisa, os gerados *post mortem*. Portanto, pela omissão legislativa, coube aos doutrinadores desenvolver interpretações, observando sempre os princípios constitucionais.

3.2 Posição doutrinária

Muito se discute na doutrina acerca dos direitos sucessórios dos filhos concebidos através das técnicas de reprodução humana assistida homóloga após a morte do pai, haja vista que o novo Código Civil não traz nenhuma solução transparente para a questão. O artigo 1.798 do Código Civil, ao tratar da sucessão, incluindo tanto a sucessão legítima quanto à testamentária, prescreve que são legitimados a suceder os indivíduos que já tivessem nascido no momento da morte, assim como aqueles já concebidos.

Os nascidos são aqueles que possuem personalidade jurídica, de acordo com o artigo 2º do Código Civil, e os já concebidos. Segundo Giselda Hironaka (2003), podem ser de duas classes médico-legais: o feto, que vai da concepção até o início do desalojar do ser do aparelho reprodutor feminino, e o feto-nascente, período que se situa entre o início da expulsão fetal e o momento em que se estabelece vida autônoma.

Acontece que no caso da inseminação artificial *post mortem*, não estaria o herdeiro vivo, nem mesmo concebido, no momento da abertura da sucessão, para que pudesse ser incluído na vocação hereditária. Há a possibilidade de concepção após a morte, devido à criopreservação dos materiais genéticos, podendo a mulher, após a morte de seu marido, querer ter um filho dele e se submeter à inseminação artificial póstuma.

A fertilização *in vitro* póstuma, prevista no artigo 1.597, inciso IV do Código Civil, é um pouco menos polêmica, já que o embrião criopreservado foi concebido antes da morte do seu pai. E de acordo com os ensinamentos de Caio Mário “deve prevalecer o entendimento de quem têm legitimação para suceder, em virtude de já estarem efetivamente concebidos ao tempo do óbito do de *cujus*” (2005, p. 35).

O artigo 1.799, inciso I do Código Civil, tratando da sucessão testamentária, reconhece como legítima a disposição de última vontade que contempla como herdeiro a prole eventual de pessoa viva no momento da abertura da sucessão. O Código prevê uma exceção com relação ao embrião não implantado na mulher, cujo pai doador sabia da existência e através do testamento o faz seu herdeiro (ALMEIDA, 2005).

Não há problemas com a sucessão dos filhos concebidos *post mortem* caso sejam incluídos no testamento de seu pai. Apesar disso, se decorridos dois anos da abertura da sucessão e o herdeiro não for concebido, os bens a ele reservados irão para os herdeiros necessários, salvo disposição contrária do testador, conforme artigo 1.800, §4º do Código Civil.

O novo Código Civil não traz nenhuma regra sobre os direitos sucessórios dos concebidos *post mortem* na sucessão legítima, apesar de ter tratado da matéria com relação à presunção de paternidade, nos incisos finais do artigo 1.597, e na sucessão testamentária, no artigo 1.799, inciso I. E está claro que nenhuma das hipóteses dos três últimos incisos do artigo 1.597 estão incluídas no artigo 1.798 ou no artigo 1800.

A doutrina conforme será explanado abaixo divide em três correntes acerca dos efeitos jurídicos da inseminação artificial póstuma.

A primeira corrente não admite nenhum direito ao filho que for concebido após a morte de seu pai, nem no âmbito do direito de família e muito menos em relação aos direitos sucessórios. Esta corrente sofreu a influência das doutrinas alemã, francesa e sueca, que adotam o modelo repressivo, e também, não

reconhecem nenhum direito mesmo que a criança seja fruto de técnicas de reprodução humana assistida *post mortem*, exista.

Como já dito antes, para Mônica Aguiar, a morte opera como revogadora da permissão ao uso das técnicas de reprodução assistida. Caso a criança nasça assim mesmo, só deve ser considerada filha do cônjuge sobrevivente. E conclui:

Somente é possível reconhecer a filiação a mãe, afastada, de plano, a presunção prevista no inciso referido, por se tratar de norma inconstitucional, uma vez que violadora do comando expresso no artigo 5º, I da Constituição Federal, embora seja de lamentar a opção por uma orfandade arbitrariamente provocada (2005, p. 119).

O filho concebido após a morte do pai não teria direitos sucessórios, pois não se enquadraria na interpretação literal do artigo 1.798 do Código Civil: somente podem suceder aqueles que forem nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão. O projeto parental se caracteriza pela união de duas vontades, não podendo a mulher após a morte de seu marido dar continuidade unilateralmente a este.

A segunda corrente, apesar de não admitir que o concebido postumamente tenha direitos hereditários na sucessão legítima, reconhece a filiação, mesmo que a concepção seja realizada após o prazo de 300 dias mencionado no artigo 1.597, II do Código Civil. Não se pode negar o direito de um filho ter o nome de seu pai, quando era esta a sua vontade em vida.

Guilherme Calmon entende que, pelo menos no estado atual da legislação brasileira sobre a reprodução assistida, não se pode admitir o acesso da mulher ao material genético do marido congelado após a morte deste. Vale ressaltar mesmo que ele tenha deixado expresso que era essa a sua vontade, seria uma violação ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos. Diz:

A despeito da proibição no direito brasileiro, se eventualmente tal técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e o pressuposto do risco, mas não para fins de direitos sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear a reparação dos danos materiais que sofrer de sua mãe e dos profissionais que a auxiliaram a procriar utilizando o

sêmen do cônjuge ou companheiro já falecido, com fundamento na responsabilidade civil (2003, p. 733).

Apesar de o autor falar que há uma proibição no direito brasileiro à realização da inseminação artificial *post mortem*, não há nenhuma lei que expressamente a proíba. E o autor não menciona o dispositivo legal em que se baseou para tirar essa conclusão. Também, não parece ser legítima a possibilidade de a criança pleitear uma indenização da mãe, ou dos profissionais que realizaram a inseminação artificial póstuma, haja vista que a gravidez pode ter sido muito desejada pelos pais e fruto de um projeto parental e que somente não se realizou durante a vida de ambos por uma circunstância alheia a vontade do casal.

Nesse sentido, não parece ser possível a responsabilidade civil da mãe sendo condenada à reparação de danos materiais, quando a criança for concebida por inseminação artificial após a morte do marido. Se fosse permitido também abriria espaço para uma eventual indenização quando a criança fosse fruto de uma relação casual e não fosse planejada pelo casal, e isso contraria os princípios do direito de família, em especial o da igualdade constitucional entre os filhos e da dignidade da pessoa humana.

Na mesma linha se encontra Eduardo de Oliveira Leite (2003), o qual entende que a situação da criança concebida artificialmente após a morte do pai é anômala, tanto no direito de família quanto no direito das sucessões. E acrescenta que a criança não herdará do pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão. Somente se houvesse uma previsão expressa na legislação favorecendo a criança fruto da inseminação artificial *post mortem*, seria possível de cogitar os efeitos sucessórios.

Para Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior (2005), o concepturo somente terá direitos sucessórios se houver cláusula testamentária. Nesse sentido, e desde que venha a ser concebido no prazo de dois anos, ou em outro prazo menor estipulado pelo falecido no seu testamento. Caso haja esta, com objetivo de resguardar a quota pertencente ao herdeiro, será feita reserva de patrimônio, onde se nomeará curador, que observará o prazo de dois anos para que seja feita a concepção. Caso não ocorra, os bens reservados serão distribuídos entre os herdeiros legitimados.

Como no Brasil não há legislação específica sobre esse assunto, de acordo com a segunda corrente, a criança concebida após a morte do pai somente teria direitos sucessórios se fosse contemplada no testamento. Observado o prazo limite de dois anos, do artigo 1.800, § 4º do Código Civil, após a abertura da sucessão para que seja concebida.

A terceira corrente é aquela que admite amplos direitos ao filho concebido após a morte do pai, tendo, portanto, o nome do seu pai no registro de nascimento e também sendo considerado herdeiro legítimo assim como qualquer outro filho que o casal tenha.

Segundo José Luis Gavião de Almeida (2003), o Código Civil de 2002 reproduziu o preceito contido no Código Civil de 1916 com relação aos concepturos. Mas, o Código Civil de 1916 não abordava a questão da filiação resultante de reprodução humana assistida, apenas referindo-se excepcionalmente a eles em relação a sucessão testamentária, já que naquela época não era possível se imaginar que alguém pudesse ser pai após a morte. Hoje, com os avanços na biotecnologia, esta é uma realidade no mundo todo.

O autor supra entende que há uma aparente contradição entre o artigo 1.798 e o artigo 1.799, inciso I, o qual dispõe que na sucessão testamentária podem ser chamados a suceder os filhos não concebidos, enquanto que o artigo 1.798 somente considera apto a suceder aqueles que estiverem vivos ou pelo menos concebidos no momento da abertura da sucessão. Dá a entender que os filhos não concebidos somente poderiam herdar se estivessem indicados no testamento. E, além disso, se o artigo 1.798 for interpretado ao pé da letra, a criança que não fosse concebida no momento da morte do seu pai não poderia herdar. Mas a ligação parental entre o filho resultante da inseminação artificial e o seu pai falecido é indiscutível, não importando se tenha nascido antes ou depois da morte do pai, de acordo com o artigo 1.597, inciso III do Código Civil.

Então, após ser reconhecida, pelo legislador brasileiro, a relação de filiação e seus efeitos patrimoniais ao concepturo (artigo 1.597 do Código Civil), não se justifica afastar os efeitos patrimoniais, especialmente os decorrente da herança.

Esse sistema é resquício do antigo tratamento dado aos filhos, os quais eram diferenciados de acordo com a sua origem, sendo que nem todos os ilegítimos ficavam sem herança. Como a lei garante o vínculo da filiação, não há justificativa para privá-lo da legitimação para receber a herança. Ainda mais que a Constituição Federal, no seu artigo 227, §6º, garante a igualdade entre os filhos, não podendo um ter direito a receber a herança e outro não.

Silmara Juny Chinelato (2004) ao comentar o artigo 1.597 do Código Civil, entende que o artigo 1.798 não é um obstáculo à sucessão do filho concebido postumamente, desde que haja o consentimento expresso do marido autorizando a realização da inseminação artificial post morte.

Caio Mario, também aceita a possibilidade do concebido, após a morte do pai, ser considerado herdeiro legítimo, pois o Código Civil, no artigo 1.597, o presume concebido na constância do casamento:

Resta saber como semelhante 'presunção' (*rectus*, ficção) se harmoniza com a regra do artigo 1.798, que apenas reconhece legitimação sucessória 'às pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão'. Se o filho havido artificialmente, após a morte do pai, reputa-se concebido 'na constância do casamento', estaria aparentemente preenchido o requisito para sua legitimação sucessória: seria ele, para os efeitos legais, um nascituro (e não mero *concepturo*), plenamente equiparado ao que, já concebido por um processo natural, apenas não houvesse ainda nascido quando da abertura da sucessão (2007, p. 34).

O direito é instrumento hábil para disciplinar a vida das pessoas. No Brasil, adotamos o sistema do *civil law*, logo, o direito feito aqui é extremamente dependente de leis, diferente de outros países que adotam o sistema do *common law*. Dessa maneira, diante de situações complexas e nebulosas tendo em vista as transformações sociais e omissão legislativa é aceitável que ocorra insegurança jurídica em alguma proporção. Quanto o assunto que está sendo pesquisado não resta dúvida a respeito da insegurança. Assim, a doutrina não chega em um consenso, mas se feita uma conjugação entre a legislação civil e a Carta Magna, não poderá haver discriminação referente aos filhos gerados pós morte, os quais serão considerados herdeiros legítimos.

Esse tema foi debatido na III Jornada de Direito Civil e tendo sido aprovado o enunciado 267, o qual dispõe que:

A regra do artigo 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição de herança (*online, 2018*).

Então, como não há dúvidas quanto à admissibilidade jurídica e constitucionalidade da utilização das técnicas de reprodução humana assistida *post mortem*, o autor considera como melhor solução entender que o artigo 1.798 do novo Código Civil disse menos do que queria, devendo ser feita uma interpretação extensiva para abranger também os embriões já formados e aqueles a formar, no caso de somente os gametas estarem criopreservados. Caso a criança nasça após terminado o inventário e a partilha dos bens, ela pode ter acesso a herança do seu pai falecido através da petição de herança, assim como qualquer herdeiro legítimo que tenha sido preterido (GONÇALVES, 2011).

A utilização da petição de herança busca equilibrar os interesses da pessoa que foi concebida através da inseminação artificial *post mortem* com material genético do pai e, ao mesmo tempo, os interesses dos demais herdeiros. Deste modo, haverá mais uma hipótese de cabimento de petição de herança, ou seja, a que envolve o emprego de técnica de reprodução assistida *post mortem*.

Dessa forma, para pôr fim às controvérsias, uma solução seria se o pai, ao dar o consentimento para a realização da técnica de reprodução humana assistida, estabelecesse no mesmo documento, ou no testamento, um prazo para a concepção do filho. Este prazo não poderia ser superior a dois anos, que é o estabelecido pelo Código Civil no artigo 1800, §4º para a concepção da prole eventual. E, neste caso, os bens da herança ficariam reservados ao filho. Se não houvesse a concepção dentro do tempo estipulado, a parte do patrimônio reservada seria distribuída entre os herdeiros legítimos.

No Brasil inexistente legislação que expressamente proíba a realização da inseminação artificial após a morte do marido e também não há lei regulamentando-a. Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº. 90 (Substitutivo) de 2001, o qual dispõe sobre a regulamentação da procriação medicamente assistida. De acordo com o artigo 14, § 2º, inciso III deste projeto de lei, é obrigatório o descarte dos

gametas caso o depositante venha a morrer, salvo se houver manifestação expressa de sua vontade em documento ou no próprio testamento, permitindo a utilização de gametas após a sua morte.

Assim, o Projeto de Lei visa a regular o que já acontece na prática. E assim, como a maioria da doutrina, entende ser possível a realização da inseminação póstuma desde que o marido tenha expressamente consentido em vida (DOCUMENTOS JURÍDICOS, 2001, *online*).

3.3- A sucessão do *post mortem* no direito internacional

A sucessão do filho gerado por inseminação artificial *post mortem* está presente nos ordenamentos jurídicos internacionais. A Itália, a Suíça e a Dinamarca vedam a inseminação *post mortem*.

A Espanha regulamentou a questão da reprodução assistida após a morte do de *cujus* na lei nº 14, de 26 de maio de 2006 garantindo que a mulher poderá utilizar do material genético criopreservado do de *cujus* nos doze meses após o falecimento, devendo ter somente a autorização do doador, seja por testamento ou escritura pública para que seja reconhecida a paternidade, bem como os direitos sucessórios (BERALDO, 2012).

Portugal veda a prática da reprodução assistida *post mortem*, estabelecendo que após o falecimento do marido ou companheiro somente em casos de sêmen congelados, nesse caso o material genético deverá ser destruído, mas sendo lícito o caso de reprodução quando os embriões estiverem congelados, com o intuito de dar continuidade no projeto de família. Enquanto, nos Estados Unidos, onde o sistema é o *commomlaw*, onde cada estado pode prever as suas leis, no ano 2000, foi normatizado as regras de reprodução assistida com a aprovação da *UniformParentageAct* (uniformidade de parentesco), o de *cujus* só será considerado pai, caso esse tenha consentido que a reprodução iria acontecer após a sua morte (BERALDO, 2012).

3.4- Casos brasileiros

A primeira decisão brasileira que autorizou juridicamente a prática de inseminação *post mortem* aconteceu em Curitiba/PR. Katia Lenerneir era casada a

mais de cinco anos com Roberto Niels, era o sonho do casal ter filhos e estes já vinham tentando a algum tempo, de forma natural. Acontece que Roberto descobriu um câncer e pelo processo de quimioterapia que era necessário passar, os médicos recomendaram fazer o congelamento do sêmen devido as chances de se tornar infértil após o tratamento. Meses depois o casal deu início ao tratamento de reprodução, porém Roberto recebeu um novo diagnóstico no qual o câncer havia se alastrado para os ossos, um tempo depois ele veio a falecer (ARAÚJO, 2010).

Katia sempre teve o sonho de ter um casal de filhos, como não pode realizar com o marido em vida, resolveu procurar o laboratório para iniciar novamente o processo de inseminação com o sêmen congelado do marido. Contudo o laboratório informou que a cônjuge não poderia utilizar desta técnica, pois não havia uma autorização do marido para que o esperma fosse usado mesmo após sua morte. Como a legislação brasileira é omissa referente à matéria, Katia resolveu procurar o Poder Judiciário.

Importante destacar o entendimento jurisprudencial da decisão proferida pelo juiz da 13^a Vara Cível DE Curitiba/PR, na qual por meio de uma liminar autorizou que a viúva pudesse usar de técnica de inseminação artificial para engravidar do sêmen congelado do marido falecido, mesmo sem uma autorização prévia do *de cuius*.

Em outro caso, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, entendeu que a utilização do material genético do *de cuius* violaria o princípio da autonomia de vontade, negando a sua companheira o direito de utilizar a técnica de inseminação artificial com o sêmen do *de cuius*, os desembargadores argumentaram que mesmo havendo o material genético armazenado em laboratório, o companheiro não manifestou expressamente sua vontade para que fosse utilizado o material armazenado *post mortem*.

Como observado, nos casos citados a discussão em nenhum momento passou pela sucessão, mas somente sobre a permissão para utilização do material genético do *de cuius*. Ocorre que ainda são poucos os casos julgados pelo Poder Judiciário e por isso a carência de entendimentos jurisprudenciais sobre o tema, ficando ainda a questão bastante sujeita a divergência doutrinária.

CONCLUSÃO

É importante lembrar que o direito além de uma ciência é um instrumento capaz de regular a vida das pessoas e precisa estar em sintonia com as mudanças sociais, sob pena de se tornar obsoleto, tendo em vista que as sociedades se modificam continuamente.

A pesquisa refletiu sobre os impactos jurídicos no direito sucessório quando da utilização de técnicas de reprodução assistida após a morte de um dos cônjuges, de forma específica a homóloga *post mortem* que não utiliza material genético de terceiros, mas somente do casal que deseja ter um filho. Portanto, diminuindo a probabilidade de problemas para o reconhecimento da maternidade e paternidade, que pode ser detectada através de um exame de DNA.

Essa forma de conceber um filho só é possível graças a criação de bancos de criopreservação dos óvulos, esperma e dos embriões. No entanto, para que seja utilizada esta técnica é preciso consentimento escrito do falecido, conforme Resolução 1358/92 do Conselho Federal de Medicina.

Com o advento do Novo Código Civil, as técnicas de reprodução humana assistida foram acrescidas à presunção de paternidade, sendo considerado concebidos na vigência do casamento tanto os filhos havidos por fecundação homóloga, ainda que o marido esteja morto, bem como os formados por embriões excedentários, formados a qualquer tempo por fecundação artificial homóloga.

A problemática está no fato de não haver regulamentação para o concebido após a morte. A doutrina é dividida, porém se for feita a conjugação entre

o Código Civil e a Constituição Federal, que dispõe sobre o princípio da igualdade entre os filhos não importando sua origem, não deverá haver discriminações, sendo o filho concebido *post mortem* herdeiro legítimo como qualquer outro filho.

Se o casal optar pela realização da fecundação artificial e havendo formas de se provar a vontade do falecido seja por documento expresso, testamento ou qualquer outro documento capaz de provar, não haverá motivos para privar a criança dos seus direitos, pois a Carta Magna também preceitua que é liberdade do casal o planejamento familiar. Dessa maneira, os pais podem acordar que o projeto parental somente se concretizará após a morte de um deles.

No caso de a criança nascer após a partilha de bens lhe será resguardado o direito a petição de herança com o objetivo de ser reconhecida como herdeira necessária e receba a quota devida.

Portanto, graças aos insumos tecnológicos aplicados na medicina e disponíveis a sociedade, em especial a inseminação artificial, aos filhos gerados por meio desta é garantido todos os direitos, baseados nos princípios constitucionais do melhor interesse da criança e igualdade constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito**. Revista dos tribunais, São Paulo, v. 94, n838, p. 87-100, ago. 2005.

_____. Revista dos Tribunais- **Técnicas de Reprodução Assistida**. v. 838, ago. 2015.

_____. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6522/tecnicas-de-reprodução-assistida-e-o-biodireito>>. Acesso em 25 nov. 2017.

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.

ARAÚJO, Glauco. **Justiça autoriza professora a usar sêmen de marido morto no paraná**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/05/justica-autoriza-professora-usar-semen-de-marido-morto-no-parana.html>>. Acesso em 05 abr. 2018.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem: um estudo sobre as consequências jurídicas no direito de família e sucessões**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2012.

BRASIL. Constituio (1988). **Constituio da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. In VadeMecum Saraiva. 19. Ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2014.

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.

COCO, Bruna Amarijo. **Reproduo assistida post mortem e seus aspectos sucessórios**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 17, n.](#)

[3238, 13 maio 2012](https://jus.com.br/artigos/21747). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21747>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. V. 6. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**, v. 6. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DOCUMENTOS JURÍDICOS. **Projeto de Lei nº 90 substituto, de 2001**. Dispõe sobre a procriação Medicamente Assistida, Brasília, DF, 2001. Disponível em: <http://ghente.org/doc_juridicos/pls90subst2.htm>. Acesso em 07 mai. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Direito das Famílias**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Anova 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.

_____. **Areprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo Código Civil**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v, 5, n.19, p.41-132, ago./set. 2003. Idem Revista dos Tribunais n. 817.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Direito das Sucessões**, v. 7. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUERRA, Arthur Magno e Silva, et al. **Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro. Editora América Jurídica, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões**, v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. XXI: do direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil**: direito de família e das sucessões. 2. ed. Ver. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
_____. **Manual de Direito Civil**: direito de família e sucessões. 5ª.ed. São paulo: Saraiva, 2009.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MECUM, Vade. **Saraiva**: 2014. 17ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **JusPodivm**: 2017. Salvador: JusPodivm, 2017.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: direito de família. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo; Atlas, 2009.

PISETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga post mortem**: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório. Rio de janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito Civil**. Volume v: Direito de Família. 16. Ed. Rio de Janeiro, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**.6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Manual das Sucessões**, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SCALQUETTE, Ana Claudia silva. **Estatuto de reprodução assistida**. São Paulo: saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil. **Direito das Sucessões**. V. 6. 4. Ed. São Paulo. Editora Método, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: **Direito de Família**, 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.