



**A VOCAÇÃO HEREDIÁRIA NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA
*POST MORTEM***

**THE HEREDITARY VOCATION IN ARTIFICIAL INSEMINATION
HOMOLOGOUS *POST MORTEM***

Flávia Rodrigues Tesin¹

RESUMO: Considerando que o legislador é omissos quanto ao regramento dos direitos sucessórios da pessoa concebida por inseminação artificial após a morte do autor da herança, o presente trabalho buscou analisar essa possibilidade, alicerçando-a nos princípios constitucionais e infraconstitucionais do nosso ordenamento jurídico. Assim, com base principalmente nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos e da autonomia da vontade, foram examinados os fundamentos, as razões e as normas existentes para reger essa situação, cuja conclusão foi pela possibilidade de o indivíduo gerado por inseminação *post mortem* ser herdeiro do *de cuius*. O método de pesquisa utilizado é bibliográfico e documental.

Palavras-chave: Direitos Sucessórios; Inseminação Artificial Homóloga *post mortem*; Filiação; Princípios Constitucionais.

ABSTRACT: Considering that the legislator omits to regulate the succession rights of the person conceived by artificial insemination after the death of the author of the inheritance, the present work sought to analyze this possibility, based on the constitutional and infraconstitutional principles of our legal system. Thus, based mainly on the principles of human dignity, equality between children and the autonomy of the will, the foundations, the reasons and the existing norms to govern this situation were examined, the conclusion

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP. Pós-graduanda em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP. Advogada.

of which was the possibility of the individual generated by insemination post mortem to be heir to the author of the inheritance. The research method used is bibliographic and documentary.

Key word: Succession Rights; Post-Mortem Homologous Artificial Insemination; Membership; Constitutional Principles.

INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 inovou ao trazer disposições acerca da presunção de filiação mesmo após a morte do cônjuge, caso em que seria necessário valer-se da reprodução artificial homóloga *post mortem*. Ao regulamentar os direitos sucessórios, no entanto, o legislador não o fez com a mesma técnica e precisão; em verdade, foi omissivo no tocante aos direitos sucessórios daquele que é concebido apenas após a morte do ascendente mediante inseminação artificial homóloga. Resolveu, portanto, o problema da paternidade superveniente à morte do ascendente, respondendo aos anseios tecnológicos e revolucionários da sociedade no que se refere à evolução da ciência genética, mas se esqueceu de reger a questão dos direitos sucessórios deste herdeiro, em afronta concreta ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

Neste contexto, à luz de alguns princípios constitucionais e infraconstitucionais, mormente o da igualdade entre os filhos, e realizando-se uma interpretação sistemática do artigo 1798 do Código Civil, o presente artigo busca responder, de forma satisfatória e condizente com as disposições da Constituição Federal de 1988 e com os anseios da sociedade brasileira, se o filho gerado por meio da técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem* deve ser considerado herdeiro de seu ascendente já falecido quando de sua concepção e de seu nascimento, ou seja, se ele tem direitos sucessórios.

Assim, com base nos princípios do ordenamento jurídico brasileiro, na pesquisa metódica sobre o tema, e nos escritos de vários doutrinadores nacionais, foram analisadas as possibilidades de reconhecimento dos direitos sucessórios àquele concebido por inseminação artificial homóloga após a morte do autor da herança.

1. FUNDAMENTOS DO DIREITO SUCESSÓRIO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS, SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

As disposições acerca do Direito Sucessório, no ordenamento jurídico brasileiro, estão previstas no Livro V – o último – do Código Civil de 2002, a partir do artigo 1784.

Alguns doutrinadores buscam fundamentar, cientificamente, a existência do direito sucessório em apontamentos realizados por outros tipos de estudos ou matérias – como a biologia, a religião. Na esfera jurídica, doutrinadores complementam tais conclusões quando se fala em sucessão *causa mortis*, referindo-se à transmissão de bens, direitos e obrigações em decorrência da morte de uma pessoa (DINIZ, 2007, p. 5).

Neste sentido, ao tratar dos fundamentos jurídicos da sucessão *causa mortis*, interessante é a explicação apresentada por José de Oliveira Ascensão, que o alicerça na exigência da continuidade da vida humana:

O Direito das Sucessões realiza a finalidade institucional de dar a continuidade possível ao descontínuo causado pela morte.

A continuidade a que tende o Direito das Sucessões manifesta-se por uma pluralidade de pontos de vista.

No plano individual, ele procura assegurar finalidades próprias do autor da sucessão, mesmo para além do desaparecimento deste. Basta pensar na relevância do testamento.

A continuidade deixa marca forte na figura do herdeiro. Veremos que este é concebido ainda hoje como um continuador pessoal do autor da herança, ou *de cuius*. (...)

Mas tão importante como estas é a continuidade na vida social. O falecido participou desta, fez contratos, contraiu dívidas... Não seria razoável que tudo se quebrasse com a morte, frustrando os contraentes. É necessário (...) assegurar que os centros de interesses criados à volta do autor da sucessão prossigam quanto possível sem fracturas para além da morte deste. (ASCENSÃO, 2000, p. 13, apud TARTUCE, 2018, p. 1644),

Cabe salientar, no entanto, que as disposições acerca do direito sucessório não se fundamentam apenas na necessidade da perenidade da vida humana. Com efeito, a interpretação mais adequada é conjugar os princípios ensinados pelo direito de família – seja na esfera dos interesses individuais, seja no âmbito coletivo – com as acepções do direito de propriedade. Neste sentido, ensinam as professoras Maria Helena Diniz e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Na verdade, poder-se-á dizer que o fundamento do direito sucessório é a propriedade, conjugada ou não com o direito de família; daí as afirmações de Cogliolo² de que o direito das sucessões tem a sua razão de ser nos dois institutos

² COGLIOLO. *Filosofia do Direito Privado*, p. 298.

combinados: a propriedade e a família; e a de Lacerda de Almeida³ de que o direito sucessório é o “regime da propriedade na família”. (DINIZ, 2007, p. 6).

O fundamento da transmissão *causa mortis* estaria não apenas na continuidade patrimonial, ou seja, na manutenção pura e simples dos bens na família como forma de acumulação de capital que estimularia a poupança, o trabalho e a economia, mais ainda e principalmente no “fator de proteção, coesão e perpetuidade da família”. (HIRONAKA, 2007, p. 5).

Assim, é possível apreender que a base da sucessão *causa mortis* não se limita à necessidade de transmissão de bens, direitos e obrigações do *de cuius* – seja no âmbito dos interesses pessoais da pessoa, seja no que tange ao interesse coletivo e a sua função social. O fundamento dessa transmissão é a combinação dos ensinamentos do direito de família e do direito de propriedade.

Consequentemente, nesse contexto, revela-se imprescindível mencionar, também, o princípio da solidariedade social, que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, e está previsto no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. A sua interpretação em consonância com as próprias disposições constitucionais sobre a instituição familiar revela que ele também deve se aplicar às relações familiares e deve ser entendido como outro fundamento do direito sucessório. Essa acepção implica na necessidade de mútua assistência, não só entre pais e filhos, mas entre todos os entes familiares uns com os outros, no âmbito afetivo, moral, patrimonial, social etc.

Decorre, ainda, da solidariedade nas relações familiares o princípio da afetividade, o qual não pode ser ignorado pelos aplicadores do direito, que, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, ao laborarem nesta tarefa, devem se ater a esse importante aspecto dos relacionamentos pessoais casuisticamente e, também, considerá-lo como valor jurídico.

Estritamente no que tange às repercussões sucessórias deste princípio civil-constitucional da afetividade, faz-se interessante diferenciá-lo em afeição real e abstrata. Ao falar-se em afeição real, a ideia é referir-se a pessoas a quem o autor da herança possui concreto afeto, razão pela qual constitui ele alicerce da sucessão testamentária (transferência de bens *causa mortis* por ato de última vontade do *de cuius*). Por outro lado, pelo princípio da afeição abstrata, subentende-se que o autor da herança deseja que seus bens sejam destinados a pessoas próximas a ele e, por óbvio, pode-se dizer que constitui

³ LACERDA DE ALMEIDA. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro, 1915, p. 2.

fundamento da sucessão legítima às pessoas mencionadas no artigo 1829 do Código Civil, que trata sobre a ordem de vocação hereditária.

Realizadas algumas considerações acerca de relevantes fundamentos do direito sucessório, indispensável é tratar, por fim, do princípio constitucional da igualdade entre os filhos, contextualizando, desta forma e logo de início, o tema do presente trabalho: os direitos sucessórios do filho gerado por inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Com efeito, dispõe o artigo 227, parágrafo 6º, da Carta Magna de 1988 e, de igual modo, o artigo 1596 do Código Civil que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Esse dispositivo consagrou a isonomia entre os filhos, independentemente de eles terem havidos ou não do casamento e abarca os filhos socioafetivos, adotivos, bem como os filhos havidos por inseminação artificial homóloga ou heteróloga (situação esta em que se usa material genético de terceiro). Flávio Tartuce (2018, p. 1322), sobre o tema, comenta: “Diante disso, não se pode mais utilizar as odiosas expressões *filho adulterino, filho incestuoso, filho ilegítimo, filho espúrio* ou *filho bastardo* (...) eis que todos são iguais”.

Logo, conclui-se que todos os filhos do *de cuius* possuem análogos direitos patrimoniais quando da abertura da sucessão, ante a vedação constitucional e infraconstitucional acerca da realização de distinções referentes à filiação.

Feito um panorama geral sobre os fundamentos do direito sucessório, interpretado à luz do princípio da igualdade entre os filhos, passar-se-á a análise das regras relativas à presunção de filiação para, depois, falar da vocação hereditária e dos direitos sucessórios daquele concebido por reprodução artificial homóloga *post mortem*, isto é, após a abertura da sucessão.

2. DA PRESUNÇÃO DE FILIAÇÃO E DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

2.1 Da presunção de filiação dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga

Conforme conceitua Flávio Tartuce (2018, p. 1519), “a filiação é a relação jurídica existente entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, ou seja, entre pais e filhos”, a qual é gerida, logicamente, pelo princípio civil-constitucional da igualdade entre filhos.

Dispõe o artigo 1597 do Código Civil sobre os casos em que se presumirão a paternidade na constância do casamento. Neste trabalho, considerando que o objetivo é tratar do estudo dos direitos sucessórios do filho concebido por técnica de reprodução artificial homóloga *post mortem*, relevante é a menção tão somente do inciso III do referido dispositivo, o qual prevê que “os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido” serão presumidos como concebidos na constância do casamento.

Com efeito, a reprodução artificial pode ser homóloga ou heteróloga e a diferença entre estas técnicas consiste na origem do material genético fornecido para a fecundação. Será heteróloga se o material genético utilizado for de terceira pessoa, e homóloga se envolve material genético dos próprios cônjuges para futura inseminação (TARTUCE, 2018, p. 1520).

Logo, apreende-se do artigo 1597, inciso III, do Código Civil que os filhos havidos por inseminação artificial realizada com o material genético de ambos os cônjuges, mesmo que essa fecundação ocorra após o falecimento do marido, serão presumidos como se fossem concebidos na constância do casamento, bem assim, como pai e filhos. Saliente-se, ainda, que a lei não contempla prazo para a ocorrência da fecundação artificial, de modo que basta apenas, de acordo com este artigo, a prova de que foi utilizado o material genético do *de cuius* para a presunção da filiação.

2.1.1 Da inseminação artificial homóloga *post mortem*

A inseminação artificial realizada com o material genético de ambos os cônjuges após a morte do marido, conforme visto acima, é hipótese legal de presunção da filiação.

É certo que, em razão de vários motivos, um indivíduo pode optar por criopreservar⁴ (congelar) seu material genético para uso posterior. É por essa razão que a Resolução n. 2.168 do Conselho Federal de Medicina, publicada no Diário Oficial da União em 10 de novembro de 2017 regula o tema, nos seguintes termos:

⁴ A criopreservação é um conjunto de técnicas que permite conservar células a temperaturas muito baixas (196° C negativos) com o uso de nitrogênio líquido. Quando se trata de reprodução humana, essas técnicas são utilizadas para preservar gametas femininos, masculinos e embriões para uso posterior. Fonte: <<http://www.procriar.com.br/o-que-e-criopreservacao>>

No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou **falecimento de um deles ou de ambos**, e quando desejam doá-los. (grifo nosso)

O fato é, com base nessa norma, que a decisão pela realização da reprodução artificial homóloga com a utilização do material genético do companheiro (a) já falecido não depende exclusivamente da escolha da pessoa viva.

Nesse sentido, dispõe o Enunciado n. 106 do Conselho Da Justiça Federal, editado quando da I Jornada de Direito Civil, realizada nos dias 12 e 13 de setembro de 2002 sobre a exigência de autorização do falecido:

Art. 1597, III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, **sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.** (grifo nosso)

Na mesma linha segue a redação do item VIII do anexo da Resolução n. 2.168 do Conselho Federal de Medicina: “É permitida a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.

A título de complemento, o Provimento n. 52 de 14 de março de 2016 do Conselho Nacional de Justiça, além de também aceitar a técnica de reprodução assistida *post mortem* e reclamar a autorização do falecido (a) para o uso de seu material genético, impõe, no artigo 2º, parágrafo 3º, que, afóra os documentos descritos nos incisos do artigo 2º, é necessário que referida autorização seja lavrada por instrumento público.

Dessa forma, no que tange às técnicas de fecundação artificial e às normas acerca do tema, possível é a concretização da filiação biológica mesmo após a morte do ascendente *de cujus*. Resta saber quais serão os direitos patrimoniais do filho concebido apenas depois da morte do autor da herança, uma vez que o Código Civil não tratou desta questão tão precisamente quanto dispôs sobre a presunção de filiação daquele que, ao tempo da abertura da sucessão, sequer era embrião, mas que, após, é considerado descendente de primeiro grau do falecido.

2.2 Da vocação hereditária e da legitimidade para suceder

Inicialmente, é necessário mencionar que, nos termos do artigo 1784 do Código Civil, o qual contempla o princípio da *saisine*, aberta a sucessão – quando da morte do *de cuius* – a herança transmite-se desde logo aos herdeiros legítimos (aqueles que decorrem da lei, a qual, presumindo a vontade do autor da herança, dispõe sobre a ordem de vocação hereditária) e aos testamentários (origina-se de ato de última vontade do falecido).

Para que os herdeiros possam suceder – ou herdar – é necessário que tenham legitimidade ou capacidade sucessória, que, segundo Maria Helena Diniz (2007, p. 45) “é a aptidão específica da pessoa para receber os bens deixados pelo *de cuius*, ou melhor, é a qualidade virtual de suceder na herança deixada pelo *de cuius*”.

Segundo dispõe a regra geral do artigo 1798 do Código Civil, “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Logo, em regra, entende-se que pessoa ainda não concebida ao tempo da morte do autor da herança não tem legitimidade para herdar, salvo no caso do artigo 1799, inciso I, do Código Civil.

Sobre a legitimidade sucessória do nascituro (aquele que foi concebido, mas ainda não nasceu), inclusive, há doutrinadores que defendem que ele só terá direitos sucessórios se nascer com vida, sendo essa circunstância uma condição para a efetiva transmissão hereditária:

A capacidade sucessória do nascituro (CC, art. 1.798) é excepcional, já que só sucederá se nascer com vida, havendo um estado de pendência de transmissão hereditária, recolhendo seu representante legal a herança sob condição resolutiva (...). Se nascer vivo, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir do falecimento do autor da herança (CC, art. 1.800, § 3º). Se nascer morto, será tido como se nunca tivesse existido, logo a sucessão será ineficaz. (DINIZ, 2007, p. 48)

A lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 2.º, segunda parte). Assim sendo, o *conceptus* (nascituro) é chamado à sucessão, mas o direito sucessório só estará definido e consolidado se nascer com vida, quando adquire personalidade civil ou capacidade de direito (art. 2.º, primeira parte). O nascituro é um ente em formação (*spes hominis*), um ser humano que ainda não nasceu. Se o concebido nascer morto, a sucessão é ineficaz. (VELOSO, 2008, p. 1971-1972)

Há outros, no entanto, que ensinam que devem ser reconhecidos direitos sucessórios ao nascituro desde que ele foi concebido, sendo certo que o nascimento com vida apenas ratificaria a titularidade desse direito:

Todavia, o autor desta obra mudou sua posição. Isso porque, a partir da leitura dos trabalhos de Diogo Leite de Campos e Silmara Chinellato⁵, estamos inclinados a entender que ao nascituro devem ser reconhecidos direitos sucessórios deste a concepção, o que representa a atribuição de uma personalidade civil plena a tal sujeito de direito. Na mesma esteira, pondera Luiz Paulo Vieira de Carvalho⁶ que, “temos para nós que, se o nascituro nascer com vida, apenas confirma o direito sucessório preexistente, não sendo o nascimento com vida condição legal para que a personalidade exista, mas sim para que esta se consolide”. (TARTUCE, 2018, p. 1665)

De todo modo, seguindo com as lições da professora Maria Helena Diniz (2007, p. 47-50), a legitimidade para suceder depende da ocorrência de alguns pressupostos, quais sejam: 1º) a morte do autor da herança, já que a transmissão patrimonial apenas ocorre quando da abertura da sucessão; 2º) a sobrevivência do herdeiro, pois “a capacidade para adquirir herança, inclusive por via testamentária, pressupõe existência de herdeiro, ou legatário, à época da morte do testador”; 3º) o sucessor deve pertencer à espécie humana, já que apenas o homem e as pessoas jurídicas podem herdar em decorrência da morte de alguém; 4º) existência de título ou base legal do direito sucessório do sucessor (sucessão testamentária ou legítima).

Assim, a interpretação literal do artigo 1798 do Código Civil – segundo o qual ao tempo da abertura da sucessão o sucessor deve estar vivo, ou ao menos concebido – leva a conclusão de que o filho resultante da fecundação artificial *post mortem* não teria direitos sucessórios.

Coadunando esse dispositivo legal com os princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis às relações familiares e ao direito sucessório, no entanto, parece razoável reconhecer que o filho concebido pela técnica de reprodução artificial homóloga após a morte do ascendente tem direitos sucessórios com relação ao *de cujus* que tiver autorizado, em vida e de forma expressa, o uso de seu material genético para fecundação futura, apenas depois da abertura da sucessão.

Desta forma, considerando que o cerne do trabalho consiste em analisar a possibilidade de extensão da regra geral do artigo 1798 do Código Civil, bem assim de explanar acerca da capacidade sucessória do filho concebido por fecundação artificial homóloga após a morte do autor da herança – situação esta em que não há simultaneidade

⁵ CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Pessoa humana e direito*. Coimbra: Almedina, 2009.

⁶ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 165.

de vida entre ascendente e descendente – passaremos à análise da problemática no tópico seguinte.

3. DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DOS EFEITOS JURÍDICOS SUCESSÓRIOS ÀQUELE GERADO POR TÉCNICA DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Conforme o explanado no tópico 1 do presente trabalho, mais importante do que mencionar os fundamentos do direito sucessório, é falar sobre os princípios que a ele se aplicam e devem lastrear a atividade jurisdicional dos magistrados e, também, a atividade interpretativa dos operadores do direito em geral.

Com efeito, não há dúvidas de que a sociedade e, junto com ela, as instituições familiares, muito evoluíram nos últimos tempos. Não é a toa que a própria Carta Magna de 1988 possui um capítulo próprio com disposições sobre a família, o idoso, a criança, o adolescente e o jovem – Capítulo VII, Título VIII, Da Ordem Social. Por conseguinte, também temos, hoje, demonstrações de várias manifestações familiares: as oriundas do casamento civil e da união estável, bem como a família monoparental, anaparental, homoafetiva e a mosaico/pluriparental (TARTUCE, 2018, p. 1338-1339).

Neste sentido, é certo que vários princípios, parte deles com previsão na Constituição Federal, constituem fundamentos e, bem assim, considerando a essência deles, funcionam como direcionamento para os profissionais do Direito quando da aplicação das leis referentes ao Direito de Família aos casos concretos.

Logo, plausível é aplicá-los, também, às disposições do direito sucessório no que com elas forem harmoniosos e, por óbvio, condizentes com as peculiaridades de cada instituto jurídico. Isso não pode ser diferente quando da análise da possibilidade de reconhecer a capacidade sucessória ao filho que foi concebido por inseminação artificial homóloga após a morte do autor da herança (este que é considerado ascendente daquele).

Afinal, não obstante faltem leis regulando o tema, é certo que os princípios, sejam eles expressos ou implícitos, não são escassos e, assim, devem ser utilizados para a análise da possibilidade de reconhecer direitos sucessórios ao filho gerado por reprodução artificial homóloga *post mortem*.

Desta forma, não somente o princípio da igualdade entre filhos (artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal), mas também os princípios da solidariedade familiar, da afetividade e o da dignidade da pessoa humana devem ser considerados *in casu*.

Não menos importante, o princípio do maior interesse da criança e do adolescente (artigo 227, *caput*, da CF e artigos 1583 e 1584 do Código Civil), bem como o princípio da não intervenção ou da liberdade (artigo 1513 do Código Civil), segundo o qual “o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo vedada qualquer forma de coerção por parte de instituições privadas ou públicas em relação a esse direito” e, inclusive, o da boa-fé objetiva, o qual deve ser observado como norteador nas funções de interpretação, controle e de integração aos institutos familiares (TARTUCE, 2018, p. 1331-1338), devem ser plenamente considerados para o reconhecimento de efeitos jurídicos aos direitos sucessórios daquele concebido por fecundação artificial homóloga *post mortem* quando há manifestação expressa do *de cuius* nesse sentido com relação ao concepturo, dada a esperança de que este venha a ser concebido posteriormente a abertura da sucessão.

Pois bem, a conclusão pretendida consiste na possibilidade de reconhecimento dos direitos sucessórios, concomitantemente à presunção de filiação, com base nos princípios mencionados, mormente o da igualdade entre os filhos, o da autonomia do planejamento familiar e o da paternidade responsável, àquele que será concebido após a morte de seu ascendente quando este deixar manifestação positiva expressa no que concerne à utilização do seu material genético criopreservado pelo cônjuge sobrevivente.

Assim, como visto, é necessária a autorização expressa do falecido para o uso de seu material genético após sua morte. Razoável seria, igualmente, manifestação no mesmo sentido para contemplar seu futuro filho na condição de concepturo, como seu herdeiro, hipótese em que não haveria dúvidas quanto aos seus direitos sucessórios.

Desta forma, o artigo 1798 do Código Civil, ainda que só se refira às pessoas já nascidas ou já concebidas, deve ser interpretado, com base nestas normas, levando-se em consideração, também, a figura do concepturo.

Neste contexto, ensina Mauro Antonini (2008, p. 1956-1957):

Tal hipótese não conflita com o artigo ora comentado, por não se cogitar na vigência do Código Civil de 1916, nem na elaboração do Código atual, da reprodução assistida mediante inseminação post mortem. O art. 1798 tem por finalidade, por conseguinte, em sua concepção original, resguardar o direito do nascituro, não excluir filhos concebidos após a abertura da sucessão. Quanto ao óbice de tal possibilidade gerar insegurança jurídica por tempo indefinido, é de

se estabelecer como limite, para petição de herança, o prazo de dez anos da abertura da sucessão.”

Mauro Antonini menciona, inclusive, a possibilidade de intentar ação de petição de herança, de modo a incluir herdeiro na herança, ainda que após a divisão dela. Apenas para elucidar a essência da demanda, vale transcrever o seu conceito, como o fez Flávio Tartuce (2018, p. 1681) nos seguintes termos:

Conforme explicam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado⁷, trata-se de *ação real*, eis que, por força do art. 80, II, do CC, o direito à sucessão aberta constitui imóvel por determinação legal. Estabelece o art. 1824 da codificação material privada que pode o herdeiro, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possui. É o caso de um filho não reconhecido que pretende o seu reconhecimento posterior e inclusão na herança.

Evidente, assim, com fundamento na autonomia da vontade do *de cuius* e no princípio da não intervenção na instituição familiar, que, havendo manifestação de vontade do falecido, esta, que também deve ser interpretada com alicerce na boa-fé objetiva, deve ser respeitada e surtir os efeitos jurídicos necessários. Afinal, estranho seria não reconhecer os direitos sucessórios ao filho concebido após a morte de seu ascendente, autor da herança; tratar-se-ia de notória afronta ao princípio da igualdade entre os filhos, principalmente se este – concepturo à época da abertura da sucessão – possuísse irmãos que, por já serem nascidos ou concebidos quando da morte do autor da herança, herdaram o patrimônio do pai por possuírem capacidade para tanto.

Há, portanto, fundamentos normativos que possuem o condão de alicerçar o reconhecimento da capacidade de suceder ao concepturo, que será concebido por técnicas de reprodução artificial homóloga *post mortem*.

É inegável a necessidade de edição de lei específica regulando o tema, mas, enquanto ela não vem, de modo a não promover tal injustiça moral, patrimonial, social e jurídica ao concepturo, deve-se buscar uma solução razoável, na medida do possível.

Essa solução, por conseguinte, de acordo com alguns autores, como Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Juliane Fernandes Queiroz, seria o autor da herança, por óbvio enquanto em vida, manifestar-se, expressamente, neste sentido. Deve, assim, deixar

⁷ ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. Código Civil anotado. São Paulo: Método, 2005. p. 936.

declaração formal e categórica autorizando o uso de seu material genético – criopreservado – para fecundação artificial homóloga *post mortem*, bem como disposição testamentária do *de cuius* no sentido de contemplar seu futuro filho, na condição de concepturo, como herdeiro de seu patrimônio. Nessa situação, apreende-se que a possibilidade de reconhecimento dos direitos sucessórios ao concepturo dependeria de ato de disposição de última vontade do *de cuius*.

Alguns autores têm sustentado que a parte final do artigo 1.718, do Código de 1916, admite a disposição testamentária em favor de prole eventual própria quando o testador, prevendo a possibilidade de vir a falecer antes da concepção da criança, confecciona seu testamento referindo à prole dele próprio – no Código Civil de 2002, o artigo 1.799, inciso I, admite o chamamento, na sucessão testamentária, dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que tais pessoas estejam vivas à época da abertura da sucessão (GAMA, 2003, p. 732).

Indaga-se, porém, se seria a sucessão testamentária a única solução para que os filhos gerados após a morte do ascendente pudessem ser herdeiros. Sobre o tema, vale transcrever a argumentação da professora Ana Cláudia Scalquette (2010, p. 75):

No caso de se permitir a fecundação da mulher com sêmen congelado de seu marido, já falecido, estaremos diante da escolha entre duas soluções: ou diremos ao recém-nascido que seu direito à herança não existe visto que seu pai já faleceu e, em decorrência desse fato, poderemos ter filhos pobres de pais ricos, ou retomaremos os bens que poderiam já estar partilhados para que pudéssemos proceder à nova divisão, o que acabaria por causar uma enorme insegurança jurídica.

Esta questão deve ser enfrentada com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. O fato é que, embora seja provável que se atente contra o princípio da segurança jurídica das decisões, pior seria a afronta ao princípio da igualdade entre os filhos. Por isso, mesmo não havendo disposição testamentária do ascendente neste sentido, é possível, também com fundamento nos princípios acima elencados, o reconhecimento pleno de direitos sucessórios àquele nascido após a morte do *de cuius* por meio desta técnica.

Havendo, neste caso, autorização expressa do falecido para o uso de seu material genético, dúvidas não existiriam acerca da possibilidade de realização do procedimento de fecundação artificial *post mortem*, bem como da presunção de filiação estabelecida pelo Código Civil e dos direitos sucessórios. Inexistindo a declaração, o companheiro

sobrevivente deve buscar autorização judicial, caso em que o magistrado analisará as circunstâncias concretas, mormente no que tange a condutas implícitas do *de cujus* que teriam o condão de demonstrar a sua efetiva vontade em ter filhos, mesmo após a sua morte (a própria criopreservação de seu material genético pelo falecido já indica sua vontade em proceder à fecundação artificial homóloga).

De todo modo, o fato é que, sendo usado o material genético do casal (inseminação homóloga), a pessoa concebida tem o direito de ser reconhecida como filha do *de cujus*, advindo desse estado de filiação todos os efeitos jurídicos necessários nas esferas do direito de família e do direito das sucessões (ALBUQUERQUE FILHO, 2006, p. 16).

Nesse sentido, José Luiz Gavião de Almeida (2003, p. 104):

E reconhecendo o legislador efeitos pessoais ao concepturo (relação de filiação), não se justifica o plurido de afastar os efeitos patrimoniais, especialmente o hereditário. Essa sistemática é reminescência do antigo tratamento dado aos filhos, que eram diferenciados conforme a chancela que lhes era aposta no nascimento. Nem todos os ilegítimos ficavam sem direitos sucessórios. Mas os privados desse direito também não nascia relação de filiação. Agora, quando a lei garante o vínculo, não se justifica privar o infante de legitimação para recolher a herança. Isso mais se justifica quando o testamentário tem aptidão para ser herdeiro.

Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho (2006, p. 20) complementa o tema:

Entendemos que os efeitos sucessórios da inseminação post mortem são amplos não se restringindo à sucessão testamentária, pois se é certo que o falecido poderá chamar a suceder, por testamento, a prole eventual de terceiros, nos termos do artigo 1.799, inciso I, do Código Civil, poderá, igualmente, beneficiar a sua própria prole eventual, inclusive estabelecendo se a deixa testamentária saíra da sua parte disponível ou se constitui adiantamento da legítima, com necessidade de colação.

Desta forma, é razoável reconhecer os direitos sucessórios àquele concebido mediante procedimento de inseminação artificial homóloga após a morte do autor da herança, diante dos princípios constitucionais e infraconstitucionais invocados no presente trabalho. Apesar da ausência de lei específica regulando o tema e das opiniões doutrinárias em contrário, referidas normas podem legitimar o direito sucessório do concepturo, resguardando, assim, seus direitos patrimoniais decorrentes do recolhimento da herança.

Por fim, faz-se necessário ressaltar que alguns autores defendem a estipulação de prazo para que a concepção ocorra. A maioria entende ser este prazo o mesmo para intentar

ação de petição de herança, nos termos do artigo 1824 do Código Civil, como Mauro Antonini (2008, p. 1956-1957). Maria Berenice Dias (2008, p. 594) também ensina que a pessoa gerada por procedimento de fecundação artificial *post mortem* pode se valer da ação petítória com o objetivo de buscar seu direito à herança. Trata-se de prazo prescricional de dez anos, e esta ação deve ser vista como uma alternativa para que os filhos concebidos após a morte do autor da herança busquem por seus direitos sucessórios.

À luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e razoabilidade, da igualdade entre os filhos, da boa-fé objetiva, da autonomia da vontade, da solidariedade familiar, da afetividade, do maior interesse da criança e do adolescente, bem como do princípio da não intervenção ou da liberdade, apreende-se ser plenamente possível reconhecer os efeitos jurídicos sucessórios à pessoa concebida por inseminação artificial homóloga *post mortem*, observado o prazo da ação de petição de herança, de modo a não se perpetuar a insegurança jurídica no que tange àqueles considerados sucessores do *de cuius* à época da abertura da sucessão.

CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo não é esgotar o tema, mas sim apresentar as possibilidades do concepturo no que tange aos seus direitos sucessórios decorrentes da morte do autor da herança (seu ascendente), o que, nessas circunstâncias, ocorre antes mesmo de ele ser concebido pela técnica de reprodução artificial homóloga.

Apesar da ausência de legislação específica regulamentando a problemática dos direitos sucessórios daquele concebido após a morte de seu ascendente mediante procedimento de inseminação artificial homóloga *post mortem*, apreendeu-se ser perfeitamente possível o reconhecimento de que ele pode ser considerado herdeiro do *de cuius*, com fundamento nos princípios constitucionais e infraconstitucionais mencionados no presente trabalho.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o pilar supremo da possibilidade aqui ventilada. É necessário considerar, também, no entanto, o princípio da segurança jurídica e, com base no ensinado por alguns autores, estipular prazo para que o herdeiro resultante da técnica de reprodução artificial homóloga *post mortem* busque por seu direito à herança, sob pena de se perpetuar o direito do companheiro sobrevivente buscar pela realização da

inseminação artificial homóloga e, por conseguinte, deixar os outros herdeiros a mercê da possibilidade de terem o patrimônio do *de cujus* novamente dividido.

Ressalte-se, desta forma, que inidôneo seria reconhecer como legitimado por nosso ordenamento jurídico o fato de um descendente não ter direito ao patrimônio deixado por seu ascendente apenas porque este faleceu antes daquele ser concebido, ainda mais em razão da presunção legal de filiação daqueles havidos por fecundação artificial homóloga *post mortem* estabelecida pelo artigo 1597, inciso III, do Código Civil, das constantes evoluções científico-tecnológicas na área da genética e dos anseios sociais.

Entende-se, por conseguinte, diante de todo o exposto, plenamente possível o reconhecimento jurídico dos direitos sucessórios àquele concebido pela técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem*, respeitando-se, para tanto, as ressalvas introduzidas no presente trabalho, mormente no que se refere ao tempo para que o filho, na condição de concepturo, busque por seus direitos.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. Família e dignidade humana, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). São Paulo: IOB Thompson, 2006. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 24 abr 2018.

ALMEIDA, José Luiz Gavião. *Código Civil Comentado. Direito das Sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima*. São Paulo: Atlas, 2003.

ANTONINI, Mauro. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Coord. Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Sucessões*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28.04.2018.

BRASIL. Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 28.04.2018.

CAVALCANTI, Carlos. *Fecundação Artificial post mortem e o Direito Sucessório*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 27 abr 2018.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado nº 106, I Jornada de Direito Civil, realizada em 12 e 13 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>>. Acesso em: 25 abr 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.168, publicada no DOU em 10.11.2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> . Acesso em: 25 abr 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento nº 52, de 14 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 25 abr 2018.

DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 1ª ed., 3ª tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 2 .ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NÓBREGA, Dário Alexandre Guimarães. *A Reprodução Humana Assistida Post Mortem e o Direito Sucessório do Concebido – uma Interpretação Constitucional da Legitimidade Sucessória a partir do princípio da Isonomia*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM. Ano XII. Nº 20, Fev-Mar 2011, p. 57.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCALQUETTE, Ana Cláudia. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 8. ed. São Paulo: Método, 2018.

VELOSO, Zeno. *Código Civil Comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008.