

FERNANDA SILVA OLIVEIRA

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* NO
ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO**

**TEÓFILO OTONI-MG
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI
2015**

FERNANDA SILVA OLIVEIRA

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* NO
ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil.

Orientadora: Prof^o. Maria Beatriz Cunha Cicci Neves.

**TEÓFILO OTONI-MG
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI
2015**

FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI

FOLHA DE APROVAÇÃO

A monografia intitulada: INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* NO ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO, elaborada pela aluna FERNANDA SILVA OLIVEIRA, foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Unificadas Teófilo Otoni, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO

Teófilo Otoni, _____ de _____ de _____.

Prof. Orientador

Prof. Examinador 1

Prof. Examinador 2

Este momento se tornou real graças ao amor incondicional proporcionado por minha família (pai, mãe e irmão), sem sombra de dúvida esta conquista não seria possível sem o incentivo, compreensão, amor e confiança depositada em mim. De forma muito especial, dedico a meus pais que sempre me deram sustentação e me proporcionaram tamanho amor nos momentos difíceis impostos pela vida. Tudo isso não seria possível sem o apoio de vocês.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por me proporcionar a concretização desse momento;

Aos meus amados pais que sempre me motivaram e me apoiaram a ir em busca dos meus objetivos, acreditando no meu êxito antes mesmo do que eu;

Aos meus professores, que contribuíram para meu conhecimento tanto profissional, como pessoal, em especial a minha orientadora, pela atenção, cuidado e gentileza nos seus atos;

E a todos aqueles que contribuíram de forma direta e indireta, seja com um gesto, palavra ou incentivo, que sem sombra de dúvida foram fundamentais para me sustentar até aqui. O meu sincero AGRADECIMENTO!

ABREVEATURAS E SIGLAS

CC – Código Civil

CFM – Conselho Federal de Medicina

CID – Classificação Internacional de Doenças

CF – Constituição Federal

RA – Reprodução Assistida

RESUMO

Em face desse mundo em constante modificação, buscam-se, mediante a ciência atrelada a modernidade, meios eficazes para suprir preceitos e necessidades os quais a sociedade clama. Dentre as várias conquistas alcançadas pela ciência, para atender tais necessidades, ressalta-se a inseminação artificial um grande avanço da medicina, o qual possibilita pessoas realizarem o sonho de serem pais, por meio de técnica de reprodução assistida que permite a geração de vida independente de ato sexual. Juntamente com esse grande passo da medicina, também, surge uma grande insegurança jurídica, vivida pelos genitores, pois juridicamente ainda não foi normatizada pelo legislador infraconstitucional, no âmbito do Direito Sucessório brasileiro, a situação dos direitos do filho concebido por meio de inseminação artificial *post mortem*. Diante da omissão da lei, a presente monografia tem como objetivo principal buscar um debate sobre a situação dos direitos sucessórios do indivíduo nascido por meio da inseminação artificial *post mortem*, com a finalidade de apontar a omissão vivenciada, assim como, apresentar entendimentos doutrinários que versam sobre o tema, com intuito de sedimentar a pesquisa para que um novo entendimento possa direcionar a uma nova vertente que pacifique tal tema. Quanto aos meios, a pesquisa terá cunho, primordialmente, bibliográfico, valendo-se de doutrinas, textos e artigos referentes ao tema. Os dados da monografia serão construídos através de pesquisa teórico-dogmática, de caráter transdisciplinar, sendo que o tema abordado encontra-se primordialmente entre os ramos do Direito Civil, no que tange especificamente ao tratamento da prole eventual e seus direitos sucessórios.

Palavra Chave: igualdade, direito sucessório, filho, inseminação artificial, omissão legal, *post mortem*.

ABSTRACT

Based on this world in constant modification, they seek, by a science linked to modernity, efficient ways to supply teachings and necessities which the society claims. Among many achievements reached by science, to attend such necessity, it points out the artificial inseminations a major advance in medicine, which allows people to realize their dreams of becoming parents, through assisted reproduction techniques that allows the generation of life independent of sexual intercourse. Precisely with this major step in medicine, it also, comes up with a huge legal insecurity, lived by the parents, because it still was not legally normalized by an infraconstitutional legislator, in the framework of Brazilian succession rights, the situation of the born child rights by artificial insemination ways *post mortem*. Toward the law omission, the current monograph has as its main goal to seek a debate about the situation of the succession rights of the individual born by artificial insemination ways *post mortem*, with the objective of pointing the experienced omission, as well as, to show understanding indoctrinating which deals about the topic, with the aim of endorse the research so a new understanding can direct a new slope that pacify such topic. As to the ways, the research will have a bibliographic nature. The monograph data will be constructed based on theoretical and dogmatic research, of transdisciplinary character, wherein the topic discussed lies primarily between the civil law branches, with the specific terms of the treatment of eventual offspring and their succession rights.

Key words: equality, succession rights, son, artificial insemination, legal omission, *post mortem*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 MÉTODO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	11
1.1 BREVE HISTÓRICO DO AVANÇO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	12
1.2 CONCEITUAÇÃO E TÉCNICAS	15
2. O DIREITO SUCESSÓRIO NA VERTENTE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ..	20
2.1 EXPLANAÇÃO INICIAL	21
2.2 O MOMENTO DA ABERTURA DA SUCESSÃO	23
2.3 FORMAS DE SUCESSÃO E DA LEGITIMIDADE PARA SUCEDER	24
2.3.1 A sucessão legítima	25
2.3.2 A sucessão testamentária	26
2. 4 A legitimidade para suceder	27
3. REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>	30
3.1 REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i> HOMÓLOGA E REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i> HETERÓLOGA	32
3.2 PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE DOS FILHOS PERCEBIDOS EM REPRODUÇÃO ASSISTIDA	33
3.3 CONTROVÉRSIAS ATINENTES AO DIREITO SUCESSÓRIO INERENTE À PROLE EVENTUAL EM FACE DA AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO	35
3.4 POSICIONAMENTOS SOBRE A LEGITIMIDADE PARA SUCEDER DO FILHO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

A ciência evolui todos os dias, busca diagnósticos, tratamentos, curas, soluções e meios para melhor comodidade da vida do ser humano. Em meio tantos avanços alcançados, cita-se um de grande importância e marco na ciência, que é a reprodução assistida, método inovador da medicina que possibilita a oportunidade a determinadas pessoas de alcançarem o desejo de serem pais, até mesmo após a morte do companheiro, como no caso da RA *post mortem*, por meio de métodos técnicos, científicos ou artificiais.

Com essa inovação da medicina, também, surge algumas controvérsias no mundo jurídico, principalmente, no que diz respeito aos direitos inerentes aos filhos concebidos *post mortem* quando se refere ao âmbito sucessório.

Filhos concebidos *post mortem* é uma nova classe de prole, a qual é gerada após a morte do de cujus, ou seja, por vontade do cônjuge sobrevivente, após a morte de seu companheiro, realiza-se a inseminação artificial, com o material genético do casal, para gerar um filho daquele já falecido, possibilidade essa graças aos avanços da ciência.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002, mais especificamente em seu art. 1.798, expressa que “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Ou seja, somente *peçoas* vivas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão podem ser herdeiras ou legatárias.

Na mesma linha de raciocínio, no art. 1.799 do Código Civil versa que na sucessão testamentária podem ser chamados a suceder os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão. Ressalta-se a hipótese elencada no inciso “I” do artigo acima mencionado, que indica uma exceção à regra, de que as pessoas legitimadas a suceder são apenas as nascidas ou já concebida ao tempo da morte do testador

(art. 1.798), pois elencou-se uma possibilidade em favor da prole eventual, restrita aos filhos de pessoa designada pelo testador e que esteja viva ao abrir-se a sucessão.

Mesmo com uma breve leitura dos artigos acima transcritos, é notória a controvérsia exasperada em face da omissão, pelas informações imprecisas, vagas e que possibilitam uma abertura de lacuna para diversos entendimentos.

Até o presente momento não houve nenhuma regulamentação em face de tal situação, dessa forma, as pessoas que vivem essa realidade da concepção *post mortem* ficam a mercê de seus direitos, não sabendo por onde seguir, ou até mesmo como se resguardar, devido à lacuna existente.

Em suma, o objetivo geral da pesquisa consiste em apresentar as controvérsias existentes na legislação referente aos direitos sucessórios da prole eventual no Brasil, bem como descrever os aspectos legais de forma clara, capaz de permitir a aplicabilidade da lei, de forma tácita, para pacificação do referido tema, ensejando, assim, um direcionamento a normatização adequada.

Quanto aos meios, a pesquisa terá cunho, primordialmente, bibliográfico, valendo-se de doutrinas, textos e artigos referentes ao tema, com intuito de sedimentação do estudo.

Sendo assim, este trabalho foi desenvolvido em 3 capítulos: o primeiro cuidará do método de reprodução assistida, o segundo versará sobre o direito sucessório na vertente da legislação brasileira e o terceiro tratará sobre a reprodução assistida *post mortem*, sendo ele o eixo central desta pesquisa.

Diante do breve exposto, a presente monografia tem como fundamento e objetivo principal debater sobre o assunto.

1 MÉTODO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Desde os primórdios o ser humano, basicamente, tem uma linha de gradação em sua vida, ele nasce, ao longo do crescimento capta os exemplos exteriores, torna-se um sujeito de opinião formada, constrói prioridades, e chega a um determinado ponto de sua vida que anseia a formação de sua própria família.

Esse anseio abarca a procriação, ou seja, chega um determinado ponto em que o ser humano pode optar por ter ou não seus próprios filhos.

Infelizmente para muitos, não é tão fácil assim, não se baseia em uma simples opção por ter ou não seus próprios filhos, muitas vezes esse desejo é frustrado pela impossibilidade genética, ou melhor, dizendo, por deficiências de ordem biológica, tais como a infertilidade.

É válido salientar que a infertilidade é tida como uma espécie de doença, de acordo com a Classificação Internacional de Doenças, em sua décima revisão (CID 10), onde encontra-se a classificação no capítulo XIX, o qual versa sobre lista a qual consta a infertilidade masculina (N46) e a infertilidade feminina (N97), dentre outras¹.

Diante da impossibilidade dessas pessoas, limitadas biologicamente, a serem pais, surge a busca para resolução, ou ao menos, forma de amenização dessa limitação.

Com isso, por meio de inúmeros estudos, experimentos e com a evolução biotecnológica, surge a possibilidade da concepção, independente de ato sexual, pelo método o qual se intitula reprodução assistida. Convém apontar, acerca desta terminologia, a lição França (2001, p. 226):

Não havia uma denominação satisfatória para essa técnica: fertilização artificial, fecundação artificial, concepção artificial, semeadura artificial, inseminação artificial, fecundação *in vitro*, ou fertilização matrimonial, como propõe Hilário Veiga de Carvalho. Hoje, a expressão mais aceita é Reprodução Assistida (RA), em face da denominação dada pelo Conselho

¹ MEDICINA NET. Classificação de doenças: CID 10. Disponível em: <htm.medicinanet.com.br/pesquisa/cida10/nome/inferilidade.htm>.

Federal de medicina, por meio da Resolução CFM nº 1.358/92, em que adota as normas éticas para utilização das técnicas desses procedimentos.

A ciência em sua constante evolução pela busca de diagnósticos, tratamentos, curas, soluções e meios para melhor comodidade da vida do ser humano, alcançou e vem alcançando vários avanços, e dentre eles, a reprodução assistida é um dos quais se destaca por ser um grande passo da atualidade, uma forma inovadora criada pela medicina que concede a oportunidade, a determinadas pessoas a alcançarem o desejo de constituírem sua própria família.

1.1 BREVE HISTÓRICO DO AVANÇO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A fertilidade ou esterilidade são temas os quais evidenciam questionamentos e dogmas desde sempre.

A esterilidade, em especial, sempre foi uma situação encarada com olhos de rejeição, aquele(a) que era estéril era visto como um ser impuro, ou até mesmo amaldiçoado, isso desde os primórdios da humanidade.

Ao contrário da fertilidade, a esterilidade/infertilidade sempre foi vista negativamente. Esta era considerada uma maldição oriunda da cólera dos antepassados ou da influência das bruxas ou dos desígnios divinos. A mulher estéril era encarada como um ser maldito que deveria ser banida do convívio social. Os judeus encaravam a esterilidade como castigo de Deus. A fecundidade, em contrapartida, era tida com intensa benevolência, tanto o é que à chegada dos filhos são vinculadas as noções de fortuna, riqueza, prazer, alegria, fartura, privilégio e dádiva divina.²

Até o século XV, a mulher era tida como a causadora da insatisfação do casal por não poderem alcançar a realização de serem pais. Somente a figura feminina era vista como impossibilitada de gerar sua prole, até então o homem não cogitava a hipótese de ser infértil, até mesmo pelo pensamento machista que imperava a época.

² Gênesis 30, 1-6 *apud* PISSETTA, 2014, p. 39.

Somente no século XVII surgiu a noção de esterilidade conjugal, ou seja, de que a esterilidade não era exclusivamente da mulher, uma vez que, em 1677, Johann Ham afirmou que a esterilidade, muitas vezes ocorria por ausência ou escassez de espermatozoides.³

Em busca de se erradicar o problema de infertilidade, a princípio visto como um problema só da mulher (século XV), as ciências médicas se voltaram para o estudo da fertilização. Somente no século XVII concluiu-se que a esterilidade poderia ocorrer por parte do homem também (FERNANDES, 2005, p. 23).

Com os estudos de inúmeros cientistas e pesquisadores, no final do século XIX, foi descoberto como procedia a fertilização, sendo essa descoberta um enorme passo para ciência. Uma vez que ali iniciava-se a sedimentação de todo estudo que se obtêm nos dias de hoje.

A princípio, os meios de fertilização foram testados em animais, como toda experiência em fase de teste, de forma inicial. Sendo descoberto que o material genético de um animal poderia ser conservado no frio, desenvolvendo-se, assim, por meio desses estudos a ideia de forma de criopreservação genética. Observa-se, nesse sentido, os dizeres de Fernandes *apud* Pissetta (2014, p. 41):

[...] já no século XIV se realizava a inseminação artificial em peixes, e, no século XV, no bicho da seda.

Afirma-se que em 1332 se teria obtido a fecundação de uma égua com interferência humana, sendo relatado que a técnica era utilizada com artifício de guerra, seja pela inseminação de éguas dos inimigos com sêmen de cavalos velhos ou doentes, seja por furto do sêmen dos bons cavalos dos adversários.

Posteriormente, em 1670, Marcelo Malpighi logrou o encaixe de gêmens nos ovos de bicho-da-seda.

No século XVIII foram produzidas algumas experiências nesta área, sendo que em 1767 o alemão Ludwig Jacobi trabalhava com a reprodução de peixes, enquanto o abate italiano Lazzaro Spallanzan, em 1777, logrou obter a fecundação de uma cadela por meio de inseminação artificial, nascendo, daí, três crias.

Já no século XIX a inseminação artificial foi aplicada em outros mamíferos como éguas, vacas, ovelhas, destacando-se nas pesquisas com mamíferos o russo Elie Ivanoff.

³ LEITE *apud* PISSETTA, 2014, p. 40.

Com o conhecimento e aprimoramento obtidos nos estudos com animais, foram-se permeando os estudos em seres humanos, em busca de resultados satisfatórios e inovadores para ciência.

Em meio aos estudos e pesquisas, a primeira experiência bem sucedida com seres humanos é atribuída a John Hunter. Segundo Barboza (1993), o êxito se deu em 1791 ao inseminar artificialmente, com o sêmen do marido, a esposa de um Lord que padecia de hipospadia (desenvolvimento insuficiente da uretra em seu trajeto peniano, do qual resulta a abertura anormal desta na face ventral do pênis) e desejava perpetuar seu nome. Sendo a modalidade homóloga utilizada para tal procedimento.

No que se refere a inseminação artificial heteróloga, segundo Leite (apud PISSETTA, 2014, p. 40), a realização da primeira inseminação, nessa modalidade, se deu em 1884, pelo ginecologista, americano, Pancoast, na Pensilvânia, sendo que a indicação para a conduta foi azoospermia (ausência de espermatozoides ativos no sêmen ejaculado) resistente à terapia.

A década de 70 foi decisiva para a evolução da Reprodução Humana Assistida. Muitos geneticistas, entre 1970 e 1975, realizaram vários estudos sobre a fertilização *in vitro* com óvulos humanos, coleta de espermatozoides e óvulos, como também a formação de embriões extracorpóreos e sua posterior implantação no útero (FERNANDES, 2005, p. 24).

Em 1978 foi alcançado um grande marco para a ciência, o qual foi o nascimento de Louise Brown, em 25 de julho de 1978, na Inglaterra, primeiro resultado bem sucedido da inseminação artificial *in vitro* em seres humanos.

Já no Brasil, Anna Paula Caldeira, nascida em 07 de outubro de 1984, foi o primeiro bebe gerado pela fecundação *in vitro*, procedimento realizado pela equipe do professor Nakurama, em São José dos Pinhais, Paraná (BARBOSA, 1993, p. 35).

Com essas inovações e conquistas alcançadas ao longo dos anos, a biogenética foi sendo cada vez mais explorada e aprimorada pelos cientistas, com intuito de novas descobertas e resultados eficientes para um bem comum.

É de grande relevância ressaltar a importância do banco de embriões para o método da reprodução assistida. A esse respeito, Fernandes *apud* Pisseta (2014, p. 46) discorre:

Destaca-se ainda que, em 1980, na Austrália, foi criado o primeiro banco de embriões de seres humanos congelados.

Tem-se conveniente, mais uma vez, grifar a relevância da criopreservação dos gametas (espermatozóides e óvulos) e dos embriões diante da influência para o êxito da técnica da fecundação *in vitro*.

Nesta diapação, TychoBrahe Fernandes menciona que “[...] a primeira gestação com uma embrião congelado foi obtida na Austrália, no ano de 1993, por equipe dirigida pelo cirurgião Wood.

Com toda evolução e obtenção de bons resultados ao longo dos anos, a busca por melhorias não se estagnou, ao contrário, serviu para impulsionar cada vez mais as pesquisas acerca da reprodução assistida, sendo ainda nos dias de hoje, um método em constante aprimoramento, o qual ainda permanece em estudo para obtenção de resultados cada vez mais satisfatórios, que atendam de forma eficiente os anseios daqueles que procuram optar por esse método.

1.2 CONCEITUAÇÃO E TÉCNICAS

São inúmeras as pessoas que passam por alguma dificuldade na hora que decidem ter seus próprios filhos. Dificuldade essa que advêm de algum fator biológico, genético ou demais possibilidades que podem frustrar o funcionamento normal do organismo do indivíduo no momento da fecundação.

Aquele que enfrenta algum empecilho para efetivação da concepção, não consegue pelo meio natural, que é o ato sexual, alcançar a fecundação. Podendo valer-se, como forma alternativa, dos meios da reprodução assistida.

Sem o método da reprodução assistida muitas pessoas jamais conseguiriam realizar a fecundação, pois na maioria das vezes os motivos que levaram essas pessoas a esterilidade/infertilidade são de difícil reversão ou até mesmo irreversíveis, como é o caso das pessoas estéreis desde o nascimento.

O método de reprodução assistida é um meio inovador da ciência que veio para mudar a vida daquelas pessoas que se viam em uma situação desoladora, sem nenhuma chance de alcançarem, pelo meio natural, o desejo de constituírem uma família. Desta forma, a Resolução do Conselho de Medicina nº 1957, de 2010, anexo único, versa sobre os princípios gerais da referida técnica. Veja-se:

1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (sexagem) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

6 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária.

Uma vez que os avanços da medicina possibilitaram esse meio inovador, como forma alternativa, para atender a necessidade de determinadas pessoas, mexendo com a vida, propriamente dita, necessária se fez a regulamentação para tal. Regulamentação essa referente aos meios utilizados, aos profissionais envolvidos e as pessoas que procuram tal alternativa.

A Resolução do Conselho de Medicina nº 1957, de 2010, dispõe justamente sobre a eticidade, sociabilidade e operabilidade para utilização das técnicas de reprodução assistida, os quais devem ser acima de tudo observados pelos envolvidos.

Desta feita a reprodução assistida é um método o qual possibilita o indivíduo alcançar a procriação, independente de ato sexual. Nesse sentido a Resolução nº. 1.358/92 do Conselho federal de medicina, em seu artigo 1º *aput* Pissetta (2014, p. 12) dispõe:

As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas da infertilidade humana, facilitando o processo da

procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

Ademais, a reprodução assistida é o gênero do qual se subdivide, basicamente, em duas espécies, a inseminação artificial e a inseminação *in vitro*. O que será levado em conta para escolha de qual forma de reprodução será utilizada no procedimento, serão os fatores inerentes a cada casal ou indivíduo. Farias; Rosenvald (2012, p. 648) versa-se que:

A reprodução medicamente assistida é o gênero do qual podem derivar das espécies: a inseminação artificial e a fertilização na proveta (também chamada de fertilização *in vitro*– FIV).

A inseminação artificial é o procedimento em que realiza a concepção *in vivo*, no próprio corpo da mulher. O médico, portanto, prepara o material genético para implantar no corpo da mulher, onde ocorrerá a fecundação. A outro giro, na fertilização na proveta a concepção é laboratorial, realizada fora do corpo feminino, apenas ocorrendo à implantação de embriões já fecundados.

A inseminação artificial, também chamada de fecundação *in vivo*, é aquela a qual ocorre dentro do corpo da mulher, os gametas masculinos são introduzidos dentro do órgão genital feminino, sendo postos dentro do colo do útero, dando-se desta forma a inseminação *in vivo*.

Já a inseminação *in vitro*, também conhecida popularmente como “bebê de proveta”, requer um procedimento mais cuidadoso, pois essa inseminação se dá fora do corpo humano, os gametas masculinos e femininos são colhidos dos respectivos organismos, e preparados para fecundação laboratorial. Após a fecundação laboratorial, os embriões já fecundados são introduzidos no corpo da mulher.

Além da subdivisão acima descrita, a qual leva em consideração o local da fecundação, também há classificação que leva em conta a origem dos gametas utilizados para a inseminação, a qual se subdivide em duas técnicas, sendo a inseminação artificial homóloga e a heteróloga.

A inseminação artificial heteróloga consiste no método em que o material genético utilizado para fecundação não abrange de ambos os pais, o homem ou a mulher que compõe o casal não participa do procedimento, utilizando-se nesse caso, o material genético de um terceiro doador. Situação a qual depende de consentimento prévio do companheiro que compõe o casal. Observa-se os dizeres de Venosa (2013, p. 244):

A inseminação heteróloga é aquela cujo sêmen é de um doador que não o marido. Aplica-se principalmente nos casos de esterilidade do marido, incompatibilidade do fator Rh, moléstias graves transmissíveis pelo marido e etc. Com frequência recorre-se aos chamados bancos de esperma, nos quais, em tese, os doadores não são e não devem ser conhecidos.

Basicamente, o companheiro que não pode participar do procedimento com seu próprio material genético, autoriza expressamente a realização da inseminação com o material de uma terceira pessoa, sendo esse um doador que geralmente não é identificado. Dessa forma, para a realização dessa modalidade de inseminação, necessariamente deve haver um terceiro, estranho a relação, para a real efetivação do procedimento. Assumindo, o companheiro que não pode participar do procedimento, um papel de pai afetivo.

Diferentemente da inseminação artificial heteróloga, a homóloga consiste na utilização do material genético do casal, ou seja, os gametas manuseados na inseminação artificial homóloga pertencem ao casal, que se submete ao procedimento devido uma disfunção a qual impossibilita a fecundação pelo meio natural, sendo nesse caso ambos férteis. Nos dizeres de Dias (2014, p. 124), observa-se:

Quando a fecundação faz o uso do sêmen do genitor, chama-se de homóloga, e o vínculo da filiação se estabelece mesmo depois de seu falecimento (CC 1.597 III). Dispõe da mesma presunção a gravidez levada a efeito a qualquer tempo através da implantação de embriões excedentários (CC 1.597 IV).

Em ambas as classificações os questionamentos são inúmeros, no que se refere a filiação no aspecto de presunção de paternidade, embriões excedentários e demais questionamentos.

Insta, ainda, salientar que na presente pesquisa, o estudo será direcionado à modalidade de inseminação artificial homóloga *post mortem*, a qual é uma das formas da reprodução assistida que se efetiva após a morte *do de cujus* com o material genético do casal, como citado anteriormente.

Nessa modalidade, o material genético utilizado é do próprio casal, procedimento o qual só é possível por ter se dado o colhimento do material genético *do de cujus*, ainda em vida e com seu consentimento. Essa modalidade de inseminação, também, é permeada de inúmeros questionamentos, abrangendo os citados anteriormente, com o acréscimo de um que pode-se dizer o mais polêmico, o

qual refere-se sobre os Direitos Sucessórios daqueles nascidos pela inseminação artificial homologa *post mortem*, situação que não é regulamentada pela legislação brasileira.

2 O DIREITO SUCESSÓRIO NA VERTENTE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Tanto o nascimento como a morte do ser humano são momentos que geram uma grande remessa de sentimentos a todas as pessoas ligadas de alguma forma ao indivíduo que nasce ou vem a falecer.

Além dos sentimentos despertados, diante dessas duas circunstâncias, também, há os reflexos no âmbito jurídico, os quais geram inúmeras situações desde as mais agradáveis, como também, desagradáveis, como, na maioria das vezes, é na sucessão.

Com o nascimento, o indivíduo, adquire personalidade jurídica, que é condição preliminar de todos os demais direitos e deveres inerentes a ele. Gonçalves (2015, p. 96), em sua obra, define a personalidade jurídica como:

Aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica... É qualidade jurídica que se revela como condição preliminar de todos os direitos e deveres.

A personalidade jurídica dá ensejo a todos os demais direitos e deveres os quais o sujeito irá permear ao longo de sua vida.

Com o advento da morte, não muito diferente do nascimento, mas cada qual com suas peculiaridades, também, há importantíssimo reflexo no âmbito jurídico, mais especificamente no que se refere à sucessão.

A sucessão nada mais é que a substituição do indivíduo titular de direito por ocasião de sua morte. Venosa (2013, p. 43) explica que:

Suceder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito. Esse é o conceito amplo de sucessão no direito.

Ademais, Diniz (2015, p. 17) leciona:

O direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou testamento (CC, art. 1.786). Consiste, portanto, no complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão de bens ou valores e dívidas do falecido, o seja, a transmissão do ativo e do passivo do *de cuius* ao herdeiro.

Nesse sentido, com a morte de um indivíduo, todos os direitos e obrigações, serão transmitidos aos sucessores da pessoa falecida.

Para que se efetue a regularização dessa sucessão, muitas vezes, um procedimento longo e desgastante se faz necessário devido opiniões divergentes entre os envolvidos, há casos específicos que requerem um cuidado especial, além das demais circunstâncias que geram questionamentos e morosidade, sendo assim, necessário um processo judicial que conte com normas legais eficientes para pacificação dos conflitos.

2.1 EXPLANAÇÃO INICIAL

De forma cada vez mais acentuada, a ideia do livre planejamento familiar vem ganhando mais força em meio à sociedade, ao passo que a interferência estatal vem perdendo sua influência no seio familiar, preservando-se a ideia de que os integrantes de uma família são livres para optarem pelas escolhas que entenderem convenientes a atenderem suas vontades e convicções para satisfazer, da melhor forma, seus interesses comuns.

Mesmo com o entendimento, cada vez mais consolidado, do livre planejamento familiar, com tendente diminuição da interferência estatal, há pontos em que ainda surtem preocupações por parte do Estado no que tange alguns aspectos familiares.

A questão patrimonial é um ponto em que se observa a nítida exteriorização desse pensamento ora desenvolvido, ou melhor, dessa preocupação estatal, pois o estado ainda exerce forte influência no âmbito patrimonial quando se trata da entidade familiar, a título de exemplo cita-se o regime de bens aderido por um casal o qual é definido no matrimônio, ou seja, o estado versa sobre regras as quais

devem ser respeitadas, o código civil traz em seu corpo legal normas as quais os casais em geral devem respeitar (artigo 1639 e ss. CC).

Partindo do mesmo ponto de análise da interferência estatal no patrimônio, como citado no regime de bens, essa interferência estatal também se exterioriza com o advento da morte de um indivíduo o qual possui bens e se faz necessária uma determinada normatização, ou, melhor dizendo regularização, com relação à sucessão no que diz respeito a quem será legitimado a suceder, quais as formas de sucessão, o *quantum* pertinente a cada sucessor e demais disposições que viabilizam a melhor forma possível da transferência tanto de ativos como passivos deixados pelo *de cuius*, surgindo, assim, o direito sucessório. Venosa (2015, p.4), versa-se que:

A ideia da sucessão por causa da morte não aflora unicamente no interesse privado: o Estado também tem o maior interesse de que um patrimônio não reste sem titular, o que lhe traria um ônus a mais. Para ele, ao resguardar o direito à sucessão (agora como princípio constitucional, art. 5º, XXX, da carta de 1988), está também protegendo a família e ordenamento sua própria economia. Se não houvesse direito à herança, estaria prejudicada a própria capacidade produtiva de cada indivíduo, que não tenha interesse em poupar e produzir, sabendo que sua família não seria alvo do esforço.

Assim (VENOSA, 2015, p. 5):

Suceder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito. Esse é o conceito amplo da sucessão. Quanto ao conteúdo e o objeto da relação jurídica permanecem os mesmos mas mudam os titulares da relação jurídica, operando-se uma substituição, diz-se que houve uma transmissão de direito ou uma sucessão. Assim, o comprador sucede o vendedor na titularidade de uma coisa, como o donatário sucede o doador, e assim por diante.

A matéria de direito sucessório visa regular a divisão do patrimônio do *de cuius* entre seus sucessores. O estado preocupa-se com a regularização dessa matéria para que a resolução da divisão do patrimônio deixado dê-se de forma menos desgastante e morosa, possível, aos envolvidos.

Em suma a Constituição Federal brasileira assegura, em seu artigo 5º, XXX, o direito a herança. E mais especificamente, o Código Civil trata do direito das

sucessões em quatro títulos, os quais são: da sucessão em geral, da sucessão legítima, da sucessão testamentária e do inventário de partilha.⁴

Os pontos mais importantes pertinentes à pesquisa serão abordados a seguir.

2.2 O MOMENTO DA ABERTURA DA SUCESSÃO

A morte é uma condição humana a qual, em si, fragiliza o ser humano somente pelo simples fato de ser uma condição imposta a todos sem nenhum tipo de exceção ou distinção. A noção de mortalidade desperta uma cadeia de sentimentos que são de difícil compreensão.

Além do peso e fragilidade que a morte em si desperta no íntimo de cada um, ela, também, gera reflexos que muitas vezes acarretam em situações que ocasionam muito constrangimento e desgaste aos envolvidos, como é no caso do momento da divisão dos bens do falecido.

Com o advento da morte de alguém, simultaneamente inicia-se a discussão sobre qual rumo tomara os bens deixados pelo falecido, ensejando no momento da morte a abertura concomitante da sucessão. Dias (2014, p. 103), dispõe que:

No primeiro artigo que trata do direito sucessório se encontra a expressão “abertura da sucessão” (CC 1.784). Nada mais significa do que o momento da morte de alguém e o nascimento do direito dos herdeiros aos bens do falecido. A transmissão é automática. A titularidade do acervo patrimonial se transfere sem sofrer solução de continuidade. Isso porque a existência da pessoa natural termina com a morte (CC 6º), deixando de ser sujeito de direitos e obrigações. Dai a necessidade que alguém assuma o seu lugar de forma tão imediata. A morte que gera a abertura da sucessão é a morte natural. Não é nem chamada de morte civil nem a morte presumida, que se sujeitam a procedimentos em tudo diferentes.

O Código Civil Brasileiro de 2002, no seu artigo 1.784 traz a disposição de que com a morte do indivíduo, a abertura da sucessão se dá desde logo, transferindo-se os bens aos herdeiros legítimos e testamentários. Exteriorizando-se, assim, o princípio da *saisine* o qual versa que com o advento da morte ocorre a transmissão, imediata, da posse e da herança aos respectivos legitimados. Sobre esse princípio Diniz (2015, p. 35) leciona, veja-se:

⁴ GONÇALVES, 2009, p. 11.

Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Com a abertura da sucessão ter-se-á a delação, deferimento ou devolução da herança aos herdeiros. Adota, assim, nosso Código Civil o *droit de saisine* (direito de *saisine*), de origens obscuras, ante a necessidade de não se dar ao acervo hereditário a natureza de *res derelicta* ou de *res nullius*, sujeita à denominação do primeiro ocupante. O princípio da *saisine*, introduzido no direito português pelo Alvará de 9 de novembro de 1754, donde passou para o direito sucessório pátrio, determina que a transmissão do domínio e da posse da herança ao herdeiro se de no momento da morte do *de cuius* independente de quaisquer formalidades.

Tal princípio, em suma, exterioriza a transmissão direta aos herdeiros, no instante da morte do indivíduo, da posse de todos os bens deixados, tornando-se, assim, detentores de todo montante antes pertencente ao falecido.

2.3 DAS MODALIDADES SUCESSÓRIAS E DA LEGITIMIDADE PARA SUCEDER

Como já citado anteriormente, no âmbito da legislação brasileira o Código Civil que dispõe sobre o direito sucessório. Basicamente, para melhor compreensão e organização, o legislador classificou a sucessão por determinadas modalidades, dividindo-as em títulos, cada uma com suas peculiaridades e especificações.

No que diz respeito aos efeitos produzidos, o legislador subdividiu a sucessão em: a título universal e a título singular. Tem-se a sucessão a título universal, quando o herdeiro, seja legítimo ou testamentário, sub-roga-se, abstratamente, na posição do falecido, abrangendo, assim, toda parte da herança, pois recebe tanto ativo como passivo, encargos e dívidas referentes à parte ideal que lhe pertence.⁵ Já a sucessão a título singular, refere-se a um legado, o legatário sub-roga-se exclusivamente com relação aos bens que lhe foram destinados, sendo essa espécie sempre advinda da sucessão testamentária.⁶

Outra modalidade, a qual é crucial para o presente estudo, refere-se à fonte a qual a sucessão deriva, podendo esta ser *ab intestato*, como também é conhecida a sucessão legítima, ou testamentária. O que será de grande valia para adequação de

⁵ DIAS, 2014, p. 112.

⁶ DIAS, 2014, p. 112 - 113.

tal modalidade, ao caso concreto, será o fato de ter havido ou não manifestação de vontade da pessoa, enquanto em vida, para disposição de seus bens.

Se o *de cujus*, naturalmente antes de seu falecimento, dispôs por meio de testamento, o qual é o documento válido para dispor de sua herança, respeitando-se todas as formalidades legais, depara-se com a chamada sucessão testamentária. Caso não tenha havido nenhum tipo de exteriorização de vontade por parte do autor da herança, ainda em vida, para disposição de seus bens, a sucessão se dará, necessariamente, de acordo com os ditames legais, seguindo o rito em lei.

2.3.1 A sucessão legítima

Para versar de tal forma sucessória, o legislador cuidou de dispor sobre a sucessão legítima em título próprio, mais especificamente tal matéria é versada no Título II, abrangendo-se os artigos 1829 ao 1856 do Código Civil.

Para que se realize a sucessão legítima, em primeiro momento deve-se observar se o falecido dispôs de seus bens, ainda em vida, respeitados os ditames legais.

Tal disposição deve se dar por meio de testamento que atenda todos os requisitos legais, caso não atenda, o testamento será logo inválido.

Não havendo testamento a sucessão automaticamente se da de forma legítima. A esse respeito, Cahali e Veloso *apud* Dias (2014, p. 113) discorrem:

A sucessão legítima também é chamada de *ab intestato*, por não existir testamento. Na ausência de manifestação de vontade do falecido, seus bens são transmitidos a quem o legislador indica como herdeiro. Até se poderia chamar a sucessão legítima de testamento tácito, pois ao deixar o *de cujus* de dispor sobre seus bens, isso significa que concorda que o seu patrimônio passe às pessoas enumeradas pela lei. Com efeito, quando o titular de um patrimônio opta por não testar, o que ele faz é atribuir plena legitimidade sucessória as pessoas indicadas pelo legislador. A legítima, ou seja, a parte preservada aos herdeiros necessários é intangível: não pode ser reduzida nem ser sujeita a ônus, encargos, gravames, ou condições. Também não pode ser objeto de legado, usufruto, fideicomisso, pensão, habitação ou de outros direitos dessa natureza. Quaisquer determinações que desfalquem a legítima são ineficazes (CC 1.967).

Em suma, prevalece a sucessão legítima quando inexistente testamento. É o que diz a lei no artigo 1.788 do Código Civil: morrendo a pessoa sem testamento, transmite-se a herança aos herdeiros legítimos. A outra hipótese em que a transmissão ocorre segundo o critério legal é quando o testamento caduca ou é julgado nulo.⁷

Nessa forma de sucessão, basicamente, há uma ordem que deve ser seguida, o artigo 1829 do Código Civil de 2002 traz expressamente a ordem á qual a sucessão legítima deve respeitar. Veja-se:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
 I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
 II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
 III - ao cônjuge sobrevivente;
 IV - aos colaterais.

Tal disposição expressa à preferência na sucessão, devendo observar de forma atenta a legitimidade do indivíduo a suceder do *de cujus*, observando os termos do artigo 1798 do Código Civil de 2002.

A ordem da vocação hereditária, dos herdeiros necessários e do direito de representação, são versados nos artigos seguintes do diploma legal, mas o foco do presente estudo não abarca tais pontos.

2.3.2 A sucessão testamentária

Com base na liberdade de dispor, o indivíduo no que se refere a seus bens, tem a autonomia de dispô-los desde que atendidos todos os requisitos legais, respeitando toda solenidade necessária.

Tal disposição, no âmbito do direito sucessório é chamada de disposição testamentária, tendo como instrumento o testamento, documento pertinente para tal ato.

⁷ DIAS, 2014, p. 114.

O testamento nada mais é que uma disposição, ainda em vida, do autor da herança, onde se opera um ato de última vontade, o qual versa sobre o destino de seus bens.

O Código civil de 2002 traz as medidas pertinentes para a sucessão testamentária no artigo 1857 e seguintes, com intuito de regular a matéria. Veja-se os dizeres de Berenice Dias (2014, p. 115):

Todas as pessoas têm liberdade para testar, ou seja, fazer disposições juridicamente eficazes sobre seu patrimônio para depois de sua morte. Mas a liberdade não é absoluta. Não pode dispor da totalidade da herança quem tem herdeiros necessários (CC 1.857 §1º). E a lei que elege os herdeiros necessários (CC 1.845). Portanto, o testador pode dispor da totalidade de seus bens se não tiver filhos, netos ou bisnetos, nem pais, avós ou bisavós, nem for casado. Quando tiver herdeiros necessários, a eles é reservada a legítima: a metade do patrimônio.

Em suma, o testamento serve precipuamente para o autor da herança alterar a vontade do legislador.⁸ Embora essa modalidade de sucessão tenha como base a autonomia da vontade, a liberdade de dispor sofre limitações legais, não pode o testador dispor de todos os seus bens sem observar os dizeres da lei, sob pena de nulidade do ato.

2. 4 A legitimidade para suceder

O Código Civil de 2002, mais especificamente, no Capítulo III, do Livro do Direito das Sucessões, traz a disposição normativa pertinente à vocação hereditária, sendo elencadas todas as pessoas que possuem legitimidade para suceder o falecido nos seus direitos. Os artigos 1798 e 1799 trazem em seu corpo legal a norma que versa tal assunto:

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Art. 1.799. 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;

II - as pessoas jurídicas;

⁸ VENOSA, 2015, p. 126.

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

Em rápida análise aos artigos supracitados, observa-se que o legislador foi omissivo especificamente no que se refere aos eventuais filhos concebidos por meio de inseminação artificial, após a morte do genitor, ficando, assim, a prole eventual excluída da sucessão legítima.

Com essa exclusão, princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, ficam a margem, como é o caso do princípio da igualdade, expressado na Constituição Federal de 1988, o qual foi diretamente contrariado. Nesse sentido versa os dizeres de Gonçalves (2014, p. 203), veja-se:

O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, consubstanciado no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, que assim dispõe: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas qualquer designações discriminatórias relativas à filiação”. O dispositivo em apreço estabelece absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção legítima ou ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que exigia no Código Civil de 1916. Hoje, todos são apenas filhos, uns ávidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos qualificações (CC, arts. 1.596 a 1.629).

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

É de fácil entendimento que a Carta Magna assegurou a igualação dos filhos, seja em qualquer circunstância, não podendo haver qualquer tipo de diferenciação. Mas não é isso que acontece no âmbito do Direito Sucessório.

Na sucessão testamentária o legislador efetivou uma ressalva pertinente a prole eventual. No artigo 1800, § 4º do Código Civil de 2002, dispôs que dada a morte do genitor, deverá ser concebido o eventual filho dentro do lapso de dois anos, passado o lapso temporal, caso não ocorra tal concepção, os bens caberão aos herdeiros legítimos sem demais formas de discussão.

Vários são os posicionamentos em face da exclusão do filho concebido após a morte do autor da herança. Cabral e Alves *apud* Dias (2014, p. 126) aduzem que:

Não se pode admitir que apenas com a existência de testamento estariam assegurados ao filho concebido após a morte do pai direitos sucessórios.

Os filhos devem ter tratamento isonômico. Todos pertencem a classe dos herdeiros legítimos e necessários, com direito a herança.

É inquestionável a omissão infraconstitucional em face do direito sucessório da prole eventual, e ao mesmo tempo é nítida a controvérsia existente nos artigos que tratam da sucessão sobre esse assunto. Tal omissão deixa de observar vários aspectos elencados na própria legislação e dentre eles, o mais importante, se refere aos princípios que norteiam todo ordenamento.

O intuito do próximo capítulo consiste em abordar de forma detalhada o assunto, buscando-se discussões sadias sobre o tema.

3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

Com o avanço da biomedicina surgiu a possibilidade da reprodução assistida, meio esse que se alastrou pelo mundo todo a fim de possibilitar pessoas que enfrentam algum problema, para alcançarem o desejo de serem pais pelo meio natural, conseguirem realizar esse desejo pelo meio artificial.

Em meio a descoberta da RA o número de casais os quais procuravam alguma forma de ajuda para superar o problema enfrentado, aumentou significativamente, passaram a se verem esperançosos em face de uma causa a qual já se viam desmotivados. Observa-se os dizeres de Diniz *apud* Pissetta (2014, p. 11) no que se refere a RA:

Por sua vez, Maria Helena Diniz define a reprodução assistida como o conjunto de operações para unir, de forma artificial, os gametas masculino e feminino, originando um novo ser.

A reprodução assistida pode ser compreendida, enfim, como [...] o conjunto de técnicas laboratoriais que visa obter uma gestação substituindo ou facilitando uma etapa deficiente no processo reprodutivo.

Mediante a RA, a fecundação poderá se dar, basicamente, de duas formas, levando-se em conta o local da fecundação, sendo essas formas chamadas de *in vivo* e *in vitro*. Veja-se o entendimento de Fernandes e Leite *apud* Pissetta (2014, p. 13):

Na fecundação *in vivo*, a concepção ocorre dentro do corpo da mulher a medida que os gametas masculinos são inseridos dentro da vagina, em volta do colo, dentro do útero, ou do abdômen. Como exemplo cita-se a inseminação artificial.

Já na fecundação *in vitro*, a concepção depende de um procedimento mais complexo, o que é compreensível em virtude de ser extra-uterina. Afinal, os gametas masculinos e femininos são retirados dos respectivos organismos e a fecundação ocorre em laboratório. Nesta senda, tem-se o exemplo da técnica da fecundação *in vitro* propriamente dita, conhecida popularmente como bebe de proveta.

Tal método artificial, que facilita a vontade e o desejo de diversos casais do mundo, por proporcionar a oportunidade da concepção para reprodução humana, já reconhecidos pela medicina, insta a necessidade de regulamentação, seja pelo reflexo direto na sociedade no campo científico, como também, em outras áreas como no Direito de família e Sucessões.

Nesse sentido, a Resolução do Conselho de Medicina nº. 1957, de 2010, anexo único, dispõe sobre as normas e regras gerais inerentes ao método de RA, veja-se:

1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.

Tal resolução tem o intuito de nortear e regulamentar, de forma geral, o método de RA, seja no aspecto ético como procedimental.

É de suma importância ressaltar que a presente pesquisa terá enfoque no que diz respeito às questões sobre a reprodução assistida *post mortem*, mais especificamente sobre a inseminação artificial homóloga *post mortem*, aquela a qual se efetiva após a morte do doador, ou seja, o material genético doado é manipulado clinicamente no interior do corpo da mulher, após a morte do genitor, graças as inovações do campo científico, como a criopreservação.

Não serão versadas questões no que diz respeito a fecundação *in vitro*, para que não haja nenhuma distorção de rumo no foco da pesquisa.

Como citado anteriormente a RA divide-se em homóloga e heteróloga, sendo a diferenciação de ambas apontadas a seguir.

3.1 REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM* E REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA *POST MORTEM*

No que tange a reprodução assistida, além da classificação que leva em conta o local da fecundação, podendo ser *in vivo* ou *in vitro*, como citado anteriormente, também á classificação que leva em consideração a origem dos gametas utilizados no procedimento artificial. Tal classificação enseja duas modalidades, as técnicas de RA homóloga e as técnicas de RA heteróloga.

A RA heteróloga consiste na utilização do material genético de uma pessoa alheio ao casal, ou seja, o casal que se submete a esse procedimento deve consentir na utilização do material genético que não pertence a um dos integrantes da união. Gama *aput* Pisseta (2014, p. 14), dispõe:

Ao contrário, nas técnicas de reprodução heterólogas, são utilizados gametas de terceiros – tanto na doação de espermatozoides, quanto na doação de óvulos-, diante da impossibilidade do homem e/ou da mulher oferecerem seus próprios gametas. Em outras palavras, a fecundação heteróloga assim será quando o espermatozoide e/ou óvulo utilizados são provenientes de terceiros – doadores -, ou seja, pessoas diversas das que serão a mãe ou pai socioafetivos da criança concebida.

Sendo assim, para que se efetive essa modalidade deve haver um consentimento expresso do companheiro que aceita a utilização de gametas que não sejam seus, afinal o mesmo não participará com seu material propriamente dito, assumindo então o papel de pai afetivo.

Insta salientar que esse ponto é muito discutido, uma vez que o mesmo não é, no que tange ao consentimento do marido, claramente regulado.

Na RA homóloga, o material genético utilizado pertence ao casal que se submete ao método artificial. Como citado por Aldrovandi e França *aput* Pissetta (2014, p. 14), veja-se:

Como a própria nomenclatura sugere – notam-se os radicais homo e hetero -, a fecundação homóloga ocorrerá “[...] entre gametas provenientes de um casal que assumirá a paternidade e a maternidade da criança”, sendo que esta portará as informações genéticas do casal.

Nessa modalidade, diferente da heteróloga, o material utilizado para realização do procedimento é do próprio casal, que se submete ao meio científico

devido alguma disfunção, de um dos dois ou até mesmo de ambos, que impede a fecundação pelo meio natural. Nesse caso o casal não sofre de esterilidade ou infertilidade, mas por alguma motivação biológica não conseguem o êxito da fecundação pelo meio natural, valendo-se assim da RA.

Em face de ambas as modalidades surgem uma gama de questionamentos que refletem na legislação brasileira, como o destino dado aos embriões excedentários, a presunção de paternidade, autorização do casal, e como na presente pesquisa, os Direitos sucessórios daqueles nascidos *post mortem*.

Na presente monografia é enfatizada a reprodução assistida *post mortem* homóloga, levando em consideração suas peculiaridades e todos os reflexos gerados por tal procedimento.

3.2 PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE DOS FILHOS PERCEBIDOS EM REPRODUÇÃO ASSISTIDA

De forma geral quando se fala em filiação logo vem a cabeça o fator sanguíneo, ou seja, filho é aquele que advém, unicamente, do casal. Até algum tempo atrás esse era o entendimento que prevalecia, hoje quando se refere a filiação uma série de fatores devem ser observados, não ficando mais limitado unicamente ao fator sanguíneo.

Com o passar do tempo novos valores foram sendo inseridos na sociedade, a família foi ganhando maior autonomia para se organizar e várias inovações científicas e culturais passaram a ser uma realidade vivenciada pela coletividade.

Com essas mudanças a legislação teve que se inovar e adaptar a realidade com o mundo jurídico, isso em diversas áreas, exemplo claro e foco da presente pesquisa é o reconhecimento do filho nascido pelo método de reprodução assistida como se concebido fosse à constância do casamento.

A esse respeito Gama *aput* Pissetta (2014, p. 57) versa, veja-se:

É interessante notar o ingresso de novos critérios de classificação não cogitados até pouco tempo atrás com base no reconhecimento de outras origens (fontes) que ensejam o estabelecimento da filiação – como os critérios de índole biológica, jurídico legal e afetiva – e no aparecimento das técnicas científicas que permitem o acesso à reprodução humana em favor

das pessoas – o que gera distinção entre procriação carnal e procriação assistida.

Dessa forma, filho não é apenas aquele resultante da apropriação carnal propriamente dita, também é filho a pessoa adotada, com pais afetivos, aqueles advindos de relação extramatrimonial e por último, mas não menos importante, aqueles advindos da procriação assistida. Cumpre ressaltar que os doutrinadores versam sobre várias classificações de filiação, não sendo forma discriminatória tal classificação, apenas um meio didática para melhor entendimento.⁹

O reconhecimento da igualdade dos filhos, independentemente como concebidos, culmina por se desdobrar na importante noção de veracidade da filiação, regra principiológica fundamental. Nesse sentido o artigo 1.596 do Código Civil assegura que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Assim, o princípio da igualdade entre os filhos consiste na ideia de que o ordenamento, não deve criar óbices para se reconhecer a verdadeira vinculação entre pais e filhos, isso em qualquer aspecto inclusive no que se diz ao direito sucessório (GANGLIANO e FILHO, 2014, p. 696).

Ao versar sobre as relações de parentesco, o Código Civil de 2002, traz o reconhecimento dos filhos nascidos por qualquer meio das técnicas de reprodução assistida, sendo estes considerados como concebidos na constância do casamento. Tal circunstância esta aludida no artigo 1597, *in verbis*:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
 I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
 II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
 III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
 IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
 V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Tal norma veio confirmar os dizeres da Carta magna, que assegura a igualdade entre os filhos, não sendo permitida nenhuma forma de discriminação,

⁹ PISSETA, 2014, p.57.

inclusive no que se refere aos filhos nascidos pela técnica de reprodução assistida, tanto homóloga quanto heteróloga.

O artigo 227, § 6º da Constituição Federal de 1988, como mencionado acima, proíbe qualquer forma de diferenciação entre os filhos. O instituto da filiação sofreu profunda modificação com a nova ordem constitucional, que equiparou, de forma absoluta, em todos os direitos e qualificações, os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, proibindo qualquer designação discriminatória.¹⁰

Mesmo com clara previsão legal, tanto no Código Civil como na Constituição Federal, há várias questões que pairam referente ao direito sucessório daquele nascido por meio de inseminação artificial, questionamentos estes que persistem em diante da omissão legal a respeito da sucessão legítima em face do falecido, levando-se em conta, tratar de concepção após a morte do genitor. O artigo 1798 do Código Civil aduz que legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Criando-se, assim, uma problemática para quem vivencia na pele tal situação. Sendo tal ponto versado a seguir.

3.3 CONTROVÉRSIAS DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS INERENTES À PROLE EVENTUAL EM FACE DA AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO

O direito sucessório em si é uma área que demanda paciência e preza pela busca dos melhores meios de pacificação, possíveis, para dirimir os interesses dos respectivos herdeiros. É uma área a qual disciplina a transmissão dos bens do *de cuius* a seus respectivos sucessores, respeitando as devidas normas legais.

A presente pesquisa tem como enfoque os assuntos versados pelo Código Civil, mais especificamente no Livro V, Capítulo III – Título I, o qual dispõe sobre a vocação hereditária, tratando da legitimidade ou capacidade para suceder.

O Direito Sucessório traz várias peculiaridades, dentre elas, ensejadora da presente pesquisa, á legitimidade e capacidade para suceder quando se trata do filho concebido *post mortem* por inseminação artificial homóloga.

¹⁰ GONÇALVES, 2014, p. 17.

A lei infraconstitucional, em seu artigo 1798 e seguintes, regulamenta a matéria e traz regras atinentes a legitimidade para suceder. Veja-se:

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Art. 1.799. 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;

II - as pessoas jurídicas;

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

No que tange a filiação, o artigo 1798 do Código Civil, versa que são legitimadas a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, já o artigo 1799 disciplina que na sucessão testamentária podem ainda ser chamados à sucessão os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que estas pessoas estejam vivas ao abrir-se a sucessão.

Estes dois artigos exararam uma grande controvérsia, ao passo que o primeiro afirma que somente poderão suceder aqueles vivos ou já concebidos, o segundo artigo abre uma margem à aqueles não concebidos, mas somente na perspectiva da sucessão testamentária.

Levando em consideração tais pontos, importante se atentar aos dizeres de Gonçalves (2014, p. 52):

Em princípio não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte (CC, art. 1.784) e dela participam as “*pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*” (art. 1.798).

A questão, no entanto, é tormentosa e cabe à doutrina e à jurisprudência fornecer subsídios para sua solução. A doutrina brasileira se inclina no sentido de negar legitimação para suceder aos filhos havidos por métodos de reprodução assistida, quer na hipótese de a morte do ascendente preceder à concepção, quer na de implantação de embriões depois de aberta a sucessão. Solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*.

A controvérsia existente é muito clara, pois, a regulamentação no que se refere aos legitimados a suceder não consegue suprir aos anseios dos questionamentos pertinentes aos filhos póstumos. A esse respeito Dias (2014, p. 124) preconiza:

A lei faz referência às técnicas de reprodução assistida exclusivamente quando estabelece presunções de filiação. De forma injustificável, não há qualquer previsão dos reflexos do uso desses procedimentos no âmbito do direito sucessório. O legislador, ao formular a regra contida no art. 1.798 do CC, não atentou para os avanços científicos na área da reprodução humana, ao referir somente as pessoas já concebidas. Mais um cochilo que traz muitas incertezas.

Diante dessa omissão infraconstitucional do direito sucessório em face da prole eventual, e ao mesmo tempo perante a controvérsia existente nos artigos que tratam da legitimidade para suceder na sucessão, surge o questionamento e a insegurança jurídica do filho gerado *post mortem*. Situação essa que é inadmissível persistir e que necessita de regulamentação.

3.4 POSICIONAMENTOS SOBRE A LEGITIMIDADE PARA SUCEDER DO FILHO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

No que se refere à reprodução assistida, vários são os questionamentos, no seu desdobramento que deriva a inseminação artificial homóloga não é diferente. São várias as discussões que pairam nesse sentido, seja pela concordância do casal para tal método, pelo destino dado aos embriões excedentários, saúde dos envolvidos para realização do procedimento e inúmeros fatores a mais que trazem incertezas e dúvidas.

Quando se trata desse assunto um dos pontos mais discutidos e que traz maior insegurança jurídica aos envolvidos refere-se ao direito sucessório do filho nascido por inseminação artificial *póstuma*. A discussão referente aos direitos sucessórios do filho *póstumo* seja este concebido pela RA *in vitro*, inseminação artificial ou também denominada bebê de proveta, pela forma heteróloga ou homóloga, não é tão simples de ser pacificada.

Ao tratar do direito sucessório do filho concebido por inseminação artificial *post mortem*, o legislador infraconstitucional foi, extremamente, omissivo, afinal, como já foi demonstrado, o Código Civil brasileiro de 2002, em seu art. 1.597, afirma expressamente que o filho concebido por meio de técnicas científicas de reprodução

humana assistida são tidos como concebidos na constância do casamento, não abrangendo nenhuma distinção nesse sentido.

Há doutrina que entende não ter havido nenhum tipo de omissão no que tange ao direito sucessório, pelo fato do legislador ter versado no art. 1.800, § 4º do Código Civil de 2002, sobre a possibilidade de o filho *póstumo* ser beneficiado em razão da sucessão testamentária. A esse respeito, Diniz (2015, p. 220) versa que:

A lei permite que contemple prole futura de um herdeiro instituído (CC, art. 1.799, I) e, em substituição fideicomissária (CC, art. 1.952), pessoa ainda não concebida. Assim sendo, se o herdeiro nomeado existir por ocasião da abertura da sucessão, o legado está seguro ao filho que futuramente vier a ter. A expressão prole eventual só compreende os filhos e não os netos da pessoa indicada pelo testador.

(...) O futuro genitor, indicado no testamento, precisa estar vivo a época da abertura da sucessão. Se não estiver, não poderá conceber, e a disposição caducará. A deixa, que beneficia prole eventual, valerá, mas sua eficácia dependerá de que o herdeiro esperado seja concebido e nasça com vida. Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, ele não for concebido, os bens que lhe foram destinados passarão aos herdeiros legítimos, exceto se o testador dispuser o contrário (CC, art. 1.800, §4).

É válido observar os dizeres de Gonçalves (2014, p.52), que enfatiza o direito sucessório do filho *póstumo* mediante indicação em testamento, no entanto, afirma que a questão é tormentosa:

Contemplar os *ainda não concebidos* representa, para o testador, contemplar os filhos das pessoas que indicou, filhos estes que não conheceu nem conhecerá, quer porque não concebidos, quer ainda porque não adotados antes de sua morte. Em qualquer das hipóteses há um único traço condutor do querer do testador: contemplar aqueles seres que venham a ser filhos das pessoas por ele nomeadas em testamento.

Em princípio não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte (CC, art. 1.784) e dela participam as “*pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*” (art. 1.798).

A questão, no entanto, é tormentosa e cabe à doutrina e à jurisprudência fornecer subsídios para sua solução. A doutrina brasileira se inclina no sentido de negar legitimação para suceder aos filhos havidos por métodos de reprodução assistida, quer na hipótese de a morte do ascendente preceder à concepção, quer na de implantação de embriões depois de aberta a sucessão. Solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*.

O ponto crucial do questionamento acerca do direito sucessório do filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem* consiste no choque que há na própria lei. É evidente que a situação não está regulamentada, e o pouco em

que a lei adentra sobre tal assunto, não versa de forma clara e precisa, gerando uma enorme insegurança jurídica às inúmeras famílias que vivenciam essa realidade.

Sobre tal questionamento há grande discussão. Sendo assim, Pissetta (2014, p. 76), versa:

Destarte, o expresse e prévio consentimento do homem para a efetuação da inseminação artificial ou fertilização *in vitro* com o uso de seus gametas após a sua morte é uma garantia que se tem acerca da própria ciência do homem a respeito. Em outras palavras, além do varão estar ciente de que poderá ser pai após seu óbito, ter-se-ia uma segurança para própria criança gerada no que tange à definição da paternidade correspondente sem necessidade de investigações posteriores.

Mas a questão temporal vai além. Afinal, que segurança jurídica tem com a possibilidade de realização de reprodução assistida homóloga *post mortem*? Os familiares do falecido devem ficar presos a possibilidade de uma futura utilização do material coletado em reprodução assistida nos moldes comentados *ad eternum*? Tratam-se de perguntas sem respostas, pois o Código Civil de 2002 nada disciplinou nesse norte, permanecendo a norma aberta.

Firmando entendimento de que o filho concebido após a morte do genitor, por meio da inseminação artificial homóloga, não faz jus ao direito à sucessão legítima, Pereira *aput* Farias e Rosenvald (2015, p. 565):

Desenvolvendo o mesmo pensar, veja-se a lição do mestre Caio Mario da Silva Pereira, realçando não ser possível falar em direitos sucessórios daquele que somente foi concebido depois da morte e, por conseguinte, da abertura da sucessão, em face do comendo do art. 1.798 do Código Civil, restringindo a capacidade sucessória somente àqueles nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão.

A maioria dos doutrinadores se posicionam no sentido de que perante a omissão legislativa, os filhos concebidos por inseminação artificial após a morte do genitor não fazem jus ao direito a sucessão legítima. Sendo que para garantir o direito deste, o legislador já se ocupou de resguardar a possibilidade da sucessão por este filho por meio da sucessão testamentária. Não devendo haver nenhuma divergência nesse sentido.

Com um entendimento e posicionamento mais moderno em face ao tema, Dias (2014, p. 125-126) leciona que em face da modernização e avanços científicos hoje existentes, a legislação não pode se manter desatualizada, deve-se renovar de maneira mais pertinente possível para acompanhar o avanço da sociedade. Veja-se:

O uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade. Impensável cercear este direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter às técnicas de reprodução assistida. Na concepção homóloga, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opera a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*. A norma constitucional que consagra a igualdade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários.

No mesmo sentido, Dias (2014, p. 126) ainda diz:

Mesmo quem reconhece direito sucessório ao filho concebido mediante fecundação artificial póstuma se inclina a estabelecer o prazo de dois anos para que ocorra a concepção, por analogia ao prazo para concepção da filiação eventual (CC 1.800 § 4.). Esta limitação não tem qualquer justificativa. Não se pode discriminar o filho havido *post mortem* concebido com a sêmen do pai pré-morto depois do prazo de dois anos. A tentativa de emprestar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que veio a nascer, ainda que depois de alguns anos. Basta lembrar que não há limite para o reconhecimento da filiação por meio de investigação de paternidade, e somente o direito de pleitear a herança prescreve no prazo de 10 anos (CC 205).

O objetivo principal da presente monografia foi evidenciar a gama de questionamentos que pairam em face aos direitos sucessórios do filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem*, devido a falta de normatização que regule a matéria em tese.

A legislação brasileira é omissa nesse sentido, não sendo suficiente a possibilidade, expressada no CC, da sucessão de tais filhos *póstumos*, sucederem por meio da sucessão testamentária, como permitido legalmente. Tal ressalva não é suficiente para proporcionar o fim ao debate existente no âmbito doutrinário e jurídico.

Embora, todos os entendimentos colacionados sejam válidos, e instigadores para um debate realmente a fundo, ideal mesmo seria, para a solução da questão apontada, a normatização pertinente que aponte todas as peculiaridades, ou seja, necessário se faz que o Código Civil disponha sobre a legitimidade para suceder dos filhos nascidos por meio de RA *post mortem*. Afinal, o filho concebido por meio da inseminação artificial homóloga é tido como concebido na constância do casamento, não sendo lógico qualquer tipo de distinção entre os filhos nascidos à época da abertura da sucessão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa traz à discussão o questionamento consoante a inseminação artificial *post mortem*. Verifica-se que o legislador do Código Civil Brasileiro de 2002 não obteve êxito em atender às expectativas da sociedade quanto a reprodução assistida, principalmente no que diz respeito aos direitos sucessórios do filho concebido por meio da inseminação artificial homóloga.

No que se refere ao tipo de vínculo existente entre o casal, a legislação infraconstitucional cuidou de assegurar a presunção da filiação concebida por meio de técnicas assistidas, mesmo *post mortem*, como concebidos na constância do casamento.

Mesmo que a legislação tenha trazido em seu corpo a presunção da concepção do filho como concebido na constância do casamento, o legislador não se atentou no que se refere ao direito de suceder inerente ao filho *póstumo*.

Com a pesquisa realizada, pautada na utilização de diversas doutrinas, apura-se a confirmação da situação acima exposta, ou seja, com a pesquisa bibliográfica evidencia-se que devido à omissão persistente em lei cada vez mais discutido se torna o assunto, pois paira nesse dilema uma enorme insegurança jurídica.

Vários são os entendimentos em face ao tema. Alguns autores defendem a ideia de já estar pacificado esse assunto, pois o legislador resguardou o direito do filho concebido por inseminação artificial com a possibilidade que tem o genitor de resguarda-lo por meio de testamento.

Possíveis formas de solução ao problema, ora investigado na presente pesquisa, são firmados por alguns doutrinadores tomando por base a ideia de que a lacuna existente em Lei pode ser resolvida com a interpretação de dispositivos já existentes em Lei, aplicando-os ao caso concreto.

Como demonstrado, as discussões estão longe de serem pacificadas, a grande razão da persistência dos debates consiste, principalmente, na permanência da omissão da Lei sobre o assunto em tese.

Um dos pontos mais discutidos frisa-se no sentido de como um filho pode ser considerado como tido na constância do casamento, ainda que originado pela inseminação artificial *post mortem*, e não pode gozar do direito de suceder seu genitor, sendo condicionado para tal a elaboração de testamento para participar da sucessão.

Por mais claro e específico que o princípio da igualdade entre os filhos pareça, sendo este, exteriorizado pelo entendimento de ser considerado concebido na constância do casamento o *filho póstumo*, não podendo ser feita nenhuma diferenciação em face dos demais filhos, ainda verifica-se no ordenamento brasileiro uma ausência legislativa quanto ao tema do direito sucessório. O código civil nos termos do art. 1798 versa que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Há uma omissão quanto ao direito dos filhos concebidos *post mortem*, a qual fere diretamente o princípio da igualdade entre os filhos e todos os demais princípios expostos na CF. Situação essa que se caracteriza um retrocesso evidente do ordenamento brasileiro nesse sentido, pois é inadmissível ainda perpetuar tal distinção.

Mesmo existindo a omissão legal quanto aos direitos sucessórios da prole eventual, simplesmente com a breve explanação realizada, é nítido que tal omissão se ameniza com a aplicação de todos os preceitos principiológicos constitucionais e infraconstitucionais existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, faz-se necessária uma posição do legislador infraconstitucional apenas para confirmar tudo aquilo que já é exaustivamente defendido e reconhecido, implicitamente, nos princípios norteadores do ordenamento, na CF e demais normas infraconstitucionais, os quais analogicamente se encaixam a lacuna existente na lei a respeito dos direitos sucessórios da prole eventual.

O mais sensato, é trazer a normatização do direito sucessório de tal pessoa a legislação expressa, para que todo e qualquer conflito de entendimentos e posicionamentos sejam pacificados, afinal, a utilização da analogia e hermenêutica não supre de forma eficaz o liame da questão para finalizar, necessariamente, os inúmeros debates. Nem tão pouco, a possibilidade de suceder de forma testamentária é suficiente para dirimir tal situação.

Portanto, o mais sensato é normatizar tal questão, trazendo de forma expressa no corpo legal, todas as especificações e minúcias necessárias para que seja superada a discutida omissão legal.

A presente pesquisa resta finda, mas tem como intuito aguçar ainda mais os debates que pairam sobre o assunto em tese. Pois é através do diálogo sadio, atrelado ao direito de expressão, que uma sociedade vai em busca de um caminho mais justo e harmônico para seus integrantes.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloiza Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso aos 22 dias de Outubro de 2015.

_____. **Código Civil Brasileiro. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso aos 15 dias de setembro de 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução do Conselho de Medicina nº 1957**, de 2010. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 15 agosto, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3º. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões**. 6º volume. 29 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Famílias**. 6º volume. 7º Ed. Salvador: Editora Atlas, 2015.

_____. **Curso de Direito Civil – Famílias**. 6º volume. 4º Ed. Salvador: Editora Atlas, 2012.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As Famílias em Perspectiva Constitucional**. 6º volume. 4º Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de família de acordo com a Lei n. 12.874/3013**. 6º volume. 11º Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

_____. **Direito Civil Brasileiro – Direito das sucessões**. 7º volume. 8º Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

_____. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. 6º volume. 5º Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

_____. **Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões**. 7º volume. 3º Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

PISSETTA, Francielli. **Reprodução assistida homóloga post mortem aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. 6º volume. 13º Ed. São Paulo, 2013.

_____. **Direito Civil – Direito das Sucessões**. 7º volume. 15º Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

