FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* E SUA IMPLICAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO EM FACE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Amanda Maria Razia Del Paulo

Cátia Venina Sanderson da Jornada Fortes

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a investigar se a pessoa gerada via fecundação artificial homóloga *post mortem* possui direitos sucessórios. Para tanto, serão analisada a legislação brasileira, bem como a doutrina e a jurisprudência pátrias. O avanço da ciência, em especial às técnicas de reprodução assistida, permitiu que pessoas inférteis dispusessem de alternativas à esterilidade. A inseminação artificial *post mortem,* normalmente, ocorre quando esposa, após a morte de seu marido, decide usar o material genético, deixado por ele, que permanecia crioconservado, para constituir prole. A situação leva a diversas problemáticas jurídicas, entre elas a discussão se há ou não direito sucessório em favor do filho concebido após o passamento de seu pai.

As novas tecnologias, além dos incontáveis benefícios, o que não se questiona, trazem questões de difícil solução e adequação à legislação existente. Seu manejo deve levar em conta os ditames da bioética e do biodireito, a fim de preservar a integridade do ser humano.

A legislação não acompanha a rápida evolução tecnológica e apresenta lacunas, as quais devem ser preenchidas pelos operadores do direito. Assim, serão analisadas questões sobre a evolução histórica da família, seus atuais arranjos. Na sequência, serão abordadas as diversas formas disponíveis de reprodução humana assistida.

Posteriormente serão analisados alguns dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família e das sucessões, os quais permitem a interpretação dos dispositivos legais existentes e solucionam a problemática apresentada.

Por fim, faz-se uma análise acerca do cerne da controvérsia, trazendo à tona posicionamentos doutrinários, interpretações da legislação, com o escopo de responder se os filhos concebidos após a morte do genitor, por meio de inseminação artificial, possuem direitos sucessórios ou não. Isso é o que se propõe.

1 A FAMÍLIA COMTEMPORÂNEA

A família não pode ser conceituada a partir de um único ramo da ciência. A sociologia dispõe que família é o conjunto de pessoas que moram na mesma casa; já antropologia trata das relações incestuosas (COELHO, 2012) e o direito traz à tona as relações jurídicas experimentadas pelos membros que a compõe. A doutrina em geral conceitua família como sendo as pessoas ligadas por vínculo de sangue, procedentes de troco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção, bem como cônjuges e companheiros (GONÇALVES, 2009).

A origem da família, juridicamente falando, remonta ao direito romano, em que ela era regida pela autoridade do *pater famílias*, normalmente o ascendente comum vivo mais idoso, com poderes extremos. Era multifacetada e se apresentava como entidade econômica, religiosa, política e jurisdicional (GONÇALVES, 2009). O direito canônico contribui na conceituação da família, pois, influenciado pela Igreja Católica, o casamento era a única forma viável de caracterizá-la. As diversas mudanças culturais e sociais através dos séculos deram novos rumos à família e o direito canônico foi posto em outro plano (GONÇALVES, 2009).

Texeira Giorgis (2010) sustenta que a família pode ser comparada ao próprio Estado, na medida em que é a mais antiga de todas as sociedades e o primeiro modelo de sociedade política em que o chefe é representado pelo pai e, o povo, caracterizado pela prole.

1.1 Novos arranjos familiares

Os novos ares trazidos pela CRFB/88 extirparam a ideia de que a família deveria ser patriarcal e formada exclusivamente pelo casamento, o qual foi reconduzido a um dos modelos e não mais ao único (MADALENO, 2013). O constituinte deu proteção à família e não mais ao casamento.

O afeto se tornou vetor da família. Madaleno (2013) diz ter havido a repersonalização da família a partir do afeto, mas não é qualquer afeto hábil a caracterizá-la, pois este deve ser especial, estável e com intenção de constituir uma família. Assim, surgem novos perfis familiares que refletem a sociedade brasileira, a partir de modelos de famílias catalogados pela doutrina sem a pretensão de esgotá-los.

De início, verifica-se que na família matrimonial, originada do casamento calcado no sacramento da Igreja, homem e mulher se unem formalmente, surge um vínculo jurídico indissolúvel, que só se desfaz pela morte. Na sequência, o casamento passa ser rompido pelo desquite e, depois, dissolúvel pelo divórcio.

Com a possibilidade da dissolução do casamento, surge a família informal, consequência da evolução social e cultural da sociedade. Madaleno (2013, p. 8) diz que "ela que já foi sinônima de família marginal, muito embora figurasse como panaceia de todas as rupturas matrimoniais enquanto ausente o divórcio no Direito Brasileiro". Era a válvula de escape para constituir novo relacionamento, tendo em vista a indissolubilidade do vínculo do casamento (MADALENO, 2013). A regulamentação da união estável foi gradual, embora prevista na CRFB/88, foi regrada pela Lei nº 8.971/1994, pela Lei nº 9.478/1996 e pelo CCB/2002 (DIAS, 2010).

A doutrina destaca, também, a família monoparental, que "são aquelas que um progenitor convive e é exclusivamente responsável por seus filhos biológicos ou adotivos" (MADALENO, 2013, p. 9), ou seja, "são núcleos monoparentais formados pelo pai ou pela mãe e seus filhos, mesmo que o outro genitor esteja vivo, ou tenha falecido, ou que seja desconhecido porque a prole provenha de uma mãe solteira" (MADALENO, 2013). O legislador não regulamentou os direitos e deveres decorrentes dessa espécie de vínculo, embora existam diversas famílias nesta condição.

Recentemente, tem-se debatido sobre a tutela jurídica das famílias paralelas. Embora não seja uma novidade cultural, a família paralela é descrita pela manutenção de vínculos amorosos concomitantes, também chamado de *poliamor* (DIAS, 2010). Para Madaleno, a multiplicidade de casamentos ou uniões estáveis é vedada pelo ordenamento jurídico, pois vigora o princípio da monogamia, de acordo com os costumes e a moral brasileira. (MADALENO, 2013).

Os doutrinadores[1] (TARTUCE, 2014) que apoiam o reconhecimento das uniões paralelas afirmam não ser possível deixá-las sem proteção jurídica. Nesse passo, o TJRS, em decisão do Des. Rui Portanova (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2014), reconheceu a existência da duplicidade de uniões e admitiu concomitância de duas famílias e transformando da meação em *triação*. O STJ, por sua vez, instado acerca do tema decidiu pela impossibilidade de reconhecimento da união estável concomitante ao casamento. O relator do processo, Min. Luis Felipe Salomão, sustentou que mesmo que determinada relação não

[1] Flávio Tartuce diz ser possível a união paralela em caso de putatividade. TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** direito de família. 9. ed. rev., atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. v. 5. p. 314.

eventual reúna as características fáticas de uma união estável, em havendo o óbice, para os casados, da ausência de separação, pois, de fato, não há de ser reconhecida a união estável (REsp 1096539/RS, julgado em 27/03/2012, DJe 25/04/2012). Em outro caso semelhante, mais recente, a Min. Maria Isabel Galotti, ao analisar a possibilidade das uniões simultâneas disse que não é possível o reconhecimento, pois a caracterização da união estável pressupõe a ausência de impedimento para o casamento ou, ao menos, separação de fato ou judicial entre os casados (AgRg nos EDcl no AREsp 514772/SP, julgado em 09/12/2014, DJe 15/12/2014).

Por fim, atualmente as famílias formadas por homoafetivos não são uma espécie apartada, pois se amoldam ao casamento ou à união estável. Inicialmente, foram admitidas como espécie de união estável. O tema chegou ao STF pelo controle concentrado de constitucionalidade, ADPF 132/2008 e ADI 4.277/2009, as quais requeriam a validação das decisões administrativas que igualavam as uniões homoafetivas às uniões estáveis. A corte julgou procedente o pedido para dar interpretação conforme ao art. 1.723, do CCB 2002, excluindo-se qualquer significado que impedisse o reconhecimento de união estável homoafetivas como família (MADALENO, 2013). Foi conferido efeito vinculante da decisão e reconhecidos todos os direitos da união heteroafetiva (MADALENO, 2013). A reboque veio a Res. 175 do CNJ, com a consolidação de entendimento do STJ quanto à possibilidade de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011).

1.2 Reprodução humana assistida

O problema da esterilidade foi solucionado com as novas técnicas de reprodução humana (MACHADO, 2005). Para Senise Lisboa confiou-se esperança aos casais desalentados pelo fato de não poderem conceber prole, em face de problemas orgânicos de um deles ou de ambos (LISBOA, 2010). Todas as formas de reprodução assistida devem ser sigilosas, sem fim lucrativo ou comercial, não podendo ser aplicada para a seleção de sexo ou outras características biológicas do bebê, exceto para prevenir doenças (LISBOA, 2010).

A fertilização humana assistida é o procedimento utilizado para a formação do zigoto, que nada mais é do que a introdução, de forma artificial e provocada, de um espermatozoide em um óvulo (LISBOA, 2010). Ela pode ser homóloga e a heteróloga, sendo que a primeira se dá quando ocorre a utilização do "sêmen do próprio marido e o óvulo da mulher" (MADALENO, 2013, p. 524), e a segunda "quando se utiliza o sêmen de um doador que não o do marido ou companheiro" (MADALENO, 2013, p. 529). A inseminação artificial é o procedimento mais simplificado, que exige menos recursos tecnológicos para a sua

efetivação, considerando que é a introdução do esperma diretamente no útero sem o ato sexual (MADALENO, 2013). A inseminação artificial *post mortem* acontece quando o cônjuge que disponibilizou o material genético vem a falecer antes do nascimento com vida do bebê (LISBOA, 2010).

Diferente é a procriação assistida, conhecida como fertilização *in vitro* (FIV), que consiste em possibilitar o encontro, externamente ao corpo da mulher, entre o óvulo e os espermatozoides e, mais tarde, introduzir o embrião no útero da mulher para que consiga ali prosperar.

Por fim, quando o útero materno da "dona" do material genético não pode proporcionar o necessário desenvolvimento ao zigoto (MADALENO, 2013), há o método de transferência de embrião para útero de outra mulher, denominado de mãe de substituição, "barriga de aluguel" ou barriga de comodato. Consiste na intervenção de uma pessoa diversa do casal na gestação, isto é, uma terceira que possa garantir o completo desenvolvimento do feto e que, ao final, devolverá a criança aos pais (MACHADO, 2005). Deve ocorrer sem finalidade lucrativa ou comercial, devendo ser feita apenas o empréstimo temporário do útero, sem exigir numerário em troca do "favor", e por isso barriga de comodato (LISBOA, 2010).

1.2.1 Bioética e biodireito

A bioética e o biodireito buscam preservar o ser humano e a qualidade de vida no planeta, impondo limites na utilização da tecnologia. A bioética é uma ciência abrangente e tem como característica a interdisciplinaridade, visa a fazer com que todas as ciências envolvidas encontrem um caminho comum ou semelhante para tratar dos problemas que vierem a ocorrer, sempre respeitando o pluralismo (FERNANDES, 2000). Tem como função impor limites éticos ao conhecimento biotecnológico e à engenharia genética, porém sem impedir a evolução e os melhoramentos das condições de vida humana (FERRAZ, 2011).

Em relação à inseminação *post mortem*, o congelamento de sêmen é amplamente utilizado em casos de doença grave, como o câncer, e o homem opta por congelar o material genético a fim de preservar a fertilidade e, após o falecimento do parceiro, a mulher tem o desejo de filhos do falecido esposo (LEITE, 2004). A Resolução do Conselho Nacional de Medicina n.º 1.957/2010, norma que traz apenas normas de natureza ética, diz ser lícita a inseminação realizada após a morte do parceiro, desde que este tenha deixado autorização prévia específica para o uso do material genético criopreservado.

Deve-se ter cautela para que a reprodução artificial não tenha apenas o fim de reproduzir ilimitadamente, fazendo com que a criança desejada seja vista como uma coisa. O interesse da criança é preponderante, pois ela é sujeito de direito e sua dignidade humana precisa ser respeitada. Não é vedado que ela seja concebida numa família monoparental, mas é necessário que a genitora tenha todas as condições de criá-la, garantido seus direitos fundamentais.

Em relação ao biodireito, ramo da ciência voltado para a tutela dos direitos humanos de uma forma geral e, especificamente, aqueles direitos criados ou modificados em razão dos avanços científicos da área biomédica (FERNANDES, 2000), o ordenamento jurídico brasileiro é silente no que diz respeito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida, isto é, não traz previsão de punição penal em caso de uso incorreto de material genético. Cabe, portanto, à bioética balizar o biodireito para que este não regulamente e, por consequência, cesse ou prejudique o desenvolvimento das ciências biomédicas, as quais são úteis e necessárias a toda a população.

2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

As mudanças ocorridas no sistema familiar contemporâneo ensejaram alterações no ordenamento jurídico brasileiro. Foram protegidas juridicamente novas modalidades de família, tudo isso intimamente conectado à dignidade da pessoa humana e demais princípios aplicáveis ao Direito de Família. A inegável constitucionalização do Direito Civil e, principalmente, do Direito de Família, fez com que os ditames constitucionais irrigassem por todo o sistema jurídico.

A dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1º, III, da CRFB/88, verdadeiro valor-fonte de todo o ordenamento jurídico, é o mais universal de todos os princípios, considerado um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais (DIAS, 2013). Ela deve se fazer presente em todas as relações jurídicas, não permitindo que a liberdade das pessoas seja suprimida, a fim de que permaneça garantido o mínimo necessário para ter uma vida digna (DA SILVEIRA, 2013). Já no século XVIII Kant, sempre atual, baseava-se na ideia de que o cada homem é um fim em si mesmo. Alexy (2015) refere que a dignidade humana está interligada aos direitos humanos, visto que a dignidade humana implica direitos humanos, todas as pessoas possuem dignidade humana. Ela confere a todos o direito a serem levados a sério como pessoas, até mesmo pelo fato de todos terem esse direito em seu favor.

A criança concebida por meio da reprodução humana assistida deve ter sua dignidade preservada. Maria Claudia Crespo Brauner (2003) destaca que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser estendido a toda criança nascida através da biotecnologia, com condições indispensáveis para nascer e viver em ambiente familiar e ser querida. O respeito à pessoa humana é o verdadeiro limite de qualquer legislação ou atuação do profissional que venha a usar de técnicas de reprodução humana. (BRAUNER, 2003).

De outra banda, é preciso tratar do princípio da igualdade, explicitado no caput do art. 5º conectado ao art. 227, §6º, ambos da CFRB/88, pressuposto de toda e qualquer filiação. A igualdade encontra guarida no CCB, no art. 1.596 e nos artigos 20, 26 e 27 do ECA. Não se admite entendimento que busque, sem fundamentação lógica e razoável, discriminar os filhos de um mesmo indivíduo, não importa a origem da filiação. (NÓBREGA, 2007).

Seguindo, o princípio do melhor interesse da criança, no dizer de Madaleno (2013, p. 55), é destinado às crianças e aos adolescentes, e em caso de confronto entre valores é preciso sempre prevalecer em favor do infante, pois "será necessário assegurar o pleno e integral desenvolvimento físico e mental desse adulto do futuro, sujeito de direitos".

O direito de ter filhos não é absoluto e não é suficiente para que seja permitida a reprodução artificial a qualquer preço. Isso porque a criança não pode ser vista como uma coisa, com o raso objetivo de simplesmente sanar o desejo irresponsável de uma mulher ter um filho. A criança é sujeito de direitos e merece ser respeitada na sua integralidade, sendo garantidos os seus direitos fundamentais. Assim, não pode haver a "coisificação" da pessoa humana. Caso uma criança seja gerada após a morte de seu genitor, pode se dizer que parte de seus direitos foram violados, ou seja, o direito de ter um pai? E o bebê que perde o pai num acidente enquanto está sendo gestada pela mãe? As respostas, muitas vezes contrapostas, são alinhavadas de acordo com a perspectiva do intérprete. Contudo, se a genitora e a família desta possuem condições de suprir de alguma forma esta lacuna deixada, nada impede que essa criança seja concebida.

Por fim, o princípio da liberdade que abraça a livre decisão do casal no planejamento familiar, devendo o Estado intervir tão somente para conceder recursos com finalidade de exercer este direito (GONÇALVES, 2010). Senise Lisboa (2010) diz que o planejamento familiar é o direito que os representantes da entidade familiar, sejam eles cônjuges ou, na união estável, os conviventes, têm de livremente deliberar acerca do planejamento da família em especial sobre a constituição de meio lícitos e aumento da prole e da adoção dos meios necessários para o desenvolvimento físico, psíquico e intelectual dos integrantes da sua família. Dias (2010) trata do planejamento familiar voltado à filiação, refere que os modernos

métodos de reprodução humana assistida são protegidos constitucionalmente, pois alcançam a realização do projeto de parentalidade, estando a inseminação artificial e a engenharia genética fundadas neste preceito. O planejamento familiar está interligado à dignidade da pessoa humana (assegurando-se ao membro de cada família o direito à personalidade e à suas necessidades materiais) e à paternidade responsável (a família deve conferir aos filhos todos os meios para o seu completo desenvolvimento).

3 DIREITO À SUCESSÃO EM FAVOR DOS FILHOS CONCEBIDO POR FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

A situação da inseminação *post mortem* é extremamente polêmica, trazendo desafios para a esfera ética e, especialmente, para os meios (MACHADO, 2005). A inseminação artificial homóloga (realizada com material genético do marido e da mulher) enseja a possibilidade de a fecundação ocorrer após a morte do marido. A criança tem o direito de ter sua paternidade reconhecida, o direito à filiação foi garantido, mesmo em procedimento para reprodução medicamente assistida após a morte do genitor. Isso não se discute. Ao contrário, persiste a controvérsia em relação aos direitos sucessórios do filho nascido após a morte do pai. Há várias opiniões doutrinárias a respeito, o que importa insegurança jurídica quanto aos direitos sucessórios.

Para tentar solucionar o impasse, uma das saídas está na interpretação dada ao art. 1.798 do CCB 2002, o qual dispõe: "Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão" (BRASIL, Código Civil Brasileiro, p. 276). O dispositivo em apreço trata da sucessão legítima.

A interpretação de Rolf Madaleno (2013) enseja, por si só, capacidade passiva na sucessão legítima para as pessoas já nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão. Em igual posição Maria Helena Machado (2005) entende que, diante da estrutura encontrada atualmente na relação sucessória, é impossível permitir na sucessão legítima a filiação ocorrida *post mortem*. Para Maria Helena Diniz (2012), o filho póstumo não tem legitimidade para suceder, porquanto concebido após o falecimento do pai genético e em razão disso é afastado da sucessão legítima. Carlos Roberto Gonçalves (2012) sustenta não ser possível conferir direitos sucessórios para aquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, considerando que a transmissão da herança ocorre com a morte – disposição do art. 1.784 do CCB 2002, o direito de *saisine*, e nela estão incluídas as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Fábio Ulhoa Coelho (2013) não reconhece o

direito sucessório se, no momento da abertura da sucessão, ainda não havia embrião, mas somente gametas (espermatozoides e óvulos) armazenados, pois entende que a pessoa não estaria concebida ao tempo do falecimento do autor da herança. Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2013) referem que o embrião não tem capacidade de adquirir direitos sucessórios, pois o embrião, apesar de ter personalidade formal (direitos da personalidade), não tem a personalidade jurídica material (direitos patrimoniais), e só será herdeiro por força de disposição testamentária.

Em sentido oposto, existem doutrinadores que reconhecem o direito sucessório àqueles que nascidos *post mortem*. Fábio Ulhoa Coelho (2012), em situação diversa da acima exposta, entende que o direito à sucessão pode ser admitido se, quando o autor da herança faleceu, o embrião já estava criopreservado, podendo mais tarde ser implantado no útero materno e, nascendo com vida, ter capacidade sucessória, fazendo jus aos bens via petição de herança, ação que deverá ser ajuizada contra os demais herdeiros.

Este também foi o entendimento adotado na III Jornada de Direito Civil realizada em Brasília, em dezembro de 2004. Ao analisarem a temática, os membros da comissão de família e sucessões editaram o Enunciado n.º 267, pelo qual decidiram por maioria que a regra do art. 1.798 do CCB 2002 deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.[2] Em igual sentido, o posicionamento de Caio Mário (2012) sustenta que, na hipótese de pessoas nascidas do desenvolvimento de embriões excedentários, deve prevalecer o entendimento de que têm legitimação para suceder, em virtude de já estarem efetivamente concebidas ao tempo do óbito do *de cujus*.

Não é diferente a posição tomada por Silmara Juny Chinelato (2004) ao sustentar que, embora o embrião pré-implantatório (já concebido, mas aguardando *in vitro* ou na crioconservação a implantação) não seja considerado nascituro, tem direito a suceder os que já estão concebidos no momento da abertura da sucessão. Dias (2013), entusiasta da corrente que reconhece direitos sucessórios ao herdeiro concebido *post mortem*, refere que é necessário deixar de lado a ficção jurídica e valorar o princípio constitucional da igualdade de filiação, pois nada justifica a exclusão do nascido nesta condição, dizendo que a norma abrange tanto as pessoas vivas e concebidas, como aquelas concebidas por reprodução artificial póstuma, considerando a técnica foi utilizada em razão do desejo do pai de ter um filho.

---

[2] **Enunciados da III Jornada de Direito Civil**, 2004. Disponível em: http://www.daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf. Acesso em: 03 nov. 2015.

A sucessão testamentária constitui forma válida de assegurar direito sucessório aos nascidos após a morte do autor da herança. O testamento contém disposição de última vontade do autor da herança. Este posicionamento é pacífico entre os doutrinadores. O art. 1.799, I do CCB 2002 prevê: "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, Código Civil Brasileiro, p. 276). Tal dispositivo é complementado pelo art. 1.800, § 4º, do mesmo diploma legal[3]. Da interpretação entende-se que serão preservados por dois anos os direitos legados pelo testador ao herdeiro ainda não concebido, cujos bens reverterão aos herdeiros legítimos, decorrido este prazo sem o nascimento ou a concepção, salvo disposição em contrário do testador, ao dispor acerca de eventual substituição testamentária (MADALENO, 2013).

Percebe-se não ser necessário que o beneficiário seja pessoa viva ou concebida no momento da abertura da sucessão, sendo dispensável a coincidência, pois o testador pode indicar no testamento filho ainda não concebido ao tempo de sua morte (MADALENO, 2013). Para Nader (2013), na sucessão legítima o herdeiro há de ser pessoa nascida ou concebida no momento da abertura da sucessão, mas na testamentária não há tal exigência, pois o testador pode contemplar pessoa futura, sequer concebida, desde que identificado o futuro pai ou mãe.

De tudo o que foi explanado, a questão do reconhecimento de direitos sucessórios ao filho concebido *post mortem* não é tarefa fácil. Caberá aos tribunais a solução. Percebe-se que sólida parcela da doutrina se inclina no sentido de não legitimar para a sucessão os filhos tidos por meio de técnicas de reprodução artificial, seja no caso de a morte do ascendente anteceder à concepção, seja no de implantação de embriões posteriormente à abertura a sucessão.

É um pouco mais consensual o entendimento quanto à sucessão testamentária, porquanto o testador pode expressar a sua vontade, não necessitando preencher requisitos atinentes à vida ou à concepção no momento do falecimento, assim como é dispensável a presunção, uma vez que tudo estará devidamente descrito pelo falecido.

Solução benéfica à criança seria a existência de disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem,* indo, assim, ao encontro do princípio do melhor interesse da criança. Consigna-se que por meio da ação de petição de herança, cujo prazo prescricional é de 10 anos, aquele que por algum motivo não foi habilitado no processo de inventário ou

[3] Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.§4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

indicado na partilha, poderá reivindicar seus direitos sucessórios e fazer jus a sua fatia sucessória (VERÍSSIMO, 2015). Vale dizer que não corre prescrição contra os absolutamente incapazes, o que afasta a fluência do prazo até os 16 anos.

Assim, hoje, ante a ausência de lei ao caso, a solução para alcançar direitos sucessórios ao filho concebido após a morte de seu genitor, decorrente de inseminação artificial, é o ajuizamento da ação de petição de herança, cujo prazo começa a correr quando declarada a filiação, decorrido o prazo sem o ajuizamento da demanda, o direito sucessório não será mais atribuído ao concebido *post mortem*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dinâmica das relações sociais faz alterar valores cultivados pelos seres humanos. O avanço da ciência proporcionou mudanças na formação da família. As técnicas de reprodução humana assistida deram aos casais a possibilidade de frutificar, mesmo sendo inférteis, até mesmo *post mortem*.

Ocorre que a lei é feita para irradiar ao futuro. O desenvolvimento tecnológico avança com agilidade. De outro lado, o Congresso Nacional se arrasta. Há evidente defasagem legislativa nas questões de reprodução humana. A saída: buscar subsídio na bioética e no biodireito.

A possibilidade da preservação de material genético torna possível a geração de prole após o falecimento do pai. Falecido o cônjuge, a esposa decide usar o material genético para gerar filhos e constituir uma família. O direito de a criança ser considerada filho do falecido não se discute, por enquanto. É direito existencial, indisponível, com poder de afastar até mesmo a qualidade da coisa julgada. Já os direitos sucessórios dos filhos nascido *post mortem* estão no vácuo normativo, o que dá margem a diversos entendimentos.

Da interpretação dos artigos de lei, parte da doutrina entende que se o filho foi concebido após o falecimento de seu genitor ele não possui direito à sucessão, pois não estava nascido e não concebido ao tempo da abertura da sucessão. Por outro lado, atentos à ciência, alguns doutrinadores argumentam que, se ao tempo do falecimento do autor da herança já havia a formação do embrião, há direito sucessório. Do contrário, isto é, se há apenas os gametas separados do homem e da mulher no momento da abertura da sucessão, o filho não teria capacidade para suceder. Outras vozes dizem que deve ser dada interpretação constitucional ao dispositivo legal, levando-se em consideração a igualdade de filiação, não podendo o herdeiro concebido *post mortem* ser excluído da sucessão, pois está na condição de

herdeiro necessário, tanto quanto os demais. Assim, caberá ao intérprete, no caso concreto, a missão de solucionar este.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro** (Lei n.o 10.406, de 10 de janeiro de 2002). In: VadeMecum. 14. ed. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70022775605, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 7 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70022775605&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 16 nov. 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº827962/RS, julgado em 21/06/2011, DJe 08/08/2011.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana:** conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao código civil: parte especial:** direito de família.vol. 18. (arts. 1.591 a 1.710). coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, família e sucessões.** 5. ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões.** 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. v.5.

DA SILVEIRA, Gabriela Nogueira Tomaz. DE ARAÚJO, Henrique Batista Neto. **Inseminação artificial post mortem e suas implicações no âmbito sucessório.** Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice**. Manual de direito das famílias**. 6. ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Manual de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2012.
Enunciados da III Jornada de Direito Civil, 2004. Disponível em: http://www.daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf. Acesso em: 03 nov. 2015.

FERNANDES, TychoBrahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito:** aspectos do direito de família e do direito das sucessões. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família:** a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização.1ª. ed. (ano 2009), 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Direito de família contemporâneo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 6.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade:** bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil:** direito de família e sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida:** aspectos éticos e jurídicos. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. rev., atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 5.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito das sucessões. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 6.

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 Direitos das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:**direito de família. 9. ed. rev., atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. v. 5.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil:** direito das sucessões. – 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013. v. 6.

VERÍSSIMO, Daniel de Lima Júnior. **Reflexos da inseminação artificial homóloga *post mortem* no âmbito do direito sucessório.** Disponível em: http://jus.com.br/artigos/23960/reflexos-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-no-ambito-do-direito-sucessorio/3. Acesso em: 03 nov. 2015.