

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* E SEUS REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO.

Thaís Ferreira Cunha¹

Gabriella Simonetti Meira Pires Barbalho²

RESUMO

O presente artigo científico busca analisar as consequências jurídicas da inseminação artificial homóloga *post mortem*, no que diz respeito aos seus reflexos no Direito Sucessório, no qual não há previsão legal quanto aos direitos da criança concebida postumamente. Abordou-se a forma como a inseminação artificial é tratada no Código Civil de 2002 e na Constituição Federal, e verificou-se que a lei é silente no que tange aos procedimentos e consequências dessas técnicas. O atual texto civilista reconhece a condição de filho ao concebido postumamente, entretanto, nada dispõe acerca dos direitos sucessórios. Este panorama tem gerado inúmeras interpretações doutrinárias, pois é um assunto polêmico e complexo. Isto posto, entende-se que a melhor forma de ter uma resposta pacífica para os casos concretos seria uma produção legislativa que acompanhe os avanços da medicina, respeitando sempre o princípio da dignidade da pessoa humana e a igualdade entre os filhos. A metodologia utilizada no presente artigo foi à análise de doutrinas e jurisprudência.

Palavras-chave: Direito sucessório. Inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Filiação. Capacidade sucessória. Igualdade entre os filhos.

ARTIFICIAL INSEMINATION YEAR POST MORTEM AND ITS CONSEQUENCES ON THE LAW OF SUCCESSION.

ABSTRACT

This scientific article aims to analyze the legal consequences of *post mortem* homologous artificial insemination, regarding its reflexes on the inheritance law, in which there are not any legal previews concerning the rights of the child conceived posthumously. It has been addressed the way artificial insemination is treated in the Civil Code of 2002 and in the Federal Constitution, and it has been verified that the Law is silent when it comes to the procedures and consequences of such techniques. The civil text recognizes the condition of son or daughter to the one conceived Posthumously, however, nothing is brought regarding successor rights. This panorama has generated innumerable doctrinal interpretations, for it's a polemic and complex topic. That been said it is understood that the way to obtaining a pacific

¹ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. – UNI-RN. E-mail: thaiscunha@hotmail.com

² Professora orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: gabybarbalho@hotmail.com

answer to concrete cases would be a legislative production which accompanies the advances of medicine always respecting the principle of the human person's dignity and equality amongst children. The methodology used in this article was the analyses of the doctrines and jurisprudence.

Key-words: Inheritance Law, *Post Mortem* Homologous Artificial Insemination, Filiation, Successor Capacity, Equality Amongst children.

1 INTRODUÇÃO

É inquestionável que os avanços na biotecnologia, sobretudo no campo da inseminação artificial, têm trazido resultados cada vez mais significativos para a sociedade contemporânea. O que há pouco tempo atrás era só ficção de cinema, hoje se tornou realidade na vida das pessoas. Famílias são formadas e sonhos são realizados a partir de procedimentos de reprodução assistida. Casais do mesmo sexo, pessoas solteiras, e pessoas que sofrem de algum distúrbio que impossibilite a procriação natural, podem ser beneficiadas pelo procedimento de reprodução assistida. Diante disso, não restam dúvidas de que tais técnicas trazem benefícios imensuráveis à vida da sociedade moderna.

A engenharia genética trouxe a possibilidade de coletar e manter congelados materiais genéticos para futura utilização, mesmo após a morte do doador. Nisso consiste a técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*, cerne deste trabalho. O procedimento é realizado com material genético pertencente ao marido ou companheiro e esposa ou companheira respectivamente, o qual será mantido criopreservado e posteriormente introduzido no útero da esposa após o falecimento do genitor, sendo a criança concebida, conseqüentemente após sua morte.

Todavia, ao mesmo tempo em que a ciência traz a esperança da realização de sonhos como o de ter filhos e constituir uma família, traz inquietações jurídicas e sociais. Isso porque a produção legislativa se mostra muito lenta, na medida em que não consegue acompanhar o avanço da ciência. A condição de filho gerado por inseminação artificial, inclusive *post mortem* é reconhecida no Código Civil, art. 1.597, porém nada dispõe acerca dos direitos sucessórios.

A metodologia utilizada foi baseada em pesquisas doutrinárias, jurisprudências e legislação, as quais passaram por uma reflexão jurídica sobre o tema através do método dialético e lógico-dedutivo.

Diante da deficiência legislativa e das várias posições doutrinárias, no presente trabalho foram delineados os aspectos relevantes do tema, primeiramente demonstrando que a condição de filho concebido postumamente é reconhecida pelo Código Civil, porém nada aduz sobre os direitos sucessórios dessas crianças. Logo após se conceitua a inseminação artificial póstuma e o quão as técnicas de reprodução assistida são importantes na vida das pessoas, e percebe-se que no estágio evolutivo em que a sociedade se encontra é inadmissível não haver leis especiais que regulem procedimentos tão importantes e tão utilizados. No quarto momento, o trabalho elucida princípios que regem o direito de família e que protegem o concebido postumamente, quanto a sua dignidade e igualdade. Por fim, tenta-se mostrar que apesar do vácuo legislativo, o herdeiro nascido após a morte de seu pai, poderá ingressar com ação de petição de herança para ver seus direitos sucessórios reconhecidos.

2 DA FILIAÇÃO

Numa visão resumida da história da família pode-se observar uma grande transformação desde os primórdios até a contemporaneidade, uma vez que essa trajetória evolutiva inseriu inúmeras situações na seara jurídica. Na antiguidade a única forma de se constituir uma família era pelo instituto do matrimônio, o qual era indissolúvel e o vínculo sem afeto era comum. Contudo, hoje, as entidades familiares são marcadas pela diversidade, e a busca pela felicidade, dando margem a um alargamento no conceito de família, permitindo assim à família contemporânea, a inserção do reconhecimento de uniões do mesmo sexo, filiação socioafetiva, entre outros. No que tange à filiação, vale salientar que também houve um grande processo evolutivo, principalmente na legislação relacionada às origens e a forma de tratamento entre os filhos.

Além dos avanços tecnológicos, a Constituição também trouxe mudanças significativas no conceito de família e no ordenamento jurídico, com os princípios de dignidade da pessoa humana e igualdade entre os filhos.

O Código Civil de 1916 atribuía a cada tipo de filiação características e direitos diversos que apresentavam total desigualdade entre filhos legítimos e ilegítimos. Contudo, a Constituição Federal de 1988 trouxe grandes mudanças no ordenamento jurídico e no Direito de Família, estabelecendo igualdade entre todos os filhos.

Paula Lôbo entende que: “os filhos podem provir de origem genética conhecida ou não, de escolha efetiva do casamento, de união estável, de entidade monoparental ou de outra entidade familiar implicitamente constitucionalizada.” (*apud* DIAS, 2014, p. 365). Consoante com as ideias da autora mencionada, conclui-se que a filiação não se estabelece apenas pelo vínculo biológico e jurídico, além desses a lei e doutrina tem consagrado como forma de filiação a socioafetiva e a civil. É nesse ponto que o caráter biológico dá espaço à afetividade, estendendo assim o princípio de igualdade entre os filhos aos filhos de criação e àqueles que foram gerados por inseminação artificial. Ou seja, independente da origem, os filhos não podem ter qualquer diferenciação.

Hoje, todos são apenas filhos, como dispõe o art. 1.596 do atual Código Civil:

Art. 1.596. Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Como bem observa Carlos Roberto Gonçalves:

Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado. Todas as regras sobre parentesco consanguíneo estruturam-se a partir da noção de filiação, pois a mais próxima, a mais importante e a principal relação de parentesco é a que se estabelece entre pais e filhos. (2013, p.319)

Em sua obra o referido autor ainda acrescenta que:

Em sentido estrito, *filiação* é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada *filiação propriamente dita* quando visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina *paternidade* ou *maternidade*. (2013, p. 319).

Em razão de toda evolução que a engenharia genética tem se submetido, principalmente na área de inseminação artificial, as formas de filiação deixaram de ser somente pelo método natural, o que influenciou significativamente no modo como as famílias contemporâneas se formam. Nesse sentido, o atual diploma prevê hipóteses de presunção de filhos relacionados à reprodução assistida, no art. 1.597, III, IV e V do Código Civil, abaixo transcrito:

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

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

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

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

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

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

No entanto, ao analisar o inciso III do artigo retrotranscrito, é possível perceber que tal permissivo legal enseja grandes discussões no que tange a autorização do falecido, autor da herança, para utilização de seu material genético, visto que a lei é omissa nesse aspecto. Assim, ressalta Maria Berenice Dias:

Ainda que o cônjuge tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para a inseminação depois de sua morte. Somente na hipótese de ter havido expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento. (2014, p.376)

Acerca da necessidade de autorização do marido, o Conselho de Justiça Federal tenta balizar a interpretação do inciso III do art. 1.597 com seguinte teor:

Enunciado 106 – Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, é obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após a morte.

Nessa esteira, vale salientar que “a legislação não proíbe a inseminação *post mortem* e a Constituição consagra a igualdade entre os filhos. Não se pode, portanto, admitir legislação infraconstitucional restritiva do direito do filho assim concebido.” Essa é a posição de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (*apud* DIAS, 2014, p. 377).

Isto posto, o legislador tenta adequar o ordenamento jurídico às inovações científicas, quando reconhece a filiação e protege os direitos de crianças geradas por reprodução assistida. Além disso, como já foi dito, a Constituição veda qualquer tipo de distinção entre filhos, independente de sua origem, não permitindo que sejam excluídos da participação da vocação hereditária.

Entretanto ao tentar adequar a legislação às inovações científicas, o legislador a faz de forma limitada, isto porque não faz menção aos procedimentos e consequências da inseminação artificial, principalmente na seara do Direito Sucessório. Gerando assim vários posicionamentos doutrinários, no que diz respeito à inserção ou não do filho concebido postumamente na sucessão legítima.

3 A REPERCUSSÃO JURÍDICA DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL EM FACE DOS AVANÇOS CIENTÍFICOS

3.1 Das espécies de inseminação artificial

Atualmente o uso das técnicas de reprodução assistida vem se tornando cada vez mais frequente na vida do cidadão comum, viabilizando assim, o planejamento familiar. O próprio texto constitucional acompanhado de lei especial viabiliza a qualquer cidadão o livre acesso ao planejamento familiar. Como dispõe a Lei nº 9.263/96, art. 9º:

Art. 9º. Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitas e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Diante disso, observa-se que a lei recepciona o uso de técnicas de reprodução assistida, sendo o direito à procriação constitucionalmente garantida.

Ensina-nos a jurista Maria Berenice Dias que: “a fecundação resultante de reprodução medicamente assistida é utilizada em substituição à concepção natural, quando houver dificuldade ou impossibilidade de um ou de ambos de gerar”. (2014, p.375).

Para Luiz Edson Fachin: “as expressões “fecundação artificial”, “ concepção artificial” e “inseminação artificial” incluem todas as técnicas de reprodução assistida que permitem a geração da vida.” (*apud* DIAS, 2014, p.375).

O procedimento de reprodução assistida uni os materiais genéticos (sêmen e óvulo) de forma manipulada, ou seja, sem que aja relação sexual, com o objetivo de obter a gestação. A resolução de nº 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina dispõe nos princípios gerais que: “As técnicas de reprodução assistida (RH) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de resolução humana, facilitando o processo de procriação”.

Ressaltam-se dentro da reprodução assistida as técnicas de inseminação homóloga e heteróloga. Nas palavras de Maria Helena Diniz: “será homóloga se o sêmen inoculado na mulher for do próprio marido ou companheiro, e heteróloga se o material fecundante for de terceiro, que é o doador.” (2009, p.548). O casal também tem a opção de escolher a técnica conhecida como “mãe por substituição” mais conhecida como “mãe de aluguel”, onde outra mulher empresta seu útero para consequente gestação. O Conselho Federal de Medicina recomenda em sua resolução nº. 1.358/92 em seu art. 1º, VII que a doadora do útero deve pertencer à família, com parentesco até 2º grau.

A reprodução assistida homóloga *post mortem*, cerne desta pesquisa, é uma modalidade da reprodução assistida realizada com sêmen e óvulo pertencentes ao marido ou companheiro e a mulher ou companheira respectivamente, onde o material genético do marido ou companheiro é mantido criopreservado e posteriormente introduzido no útero da esposa ou companheira após seu falecimento, sendo a criança concebida, consequentemente, após sua morte. Importante lembrar que para a utilização

do material genético do falecido é obrigatória expressa autorização do mesmo, como dispõe o Enunciado-106 do CFM, mencionado no capítulo anterior.

Tais reproduções, tanto homóloga quanto heteróloga estão previstas expressamente no atual Código Civil, contudo, a ausência de uma legislação mais detalhada que regule esses procedimentos, vem trazendo novas questões e conflitos envolvendo principalmente o direito sucessório e o direito de herança, que é constitucionalmente garantido.

3.2 Lacunas legislativas frente aos avanços científicos

Ao longo da história da medicina é possível perceber que houve uma enorme evolução no campo da biotecnologia, sobretudo na área de inseminação artificial. O que há pouco tempo atrás era só ficção de cinema, hoje se tornou realidade na vida das pessoas. Em razão disso, o grande desenvolvimento da reprodução humana assistida vem sendo muito bem aceito pela sociedade contemporânea, na medida em que trouxe técnicas inéditas que tem sido uma alternativa às pessoas que não podem gerar filhos e uma esperança às que desejam realizar os mais diversos sonhos, como o de constituir uma família. Vale salientar que essas técnicas não beneficiam apenas pessoas com distúrbios que impossibilitam a procriação natural. Motivos sociais, como no caso de pessoas solteiras e casais homoafetivos, também levam homens e mulheres a recorrer à inseminação artificial. Dessa forma, os benefícios que tais técnicas trazem à sociedade são imensuráveis.

Entretanto as técnicas de reprodução assistida, especificamente a *post mortem*, são complexas e polêmicas no que diz respeito aos seus reflexos no Direito Sucessório, isso porque a lei reconhece a condição de filho ao concebido postumamente, mas nada dispõe acerca de seus direitos sucessórios. A inseminação artificial homóloga *post mortem* esta expressamente prevista no atual Código Civil em seu art. 1.597, contudo a legislação se mostra silente quanto ao procedimento e suas consequências. Isto posto, fica claro que existe um descompasso entre legislação e os avanços da medicina.

Conforme Ana Paula Correia (2014, p.4), no Brasil o Conselho Federal de Medicina buscando harmonizar e estabelecer condutas éticas nas clinicas que realizam os procedimentos de inseminação humanamente assistida, de tempos em tempos edita novas resoluções que acompanhem os avanços da engenharia genética. A primeira

resolução do CFM foi a de nº 1.358/92 que foi substituída pela de nº 1.957/10, sendo esta revogada pela resolução de nº 2013/2013. Contudo, tais resoluções não tem força de lei, são apenas elementos norteadores a serem seguidas pelo profissional médico e pelas clínicas responsáveis pelos procedimentos de reprodução assistida.

Nessa esteira, observa Maria Helena Diniz: “essa conquista científica não poderá ficar sem limites jurídicos, que dependerão das convicções do legislador, de sua consciência e de seu sentimento sobre o que é justo” (2014, p. 546). Com isso, os casos concretos ficam sem previsão legal, submetendo as pessoas à apreciação do judiciário que muitas vezes não tem um conhecimento técnico-científico ligado ao caso, expondo os envolvidos a decisões eivadas de erros, os quais podem acarretar danos irreparáveis.

4 A INSEMINAÇÃO POST MORTEM NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

A chegada da Constituição Federal de 1988 trouxe junto a ela uma nova maneira de pensar o Direito, recheada de princípios que não eram mais apenas orientações, aplicados sempre de forma supletiva e sem de força normativa. Nas palavras de Maria Berenice Dias: “adquiriram eficácia imediata e aderiram ao sistema positivo, compondo nova base axiológica e abandonando o estado de virtualidade a que sempre foram relegados.” (2014, p. 60). A partir desse momento toda lei teria que ser interpretada, sempre, a partir da lei maior. Desse modo os princípios constitucionais fizeram com que todo ordenamento jurídico alcançasse a dignidade da pessoa humana em todas as suas relações.

4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana consagrado como o fundamento do Estado Democrático de Direito é o princípio maior e elemento basilar de todo ordenamento jurídico, estando previsto logo no primeiro artigo da Constituição Federal, (art. 1º, III da CF/88). Como ressalta Rodrigo da Cunha Pereira:

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos” (*apud* DIAS, 2014, p. 65).

É o princípio dos princípios, universalmente conhecido, o qual não só impõe limites, mas também estabelece um norte para sua ação positiva, principalmente quando se fala da evolução da ciência, sobretudo no campo da medicina. Nas palavras de José Afonso da Silva Gebler: “Daí ocupar-se a bioética de questões éticas atinentes ao começo da vida humana, às novas técnicas de reprodução humana assistida, à seleção de sexo, à engenharia genética, à maternidade substitutiva etc.” (*apud* DINIZ, 2009, p.17.) Desse modo, a dignidade humana também é um princípio inerente à bioética, que desde sua existência se preocupou em estabelecer ética nas relações entre médicos e pacientes e em todos os procedimentos e pesquisas no campo da medicina. Sendo assim, relacionando o princípio da dignidade da pessoa humana com a inseminação artificial *post mortem*, preleciona Maria Helena Diniz:

Os biocientistas devem ter como paradigma o respeito à dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III) e o cerne de todo ordenamento jurídico. Deveras, a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e o do Estado, sendo o valor que prevalecera sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. Consequentemente, cabe a bioética e o biodireito não admitir condutas que venham a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela a dignidade e o direito de uma vida digna. (2009, p.19)

E ainda de acordo com a respeitada professora Maria Helena Diniz:

O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227) (*apud* GONÇAVES, 2013, p. 23)

Portanto, os avanços tecnológicos, devem sempre estar a serviço da humanidade, beneficiando e protegendo das possíveis consequências negativas. O princípio da dignidade humana deve ser considerado como um valor que os biocientistas devem respeitar, onde o bem-estar e os interesses do ser humano devem prevalecer.

4.2 Princípio da igualdade entre os filhos

O Código Civil de 1916 promovia a diferenciação entre os filhos nascidos da relação matrimonial, não matrimonial e adotivo, tendo esta diferenciação reflexos diretos no direito sucessório. Entretanto, a Constituição Federal de 1988 trouxe a absoluta igualdade entre todos os filhos: “Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (CF, art. 227, § 6º). Tal princípio também se encontra expresso no Código Civil de 2002, art. 1.596 a 1.629.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

O princípio ora em estudo não admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referências à filiação ilegítima; e veda designações discriminatórias relativas à filiação. (2013, p. 24)

Hoje, todos são simplesmente filhos, com iguais direitos, inclusive, o direito à herança, que é um direito constitucionalmente garantido. Sendo assim, o filho concebido por meio de inseminação artificial post mortem deve concorrer à herança igualmente com os demais de sua classe, sendo considerado herdeiro legítimo.

4.3 Princípio do planejamento familiar

O direito do planejamento familiar elencado no atual texto constitucional dispõe em seu art. 226, §7º que é livre o poder de planejar e constituir uma família. Como está

intimamente ligado ao princípio de liberdade, é assegurado também o direito de escolher seu par, o direito de constituir relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual, como também o direito de dissolver o casamento e extinguir a união estável. E completa Maria Berenice Dias (2014, p. 67) que a liberdade esta marcando cada vez mais as famílias modernas.

A reprodução artificial homologa *post mortem* é consequência do princípio do planejamento familiar, visto que tal projeto parental foi pensado e iniciado pelo casal, tanto é que o genitor depositou seu material genético num banco de sêmen para futuramente ver realizado o desejo do casal de gerar filhos. Entretanto o evento morte não pode ser previsto, e com ele não podem ser levados todo um planejamento e um desejo a ser realizado. A morte inesperada do cônjuge ou companheiro não pode tolher um projeto parental iniciado em vida.

No que diz respeito à responsabilidade do poder publico, o direito do planejamento familiar esta regulado pela Lei nº 9.263/96, art. 9º:

Art. 9º: Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Visto isso, pode-se concluir que a lei recepciona e uso de técnicas de reprodução assistida quando é verificado que o casal não pode gerar filhos da forma natural, sendo o direito à procriação constitucionalmente garantida.

5 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM E O DIREITO SUCESSÓRIO

5.1 Abertura da sucessão

A abertura da sucessão ocorre no instante da morte ou no instante presumido da morte de alguém. Daí nasce o direito hereditário e há a substituição do falecido pelos seus sucessores nas relações jurídicas em que o falecido figurava.

Ensina a jurista Maria Berenice dias que:

A existência da pessoa natural termina com a morte, sendo desnecessário o reconhecimento judicial deste fato. Ainda que o fato morte não faça parte diretamente do fenômeno sucessório, a morte é o pressuposto para a sucessão. Com a morte ocorre o que se chama de abertura da sucessão: cessa a capacidade jurídica de uma pessoa e começa a de outrem em relação aos seus bens. (2014, p. 100)

Com a morte, pois, o patrimônio será transmitido aos herdeiros de acordo com a ordem de vocação hereditária, expressa no art. 1.829 do Código Civil.

Segundo a lição de Zeno Veloso:

A morte, a abertura da sucessão e a transmissão da herança aos herdeiros ocorrem num só momento. Os herdeiros, por essa previsão legal, tornam-se donos da herança ainda que não saibam que o autor da sucessão morreu, ou que a herança lhes foi transmitida (*apud* GONÇALVES, 2014, p. 35).

Nesse contexto, preceitua o Novo Código Civil, art. 1.784: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Nisso consiste o Princípio de *Saisine*, segundo o qual o falecido transmite a posse e a propriedade de seus bens aos seus sucessores. Ocorrendo automaticamente no momento de sua morte. Os herdeiros legítimos são aqueles que estão previstos na lei e os testamentários aqueles que têm direito à herança por vontade do testador. Vale lembrar que a herança compreende créditos e débitos, direitos e obrigações.

Nas palavras de Salomão de Araújo Cateb: “a herança não se transmite ao vazio, ao nada” (*apud* DIAS, 2014, p. 103). Visto isso, a transmissão da herança esta vinculada à dois pressupostos, quais sejam: existência de herdeiro legítimo ou testamentário e a existência de patrimônio.

5.2 Legitimidade para suceder

Acerca da legitimação para suceder, aduz o texto civilista em seu art. 1.798: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.” O dispositivo em apreço faz referência tanto à sucessão legítima quanto à testamentária.

Fazendo uma análise primária do artigo 1.798 do atual Código Civil supracitado é possível observar que o legislador não faz menção à prole eventual, ou seja, herdeiros que possam vir a nascer após o falecimento do autor da herança. Entretanto, os direitos patrimoniais do nascituro estão ressaltados, uma vez que por sua simples concepção, já possui legitimidade para receber herança, ficando esta possibilidade na dependência do seu nascimento com vida. Como explica Carlos Roberto Gonçalves: “os nascituros podem ser, assim, chamados a suceder tanto na sucessão legítima como na testamentaria, ficando a eficácia da vocação dependente do seu nascimento.” (2014, p.69).

Segundo a definição de Silvio Rodrigues:

Nascituro é o ser concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.” (*apud*, GONÇALVES, 2014, p.69).

Visto isso, a lei protege apenas os direitos dos nascituros e é omissa no que tange aos embriões ainda não implantados no útero materno, sendo assim objeto de varias interpretações, principalmente sobre o direito de personalidade e direito sucessório.

Contudo, a regra assegurada pelo Código Civil de 2002 e comentada acima, admite uma exceção, em que o legislador não deixa sem proteção a prole eventual, pois também confere legitimidade passiva a quem ainda não foi se quer concebido no momento da abertura da sucessão. Sendo os concebidos postumamente enquadrados apenas na sucessão testamentária, como preceitua o art. 1.799, I, do Código Civil, complementado pelo art. 1.800, §4º, do mesmo diploma, que fixa o prazo de dois anos

para o nascimento da criança, caso contrário perderá legitimidade para receber a herança.

Art. 1.799. Na sucessão testamentaria podem ainda ser chamados a suceder:

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

II - as pessoas jurídicas;

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

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

(...)

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

De acordo com o entendimento de Maria Berenice Dias (2014, p. 126), para se submeter às técnicas de reprodução assistida o casal iniciou seu projeto parental em vida, desse modo à inseminação *post mortem* tem legitimidade. E uma vez nascido, o filho do autor da herança, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários, amparado pelo princípio da igualdade entre os filhos, o qual aduz que não pode haver qualquer distinção relativa à filiação.

Complementa Hideliza Lacerda Tinoco Bechat Cabral e Mariane Ferraz Alves que:

Não se pode admitir que apenas com a existência de testamento estariam assegurados ao filho concebido após a morte do pai direitos sucessórios. Os filhos devem ter tratamento isonômico. Todos pertencem à classe dos herdeiros legítimos e necessários, com direito à herança. (*apud* DIAS, 2014, p. 126).

Com isso, conclui Maria Berenice Dias que:

Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798), e ate às pessoas ainda não concebidas (CC 1.799 I), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido post mortem. (2014, p. 125)

Não reconhecer os direitos das crianças concebidas postumamente, seria como retroagir ao Código Civil de 1916, onde havia total desigualdade entre os filhos, ferindo assim o princípio da igualdade entre os filhos, e ainda o princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso, se é filho do autor da herança, deve ser enquadrado como herdeiro necessário, mesmo que concebido após sua morte, pois a presunção de paternidade gera efeitos patrimoniais.

5.3 DA PETIÇÃO DE HERANÇA

A ação de petição de herança poderá ser usada quando o herdeiro se sentir prejudicado nos seus direitos patrimoniais, e se apresenta com caráter dúplice, pois declara a qualidade de herdeiro do autor da ação e condena a quem esta em posse da herança a entregá-la, para que haja outra divisão e o novo herdeiro receba a parte que lhe cabe. Nas palavras de Itabaiana de Oliveira: “ação de petição de herança é a que compete ao herdeiro legítimo ou testamentário contra aqueles que, pretendendo ter direito à sucessão, detêm os bens da herança no todo ou em parte” (*apud* GONÇALVES, 2014, p. 141). O texto civilista por sua vez preceitua em seu art. 1.824:

Art. 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.

Entretanto, o fato de a herança ser transmitida aos herdeiros nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão por força do Princípio de *Saisine*, não exclui o direito do herdeiro concebido de forma póstuma a ter reconhecido seus direitos sucessórios.

O herdeiro póstumo pode pleitear seus direitos antes, durante ou depois do inventário. Entretanto é de suma importância ressaltar que existe prescrição quanto aos efeitos sucessórios. Diante do caráter dúplice da referida ação, o STF sumulou a matéria: “é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a da petição de herança.” (súmula 149 do STF). Nesse sentido explica Maria Berenice Dias: “a condição de herdeiro é imprescritível, mas a pretensão patrimonial se sujeita à prescrição. Como não há expressa previsão, o prazo é de 10 anos (CC 205)” (2014, p. 635). Quando reconhecida a paternidade após o falecimento do autor da herança, o prazo prescricional para a habilitação do herdeiro começa a fluir a partir do reconhecimento.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu provimento ao recurso e assegura à apelante o direito a participação no inventário do bens deixados pelo pai falecido, em virtude de não ter prescrito o prazo para a referida ação:

ACÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. PROVA PERICIAL FAVORÁVEL À AUTORA. DIREITO A HABILITAÇÃO NO PROCESSO DE INVENTÁRIO DE SEU PAI. PRAZO PRESCRICIONAL. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE EM DATA POSTERIOR AO FALECIMENTO DO AUTOR DA HERANÇA.

(...)

FAMÍLIA - APELAÇÃO - ACÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C PETIÇÃO DE HERANÇA - RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE - DIREITO À HERANÇA DO DE CUJUS - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - QUALIDADE DE HERDEIRO - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL - MOMENTO DA ABERTURA DA SUCESSÃO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - INOCORRÊNCIA.

- A ação de petição de herança é indubitavelmente prescritível, por remeter a direito de cunho patrimonial; entretanto, o prazo prescricional a ela aplicável deve ter seu início a partir do reconhecimento, judicial ou voluntário, da paternidade do filho ilegítimo, por sequer existir direito à herança antes do reconhecimento da paternidade. - A procedência do pedido investigatório implica, por óbvio, o reconhecimento do direito do investigador à herança do de cujus, já que o vínculo de paternidade, embora até então

desconhecido, existia desde o momento da concepção.
 - O direito à herança é definido de acordo com as normas vigentes quando da abertura da sucessão.
 - Não há cogitar de condenação por litigância de má-fé quando incorrente qualquer ato que denote a má-fé processual da parte.
 (Apelação cível nº 1.0151.02.004911-1/001, rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula, j. 2/10/2008, p. 18/11/2008).
 (...).³

Visto isso, a referida ação pode ser pleiteada tanto por herdeiro concebido por vias naturais como por inseminação artificial, inclusive *post mortem*. Basta que o mesmo tenha seus direitos patrimoniais prejudicados por não ter participado da vocação hereditária, ocorrida anteriormente.

6 CONCLUSÃO

No aludido trabalho ficou demonstrado que as técnicas de reprodução medicamente assistida tem sido cada vez mais aceitas e utilizadas pela sociedade, em razão disso revolucionou o conceito de família. Casais do mesmo sexo, pessoas solteiras, e pessoas que sofrem de algum distúrbio que impossibilite a procriação natural, podem ser beneficiadas pelo procedimento de reprodução assistida. Diante disso, não restam dúvidas de que tais técnicas trazem benefícios imensuráveis à vida da sociedade moderna, levando a essas pessoas a esperança de ver realizados os mais diversos sonhos, como o de gerar filhos e constituir uma família,

Entretanto, por falta de legislação especial que regule as técnicas de reprodução assistida, surgem inúmeros questionamentos a serem resolvidos pelo Direito. A inseminação artificial póstuma é um deles. O legislador não foi capaz de regular todos os aspectos atingidos por essas técnicas, deixando a legislação lacunosa e consequentemente dando brecha para as mais variadas discussões e interpretações doutrinárias, principalmente com relação aos direitos sucessórios.

Verificou-se a existência de uma contradição no Código Civil, pois de um lado determina a qualidade de filho aos concebidos através de técnicas de reprodução assistida, porém não permite o direito sucessório a essas crianças, o que fere de morte o

³ Apelação cível nº 10479081413318001, TJ-MG, Relator: Wander Marotta, Data de Julgamento: 06/08/2013, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL.

princípio constitucional da igualdade entre os filhos, que visa a total igualdade entre eles, independente de sua origem.

Dessa forma, é inadmissível que o Direito fique à margem dos problemas que atingem a sociedade. Uma vez que a cada dia que passa a evolução da ciência beneficia mais pessoas, as quais são submetidas à apreciação do judiciário que muitas vezes não tem um conhecimento técnico-científico ligado ao caso, expondo os envolvidos a decisões eivadas de erros, os quais podem acarretar danos irreparáveis.

O Código Civil, em seu art. 1.784 aduz que a legitimidade para suceder será das pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, o seja, no momento da morte do autor da herança. Ocorre que na técnica de reprodução assistida *post mortem* os embriões são congelados e são implantados no útero materno após a morte de seu genitor. Com isso, conclui-se que de acordo com o texto civilista esses embriões criopreservados não podem fazer parte da sucessão legítima por não serem pessoas nascidas nem concebidas no momento da abertura da sucessão. Entretanto o legislador não deixou desamparada a prole eventual, ou seja, herdeiros que possam vir a nascer após o falecimento do autor da herança. O art. 1.798 do Código Civil aduz que o filho concebido postumamente será contemplado com herança, apenas se o autor da herança indica-lo em testamento. Sendo enquadrados apenas na sucessão testamentária.

Visto isso, acredita-se que conferir direitos sucessórios à criança nascida através de técnicas de reprodução assistida *post mortem* apenas se estiver expresso em testamento, não é a maneira mais acertada. E se não houver testamento? E se o testador esquecer-se de mencionar o futuro herdeiro? Nessas situações a criança não pode ficar desamparada nem ter seus direitos tolhidos. De acordo com as regras do Código Civil referentes à filiação, se é filho, não restam dúvidas de que pertence à classe dos herdeiros legítimos e necessários. É o que entende Hildeliza Lacerda Tinoco Bechat Cabral e Mariane Ferraz Alves, quando dizem: “não se pode admitir que apenas com a existência de testamento estariam assegurados ao filho concebido após a morte do pai direitos sucessórios. Os filhos devem ter tratamento isonômico.” (*apud* DIAS, 2014, p.126).

Contudo a legislação introduziu um instituto pelo qual o herdeiro póstumo, ou qualquer outro herdeiro que tenha seus direitos patrimoniais prejudicados, pode ver seu direito à herança garantido. A ação de petição de herança constitui a proteção específica da qualidade do sucessor. A qual vai declarar sua condição de filho e condenar aos outros herdeiros que devolvam a herança já recebida para que haja uma nova partilha, e o novo herdeiro receba o que é seu de direito. Todavia, a referida ação tem prazo

prescricional, e se o autor não ingressar até dez anos contados da data do reconhecimento de paternidade não terá direito ao patrimônio do *de cujus*, nesse caso, diante do caráter dúplice da ação, o autor só verá reconhecida a qualidade de filho.

O tema abordado está longe de ser pacificado, visto que pela omissão legislativa enseja muitas interpretações doutrinárias, as quais se posicionam em reconhecer ou não os direitos sucessórios ao filho póstumo. A reprodução assistida homóloga *post mortem* está prevista na legislação e determina presunção de paternidade, portanto acredita-se que excluir os nascidos por técnicas de reprodução assistida da sucessão legítima não é o melhor caminho. Diante disso, não há dúvidas de que a sociedade necessita de uma solução pacífica para os casos concretos. O poder legislativo deve, assim como os avanços da ciência, evoluir e fornecer soluções capazes de regulamentar todos os aspectos da referida técnica, oferecendo total segurança jurídica aos envolvidos.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília. Senado Federal, 2002.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 15 de setembro de 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Senado Federal, 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

BRASIL, **Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Brasília. Senado Federal, 1996.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2014.

BRASIL, **Enunciado 106**, Conselho Regional de Medicina.

Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=69> Acesso em: 15 de outubro de 2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, **Apelação Cível n.º 1.0151.02.004911-1/001 MG**.

Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116291387/apelacao-civel-ac-10479081413318001-mg/inteiro-teor-116291435>>. Acesso em: 2 de outubro de 2014.

BRASIL, **RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/1992**, Conselho Regional de Medicina.
Disponível em: <
http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em:
15 de outubro de 2014.

COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque. **CONSIDERAÇÕES ÉTICAS E JURÍDICAS ACERCA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**. 2014.
Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3517fa423c73116f>>.
Acesso em: 1 de outubro de 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Manual das sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, 5º volume: direito de família**. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O estado atual do Biodireito**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, 6º volume: Direito de família**. 10º ed. Ed. Saraiva. 2013.

_____. **Direito Civil Brasileiro, 7º volume: Direito das sucessões**. 8º ed. Ed. Saraiva. 2014.