



FACULDADE EVANGÉLICA DE GOIANÉSIA
CURSO DE DIREITO

**AS REPERCUSSÕES SUCESSÓRIAS DA INSEMINAÇÃO
ARTIFICIAL *POST MORTEM***

MATHEUS ALVES MELO

Goianésia-GO
2020

MATHEUS ALVES MELO

**AS REPERCUSSÕES SUCESSÓRIAS DA INSEMINAÇÃO
ARTIFICIAL *POST MORTEM***

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade Evangélica de
Goianésia, como requisito parcial para
conclusão do curso de bacharel em Direito.

Orientação: Prof. Thiago Steckelberg

Goianésia-GO

2020

FOLHA DE APROVAÇÃO

AS REPERCUSSÕES SUCESSÓRIAS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

Artigo Científico apresentado à Coordenação de Trabalho de Conclusão de Curso da Faculdade Evangélica de Goianésia, 2020.

Data da aprovação: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Membros componentes da Banca Examinadora:

Presidente e Orientador: Prof. Thiago Steckelberg

Faculdade Evangélica de Goianésia

Membro: Profº.

Faculdade Evangélica de Goianésia

Membro: Prof.

Faculdade Evangélica de Goianésia

AS REPERCUSSÕES SUCESSÓRIAS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

THE SUCCESSORY REPERCUSSIONS OF POST MORTEM ARTIFICIAL INSEMINATION

MELO, Matheus Alves¹

RESUMO

Intitulado “As repercussões sucessórias da inseminação artificial *post mortem*”, o presente artigo tem como objetivos analisar os reflexos jurídicos da inseminação artificial *post mortem*, e dos direitos garantidos ao fruto dessa reprodução assistida, haja vista a inexistência de legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, espera-se solucionar a seguinte problemática: o “herdeiro” fruto da inseminação artificial homóloga *post mortem* possui direitos sucessórios na sucessão de seu genitor pré-morto? Justifica-se este trabalho pela ausência de legislação específica que trate do assunto e em razão da divergência doutrinárias. Dessa maneira, a fim de satisfazer os objetivos propostos e solucionar a problemática, far-se-á uso de pesquisa bibliográfica e documental em doutrinas, artigos científicos e legislações relacionadas à temática. Assim, no primeiro tópico tratará acerca da bioética e das técnicas de reprodução assistida, em especial a inseminação artificial, bem como os princípios constitucionais que embasam a sua existência. No segundo tópico, discorrerá sobre o direito sucessório no ordenamento jurídico brasileiro. E, por fim, no terceiro tópico, será apresentado os diferentes posicionamentos relacionados aos direitos sucessórios do filho concebido por inseminação artificial *post mortem*. Há grande divergência sobre a temática, logo, espera-se que, ao suscitar algumas das interpretações doutrinárias, o presente artigo possa contribuir para a solução da problemática proposta e demonstrar que o filho concebido por inseminação após a abertura da sucessão terá seus direitos na herança desde que respeitados alguns requisitos.

Palavras-chaves: Inseminação artificial. Direitos sucessórios. *Post mortem*.

ABSTRACT

Entitled “The successive repercussions of post-mortem artificial insemination”, this article aims to analyze the legal consequences of post-mortem artificial insemination, and the rights guaranteed to the fruit of this assisted reproduction, given the lack of specific legislation in the Brazilian legal system. Thus, it is expected to solve the following problem: does the “heir” resulting from homologous artificial insemination post mortem have succession rights in the succession of his pre-dead parent? This work is justified by the absence of specific legislation dealing with the subject and due to doctrinal divergence. Thus, in order to satisfy the proposed objectives and solve the problem, bibliographic and documentary research on doctrines, scientific articles and legislation related to the theme will be used. Thus, in the first topic, it will deal with bioethics and assisted reproduction techniques, in particular artificial insemination, as well as the constitutional principles that support its existence. In the second topic, he will discuss the law of succession in the Brazilian legal system. And, finally, in the third topic, the different positions related to the succession rights of the child conceived by artificial post mortem insemination will be presented. There is great divergence on the theme, therefore, it is expected that, in raising some of the doctrinal interpretations, this article can contribute to the solution of the proposed problem and demonstrate that the child conceived by insemination after the opening of the succession will have its rights in the inheritance provided that some requirements are respected.

¹ Aluno do curso de Bacharel em Direito, da Faculdade Evangélica de Goianésia.

Key-words: Artificial insemination. Inheritance rights. *Post mortem*.

INTRODUÇÃO

Intitulado “As repercussões sucessórias da inseminação artificial *post mortem*”, o presente artigo tem como escopo demonstrar a o reconhecimento ou não do ordenamento jurídico brasileiros dos direitos sucessórios aos “herdeiros” concebidos por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem*. Justificando-se pelo relevante interesse jurídico e de polêmica na esfera do direito de família e sucessões, haja vista se referir a tema de grande divergência no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, tem-se como objetivo demonstrar se o direito sucessório se aplica no caso de filho de pai pré-morto concebido após a abertura da sucessão, bem como demonstrar como o ordenamento jurídico trata a reprodução assistida e a regulamenta. Por fim, espera-se demonstrar os diversos posicionamentos existentes atualmente envolvendo o tema e a problemática da falta de uma legislação que pacifique o assunto.

Quanto a metodologia adotada esta se constitui na soma materiais bibliográficos de autores especializados, legislações e entendimentos jurisprudenciais. A pesquisa foi do tipo documental e bibliográfica e teve como escopo a utilização dos resultados sem alterar a realidade ou aumentar informações.

Além da introdução, o presente trabalho será composto por três tópicos que sintetizam o conteúdo reunido. Assim, o primeiro tópico tece breves considerações acerca das técnicas reprodução assistida, quais sejam, fertilização *in vitro*, gestação em substituição e inseminação artificial (homóloga e heteróloga). Contudo o enfoque maior será dedicado à inseminação artificial homóloga *post mortem*. Também serão apresentados os princípios e dispositivos legais norteadores e limitadores das práticas de reprodução assistida, a fim de inaugurar a temática foco do artigo.

O segundo tópico discorre a respeito do direito sucessório no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, será tratado sobre a transmissão da herança, a capacidade sucessória, bem como os tipos de sucessões e sucessores. Dessa

forma, trará uma análise dos artigos que legislam sobre a temática, a fim de compreender os direitos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro.

No terceiro tópico será realizada uma análise do direito a filiação do concebido por meio de inseminação artificial, bem como da existência de direitos sucessórios quando esta ocorrer após a morte do “pai”. Em vista da ausência de legislação específica acerca da temática proposta far-se-á uso de doutrinas e jurisprudências para compreender os direitos sucessórios do fruto de inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Por fim, não se espera esgotar o tema proposto, mas sim instigar o interesse dos leitores. Para tanto pretende-se alcançar os objetivos propostos, bem como solucionar a seguinte problemática: o “herdeiro” fruto da inseminação artificial homóloga *post mortem* possui direitos sucessórios do genitor pré-morto?

1 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A priori, cumpre fazer uma breve referência à Bioética, haja vista que esta trata-se de “uma área de estudo interdisciplinar que envolve a Ética e a Biologia, fundamentando os princípios éticos que regem a vida quando essa é colocada em risco pela Medicina ou pelas ciências”, como define Porfírio (2020, p. 1). Ou seja, a bioética consiste em um estudo interdisciplinar que faz uso da Biologia, Direito e diversos campos de investigação ética “para problematizar questões relacionadas à conduta dos seres humanos em relação a outros seres humanos e outras formas de vida”. (PORFÍRIO, 2020, p. 1). É nesse cenário que se depara com a problemática da reprodução assistida.

Em pleno século XXI é comum deparar-se com avanços tecnológicos em todas as áreas de conhecimento e a medicina não é uma exceção à esta realidade. É nesse cenário de inovações que se observa o surgimento de novas técnicas de reprodução assistida.

Assim, observa-se que a evolução da medicina é precedida de um histórico cultural, nesse sentido Rotania (2003, p. 04)

Intervenções e experiências com o processo de reprodução de seres vivos e da reprodução humana datam de alguns séculos. Os fatos que vêm ocorrendo no campo das ciências biológicas, médicas e afins são

resultantes do desenvolvimento científico e tecnológico que sofre mudanças significativas a partir da chamada Revolução Científica do século XVII e, sobretudo, nos séculos XIX e XX. No século XIX, as ciências biológicas se constituem em ciências modernas, seguindo a orientação do paradigma da experimentação, comprovação e matematização do mundo.

Marques (2017) complementa esse pensamento ao explicar que, nos dias atuais, no que se refere a reprodução assistida, há mecanismos e meio de armazenar óvulos, sêmens e embriões excedentários por grandes períodos de tempo. Para tanto, depara-se com várias técnicas de reprodução assistida, sendo as principais as seguintes: “a inseminação artificial homóloga, a inseminação artificial heteróloga, a fecundação artificial *in vitro* e a gestação substituição”. (MARQUES, 2017, p. 10).

A priori, cumpre conceituar algumas expressões comuns ao se tratar acerca da reprodução assistida, como esterilidade e infertilidade, sendo que a primeira se refere a impossibilidade de fecundar, sendo esta situação irreversível. Enquanto o segundo, infertilidade, se caracteriza por se tratar de uma “esterilidade reversível”. (LEITÃO, 2011).

Tendo como referência a definição dos termos supramencionados, a reprodução assistida consiste em um

[...] conjunto de técnicas médicas utilizadas com o objetivo de tentar viabilizar a gestação em mulheres com dificuldades de engravidar. Pode-se afirmar que a reprodução assistida é uma espécie de substituição da relação sexual na reprodução biológica. (LEITÃO, 2011, p. 26)

Ressalta-se que no Brasil a Lei nº 9.263/96, bem como a Resolução nº 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina, apresentam algumas limitações à essas técnicas ao tratar sobre planejamento familiar e afirma que recorrer às técnicas conceptivas não é um recurso ilimitado e que há necessidade de preencher requisitos, como exemplo do diagnóstico de esterilidade. O artigo 9º da Lei nº 9.263/96 determina que

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.

Parágrafo único. A prescrição a que se refere o caput só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos

Como já mencionado, a reprodução assistida divide-se, principalmente, em inseminação artificial (homóloga e heteróloga), fecundação *in vitro* e gestação em substituição, ou as chamadas “mães em substituição”. A fecundação *in vitro* é “realizada de forma extracorpórea, sendo o material genético do casal colhido e a manipulação dos gametas feita em laboratório, sendo que após a fecundação, o embrião é implantado no útero materno”. (LEITÃO, 2001, p. 27).

Enquanto que na inseminação artificial “a fecundação se dá dentro do corpo da mulher de maneira intracorpórea”, conforme explica Leitão (2011, p. 27). O autor ainda explica que a inseminação artificial homóloga é aquela que utiliza material genético do casal interessado na reprodução, e a heteróloga trata-se daquela em que o material genético utilizado advém de um doador. (SILVA, 2017).

Assim, o presente trabalho tem como ponto central à inseminação artificial homóloga *post mortem*, ou seja, “a mulher é fecundada com o gameta de um homem que já está morto, tendo em vista que o sêmen foi preservado em processo de criopreservação”. (LEITÃO, 2011, p. 27).

Apesar de essa técnica possibilitar que a viúva utilize o sêmen criopreservado de seu falecido marido, o que resultaria em conceber um filho de pai pré-morto, deve-se atentar para as limitações da utilização da técnica, como explica Gozzo (2012). Assim limita-se a “reprodução assistida aos casos de doenças graves ou estado terminal do marido, e fecundando em sua esposa apenas após a morte dele, sendo possível que um homem que apresentou riscos de esterilidade preserve sua fertilidade”. (SILVA, 2017, p. 17-18).

Mesmo com o notável crescimento da utilização e aceitação das técnicas de reprodução assistida, ressalta-se que o ordenamento jurídico brasileiro ainda se mostra vago e com diversas lacunas no que se refere ao direito de sucessão do “herdeiro” concebido *post mortem*. Nesse viés, Venosa (2007, p. 256) entende:

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

Essa “constatação lacunosa da problemática” referida por Venosa (2007) diz respeito ao artigo 1.597, inciso III do Código Civil, o qual atribui presunção de

filiação, desde que na constância do casamento, aos “filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”. Assim depara-se com a problemática proposta ao artigo, acerca da existência ou não de direito à sucessão do concebido *post mortem*.

Diante desse fato, vale mencionar que diversos países já apresentaram posicionamentos sobre o tema e normatizaram os direitos inerentes ao concebido em inseminação artificial homóloga *post mortem*. A título de exemplo, pode-se citar que

[...] na França é negada a prática, mesmo que a viúva possua autorização, por outro lado, na Inglaterra permite essa técnica de reprodução assistida, mas o filho *post mortem* só teria direito sucessório se o *de cujos* deixar expresso, por escrito e por via testamentária.
Na Espanha será apenas possível se o marido deixar autorização expressa, que utilizar o material genético no prazo de dozes meses, após a morte do marido, e também na hipótese da mulher ter se submetido a outro processo de reprodução assistida, iniciado antes do falecimento do marido, presume-se concedido o consentimento dele. (SILVA, 2017, p. 18).

Contudo, apesar de não existir legislação específica que disponha acerca da temática, é possível utilizar-se de princípios para nortear as condutas a serem adotadas. Todavia, o posicionamento acerca da possibilidade ou não de a prole concebida *post mortem* participar da sucessão será apresentado e embasado apenas no terceiro tópico.

Assim, é importante frisar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ampliou o conceito de família ao reconhecer como entidade familiar a união estável do casal, a constituída por apenas um dos pais, bem como a derivada de um casamento², sem excluir a possibilidade de outros modelos familiares. Em seu artigo 226, §7º estabeleceu o planejamento familiar e o fundamentou nos princípios da dignidade humana, a base do Estado Democrático de Direito, e da paternidade responsável, como se pode extrair do dispositivo, cita-se:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e pela mulher.

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

É nesse contexto que reafirma a proteção do princípio da dignidade humana tanto para a proteção da entidade familiar quanto para a proteção da vida. Ferraz (2010) demonstra que os avanços da medicina nas técnicas de reprodução assistida resultaram no surgimento da bioética, ou seja, a ética da vida, e esta se interliga diretamente à dignidade defendida na Carta Magna.

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil e encontra sua previsão legal no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Esta trata-se de um macroprincípio e fundamento base de todo o ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, conforme Moraes (2003, p. 128)

[...] A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que às pessoas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Desta feita, a dignidade da pessoa humana deve nortear os ordenamentos jurídicos, inclusive as relações internacionais, haja vista diversos Diplomas Internacionais elegerem esse princípio como base para os demais direitos dos indivíduos. Isso deve-se ao fato de a dignidade estar intimamente interligada aos ideais de qualidade mínima de vida. Logo, frisa-se que este preceito fundamental, diversas vezes, impõe limites à atuação do Estado a fim de resguardar os direitos fundamentais do ser humano.

A reprodução assistida, em especial a inseminação artificial homóloga *post mortem* não se exime de estar sob a tutela da dignidade humana, haja vista que se trata de direitos fundamentais do filho concebido após a morte do pai. Contudo, há grande discussão e divergência no que se trata dos direitos sucessórios desse indivíduo.

Vale frisar, que além da dignidade humana deve se atentar ao princípio da igualdade, sendo este basilar no sistema constitucional. A igualdade tratada na

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 “se baseia em tratamentos igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”. (LEITÃO, 2011, p. 36)

A Constituição da República Federativa de 1988 traz em seu artigo 227, §6º, o princípio da igualdade aplicado à filiação ao dispor que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Esse disposto foi responsável por extinguir as diferenças que anteriormente existiam entre os filhos legítimos (aqueles provenientes de pais casados) e ilegítimos (aqueles provenientes de pais não casados), instituindo a igualdade absoluta entre eles, bem como quanto aos filhos naturais e adotivos. Por conseguinte, Leitão (2011, p. 37) afirma que

[...] como não pode haver distinção entre marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal, também não poderá haver diferenciação entre filhos conjugais e extraconjugais, naturais e adotados, concebidos antes e após a morte do seu genitor.

Há, ainda, o princípio do melhor interesse da criança a ser considerado, haja vista que a própria Magna Carta o assegura ao estabelecer diversos direitos à criança e ao adolescente no artigo 227, *caput*. Ademais, é possível extrair o princípio em tela, também, do Decreto nº 99.710/90 que recepcionou no direito pátrio a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, e em seu artigo 3º, item 1 prevê que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

O princípio do melhor interesse da criança tem como objetivo a proteção da criança e do adolescente que se encontra em posição mais frágil, zelando por seus interesses e cuidando para que haja uma boa formação moral, psicológica e social.

Assim, com a análise dos princípios e dispositivos legais espera-se compreender a discussão tema do presente artigo, sendo assim há direitos sucessórios ao fruto da inseminação artificial homóloga *post mortem*?

2 O DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O Direito das Sucessões é o conjunto de normas e princípios que trata acerca da transmissão do patrimônio de pessoa morta aos seus herdeiros, em detrimento de lei ou testamento. De acordo com Rodrigues (2002, p. 3), tem-se que

O direito das sucessões se apresenta como o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio, em vez de referir-se à transmissão de bens ou valores, porque a sucessão hereditária envolve a passagem, para o sucessor, tanto do ativo como do passivo do defunto.

Tendo em vista que o direito de sucessão se trata de transmissão, é de suma relevância compreender como se dá a transmissão da herança. Leitão (2011) esclarece que esta transmite-se imediatamente e de maneira automática após a morte do autor. Dessa forma, observa-se que a abertura da sucessão difere temporalmente da abertura do inventário, haja vista que a sucessão ocorre no momento da morte, enquanto o inventário “é um processo de jurisdição voluntária pela qual é feita a partilha dos bens aos herdeiros, tornando-se efetiva a transmissão da herança”. (LEITÃO, 2011, p. 14)

Nesse sentido, Wald (2012) complementa o entendimento de Leitão (2011) ao explicar que a transmissão da herança ocorre no momento do falecimento, é nessa oportunidade que as relações jurídicas do *de cujus* se transmite automaticamente aos seus herdeiros. Wald (2012, p. 20) apresenta ainda o conceito de herança, que segundo o autor é “o conjunto de bens, direito e deveres patrimoniais, ou seja, a universalidade das relações jurídicas de caráter patrimonial em que o falecido era sujeito ativo ou passivo”.

Vale frisar que o Código Civil brasileiro adota a teoria francesa conhecida no Brasil como o princípio de *saisine*, como extrai-se do artigo 1.784, *in verbis*: “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e

testamentários”. Ou seja, o referido princípio apresenta como efeito a imediata transferência dos bens do *de cujos* aos herdeiros, na exata situação em que se encontravam antes de aberta a sucessão.

Em razão disso, Diniz (2013, p. 25) exemplifica:

Quer isso dizer que, se uma posse começou violenta, clandestina e precária, presumisse ficar com os mesmos vícios, que irão acompanhá-la nas mãos dos sucessores adquirentes. Do mesmo modo, se adquiriu de boa-fé ou de má-fé, entende-se que ela permanecerá assim mesmo, conservando essa qualificação.

Ademais, observa-se que o princípio de *saisine* também tem por escopo assegurar a proteção dos herdeiros por meio da legitimidade, a fim de conservá-los contra eventuais ameaças. Esse entendimento já é pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, como extrai-se do REsp 537363/RS, Relator Ministro Vasco Della Giustina, julgado em 07/05/2010 pela Terceira Turma, abaixo transcrito:

DIREITO CIVIL. POSSE. MORTE DO AUTOR DA HERANÇA. SAISINE. AQUISIÇÃO EX LEGE. PROTEÇÃO POSSESSÓRIA INDEPENDENTE DO EXERCÍCIO FÁTICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. “DIREITO CIVIL. POSSE. MORTE DO AUTOR DA HERANÇA. SAISINE. AQUISIÇÃO EX LEGE. PROTEÇÃO POSSESSÓRIA INDEPENDENTE DO EXERCÍCIO FÁTICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Modos de aquisição da posse. Forma ex lege: Morte do autor da herança. Não obstante a caracterização da posse como poder fático sobre a coisa, o ordenamento jurídico reconhece, também, a obtenção deste direito na forma do art. 1.572 do Código Civil de 1916, em virtude do princípio da *saisine*, que confere a transmissão da posse, ainda que indireta, aos herdeiros, independentemente de qualquer outra circunstância. 2. A proteção possessória não reclama qualificação especial para o seu exercício, uma vez que a posse civil - decorrente da sucessão -, tem as mesmas garantias que a posse oriunda do art. 485 do Código Civil de 1916, pois, embora, desprovida de elementos marcantes do conceito tradicional, é tida como posse, e a sua proteção é, indubitavelmente, reclamada. 3. A transmissão da posse ao herdeiro se dá ex lege. O exercício fático da posse não é requisito essencial, para que este tenha direito à proteção possessória contra eventuais atos de turbação ou esbulho, tendo em vista que a transmissão da posse (seja ela direta ou indireta) dos bens da herança se dá *ope legis*, independentemente da prática de qualquer outro ato. 4. Recurso especial a que se dá provimento da posse como poder fático sobre a coisa, o ordenamento jurídico reconhece, também, a obtenção deste direito na forma do art. 1.572 do Código Civil de 1916, em virtude do princípio da *saisine*, que confere a transmissão da posse, ainda que indireta, aos herdeiros, independentemente de qualquer outra circunstância. 2. A proteção possessória não reclama qualificação especial para o seu exercício, uma vez que a posse civil - decorrente da sucessão -, tem as mesmas garantias que a posse oriunda do art. 485 do Código Civil de 1916, pois, embora, desprovida de elementos marcantes do conceito tradicional, é tida como posse, e a sua proteção é, indubitavelmente, reclamada. 3. A transmissão da posse ao herdeiro se dá ex lege. O exercício fático da posse não é requisito essencial, para que este tenha direito à proteção

possessória contra eventuais atos de turbação ou esbulho, tendo em vista que a transmissão da posse (seja ela direta ou indireta) dos bens da herança se dá *ope legis*, independentemente da prática de qualquer outro ato. 4. Recurso especial a que se dá provimento.

Outrossim, cumpre perpassar pela capacidade sucessória, que segundo o artigo 1.798 do Código Civil, “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Assim, depara-se com três requisitos para que o indivíduo tenha capacidade sucessória: ser vivo ou já concebido na época da morte do *de cujos*, ter título sucessório, ou seja, ser herdeiro necessário ou testamentário, e não ser classificado como indigno.

Nesse sentido, ressalta-se que a legitimidade passiva do referido artigo também é conhecida como princípio da coexistência, haja vista que, conforme o dispositivo legal, os herdeiros, legítimos ou testamentários, só possuem capacidade sucessória se já forem nascidos ou concebidos antes da abertura da sucessão.

Contudo, a própria legislação estabelece o nascituro como uma exceção, “isto é, aquele que ainda não nasceu, não podendo afirmar com certeza que nascerá com vida, entretanto, a lei resguarda os direitos do nascituro, até o seu nascimento com vida”, como explica Leitão (2011, p. 22). Dessa maneira, caso não ocorra o nascimento com vida, não há de se falar em transmissão desse direito, pois sua efetivação estava suspensa.

Ainda, deve-se respeitar a ordem sucessória estabelecida pela legislação civil no artigo 1.829 do Código Civil, ou seja, caso haja descendentes, os ascendentes não poderão ser herdeiros, assim como se houver os demais herdeiros os colaterais não terão capacidade sucessória. Deve-se respeitar o seguinte:

Art. 1829. 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 de comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime de 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.

Quanto a questão da indignidade, os artigos 1.814³ e seguintes do Código Civil legislam acerca de hipóteses em que a situação de herdeiro seria perdida. Isso

³ Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

ocorrerá se este incorrer em atos agressivos contra o autor da sucessão e/ou seus descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro. (VENOSA, 2012). No entanto, para que seja considerado indigno é indispensável a existência de sentença proferida em ação declaratória de exclusão por indignidade.

Inicialmente o Código Civil garantiu a legitimidade sucessória apenas aos herdeiros já nascidos ou concebidos antes da abertura da sucessão no artigo 1.798 do Código Civil, porém o artigo 1.799 do mesmo diploma normativo estendeu esse “rol” e garantiu legitimidade aos filhos ainda não concebidos, às pessoas jurídicas e fundações, desde que por meio da via testamentária. Silva (2017, p. 23-24) esclarece da seguinte forma:

[...] o artigo acima trouxe a possibilidade de suceder, pelo testamento, a prole eventual, em outras palavras, daqueles que ainda não existe, que, em ato de última vontade, serão filhos de pessoas determinada pelo testador. É importante dizer que a lei define que esta pessoa esteja viva no instante da morte do testador. Via de regra, o juiz nomeia curador (pessoas que irá guardar o patrimônio concedido a prole eventual) à pessoa da qual a prole foi beneficiada, todavia, o testador poderá dispor de outra forma.

Frisa-se que ainda há a necessidade de se respeitar o prazo legal que autoriza a transmissão de propriedade dos bens da herança, qual seja, dois anos após a abertura da sucessão. Caso o prazo não seja respeitado, a parcela que pertenceria ao herdeiro eventual será acrescida na legítima e redistribuída aos demais herdeiros.

A sucessão será classificada com base na fonte de que se deriva, podendo ser legítima ou testamentária, como previsto no artigo 1.786 do Código Civil, *in verbis*: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. Sendo que a sucessão legítima ou sucessão legal é aquela derivada da lei. Segundo Monteiro (2003, p. 9),

Se não há testamento, se o falecido não deixar qualquer ato de última vontade, a sucessão é legítima ou *ab intestato*, deferido todo o patrimônio do *de cuius* às pessoas expressamente indicadas pela lei, de acordo com a ordem de vocação hereditária (CCB, art. 1829). Assim estabelece o art. 1788: ‘morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos

I – que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendentes;
II – que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
III – que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Todavia, ocorre a sucessão legítima também quando o autor da herança não dispor do seu patrimônio integral, ou seja, quando apenas parte dos bens tiverem sido repartidos em testamento, ou ainda, se o documento for considerado nulo. Nessa modalidade sucessória, o patrimônio será transmitido aos familiares do *de cuius*.

O artigo 1.829 do Código de Processo Civil legisla acerca da ordem sucessória na modalidade de sucessão *ab intestato, in verbis*:

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 de 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.

Essa ordem sucessória é hierárquica, ou seja, a próxima classe só terá legitimidade para herdar caso não haja nenhum indivíduo da classe ou grau anterior. Silva (2017) explica que a ordem sucessória a classe precedente de herdeiros só será chamada à sucessão caso faltassem herdeiros da classe subsequente. Ainda, quando se tratar de herdeiros de mesma classe e grau, estes receberão a sua quota-parte recebendo por cabeça, nos termos do artigo 1.834 do Código Civil⁴.

A segunda modalidade da sucessão é a testamentária, ou seja, como afirma Leitão (2011, p. 18), “é aquela em que a transmissão de bens do falecido se opera por ato de última vontade, revestido da solenidade exigida por lei e materializada através do testamento ou codicilo”. Vale ressaltar que, conforme o Código Civil brasileiro, o testamento consiste em “ato personalíssimo e revogável de disposição da totalidade ou de parte dos bens para depois da morte do testador. Já o codicilo é o ato de última vontade, revestido da solenidade exigida por lei [...]”. (LEITÃO, 2011, p. 18). Madaleno (2011, p. 1 *apud* LEITÃO, 2011, p. 19) explica sobre o tratamento de maneira mais detalhada ao dizer que

⁴ Art. 1.834. Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.

O testamento é um ato pessoal, unilateral, espontâneo e revogável, sendo disposição de derradeira vontade com que a pessoa determina o destino de seu patrimônio ou de parte dele para depois de sua morte, devendo o testamento atender as exigências formais para não ser posteriormente invalidado, sem chance alguma de ser repetido, porque só tem validade e pertinência depois do óbito do testador. O testamento abrange manifestações de cunho pessoal e familiar, cuidando o testador de reger o exato conteúdo de suas preocupações pessoais e econômicas, tratando de dispor no plano patrimonial e pessoal o endereçamento futuro de seus bens, para depois de seu falecimento, cercando-se com a partilha dirigida e se achar necessário, consignando aquilo que gostaria de ter dito em vida ou que mesmo tendo dito em vida, ainda assim gostaria de perpetuar na memória de seus herdeiros e legatários, cientes de que valores morais e a unidade familiar são heranças que transcendem a passagem do homem e o registro histórico de sua construção pessoal

Assim, como um ato de última vontade, este só tem validade após a abertura da sucessão, sendo requisito que ambas as partes, tanto testador como herdeiro testamentário, sejam sujeitos capazes. Dias (2015) ressalta que, de acordo com o disposto na lei, o testado pode dispor de seu patrimônio de maneira integral em hipótese de que não haja herdeiro necessário, caso contrário poderá dispor apenas metade dos seus bens. Isso deve-se ao fato de que o artigo 1.846 do Código Civil garante aos herdeiros necessários a legítima, ou seja, metade dos bens do *de cuius*.

A terceira modalidade trata-se da sucessão mista, ou seja, quando há no mesmo inventário a sucessão legítima e a sucessão testamentária. Salienda ainda que as sucessões podem ser caracterizadas como a título universal ou a título singular, sendo que a primeira ocorre quando “houver a transferência da totalidade do patrimônio ou de uma fração indeterminada dela, abrangendo o ativo como o passivo”, como explica Leitão (2011, p. 20). O autor ainda explica que a sucessão legítima sempre será a título universal, enquanto a sucessão testamentária pode ser encontrada nas duas modalidades.

A sucessão a título singular aplica somente ao legatário, ou seja, aquele herdeiro testamentário, “nessa sucessão, o testador se dispõe a transferir ao beneficiário um bem determinado, como um automóvel, uma jóia, um apartamento” (LEITÃO, 2011, p. 21). Vale observar que o legatário não responde pelas dívidas do espólio, haja vista que não é representante do falecido, só terá essa responsabilidade caso seja determinado em testamento.

Cumpra esclarecer os tipos de sucessores mencionados no decorrer do artigo: herdeiros e legatários. Por sua vez, os herdeiros apresentam subdivisão,

podendo ser herdeiro legítimo, testamentário e necessário. Assim, os herdeiros legítimos são aqueles previstos nos artigos 1.790 e 1.829 do Código Civil. Dessa maneira,

[...] os herdeiros legítimos são os herdeiros indicados pela lei que sucederão através da sucessão legítima, ou seja, hipótese em que o autor da herança não expressar sua vontade de como planejar transferir seus bens, aplicando a forma que a lei definir. (ALMEIDA, 2003, p. 22 *apud* SILVA, 2017, p. 29).

Os herdeiros legítimos se subdividem em necessários e facultativos, sendo que, com explica Gonçalves (2014), os herdeiros necessários são os descendentes, ascendentes, cônjuge e companheiro (artigo 1.845, do Código Civil), enquanto os facultativos são os colaterais até o 4º grau. É importante frisar o exposto por Leitão (2011, p. 23) sobre os herdeiros necessários:

Os herdeiros necessários não poderão ser afastados da sucessão mediante simples cláusula testamentária. O testador deverá indicar causa legal de afastamento por deserção do sucessor legítimo necessário à herança. Os herdeiros necessários terão direito à metade disponível da herança.

Já os herdeiros testamentários são aqueles indicados por disposição de última vontade, ou seja, testamento. Estes podem ser também herdeiros legítimos também, quando o autor da herança quiser favorecer-lo mais do que outros herdeiros da mesma classe ou grau, como explica Silva (2017, p. 30).

Dessa forma, fica claro o procedimento do direito sucessório e que, apesar da regra geral conceder esses direitos apenas aos herdeiros nascidos e concebidos até o momento do falecimento do autor da herança, há previsão legal no Código Civil de exceções, como o caso do nascituro e de herdeiro eventual, ou seja, aquele ainda não concebido. Contudo, para que isso seja possível deve haver previsão expressa no testamento, bem como será respeitado o prazo legal de 2 anos para que a condição seja cumprida.

3 REPERCUSSÕES SUCESSÓRIAS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM

Como discorrido anteriormente, a inseminação artificial homóloga é aquela derivada de matérias genético dos próprios cônjuges que demonstram interesse em ter filhos, ou seja, é realizada com o sêmen do marido ou companheiro da mulher que fica grávida. Contudo, há divergência quanto aos direitos sucessórios do fruto dessa modalidade de reprodução assistida, haja vista que o filho é concebido após a abertura da sucessão.

A priori, urge a necessidade de compreensão do direito à filiação, ou seja, “a relação de parentesco em primeiro grau e em linha reta que liga uma pessoa àquelas que a geraram ou receberam como se tivesse gerado”. (GONÇALVES, 2014, p. 281). Sendo que este trata de um direito fundamental, apesar de não estar previsto no rol do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O artigo 227, §6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta uma inovação ao direito de filiação, uma vez que proibiu a discriminação entre filhos, *in verbis*: “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”.

O direito de reconhecimento do estado de filiação é resguardado a todos os filhos e, conforme o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é imprescritível, ou seja, pode ser exercido a qualquer momento. É personalíssimo, pois apenas o filho pode exercer, ainda que representado ou assistido, e é indisponível, haja vista que se trata de um direito irrenunciável. (LEITÃO, 2011)

Leitão (2011) ressalta que com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Direito de Família sofreu algumas mudanças significativas. Dessa forma, nota-se que não há distinção entre os filhos, independente da natureza de relacionamento de seus pais. E como efeito dessas alterações, surgiu o artigo 1.597 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I – Nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II – Nascidos nos 300 (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, decorrente de concepção artificial homóloga;

V – Havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Assim, observa-se que no inciso III, inclui como presunção de filhos concebidos durante o casamento, a inseminação artificial homóloga, ou seja, a proveniente de material genético do marido ou companheiro da mulher fecundada, mesmo que este já tenha falecido. No que tange a inseminação artificial heteróloga, ou seja, aquela que utiliza material genético de doador anônimo, é reconhecida a presunção em tela no inciso V, contudo, exige a prévia autorização do marido.

Lôbo (2003, p. 51 *apud* SILVA, 2017, p. 45-46) enfatiza que

O uso do material genético do falecido tem como requisito o consentimento expresso de que será utilizado para esse fim. Logo, o outro cônjuge não poderá exigir da clínica de reprodução assistida para que seja nela inseminado o material genético do falecido, uma vez que não será objeto de herança. A paternidade deve ser consentida, saca contrário o uso não autorizado do sêmen não acarreta em atribuição de paternidade.

No entanto, apesar de ainda haver alguma divergência quanto ao reconhecimento da filiação, tem-se que o artigo 1.597 do Código Civil é claro nesse assunto, ao conceder a presunção de paternidade quando na constância do casamento aos concebidos por meio de inseminação artificial homóloga, mesmo após o óbito do “genitor”. Assim, a controvérsia se limita aos direitos sucessórios dos concebidos por meio da inseminação *post mortem*.

A doutrina diverge quanto à possibilidade ou não do filho nascido por inseminação artificial após a abertura da sucessão deter direitos sucessórios. Apesar da legislação brasileira reconhecer a possibilidade de filiação póstuma, ainda que por técnica de reprodução assistida. Porém, há lacuna legal no que se refere aos efeitos patrimoniais da filiação, ou seja, ao direito sucessório. Isso deve-se ao fato do artigo 1.798 do Código Civil de 2002 deixar aberto à interpretação a existência ou não do direito de sucessão do concebido após o falecimento do genitor por meio de inseminação artificial. (MARQUES, 2017)

Todavia, ao se considerar o princípio constitucional da igualdade entre os filhos expresso no artigo 227, §6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, este “poderia fundamentar o reconhecimento da sucessão legítima concebido através de inseminação *post mortem*, tendo em vista, que o referido

dispositivo veda qualquer distinção de tratamento entre os filhos”, como explica Marques (2017, p. 30).

Albuquerque Filho (2005, p. 19) explana sobre o princípio da igualdade na filiação, ressalta que:

As soluções apontadas quanto ao reconhecimento de efeitos mitigados ao nascido mediante inseminação póstuma no âmbito do direito de família, excluídas as relações sucessórias contrariam claramente o princípio constitucional da igualdade de filiação, consagrado no artigo 227, §6º, da Constituição Federal, uma vez que o legislador constitucional não previu qualquer exceção ao princípio da isonomia entre os filhos, independentemente da situação fático-jurídica em que se encontrem os pais, não cabendo ao intérprete, mesmo em hipóteses não previstas expressamente pelo legislador, estabelecer restrições.

Nesse sentido, Freitas (2008, p. 1 *apud* MARQUES, 2017, p. 32) assevera que o garantismo constitucional engloba a herança, ou seja, impede a exclusão o concebido *post mortem* da sucessão legítima. O autor explica que

Independentemente de ter havido ou não testamento, sendo destacada no inventário a possibilidade de ser utilizado material genético do autor da herança (já que sua vontade ficara registrada no banco de sêmen), no intuito de evitar futuro litígio ou prejuízo ao direito constitucional de herança, há de ser reservados os bens desta prole eventual sob pena de ao ser realizado o procedimento, vier o herdeiro nascido depois, pleitear, por petição de herança, seu quinhão hereditário, como se fosse um filho reconhecido por posterior ação de investigação de paternidade.

Cardin e Camilo (2010) defendem que a inseminação artificial *post mortem* não deve ser permitida, contudo, se ocorrer, não há o que se falar em afastar os direitos sucessórios daquele que nasceu. Isso se justifica pelos princípios da dignidade humana e do melhor interesse da criança.

Assim, existem três correntes responsáveis por dividir os posicionamentos dos doutrinadores do Direito de Família e Sucessão. Gama (2003, p. 1000 *apud* CORRÊA, 2013, p. 1) explica que

A primeira corrente entende que não são aplicáveis os direitos à herança para o filho inseminado após o falecimento do seu genitor, sendo este incapaz de suceder de forma legítima quanto testamentária, uma vez que o Direito Civil Brasileiro deveria dispor de forma expressa a proibição da técnica de inseminação artificial humana *post mortem*, assim não possibilitando que o interpretador do direito crie lacunas sujeitando tal aplicação.

Corrêa (2013) esclarece que no atual cenário do direito brasileiro não há como admitir a legitimidade da inseminação artificial homóloga *post mortem*, em virtude do princípio de igualdade de direitos entre os filhos. Esta corrente restritiva é defendida por Mônica Aguiar (2005, p. 117), a qual explica que “mesmo havida a inseminação artificial *post mortem*, será revogada o consentimento previamente concedido, devido a morte do doador do sêmen, sendo o filho apenas

Doutro lado, a segunda corrente, também conhecida como relativamente excludente, defende a possibilidade de o filho inseminado após a abertura da sucessão, tenha seus direitos sucessórios resguardados, tanto como herdeiro legítimo quanto como herdeiro testamentário. Nesse sentido, Almeida (2003, p. 104) assevera que

Os filhos nascidos de inseminação artificial homóloga *post mortem* são sucessores legítimos. Quando o legislador atual tratou do tema, apenas quis repetir o contido no Código Civil anterior; beneficiando o concepturo apenas na sucessão testamentária porque era impossível, com os conhecimentos de então, imaginar-se que um morto pudesse ter filhos. Entretanto, hoje a possibilidade existe. O legislador; ao reconhecer efeitos pessoais ao concepturo (relação de filiação), não se justifica o prurido de afastar os efeitos patrimoniais, especialmente o hereditário.

A respeito do entendimento supracitado, Gama (2003, p. 1000 *apud* SILVA, 2017, p. 42) destaca que:

[...] 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-se do sêmen de cônjuge ou companheiro já falecido, com fundamento na responsabilidade civil [...].

Nesse sentido, observa-se que o filho inseminado artificialmente após a abertura da sucessão seria detentor dos direitos sucessórios. Vale ressaltar que não existe proibição expressa do uso da inseminação artificial *post mortem* no Brasil, no entanto, também inexistente previsão legislativa que permita a aplicação da técnica. (SILVA, 2017)

Há, ainda, a terceira corrente, a qual considera ser possível estender os direitos sucessórios ao filho inseminado *post mortem*, mas traz a ressalva de que os

efeitos só terão validade quando tratar de herança testamentária, observado o prazo disposto no artigo 1.800, do Código Civil de 2002 para concebê-lo.

Na concepção de Cateb (2007, p. 179 *apud* CORRÊA, 2017, p. 1), “os filhos ainda não concebidos possuem capacidade testamentária passiva, desde que estejam vivos ao abrir-se a sucessão. Corrêa (2017) salienta que o entendimento de que os filhos ainda não concebidos têm capacidade testamentária passiva, mas deve-se observar o prazo de dois anos do artigo 1.800 §4º, do Código Civil de 2002, *in verbis*:

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

[...]

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

É notável que a doutrina é divergente quanto a temática em foco, e como inexiste regulamentação jurídica surge a necessidade de recorrer ao método de interpretação sob o aspecto constitucional, perpassando pelo princípio da igualdade entre filhos *ex plano* anteriormente. Assim cumpre, também, recorrer a julgados anteriores, todavia, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, foi encontrado apenas um julgamento relacionado a temática na pesquisa jurisprudencial, qual seja, Apelação nº 2008.01.1.149300-2, julgado pela 3ª Turma Cível, *in verbis*:

AÇÃO DE CONHECIMENTO – UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOSPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR – AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO – PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA – MÉRITO – AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA – IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM.

1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC.

2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujos em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor.

3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujos para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a

utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim.

4. Recurso conhecido e provido.

(Acórdão nº 820.873, 20080111493002APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, Relator Designado: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 03/09/2014, Publicado no DJE: 23/09/2014. Pág. 136) (grifamos)

Na ação judicial em tela, a sentença em primeira instância autorizou a remoção do material genético. No entanto, a empresa ré ingressou com recurso no Tribunal, sob o argumento da impossibilidade de presumir o consentimento do *de cujus* para a inseminação artificial homóloga *post mortem* apenas pelo depósito do material genético.

O Tribunal manteve a decisão da primeira instância, haja vista que, de acordo com a Desembargadora Nídia Corrêa Lima, relatora no processo, argumentou que apesar de não existir consentimento escrito do *de cujus*, o fato de este ter guardado seu material genético é prova clara do seu desejo de ter um filho. Porém, o Desembargador Getúlio Moraes Oliveira, Revisor do processo, deu provimento ao recurso e embasou sua decisão em alguns doutrinadores como Chinelato (2004) e Hironaka (2008). Por fim, o Desembargador Flávio Rostirola, também deu provimento ao recurso e reconheceu a necessidade de consentimento expresso do *de cujus*. (BRASIL, 2008)

Dessa maneira, nota-se que não há precedentes suficientes para definir o posicionamento adotado no Brasil, bem como inexistente legislação específica que trate acerca dos direitos sucessórios de filho concebido por inseminação artificial *post mortem*. Contudo, frisa-se que há o reconhecimento da filiação nesses casos.

Por fim, o presente artigo pende para a terceira corrente, a qual concede os direitos sucessórios ao inseminado artificialmente após a abertura da sucessão desde que haja previsão expressa no testamento do *de cujus*. Haja vista, que a legislação existente exige que para figurar como herdeiro legítimo o indivíduo deve estar vivo ou concebido à data da abertura da sucessão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo abordar a controvérsia relativa ao direito sucessório do concebido por inseminação artificial, em especial a homóloga,

após a morte do genitor. Em razão da inexistência de legislação específica e de precedentes nos Tribunais, foram abordadas diferentes interpretações doutrinárias acerca da temática.

A reprodução assistida é um conjunto de técnicas que têm como objetivo garantir o desejo de constituição familiar. Entre estas técnicas, cita-se, especialmente, a inseminação artificial homóloga, ou seja, aquela que utiliza material genético do casal que deseja ter filhos. Quando está é realizado após a morte do marido ou companheiro é chamada de *post mortem*.

No Brasil não há previsão no ordenamento jurídico brasileiro do filho inseminado após a morte do seu genitor possuir direitos sucessórios. Em razão disso, depara-se com grande divergência doutrinária, podendo dividir os posicionamentos em três correntes. Sendue a primeira corrente defende a inexistência de direitos sucessórios ao filho inseminado após o falecimento do genitor.

A segunda corrente acredita ser possível o inseminado *post mortem* participar da sucessão como herdeiro legítimo ou testamentário. Enquanto a terceira corrente defende a possibilidade do concebido *post mortem* por reprodução assistida de ser herdeiro apenas testamentário, haja vista que o próprio Código Civil permite que o autor da herança, como ato de vontade, deixe herança para pessoa que ainda não existe. Todavia deve-se observar o prazo de artigo 1.800 do Código Civil de 2002.

Vale ressaltar que apesar de haver o questionamento quanto a capacidade sucessória do inseminado após a abertura da sucessão, não há o que se negar no que tange ao direito de filiação, haja vista que o Código Civil é claro nesse quesito. Há, também, princípios constitucionais que asseguram o reconhecimento, bem como dão margem para a interpretação de que seria possível que o filho inseminado figurasse como herdeiro na sucessão, quais sejam: dignidade da pessoa humana, isonomia entre os filhos, entre outros.

Assim, o presente artigo adota o posicionamento de existir o direito sucessório tanto como herdeiro legítimo, quanto como testamentário. Ressalta-se que a forma mais adequada para garantir esse direito ao filho concebido por inseminação artificial *post mortem*, seria a petição de herança, cumprindo o prazo máximo de dez anos, uma vez que esta respeita o princípio da igualdade entre os filhos, bem como o princípio da segurança jurídica dos demais herdeiros.

No entanto, urge a necessidade de regulamentação jurídica pelo legislador no ordenamento jurídico brasileiro, para que seja possível mensurar e compreender os fenômenos jurídicos e as implicações sociais. Esses cuidados visam proporcionar maior segurança as partes envolvidas, ou seja, asseguram a proteção dos genitores, dos filhos concebidos por inseminação artificial *post mortem* e dos demais herdeiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Inseminação artificial *post mortem* e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório**. 2005. Disponível <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em 09 mai. 2020.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima**. São Paulo: Atlas, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 29 mar. 2020.

_____. **Decreto nº 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 29 mar. 2020.

_____. **Lei nº 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em 30 mar. 2020.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 30 mar. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp: 537363/RS, Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA, Data de Julgamento: 07/05/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2012. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9216981/recursoespecial-resp-537363-rs-2003-0051147-7/inteiro-teor-14297914>>. Acesso em 15 abr. 2020

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. **Dos aspectos controversos da reprodução assistida *post mortem***. 2010. Disponível <<http://eduem.uem.br/ojs/index.php/RevCiencJurid/article/viewFile/10963/6014>>. Acesso em 09 mai. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.957**, de 06 de janeiro de 2011. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em 02 abr. 2020.

CORRÊA, Bruna R. **Direito à sucessão na inseminação artificial assistida *post mortem***. 2017. Disponível < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/direito-a-sucessao-na-inseminacao-artificial-assistida-post-mortem/>>. Acesso em 09 mai. 2020.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 27a ed. São Paulo. ed: Saraiva, 2013.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da despersonalização**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOZZO, Débora; LIGEIRA, Wilson Ricardo. **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITÃO, Camila Bezerra de Menezes. **Análise jurídica sobre direitos sucessórios decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem***. 2011. Disponível em < <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/dir.familia/analise.juridica.sobre.direitos.sucessorios.decorrentes.da.inseminacao.artificial.pdf>>. Acesso em 03 abr. 2020.

MARQUES, Anderson Braga. **As repercussões sucessórias da inseminação artificial homóloga *post mortem***. 2017. Disponível em < https://bdm.unb.br/bitstream/10483/17725/1/2017_AndersonBragaMarques.pdf>. Acesso em 03 abr. 2020.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PORFÍRIO, Francisco. **Bioética**. 2020. *Brasil Escola*. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/bioetica.htm>>. Acesso em 09 mai. 2020.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Volume 7**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROTANIA, Ana Alejandra. **Dossiê Reprodução Humana Assistida**. 2003.

SILVA, Pedro Magalhães da. **A inseminação artificial *post mortem* e o direito sucessório**. 2017. Disponível em <

<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11631/1/21207473.pdf>>. Acesso em 03 abr. 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito das Sucessões**. 12^a ed. São Paulo: Atlas. 2012.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 15^a ed. São Paulo: Saraiva. 2012.