

RBDGP
REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO E GESTÃO PÚBLICA
- ARTIGO DE REVISÃO -

Considerações acerca da reprodução assistida homóloga e o direito sucessório

Edfábio da Nóbrega Xavier

Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas de Patos (FIP)

E-mail: edfabionx@correios.com.br

Resumo: Os avanços registrados na biotecnologia proporcionaram o desenvolvimento de uma série de técnicas de reprodução assistida, dentre as quais se destaca a inseminação artificial homóloga, na qual se utiliza o sêmen e os óvulos de doadores, que mantém entre si uma união estável ou são casados civilmente. No entanto, o Código Civil não foi preciso no que diz respeito ao direito sucessório dos filhos concebidos através desta técnica de Reprodução Humana Assistida e esta lacuna na lei cível vem gerando divergências entre os doutrinadores quanto ao fato destes filhos virem a figurarem como partes legítimas numa sucessão. O atual Código Civil reconhece o direito de filiação ao filho concebido mediante inseminação homóloga, mesmo que *post mortem*. Nesse caso, a paternidade possui respaldo tanto biológico quanto jurídico e torna-se inquestionável. No entanto, embora acolhendo o princípio da igualdade nesse ponto, o Código Civil de 2002 se contradiz ao condicionar a participação deste mesmo filho na sucessão, à manifestação expressa em testamento, deixada pelo pai-doador do material genético utilizado na fecundação. Ademais, prevalecendo o entendimento proporcionado pelas disposições contidas no art. 1798, do atual Código Civil, os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança não são observados nas relações jurídicas do direito sucessório, que envolvem filhos concebidos por inseminação artificial homóloga *pos mortem*. E a inobservância do princípio que dá sustentação a todo o ordenamento jurídico brasileiro, mostra que é imprescindível a promulgação de legislação específica que discipline a utilização das técnicas de reprodução assistidas, principalmente, a inseminação artificial homóloga, quando realizada após a morte do pai-doador do material genético utilizado no processo de fecundação.

Palavras-chave: Inseminação artificial homóloga *pos mortem*. Direito Sucessório. Implicações.

Considerations about the annual assisted reproduction and inheritance law

Abstract: The progress made in the development of biotechnology provided a series of assisted reproduction techniques, among which stands out the homologous artificial insemination, in which it uses the semen and ova donors, which maintains a stable together or are married civilly. However, the Civil Code was not accurate with regard to inheritance rights of children conceived using this technique of Assisted Human Reproduction and this gap in the civil law has generated disagreement among scholars as to whether these children see how the includes both legitimate parties to a succession. The current Codex recognizes the right of membership to the child conceived through homologous insemination, even post mortem. In this case, fatherhood has both biological and legal support and becomes unquestionable. However, while accepting the principle of equality at this point, the Civil Code of 2002 contradicts the condition the participation of this same son in succession, the demonstration expressed in a will left by the father-donor of the genetic material used in fertilization. Moreover, the prevailing understanding provided by the provisions in arties 1798, the current Civil Code, the principles of human dignity and the best interests of the child are not observed in legal relations of succession law, involving children conceived by artificial insemination homologous post mortem. And the failure of the principle that gives support to all Brazilian legal system shows that it is essential to enact specific legislation that governs the use of assisted reproduction techniques, mainly homologous artificial insemination, when performed after the death of father-donor genetic material used in the process of fertilization.

Keywords: Artificial insemination homologous post mortem. Inheritance Law. Implications

1 Introdução

Os avanços registrados na Biotecnologia proporcionaram o desenvolvimento de uma série de

técnicas de reprodução assistida, possibilitando que o homem e a mulher aguardem seu sêmen e seus óvulos, respectivamente, para, num momento adequado conceberem filhos ou no próprio presente, superarem os

problemas relacionados à infertilidade, bem como superarem os riscos de uma gravidez problemática.

Entretanto, desses várias técnicas de reprodução assistidas uma que se destaca é a inseminação artificial homóloga, que utiliza o sêmen e os óvulos de doadores, que mantém entre si uma união estável ou são casados civilmente. Deve-se salientar que a inseminação artificial homóloga pode ser realizada após a morte do pai-doador, podendo o embrião fecundado ser inserido no útero da mulher que cedeu os óvulos ou noutra, desde que tenha condições de oportunizar a esse embrião um desenvolvimento que possibilite seu nascimento com vida.

Assim, considerando a origem do material genético utilizado para gerar o embrião, os filhos concebidos através desta técnica, mesmo que *post mortem*, têm sua filiação reconhecida, considerando o que dispõe o Código Civil em seu art. 1.597.

No entanto, o referido Código não foi preciso em relação ao direito sucessório dos filhos concebidos através desta técnica de Reprodução Humana Assistida (RHA) e esta lacuna na lei cível vem gerando divergências entre os doutrinadores quanto ao fato destes filhos virem a figurarem como partes legítimas numa sucessão.

Em face disto, duas correntes se posicionam em sentidos opostos: uma, nega aos filhos concebidos *post mortem*, mesmo que através da reprodução assistida homóloga, os direitos sucessório levando em consideração as disposições contidas no art. 1798, enquanto que a outra admite a possibilidade do reconhecimento destes para efeito de sucessão, partindo do princípio de que possuem direito à filiação, que sua paternidade não pode ser questionada e de que aos filhos, deve ser aplicado o princípio da igualdade, em todas as situações.

O presente artigo tem por objetivo analisar as implicações de ordem jurídica relativas aos filhos concebidos mediante reprodução assistida homóloga *post mortem* em relação ao direito sucessório.

2 Revisão de Literatura

2.1 O filho concebido *post mortem* e os direitos sucessórios à luz da doutrina

A propagação das técnicas de reprodução humana assistida trouxe várias implicações ao Direito Sucessório, partindo do princípio de que criopreservação de óvulos e sêmen, como também de embriões humanos tem possibilitado a geração de filhos *post mortem*, que, por sua vez, possuem capacidade sucessória.

No âmbito internacional não existe um consenso sobre a capacidade sucessória do filho *post mortem*. E, objetivando evitar questões de natureza jurídicas, principalmente, no Direito Sucessório, tanto a inseminação artificial quanto a técnica de implantação de embriões excedentários, passaram a serem proibidas em diversos países, a exemplo da Espanha, França, Alemanha e Suécia. Noutros países, embora tais procedimentos sejam permitidos, os filhos gerados através da inseminação artificial *post morte* não desfrutam de direitos sucessórios, “a não ser que o falecido manifeste cabalmente sua vontade em documento expresso” (REIS, 2010, p. 12). É, portanto, o que ocorre na Inglaterra.

No Brasil, ainda não foi promulgada uma lei que regule a reprodução assistida em suas diferentes formas, como também não existe nenhuma proibição legal. No entanto, a doutrina se divide quanto ao que deve ser observado nas sucessões, nos casos em que existem herdeiros nascidos mediante inseminação artificial *post mortem*.

Abordando os divergentes posicionamentos existentes entre os doutrinadores brasileiros nesse campo, Reis (2010, p. 12) acrescenta que existem três posições. São elas:

- a) doutrina que defende a sua total proibição;
- b) doutrina que defende ser possível a realização da inseminação *post mortem*, porém sem efeitos sucessórios e
- c) doutrina que entende ser possível a inseminação *post mortem* garantindo efeitos sucessórios aos nascidos pela técnica.

Quando se analisa a citação acima transcrita, constata-se que no Brasil, parte da doutrina incorporou o entendimento aceito na Espanha, França, Alemanha e Suíça, defendendo a proibição da inseminação artificial *post mortem*, enquanto que outros doutrinadores seguem, em parte, o que estabelece a doutrina inglesa, admitindo a utilização da inseminação artificial *post mortem*, sem, contudo, estender os benefícios da sucessão aos filhos nascidos através dessa técnica de reprodução assistida. E, uma terceira corrente, que não somente acolhe a utilização da inseminação artificial como também defende o direito de sucessão para os nascidos através de tal técnica.

Coelho (2012, p. 605) ressalta que existem situações bastante distintas em relação à inseminação *post mortem*. A primeira diz respeito à implantação do embrião concebido *in vitro*, depois da morte do pai, e, a segunda trata-se da formação do embrião utilizando-se do sêmen preservado ou de um óvulo congelado, processo este realizado também depois da morte de quem tiver fornecido o material utilizado no processo de fecundação.

Desta forma, trata-se de situações bastante distintas, que possuem tratamentos diferentes por parte da doutrina.

Explicando separadamente tais situações, Coelho (2012, p. 606) afirma que:

Primeira, quando morreu o autor da herança, já existia, mantido sob criopreservação, o embrião concebido com o material genético fornecido por ele. Sendo essa a hipótese, ainda que transcorra muito tempo, vindo esse embrião a ser implantado num útero, o nascimento com vida do ser assim gerado lhe conferirá capacidade sucessória. Poderá, por meio da ação de petição de herança, demandar os demais sucessores para receber sua parte. Terá muito tempo para isso, porque essa ação prescreve em dez anos após a maioridade do seu titular, ou seja, até ele completar 28 anos.

Uma particularidade a ser observada no caso acima exposto, diz respeito ao tipo de fecundação. Esta, como ocorreu *post mortem*, precisa ter natureza homóloga, na

qual o vínculo de filiação é reconhecido, partindo do princípio de que tanto o microgameta quanto o macrogameta, que deram origem ao embrião provem de pessoas que eram casados civilmente ou viviam em união estável.

Quanto à mulher que vai ter em seu útero o embrião implantado, necessariamente não deve ser a fornecedora do óvulo. Dependendo do tempo em que o material genético foi coletado, a fornecedora do óvulo pode até já estar morta ou não mais se encontrar em idade reprodutiva, quando da implantação do embrião. Mesmo diante dessa situação, em relação ao indivíduo nascido deste embrião, os direitos sucessórios não serão afetados. É, portanto, o posicionamento assumido por vários doutrinadores no Brasil.

A terceira particularidade observada na citação acima, diz respeito à necessidade do indivíduo nascido através da reprodução assistida homóloga solicitar sua inclusão no rol de herdeiros, através de petição de herança, atentando para o prazo de prescrição desta ação, que se inicia a partir do momento em que este completa 18 anos de idade e se estende por mais 10 anos, ou seja, o filho nascido nessas condições terá até os 28 anos de idade para requerer sua inclusão entre os herdeiros.

Abordando as implicações produzidas pela reprodução *post mortem* no direito das sucessões, Montalbano (2012, p. 24-25) ressalta que o clima não é pacífico e “que a doutrina divide-se quanto aos direitos do concepturo (daquele que será futuramente concebido com o sêmen congelado), do embrião criopreservado e daquele já implantado no útero materno a época da morte do genitor”.

Desta forma, verifica-se que as questões abordadas por Montalbano (2012) embora possuam uma correlação direta com o que foi descrito por Reis (2010) e Coelho (2012), na forma acima apresentada, trazem à discussão novas situações.

A primeira diz respeito ao fato de que se quando da morte do instituidor da herança, o embrião que ele consentiu sua fertilização, já se encontrar implantado no útero de mulher, não há como se questionar a filiação e conseqüentemente, o direito à herança.

A segunda situação apresentada por Montalbano (2012, p. 25), é o fato de que:

[...] também não há dúvidas quanto ao direito sucessório do embrião criopreservado, pois entende que a doutrina ampliou o conceito de nascituro para além dos limites da concepção *in vivo* (no ventre feminino), compreendendo também a concepção *in vitro* (ou crioconservação).

O desenvolvimento da Biotecnologia tem possibilitado que o embrião seja fertilizado fora do corpo humano. Com base no acima exposto, a doutrina tem contribuindo no sentido de fazer com o direito sucessório acompanhe esses avanços, objetivando abranger o concepturo, que, na lei cível somente foi contemplado na sucessão testamentária.

É importante destacar que nesse ponto, o Código Civil em vigor se mostra ultrapassado e não levou em consideração os avanços biotecnológicos registrados na

atualidade, pois limitou-se a repetir o que foi apresentado pelo Código Civil de 1916, quando não se imaginava o fato de alguém morto viesse a conceder um filho. No entanto, se tal diploma reconheceu o direito de filiação para o concepturo e por essa razão, na concepção de Montalbano (2012, p. 25), não há como dele afastar o direito à herança.

No próximo item será apresentado o entendimento de parte da doutrina pátria, que demonstra a necessidade de manifestação expressa e testamento para os direitos sucessórios do filho concedido mediante inseminação *pos mortem* serem reconhecidos.

2.2 Os direitos sucessórios do filho concebido *pos mortem* e a necessidade de serem beneficiados via testamento

Os doutrinadores que questionam o direito sucessório aos filhos nascidos a partir da técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*, justificam seus posicionamentos tomando por base, em alguns casos, as disposições contidas no art. 1800, § 4º, do atual Código Civil.

O referido dispositivo expressa que “se decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos” (BRASIL, 2008, p. 371).

Desta forma, verifica-se que o CC determina que para requerer os direitos sucessórios, deve-se observar o prazo de 2 anos após a abertura da sucessão e que com a inobservância desse prazo, tal direito será repassado para os ‘herdeiros legítimos’.

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

Um dos princípios constitucionais aplicados ao Direito de Família é o princípio da igualdade. Em razão desse princípio, não há como se fazer distinção entre os filhos biológicos concedidos antes ou depois da morte de um dos genitores. Para efeitos sucessórios, ambos possuem os meios direitos.

Posicionando-se contrários ao entendimento de Dias (2011, p. 117), alguns doutrinadores alegam que a segurança jurídica estaria sendo corroída, se “fossem concedidos os mesmos direitos sucessórios aos filhos concedidos após a morte” do instituidor da herança, mediante inseminação artificial.

Representando essa corrente, Ferraz (2011, p. 104) reafirma que “em relação ao filho concebido posteriormente à morte do pai”, não poderia se falar em direitos sucessórios, “uma vez que a transmissão da herança se dá na morte” e que somente seriam permitidos os direitos sucessórios através da sucessão testamentária para a prole eventual.

Diante do exposto, se acolhido esse entendimento, o filho concebido após a morte do genitor somente teria direito a herdar quando contemplado em testamento. Logo, sem essa particularidade, não seria reconhecido

como herdeiro legítimo. Nota-se, portanto, que tal exigência traz algumas dificuldades de ordem jurídica para os pais biológicos dos embriões, dificuldades estas que deveriam ser superadas ainda em vida, exigindo-se a lavratura de um testamento que contemplasse tal situação.

No entanto, entende Freitas (2008, p. 7) que:

Independente de ter havido ou não testamento, sendo detectada 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.

A citação acima apresenta uma situação que não está contemplada expressamente no Código Civil em vigor. Entretanto, ela demonstra a necessidade de se observar uma particularidade da Constituição Federal: a que expressa que o Brasil é um Estado Democrático de Direito. E, e nele, a vontade e o interesse do indivíduo, devem ser garantidos. E essa garantia também se estende ao concebido *post mortem*, de forma que não se pode excluí-lo da sucessão legítima, devendo o direito sucessório encontrar os meios necessários para tornar essa tutela possível.

Dentro dessa mesma linha de pensamento, Rigo (2009, p. 5) ressalta que:

Se não houvesse o sonho da paternidade, qual seria o motivo para um homem deixar seu sêmen congelado em um centro de reprodução humana medicamente assistida? O depósito do material é o autêntico consentimento do falecido para tal procriação. Caso tenha o anseio de ser pai um dia, mas está casado com uma mulher que não é a pessoa que deseja para ser mãe de seus filhos, o homem que deixar seu esperma em um banco de sêmen deve ter o cuidado de deixar expressa proibição de utilização de seu material após a ocasião de sua morte. Assim, não havendo nenhuma proibição expressa por parte do homem que depositou o sêmen no centro de reprodução humana, não há porque negar qualquer direito a criança concebida *post mortem* mediante inseminação artificial homóloga.

O entendimento que se retira da citação em epígrafe é o fato de que foi o sentimento de paternidade, ou melhor, o interesse de ser pai, que leva o homem a congelar o seu sêmen, deixando expresso o consentimento para a procriação, entendimento este que também se aplica à mulher que deposita os seus óvulos num centro de reprodução humana. Assim sendo, se tais pessoas possuíam o interesse de serem pais/mães, desejaram também que os benefícios do direito sucessório fossem

aplicados aos seus filhos concebidos mediante inseminação artificial homóloga *post mortem*.

No entanto, existe uma corrente doutrinária que se posiciona contrária à sucessão legítima do concebido através da inseminação artificial *post mortem* conforme já demonstrado.

Nesse sentido, Almeida Junior (2003, p. 115) defende que o embrião fecundado após a morte do titular do material genético [que se encontrava congelado] não pode ser considerado titular de direito sucessório porque não trata-se de uma pessoa concebida. E, que o fato desta não ter nascida à época do falecimento do genitor, constitui fator determinante para não considerá-la como parte legítima à sucessão.

Pelo demonstrado, essa corrente doutrinária entende e defende que o filho concebido através da inseminação *post mortem*, somente pode usufruir de direitos sucessórios, se e somente se, o pai houver manifestado ao seu favor em testamento.

Para melhor compreender o acima exposto, é importante trazer à discussão as disposições contidas no citado artigo do Código Civil em vigor, que assim expressa: “na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão” (BRASIL, 2008, p. 373).

Assim sendo, ocorrendo essa hipótese, deverá haver reserva de quinhão, entendendo-se que devem ser observadas as disposições contidas no art. 1800, § 4º também do Código Civil vigente.

Por outro lado, o entendimento a que se chega após analisar os posicionamentos daqueles que defendem a necessidade da manifestação expressa em testamento, para que os filhos havidos mediante inseminação artificial homóloga possa atuar como parte na sucessão, é o de que a preocupação do homem em depositar seu sêmen num banco genético não constitui fator suficiente para gerar efeitos jurídicos e garantir que o embrião fecundado e depositado num útero, quando nascido com vida venha a desfrutar de direitos sucessórios.

No próximo item são demonstradas as contradições existentes entre o Código de Civil e Constituição Federal em vigor, no que diz respeito aos direitos sucessórios do filho concedido através de inseminação artificial homóloga, bem como demonstrado a necessidade de uma legislação específica quanto à matéria.

2.3 Das contradições entre o Código Civil e a Constituição em vigor

A Constituição Federal de 1988 trouxe profundas mudanças para o ordenamento jurídico pátrio, a partir do momento em que elegera a dignidade da pessoa humana como seu sustentáculo, desencadeando desta uma série de princípios que para passarem a produzir reflexos sobre o Direito de Família e sobre as sucessões.

Entretanto, grande parte dos princípios gerais e fundamentais instituídos pela Carta Magna em vigor não foram contemplados pelo Código Civil, que entrou em vigência em 2002, entrando, assim, em contradição. É, portanto, o que ocorre em relação ao direito sucessório do

filho concedido através da inseminação artificial homóloga, *pos mortem*.

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

Desta forma, percebe-se que nesse ponto, o Código Civil em vigor deixou de observar o princípio da igualdade, estabelecido pela atual Constituição Federal. Ademais, o mencionado Codex ignora que em seu art. 1597, considera “concebidos na constância do casamento os filhos [...] havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido” (BRASIL, 2008, p. 347).

Inicialmente, uma particularidade a ser observada é o fato que o dispositivo acima transcrito não faz nenhuma alusão o ao fator ‘tempo’, ou seja, não estabelece até quando, depois da morte do homem, a fecundação artificial pode ser realizada. No mais, o dispositivo em comento promove o princípio da igualdade, reafirmando que não pode existir distinção entre os filhos, menos que entre estes exista algum nascido a partir de uma inseminação artificial homóloga.

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

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

Pelo demonstrado, se o Código Civil, mediante as disposições contidas em seu art. 1597, considerou que não existe distinção entre os filhos, inclusive, acolhendo os concedidos mediante inseminação homóloga, um contrassenso seria excluí-los do Direito Sucessório. Ademais, o acolhimento desse entendimento contraria o que proclama a Constituição Federal, especificamente em seu art. 227, § 6º.

Assim sendo, salvo melhor juízo, o entendimento a que se chega após analisar as disposições contidas no Código Civil em vigor, é a de que trata-se de uma prática agressiva aos direitos, ferindo o princípio da igualdade e contrariando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Na concepção de Barbosa (2004, p. 241), a iniciativa do legislador “ao assegurar o direito à paternidade para os filhos concedidos mediante a reprodução assistida”, se traduz numa iniciativa por demais louvável.

No entanto, essa mesma preocupação não existiu quando da definição das regras a serem observadas no Direito sucessório. Desta forma, verifica-se que em relação aos filhos concedidos mediante a reprodução assistida homóloga, no Direito Sucessório, o Código Civil em vigor desde 2002, possui algumas lacunas que

produzem significativos prejuízos, ignorando que estes titulares de direitos constitucionalmente garantidos.

Na opinião de Rigo (2009, p. 6) o problema em discussão se agrava porque além das contradições existentes entre a Constituição Federal e Código Civil, em matéria de sucessão envolvendo os filhos frutos de fecundação homóloga *pos mortem*, inexistente uma legislação específica sobre o assunto. E, que a melhor forma de solucionar tais problemas é fazer com que os princípios constitucionais prevaleçam.

Desnecessário é ressaltar que no campo jurídico nenhuma norma deve ir de encontro ao que estabelece a Constituição Federal. Se alguma norma toma essa direção, é nula em termos de eficácia e porque não dizer, inconstitucional. Desta forma, trazendo esse entendimento para ao direito sucessório e aplicando-o ao filho concedido *pos mortem*, fruto de uma inseminação artificial homóloga, salvo melhor juízo, deve-se deixar de lado o contido no Código Civil e aplicar os princípios contidos na Carta Magna de 1988.

Ademais, nos casos de inseminação homóloga, a paternidade é certa. Logo, entende Barbosa (2004, p. 241) que nestes casos deve-se evitar que “tenha o filho que recorrer a procedimentos investigatórios para obter o reconhecimento de uma paternidade que se sabe certa”.

Partindo do exposto, levando em consideração o fato que de não pode haver distinção entre os filhos de um único pai, o filho concebido através de inseminação artificial homóloga, mesmo que esta tenha sido realizada *pos mortem*, configura-se em algo concreto e que não pode ser questionado.

Ademais, o fato da legislação atual não disciplinar da forma completa a utilização das técnicas de reprodução assistidas e nem estabelecem parâmetros para serem observados no campo do direito sucessório, torna-se necessário a discussão e a aprovação de uma lei que preencha tal lacuna.

Informa Rigo (2009, p. 10), que a primeira iniciativa objetivando suprir essa lacuna, em meados de 1999, o senador Lúcio Alcântara, apresentou um projeto de lei, ressaltando que “somente os cônjuges ou casais vivendo em união estável poderiam ser beneficiários das técnicas de procriação assistida” e prescrevendo “a obrigação de descarte dos gametas depositados no caso de falecimento do depositante”.

Entretanto, o mencionado projeto de lei não logrou êxito. Depois deles, outras iniciativas legislativas, no âmbito da Câmara dos Deputados e do Senado, surgiram, dividindo opiniões, sem, contudo, contemplarem os principais pontos levantados pela doutrina e também não obtiveram aprovação em plenário, mantendo-se a lacuna legislativa.

2.4 Capacidades sucessória do filho concebido por inseminação artificial homóloga

Em seu art. 1.597, inciso III, o Código Civil aborda paternidade presumida em relação aos filhos nascidos por inseminação artificial homóloga, contemplando as concepções *post mortem*. No entanto, em momento algum do referido diploma legal houve uma

preocupação quanto ao atribuir ao nascido nessas condições, legitimidade sucessória.

Nesse sentido, registra Rigo (2009, p. 6), que o referido código apenas procurou solucionar “a questão quanto ao status de filho do indivíduo gerado por meio de inseminação artificial homóloga, inclusive *post mortem*”.

Deve-se ressaltar que por existir essa lacuna na lei cível, existe uma grande polêmica, no direito sucessório, em torno do filho concebido artificialmente *por mortem*. Correntes se dividem quanto à possibilidade deste vir ou não a ser parte legítima na sucessão. No entanto, em torno da qual se agrupa o maior número de doutrinadores e a se posiciona contrária a essa capacidade sucessória.

Os defensores desta corrente fundamentam-se no art. 1798 do Código Civil. Nesse Diniz (2003, p. 44) ressalta que:

[...] a capacidade para adquirir herança, inclusive por via testamentária, pressupõe existência de herdeiro, ou legatário, à época da morte do testador. [...] Ao tempo do falecimento do autor da herança o herdeiro deve estar vivo, ou pelo menos concebido, para ocupar o lugar que lhe compete. Pessoa ainda não concebida (*nondum conceptus*) ao tempo da abertura da sucessão não pode herdar, salvo a hipótese do artigo 1.799, I, do Código Civil.

Com base na citação acima, verifica-se que os defensores dessa corrente seguem o princípio *da saisine*, considerado como sendo o norte do direito sucessório pátrio. Por outro lado, quando se promove uma leitura mais aprofundada sobre esse posicionamento, verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana cede lugar à segurança jurídica.

Compartilhando desse entendimento, Venosa (2004, p. 87) afirma que:

[...] não se deve atribuir a qualidade de herdeiro para a criança que através de inseminação artificial foi concebida após a abertura da sucessão, em razão da incompatibilidade com a previsão legal do art. 1798 do Código Civil, sendo apenas possível na hipótese de prole eventual.

Com base no exposto, o critério de exclusão não representa a não comprovação da paternidade, dos laços sanguíneos ligando pai e filho, mas o fato da concepção ter ocorrido depois que a sucessão tenha sido aberta.

Para evitar qualquer questionamento no âmbito do direito sucessório, entende Diniz (2003, p. 46) que:

A prática da fertilização artificial após a morte do doador do material fecundante, deve ser proibida, visto que a criança oriunda desta procriação artificial não poderá herdar, tendo em vista que quando da morte do autor da herança, ainda não estava concebida.

Nota-se que Diniz (2003) mantém-se na mesma linha de pensamento seguida por Venosa (2009), defendendo a proibição da fecundação *pos mortem*,

levando em consideração que o filho concebido não é capaz de figurar como parte legítima numa sucessão.

No entanto, a corrente favorável ao reconhecimento do direito sucessório do filho concebido artificialmente *pos mortem*, mediante inseminação artificial homóloga é um pouco menos numerosa, mais utilizam argumentos bastante fortes.

A esta corrente encontra-se vinculado Albuquerque Filho (2006, p. 190) que afirma; “vedar reconhecimento e direito sucessório a quem foi concebido mediante fecundação artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada. Pune-se o desejo de realizar um sonho”.

Com base no exposto, tal negatória se configura com sendo um retrocesso jurídico, visto que está sendo levado em consideração o que estabelece o art. 1597, inciso III do Código Civil em vigor. Em momento algum está se atentando para o princípio da dignidade da pessoa humana, que norteia, ou melhor, que conduz todo o ordenamento jurídico pátrio.

Ademais, não está se levando em consideração a vontade do pai-doador, daquele que forneceu seu material genético, que sonhava em ser pai e muitas vezes não concretiza em vida esse sonho, por não achar com quem compartilhá-lo ou por ser sido surpreendido pela morte. Salvo melhor juízo, entende-se que o direito deve evoluir de forma tal que contemple os sentimentos humanos, dentre os quais o afeto e a vontade, principalmente, naqueles casos relacionados aos filhos concebidos *pos mortem*, mediante técnica de reprodução homóloga.

3 Considerações Finais

Esta pesquisa proporcionou o entendimento de que a tese que melhor se adéqua ao direito sucessório, envolvendo aqueles filhos concebidos mediante inseminação artificial homóloga, é a que reconhece estes filhos como possuidores de atuarem como parte legítima na sucessão.

Entretanto, contatou-se também que uma segunda corrente, defende o filho concebido nessas condições não possuir direito algum como herdeiro, fundamentando esse entendimento nas disposições contidas no art. 1798, do atual Código Civil, que entrou em vigor em 2002. Nesse ponto, o mencionado diploma não evoluiu porque transcreve o mesmo entendimento firmado no Código Civil elaborado em 1916.

É importante esclarecer que o referido Código não se mostra adequado às transformações que ocorreram nas últimas décadas, principalmente, em relação às técnicas de reprodução assistidas. Num de seus dispositivos, o atual Codex reconhece o direito de filiação ao filho concebido mediante inseminação homóloga, mesmo que *post mortem*.

Nesse caso, a paternidade possui respaldo tanto biológico quanto jurídico e torna-se inquestionável. E, em decorrência desse reconhecimento, o filho gerado passa a desfrutar dos mesmos direitos de família, bem como se sucessão, concedidos aos filhos nascidos de forma natural, face às disposições contidas no art. 227, § 6º, da Carta Magna em vigor.

No entanto, embora acolhendo o princípio da igualdade nesse ponto, o Código Civil de 2002 se contradiz ao condicionar a participação deste mesmo filho na sucessão, à manifestação expressa em testamento, deixada pelo pai-doador do material genético utilizado na fecundação.

Desta forma, percebe-se que o legislador ignorou o fato de que o ser que ainda não foi concebido, já se encontra vivo biologicamente e também possui reconhecida uma filiação. Assim, com base naqueles doutrinadores que defendem a extensão do direito sucessório ao filho concebido nessas condições, seria um contrassenso negar-lhe parte na sucessão, quando sua filiação já se encontra reconhecida.

Nesse ponto, o Código Civil 2002 contraria a Constituição Federal em vigor, pois desconsidera o princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento da segurança jurídica, protegendo os sucessores existentes quando da morte do instituidor, ignorando o fato de que este ao depositar num banco de reprodução assistida o seu material genética, possui a intenção de ter sua prole aumentada, estando, tão somente aguardando o momento oportuno.

Por tudo o que exposto foi, conclui-se que prevalecendo o entendimento proporcionado pelas disposições contidas no art. 1798, do atual Código Civil, além do princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio do melhor interesse da criança também não é observado nas relações jurídicas do direito sucessório, que envolvem filhos concebidos por inseminação artificial homóloga post mortem.

Por essa razão e levando em consideração o fato de que o princípio que dá sustentação a todo o ordenamento jurídico brasileiro não está sendo observado, nesses casos, conclui-se que é imprescindível a promulgação de legislação específica que discipline a utilização das técnicas de reprodução assistidas, principalmente, a inseminação artificial homóloga, quando realizada após a morte do pai-doador do material genético utilizado no processo de fecundação.

4 Referências

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Família e dignidade humana. **Anais**. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e biodireito. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 11, n. 55, ago.-set. 2003.

BARBOSA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código civil brasileiro e legislação correlata**. 2 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: Família e sucessões**. vol. 5. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito das Sucessões**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. Curitiba: Juruá, 2011.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança** (2008). Disponível in: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>. Acesso: 02 out 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. VII: direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. Inseminação post mortem e seus reflexos no direito de família e sucessões. **Revista da ESMESC**, v. 19, n. 25, p. 9-34, 2012.

REIS, Carolina Eloáh Stumpf. **Reprodução assistida homóloga post mortem - aspectos éticos e legais** (2010). Disponível in: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/reproducao_assistida_homologa_post_mortem_-_aspectos_eticos_e_legais.pdf. Acesso: 02 out 2014.

RIGO, Gabriella Bresciani. **O status de filho concebido post mortem perante o direito sucessório na legislação vigente**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 08 Jul. 2009. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849. Acesso em: 06 Out. 2014

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.