

## **POSSIBILIDADE DE SUCESSÃO LEGÍTIMA AO FILHO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA APÓS A MORTE DO CONCESSOR**

POSSIBILITY OF LEGITIMATE SUCCESSION TO THE CHILD CONCEIVED BY HOMOLOGOUS ARTIFICIAL INSEMINATION AFTER THE DEATH OF THE GRANTOR

**Vânia Carla Messias**

Aluna do Curso de Direito das Faculdades Integradas Icesp-Promove de Brasília

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo analisar os efeitos jurídicos da inseminação artificial *post mortem*, visto que há uma problemática quanto a esse fato, pois o Código Civil de 2002 não prevê o direito sucessório legítimo ao filho concebido por meio desta técnica, após a morte do *de cuius*, deixando assim, uma dúvida a ser discutida no presente trabalho. É perceptível a desproporção do avanço tecnológico com a criação de leis que atenda tais avanços. Apesar de não haver uma legislação específica para o caso, não existe qualquer lei que proíba tal direito, sendo assim, há outros meios utilizados para assegurar o direito do filho, tais como princípios, dos quais não só visam o melhor interesse da criança, mas concede direitos iguais aos filhos, independente da forma que foi concebida.

**Palavras-chave:** Inseminação Artificial; *Post mortem*; Direito sucessório legítimo; *De cuius*; Princípios.

**Abstract:** This article aims to analyze the legal consequences of artificial insemination *post mortem*, since there is an issue as to that fact, for the 2002 Civil Code does not provide for the succession law to legitimate child conceived by means of this technique, after the death of the deceased, leaving thus a question to be discussed in this paper. It is noticeable disproportion of technological advancement by creating laws that meets such advances. Although there is no specific legislation for the case, there is no law prohibiting such right, so there are other means used to ensure the right of the child, such as principles, which not only seek the best interests of the child, but grants equal rights to their children, regardless of how it was conceived.

**Keywords:** Artificial insemination; *Post mortem*; Rightful inheritance law; Deceased; principles.

**Sumário:** Introdução. Resultados. 1. A inseminação artificial e suas modalidades. 1.1. Conceitos de inseminação artificial. 1.2. Técnicas de reprodução assistida Homóloga e Heteróloga. 1.3. Caso “Affair Parpalaix”, advento de muitas discussões no âmbito da inseminação artificial. 2. Direito sucessório e suas modalidades. 2.1. Conceitos. 2.2. Espécies de sucessão. 3. Princípios constitucionais e legais relacionados ao Direito de família. 3.1. Princípio da dignidade da pessoa humana. 3.2. Princípio da igualdade dos filhos. 3.3. Princípio do melhor interesse da criança. 3.4. Princípio da legalidade. 4. Os efeitos jurídicos da inseminação artificial homóloga, após a morte do *de cuius* no direito de sucessões. 5. Decisões judiciais. Conclusão. Referências.

## Introdução

A ciência e a tecnologia têm avançado no decorrer dos anos, inclusive no campo da biomedicina, sobretudo na área da reprodução humana em que se oferece a possibilidade de gerar filhos por meio de técnicas de reprodução humana assistida.

Em virtude desse ritmo acelerado, a legislação não está conseguindo acompanhar o dinamismo da biomedicina, deixando assim uma lacuna no nosso ordenamento jurídico.

O Código civil de 2002 não vedou expressamente a hipótese de inseminação *post mortem*, porém, deixou algumas lacunas, trazendo assim uma grande questão a ser discutida e a necessidade de colmatá-las.

Conforme prevê o art. 1798 do Código Civil Brasileiro, o filho concebido por inseminação artificial após a morte do *de cuius* não tem direito a sucessão legítima, restando a ele tão somente o direito a sucessão testamentária.

Esse dispositivo não pode ser interpretado de forma literal, haja vista que por haver uma lacuna o mesmo deve ser analisado à luz da Constituição Federal, por esta se tratar de lei superior a todas as demais, assumindo o topo da hierarquia do ordenamento jurídico. Prevalendo, portanto, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o da Igualdade entre os filhos, do melhor interesse da criança e o da legalidade como fundamentos do presente trabalho.

Nessa perspectiva, ocorre que muitas crianças nascem sem o seu direito sucessório adquirido, surgindo assim, uma dúvida: ter ou não o direito à herança? Por que não ter o mesmo direito que o filho concebido de forma natural?

Desse modo, o presente trabalho tem como objetivo geral examinar os efeitos jurídicos da inseminação artificial homóloga realizada após a morte do *de cuius*.

A princípio, o primeiro tópico aborda o conceito de inseminação artificial e suas modalidades. Este tópico é indispensável, pois para que um leitor tenha o entendimento do tema principal é necessário saber inicialmente o que vem a ser inseminação, bem como, suas modalidades. Vale salientar que no presente trabalho será destacada a modalidade de inseminação homóloga *post mortem*, visto que esta é objeto de análise. Por conseguinte, é importante expor o que vem a ser sucessão e quais formas, lembrando que a forma utilizada será a sucessão legítima, sendo que a testamentária já tem previsão legal, na área da sucessão.

No tópico posterior, serão abordados os princípios previstos na Constituição que asseguram plenos direitos sucessórios à criança concebida *post mortem*, sendo, portanto, o objeto de fundamentação.

Por fim, o último tópico - considerado o mais importante de todos - retrata sobre o direito sucessório ao filho concebido após a morte do pai, por inseminação artificial, no qual foram expostos posicionamentos contrários e a favor do assunto, sendo que teve como objeto de defesa este segundo.

## **Resultados**

Como resultado, espera-se provar que a criança concebida por meio de técnicas de reprodução assistida após a morte do pai deve ter o tratamento igualitário dentre os filhos concebidos de forma natural, visto que, apesar do Código Civil deixar lacunas a respeito do assunto, a Constituição prevê princípios que prevalecem o direito de igualdade dos filhos.

Em razão da Constituição e do Estatuto da Criança e Adolescente preverem o melhor interesse da criança, espera-se, ainda, que seja alterado o texto expositivo do artigo 1798, com o intuito de tutelar crianças que nascem nestas condições tornando-as sujeitos de direitos.

Espera-se também, que além da alteração do dispositivo citado acima, que seja criada uma lei que ampare juridicamente a criança concebida por esta técnica, incluindo inclusive o direito sucessório, pois como bem salientado, o filho não deve ter tratamento desigual, conforme se vê na Constituição.

Foi obtido como resultado do presente trabalho, o entendimento de que, conforme pesquisas, apesar de não haver uma lei que ampare a criança, tanto na questão da inseminação *post mortem* quanto na questão sucessória legítima desta, não há uma vedação ao direito de ambos. Portanto, o problema em comento deve ser analisado por meio de fundamentos previstos na Constituição Federal e de melhor seguridade ao filho, atribuindo ao mesmo direitos iguais.

# 1. A Inseminação Artificial e suas modalidades

## 1.1. Conceitos de Inseminação Artificial

Antes de adentrarmos ao tema principal, faz-se necessário explicar o que vem a ser Inseminação Artificial.

Inseminação Artificial, também chamada de inseminação intrauterina, é a possibilidade de gerar um filho através de técnicas de reprodução humana assistida por meio da qual o espermatozoide processado em laboratório é introduzido no útero da mulher, ocorrendo a fertilização dentro do corpo da mulher, não sendo, portanto, necessária a retirada dos óvulos.

Caso ocorra a retirada dos óvulos e espermatozoides, para após a fecundação e em seguida a introdução no útero da mulher, consiste na chamada fecundação *in vitro*, também conhecida como uma outra técnica de inseminação artificial.

Nesse sentido registra Bruna R. Correa<sup>1</sup>, a inseminação artificial constitui em:

[...] técnicas de reprodução assistida que permitem a geração da vida, independentemente do ato sexual, por método artificial, científico ou técnico. A fecundação resultante da reprodução medicamente assistida é utilizada em substituição à concepção natural, quando houver dificuldade ou impossibilidade de um ou de ambos de gerar. São técnicas de interferência no processo natural, daí o nome de reprodução assistida.

A inseminação tem por objetivo satisfazer um desejo e um direito dado ao casal que por algum motivo encontra-se impossibilitado de gerar filhos, seja por esterilidade da mulher ou do homem, ou até mesmo por morte, e ainda, por alguma doença que dificulte a procriação.

Segundo Ana Caroline Oliveira Montalbano<sup>2</sup>, a inseminação artificial é conceituada como o “conjunto heterogêneo de técnicas empregadas com o intuito de combater a esterilidade do ser humano ou de prevenir enfermidades genéticas e hereditárias”.

Diante disso, esta técnica serve para solução de problemas de casais que se encontram impossibilitados de gerar filhos por meio de reprodução natural.

---

<sup>1</sup> CORRÊA, Bruna. R. *Direito à sucessão na inseminação artificial assistida post mortem*, 2010. In: DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. rev. atual. e ampla. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 361.

<sup>2</sup> MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. *Inseminação “Post Mortem” e seus reflexos no Direito de Família e sucessões*, 2012. In: MADALENO, Rolf. *Novos horizontes do direito de família*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 59.

## 1.2. Técnicas de reprodução assistida Homóloga e Heteróloga

A inseminação artificial se divide em homóloga, heteróloga, fecundação *in vitro* e *in vivo*.

Para Ferraz a inseminação artificial homóloga: “Foi a primeira técnica de reprodução humana praticada pelos médicos [...]”.

A inseminação homóloga consiste na introdução do sêmen do marido ou companheiro no útero da esposa. Ao passo que a heteróloga consiste na utilização do material genético de terceiro para a reprodução, visto que há a impossibilidade de utilização por parte do cônjuge ou companheiro.

A fecundação *in vitro* é uma técnica na qual utiliza-se o material genético do casal, fecundado em laboratório, e após implantado o embrião no útero da mulher, são as chamadas mães substitutas, e por fim, esta última, fecundação *in vivo*, diferentemente da anterior, ocorre dentro do corpo da mulher, e pode ser realizada por meio da fecundação espontânea, sem qualquer monitoração, Coito Programado, quando os ovários da mulher são estimulados para ajudar a produzir mais do que um ovócito obtendo portanto, um resultado positivo na gravidez, e por fim, a inseminação artificial, na qual o sêmen é preparado fora do corpo da mulher e após introduzido para assim ser fecundado.

No Enunciado 105 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, estabeleceu ainda, além das demais citadas acima, uma outra modalidade de inseminação artificial, qual seja, homóloga *post mortem* que consiste na implantação do sêmen crio preservado do cônjuge ou companheiro já falecido, no útero da mulher. Esta última técnica é mais discutida no âmbito jurídico, visto que o Código Civil de 2002 não prevê tal possibilidade. Tendo, portanto, que ser resolvidas pelos princípios, doutrinas e jurisprudência.

Olga Jubert Gouveia Krell<sup>3</sup> aduz que:

A fecundação homóloga é aquela em que se utilizam apenas os gametas (óvulo e esperma) do casal, sendo o esperma inserido no útero materno; a criança ao nascer terá informação genética do casal. A reprodução heteróloga caracteriza-se pela utilização de gametas de terceiros; a criança aqui gerada terá metade da informação genética do casal, ou nenhuma, caso os dois gametas sejam doados.

---

<sup>3</sup> KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*. Curitiba, PR: Juruá, 2006, p. 158.

Conforme preceitua Andrea Aldrovandi e Danielle Galvão<sup>4</sup>, a inseminação artificial:

Será homóloga quando a fecundação se der entre gametas provenientes de um casal que assumirá a paternidade e a maternidade da criança, Será heteróloga quando o espermatozoide ou o óvulo utilizado na fecundação, ou até mesmo ambos, são provenientes de terceiros que não aqueles que serão os pais socioafetivos da criança gerada.

A modalidade de inseminação artificial que será utilizada em todo o decorrer do presente trabalho será a homóloga *post mortem*, visto que esta será objeto de discussão do tema.

### **1.3. Caso “Affair Parpalaix”, advento de muitas discussões no âmbito da inseminação artificial**

O caso *Affair Parpalaix*<sup>5</sup>, foi um momento marcante que iniciou com discussões sobre a inseminação artificial, em que um casal francês que tinha como única chance a utilização desta técnica para realização do sonho de gerar filhos.

Alain era portador de câncer o que levou a procurar um banco de sêmen, onde depositou seu material fecundante, em virtude da esterilidade que lhe poderia causar o tratamento.

---

<sup>4</sup> ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. *A reprodução assistida e as relações de parentesco*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3127>>. Acesso em: 6 de maio 2014.

<sup>5</sup> O caso ficou conhecido pela denominação de *Affair Parpalaix*. No ano de 1984, Corine Richard e Alain Parpalaix se apaixonaram e semanas após o início do namoro, Alain tomou conhecimento que era portador de câncer nos testículos. Desejando deixar herdeiros e diante da impossibilidade de ter filhos após o tratamento quimioterápico que lhe causaria esterilidade, resolveu previamente procurar um banco de sêmen, onde depositou seu material fecundante, para que fosse criopreservado e em seguida implantado no útero de Corine Richard. Com o passar do tempo, a doença de Alain Parpalaix se desenvolveu aceleradamente, situação que levou o casal a contrair núpcias. Dois dias após a cerimônia de casamento Alain veio a falecer. Em decorrência da morte dele e diante do desejo de ter um filho como resultado do amor vivenciado, Corine alguns meses após o falecimento de seu marido, procurou o banco de sêmen, onde se encontrava depositado o material fecundante do de cujus, para se submeter à inseminação artificial na modalidade homóloga post mortem. Neste momento ela iniciou uma árdua jornada rumo à concretização do seu intento, uma vez que o banco de sêmen se recusou a lhe disponibilizar o material criopreservado de Alain, sob a alegação de que a prática desta inseminação não comportava previsão legal. Inconformada com a postura do banco de sêmen, Corine resolveu promover ação judicial. Em face de contrato de depósito, reconhecido pelo judiciário, o banco de sêmen tinha o dever de devolver o esperma de Alain. Todavia, a instituição em sua defesa fundamentou-se na legislação francesa e alegou que não era permitida a prática de inseminação post mortem, bem como, não existia pacto de entrega, visto que o material fecundante de pessoa já falecida não é passível de comercialização, não estando, portanto, obrigados a fazer qualquer restituição. Após um longo período de debates, o tribunal francês de Créteil se pronunciou no sentido de condenar o banco de sêmen a enviar o esperma do de cujus, ao médico indicado por Corine, para que ele realizasse a inseminação, e em caso de recusa, o banco de sêmen sofreria sanção pecuniária. No entanto, em razão do longo período decorrido para solucionar o caso, a inseminação artificial não logrou êxito, uma vez que os espermatozoides não estavam mais potencializados para a finalização da fecundação, causando em Corine uma grande decepção.

Ocorre que Alain veio a falecer, o que levou a sua esposa o desejo de engravidar por meio de inseminação artificial, momento este de grande frustração, em que houve recusa pelo banco de sêmen para utilização do material crio preservado, pelo fato de não haver previsão legal. Corine moveu ação judicial, na qual após um longo tempo foi concedida pela justiça a inseminação, porém, em face da demora não foi possível fazer a mesma, uma vez que os espermatozoides não se encontravam mais potencializados para a finalização da fecundação, motivo este de grande decepção.

A partir desse acontecimento, iniciaram-se as discussões a respeito da inseminação artificial *post mortem*, haja vista a ausência de lei.

## 2. Direito Sucessório e suas modalidades

### 2.1. Conceitos

Em sentido amplo, na técnica jurídica, *sucessão* significa a transmissão de uma situação jurídica de uma pessoa para outra.

Em outras palavras, uma determinada pessoa assume a titularidade de outra, em virtude da morte desta, sendo aquele responsável pelos bens deixados, tanto bens ativos quanto passivos.

Nesse caso, a transmissão ocorre por ato *causa mortis*, ou seja, em virtude do falecimento transfere-se a titularidade dos bens. Mas há uma outra forma de transferência dos bens, qual seja *inter vivos*, porém o objeto principal de estudo no presente trabalho será a transferência por ato *causa mortis*. Nesse sentido, direito de sucessão são as normas que regulam a transmissão dos bens do *de cuius* (autor da herança) aos sucessores.

Para o Professor Carlos Roberto Gonçalves<sup>1</sup>, a palavra “Sucessão”, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens.”

Conforme preceitua Maria Helena Diniz<sup>2</sup>,

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

---

<sup>6</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19.

<sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 17.

valores e dívidas do falecido, ou seja, a transmissão do ativo e do passivo do *de cuius* ao herdeiro.

Assim, entende-se que a sucessão não consiste somente na transmissão de bens ou valores ao sucessor, mas também consiste na transmissão de toda a dívida do *de cuius*.

De acordo com Daniel Veríssimo de Lima Junior<sup>3</sup>, *direito sucessório é o ramo ao qual, em decorrência da morte do autor da herança, cabe a responsabilidade pela transferência do patrimônio ativo e passivo, bem assim dos direitos e obrigações do de cuius, a seus sucessores. Esta transferência de caráter total ou parcial se dará por lei ou por testamento.*

Na visão de Sílvio de Salvo Venosa<sup>4</sup>,

O direito das sucessões disciplina, ..., a projeção das situações jurídicas existentes, no momento da morte, da desapareção física da pessoa, a seus sucessores. A primeira ideia, com raízes históricas, é de que a herança (o patrimônio hereditário) transfere-se dentro da família. Daí, então, a excelência da ordem de vocação hereditária inserida na lei: a chamada “sucessão legítima”.

A herança é transmitida aos herdeiros, no mesmo instante que ocorre o falecimento, e ao mesmo tempo, é aberta a sucessão, conforme prescreve o art. 1.784 do Código Civil de 2002, que diz: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

## 2.2. Espécies de Sucessão

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.786 descreve o seguinte: *A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.* Prevendo, assim, duas modalidades de sucessão, a sucessão legítima e a sucessão testamentária.

A primeira decorre de lei e ocorre quando, morrendo o autor da herança, os bens deixados são transmitidos automaticamente ao herdeiro legítimo, quando não houver testamento ou quando este caducar. Já a segunda se dá por ato de última vontade. Esta sucede quando, o *de cuius* antes de sua morte nomeia alguém, que não seja herdeiro legítimo, para herdar uma parte de seus bens. Como bem fala o título, é feito por meio de testamento.

---

<sup>3</sup> JÚNIOR, Daniel Veríssimo de Lima. *Reflexos da inseminação artificial post mortem no âmbito do direito sucessório*, 2012, Item 4.3.

<sup>4</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 4.

Na sucessão legítima os bens deixados pelo autor da herança são transmitidos imediatamente aos herdeiros legítimos, atendendo, assim, a uma ordem vocacional.

Dessa forma, Carlos Roberto Gonçalves<sup>5</sup> afirma que:

Morrendo, portanto, a pessoa *ab intestato*, transmite-se a herança a seus herdeiros legítimos, expressamente indicados na lei (CC, art. 1.829), de acordo com uma ordem preferencial, denominada ordem da vocação hereditária. Costuma-se dizer, por isso, que a sucessão legítima representa a vontade presumida do *de cuius* de transmitir o seu patrimônio para as pessoas indicadas na lei, pois teria deixado testamento se outra fosse a intenção.

A herança será transmitida ao herdeiro legítimo não só quando inexistir o testamento, mas quando este caducar ou for julgado nulo, conforme prescreve o artigo 1.788 do Código Civil.

No que diz respeito a sucessão testamentária, Carlos Roberto Gonçalves<sup>6</sup> ainda afirma que:

A sucessão testamentária dá-se por disposição de última vontade. Havendo herdeiros necessários (ascendentes, descendentes ou cônjuge), divide-se a herança em duas partes iguais e o testador só poderá dispor livremente da metade, denominada porção disponível, para outorgá-la ao cônjuge sobrevivente, a qualquer de seus herdeiros ou mesmo a estranhos, pois a outra constitui a legítima, àqueles assegurada no art. 1.846 do Código Civil.

Com isso entende-se que, mesmo havendo testamento, o testamentário só terá direito até a metade da herança, sendo que o restante é resguardado ao herdeiro necessário. Assim, a sucessão poderá ser simultaneamente legítima e testamentária.

Nesse mesmo sentido entende Sílvio de Salvo Venosa<sup>7</sup>, o qual afirma que:

A herança dá-se por lei ou por disposição de última vontade (art. 1.786). O testamento traduz esta última vontade. Quando houver testamento, atende-se, no que couber, segundo as regras hereditárias, a vontade do testador. Quando não houver testamento ou no que sobejar dele, segue-se a ordem de vocação hereditária legítima, isto é, estabelecida na lei. Entre nós, portanto, podem conviver as duas modalidades de sucessão, .... A vocação legítima prevalece quando não houver ou não puder ser cumprido o testamento. A sucessão testamentária é detalhadamente ordenada pelo nosso ordenamento.

---

<sup>10</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p. 42.

<sup>11</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 43.

<sup>12</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo, *ibidem*, p. 2.

Vale ressaltar que da mesma forma que foi exposto quanto às espécies de sucessão, a autora Maria Helena Diniz<sup>8</sup> possui o mesmo posicionamento dos demais autores descritos, e, portanto, não se faz necessário descrever seu entendimento.

Diante disso, é necessário esclarecer que, como já bem demonstrado no presente trabalho, a espécie de sucessão que interessa a este, é a sucessão legítima, visto que como a criança é descendente do *de cujus*, a mesma desfruta dos direitos oferecidos na sucessão legítima, já que é herdeiro necessário.

### 3. Princípios constitucionais e legais relacionados ao direito de família

A palavra “princípio” vem de primeiro impulso dado a uma coisa, de início, começo. Esses princípios servem para orientar o legislador na criação de leis, além de auxiliar na aplicação do direito quando há uma lacuna ou omissão na norma.

De acordo com Maria Berenice Dias<sup>9</sup>:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema e, como diz Celso Antonio Bandeira de Mello, violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um princípio mandamental obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

A Constituição Federal em seu artigo 25 descreve: *os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.*

Infere-se do referido dispositivo constitucional que o Estado deve se pautar não somente em leis, mas, sobretudo, em princípios.

#### 3.1. Princípios da dignidade da pessoa humana

Este princípio se encontra no inciso III do 1º artigo da Constituição Federal, o qual prevê: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - **a dignidade da pessoa humana**”.

---

<sup>13</sup> DINIZ, Maria Helena, *ibidem*, p. 27/28.

<sup>14</sup> DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, p. 58.

Para Daniel Veríssimo de Lima Junior<sup>10</sup>, *o princípio da dignidade da pessoa humana, elemento basilar de todo o nosso ordenamento jurídico, assegura ao indivíduo o direito de ter uma qualidade mínima de vida e gozo de proteção estatal adequada às suas necessidades.*

Conforme preceitua Maria Berenice Dias<sup>11</sup> que “O princípio da dignidade da pessoa humana é o **mais universal de todos** os princípios. É um **macro princípio** do qual se irradiam todos os demais..., uma coleção de princípios éticos”.

Assim, entende-se que a dignidade da pessoa humana é o mais abrangente de todos os princípios, difundindo efeitos sobre todo o ordenamento jurídico. Levando em consideração que o direito à herança constitui um dos aspectos que compõem a dignidade da pessoa humana, o não reconhecimento dos direitos sucessórios legítimos, *post mortem*, violaria nossa Constituição.

Vale lembrar que a Declaração Universal de Direitos Humanos também salienta a dignidade da pessoa humana, em seu artigo 1º, o qual descreve: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em **dignidade e direitos**. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

### 3.2. Princípio da igualdade dos filhos

A Constituição Federal consagrou em seu artigo 5º, *caput*, que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Esse dispositivo nos leva a entender que, ninguém deve ser tratado de forma desigual, e para que uma pessoa seja obrigada a fazer algo deve haver uma lei que a obrigue. Como bem demonstrado não existe uma legislação que proíba a herança ao filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem*. Nesse caso não há qualquer impedimento para a concessão deste direito sucessório.

---

<sup>15</sup> JÚNIOR, Daniel Veríssimo de Lima, *ibidem*, Item 2.1.

<sup>16</sup> DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, p. 62.

Além do mais, não bastasse, a Constituição prevê plenos direitos igualitários aos filhos. Como podemos ver no artigo 227, § 6º, o qual descreve:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Ou seja, é vedado qualquer ato discriminatório aos filhos concebidos ou não do casamento. Esse dispositivo é amplo, abrangendo inclusive aqueles concebidos por meio de técnicas de reprodução assistida, mesmo sendo após a morte do cônjuge, afinal, apesar do texto constitucional não especificar, descrevendo em seu dispositivo apenas “filho”, o mesmo o é, independente da forma que foi concebido, seja por inseminação artificial ou da forma natural.

Além da previsão deste princípio na Constituição, o artigo 20 do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), bem como o artigo 1.596 do Código Civil de 2002 também reproduziram o mesmo texto.

De acordo com Caterina Medeiros de Luca<sup>12</sup>:

O princípio da igualdade entre os filhos, consagrado na Constituição Federal, não admite exceções, sendo que aquele concebido através de inseminação artificial *post mortem* é presumidamente filho do casal, e considerado concebido na constância do casamento, de acordo com o artigo 1.597, inciso III do Código Civil. Deste modo, devem ser garantidos a ele os mesmos direitos que possuem os outros filhos, inclusive o de ser considerado herdeiro legítimo do seu falecido pai. A legislação infraconstitucional não pode fazer exceções ou estabelecer diferenças quando a própria Constituição não o faz.

O Código Civil em seu artigo 1.834 dispõe o seguinte texto: “Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus descendentes”.

---

<sup>12</sup> LUCA, Caterina Medeiros. *O concebido post mortem no direito das sucessões*. Rio de Janeiro, 2010, p. 31 e 32.

Assim, o filho concebido por meio de técnicas de reprodução assistida tem os mesmos direitos que o filho concebido de forma natural, pois tal procedimento não impede qualquer direito, até mesmo o sucessório.

### 3.3. Princípio do melhor interesse da criança

Este princípio está especificado no artigo 227 da Constituição Federal o qual prevê:

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

De acordo com Daniel Veríssimo de Lima Junior<sup>13</sup>, por *Âmbito Jurídico* “O princípio do melhor interesse do menor pode ser traduzido como todas as condutas devem ser tomadas levando em consideração o que é melhor para o menor. Lembrando que, nem sempre o que é melhor para o menor, é o que ele deseja”.

A ação do Estado deve ser sempre visando o melhor interesse da criança, independente se é o que ela deseja ou não.

Ou seja, a criança, conforme dispõe a Constituição, tem como prioridade absoluta o direito à vida, à convivência familiar, entre outros, porém, estes citados são de suma importância para o presente trabalho, visto que, como bem salientado acima, a criança jamais deve ser privada de obter um convívio familiar, assim como não pode haver o impedimento do seu nascimento.

### 3.4. Princípio da Legalidade

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso II consagra o princípio da legalidade, nos seguintes termos: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esse dispositivo deixa claro que somente através da lei alguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo.

---

<sup>18</sup> JÚNIOR, Daniel Veríssimo de Lima, *Ibidem*, p. 22. In: *Âmbito jurídico*, Rio Grande, 22 de Agosto de 2014. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10588](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588)

Ana Carolina Montalbano<sup>14</sup> entende que “Tal princípio aplicado à reprodução humana assistida representa o direito de ter filho por qualquer método, desde que não vedado por lei, pois, no Estado Democrático de Direito, na relação entre particulares, **tudo o que não é proibido é permitido**”.

Este princípio deve ser aplicado ao caso com intuito de impedir que haja, por meio da autoridade competente no caso, abuso de poder.

Assim, tal princípio deve ser aplicado à inseminação artificial, tendo vista que não existe qualquer lei que proíba o uso desta técnica, nem mesmo o direito sucessório legítimo ao filho concebido por esta técnica, após a morte do cônjuge. Portanto, o filho tem liberdade ao usufruto da sucessão legítima.

#### **4. Os efeitos jurídicos da inseminação artificial homóloga, após a morte do *de cuius* no direito de sucessões**

Como já tratado no presente trabalho, no Código Civil não há previsão legal quanto à possibilidade de direito sucessório legítimo ao filho concebido por inseminação artificial homóloga, após a morte do pai, entretanto, conforme prescreve a Constituição, o filho deve ser tratado de forma igualitária, e, ainda, deve ser observado sempre o melhor interesse da criança. Como não conceder o direito à herança a este se o mesmo é filho biológico?

O art. 1.597 do Código Civil de 2002 dispõe:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na **constância do casamento** os filhos:  
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. (destacou-se)

Apesar do dispositivo citado acima, como já abordado, o Código Civil de 2002 não trata especificamente da inseminação artificial “*post mortem*”. Visto ainda, que o mencionado artigo trata tão somente dos filhos concebidos na constância do casamento, não estendendo, portanto, à união estável.

---

<sup>19</sup> MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira, *ibidem*, p. 21.

No que se refere à vocação hereditária, o art. 1.798 prevê: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Ou seja, para ter direito à herança a criança deve ter sido concebida ou nascida até o momento da morte do pai. Isso quer dizer que o Código Civil não garante ao filho concebido após a morte do *de cuius* o direito à sucessão legítima, resguardando tão somente o direito à sucessão testamentária, conforme prescreve o 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”; ou seja, mesmo tendo o direito à sucessão testamentária a pessoa que há de conceber deve ser indicada pelo testador.

A inseminação artificial, mesmo sendo após a morte do cônjuge, presume-se o direito à paternidade, conforme prescreve Maria Berenice Dias<sup>14</sup>:

A gravidez da mulher casada decorrente de inseminação artificial leva à suposição de que o marido é o cedente do espermatozoide, pois gera a presunção de paternidade (CC 1.597). Mesmo depois do falecimento do cônjuge, persiste a presunção de paternidade, quando são usados embriões excedentários (CC 1.597 IV).

Logo, entende-se que por consequência à presunção de paternidade, dá-se o direito sucessório ao filho.

Afirma ainda, Maria Berenice<sup>15</sup>:

O filho concebido tem direito a sucessão (CC 1.798), não podendo afastar-se de tal direito em se tratando de concepção decorrente de inseminação artificial. Ainda que não tenha havido a concepção ao tempo da morte do proprietário do sêmen, o filho terá direito sucessório na hipótese de ter o genitor expressamente manifestado seu consentimento para que a fertilização pudesse ocorrer depois de sua morte. Cabe lembrar que a legislação não proíbe a inseminação post mortem e a Constituição consagra a igualdade entre os filhos. Não se pode, portanto, admitir legislação infraconstitucional restritiva do direito do filho assim concebido.

Gabriella Nogueira Tomaz da Silveira<sup>16</sup> afirma que:

Na concepção homóloga, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a

---

<sup>20</sup> DIAS, Maria Berenice, *ibidem*, p. 215.

<sup>21</sup> DIAS, Maria Berenice, *idem*, p. 369.

<sup>22</sup> SILVEIRA, Gabriella Nogueira Tomaz da. *Inseminação artificial post mortem e suas implicações no âmbito sucessório*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11926&revista\\_caderno=6](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11926&revista_caderno=6)>. Acesso em maio 2014.

vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*. A norma constitucional que consagra a igualdade de filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários.

Posto isto, confere-se ao filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem* plenos direitos à sucessão legítima, porém, conforme afirma Maria Berenice, é necessário que o pai antes do falecimento tenha autorizado o uso do sêmen após sua morte.

Vale destacar que a Constituição Federal em seu art. 5º, XXX, descreve o seguinte texto:

Art. 5º **Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito **à vida**, à liberdade, **à igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
XXX - é garantido o **direito de herança**;

A própria Constituição ao afirmar o direito à herança no inciso XXX, no *caput* afirmou que não deve haver distinção de qualquer natureza, e que, em outras palavras, todos merecem tratamentos iguais, e ainda, assegura o direito à vida, o que nos leva a entender, que por mais ampla que seja tal afirmação, não há que se falar na vedação da herança ao filho concebido após a morte do *de cuius*.

Em contrapartida, Caio Mário *apud* Carlos Roberto Gonçalves<sup>17</sup> adverte que:

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. 1798 CC). Enquanto não houver uma reforma legislativa, até mesmo para atender ao princípio constitucional da não discriminação de filhos, caberá à doutrina e à jurisprudência fornecer subsídios para a solução dessa questão.

Nesse sentido Ana Caroline Oliveira Montalbano<sup>18</sup> por Almeida Junior (2003), entende que “o embrião, cuja fecundação só se deu *post mortem* (utilizando-se do sêmen congelado) não teria direito sucessório algum, pois não é pessoa concebida e muito menos pessoa nascida à época da morte do genitor”.

---

<sup>23</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. *Direito Civil Brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 325.

<sup>24</sup> MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. *Ibidem*. *Apud* JUNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. *Técnicas de reprodução assistida e biodireito*. 2003. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=110>>. Acesso em 2 jan. 2012.

Vale ressaltar que independente da sucessão ser em virtude da morte, o filho concebido após a morte é filho e não pode ser tratado de forma desigual aos demais. Além do mais, é necessária uma observação quanto ao que prevê o Código Civil, pois o mesmo foi criado no ano de 2002, e podemos ver que houve diversos avanços no que tange à inseminação artificial.

E ainda, faz-se importante mencionar que o Código Civil apesar de não tratar desse assunto de forma específica, não traz previsão que proíbe tal direito. Portanto, com base nos princípios previstos na Constituição e na justiça, as crianças nascidas pela técnica de inseminação *post mortem* tem pleno direito de usufruir da sucessão legítima.

Enfim, como bem salientado pelos autores acima citados, com a falta de legislação é imprescindível que esse mérito seja resolvido, de forma delicada, com fundamentos previstos na Constituição, bem como princípios, doutrinas e jurisprudências.

## 5. Decisões judiciais

A inseminação artificial *post mortem* é um tema bem atual. Por esse motivo, não há lei que assegure esse direito, nem mesmo a questão sucessória. Contudo, como já exposto, existem outros meios de conceder esse direito, através de fundamentações previstas na própria Constituição. E como forma de demonstrar que o filho concebido desta forma possui plenos direitos, serão exibidas algumas decisões favoráveis a esse direito.

Em Curitiba, ocorreu um fato no qual Roberto Jefferson descobriu que estava com câncer, e soube que sua chance de ter filhos diminuiria devido ao tratamento quimioterápico, momento em que resolveu guardar o sêmen.

No início de 2009, o mesmo veio a falecer, porém, não deixou qualquer autorização para a utilização do sêmen caso morresse, o que levou Kátia, sua esposa, a entrar na justiça para conseguir realizar o procedimento.

O Juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba, em maio de 2010, concedeu a liminar, na qual Katia engravidou por meio da fertilização *in vitro*, e no ano de 2011 a criança nasceu. Esta foi a primeira decisão judicial brasileira sobre reprodução póstuma, de acordo com advogados e desembargadores. Apesar dessa autorização por parte da Justiça, não se sabe ao certo quanto ao direito sucessório da criança.

Entretanto, na mesma publicação foi citado o Enunciado 267 da III Jornada de Direito Civil, segundo o qual prevê que “a regra do art. 1.798 do Código Civil 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”.

## **Conclusão**

O presente trabalho trata de inseminação artificial homóloga, visto que não será utilizado o material de terceiro, mas tão somente do casal que deseja conceber o filho.

Nos dias atuais, como demonstrado, houve diversos avanços, especialmente no campo da biomedicina, na questão da inseminação artificial *post mortem*, inclusive na questão sucessória. Porém, a legislação não conseguiu acompanhar tais avanços, deixando assim, uma lacuna que, por consequência, surgiram grandes conflitos no que tange à herança da criança concebida por esta técnica, após a morte do pai.

No que tange ao reconhecimento de filiação, não há o que questionar, pois o Código Civil em seu art. 1.597, inciso III, já prevê esse direito, como bem apresentado no trabalho, porém, no que diz respeito aos direitos patrimoniais, mais precisamente falando, direito à herança, não há previsão legal alguma.

Assim, como não há qualquer previsão legal que assegure tal direito, não existe também qualquer proibição ao uso desta técnica, nem mesmo vedação ao direito sucessório legítimo. Logo, observa-se uma grande falha.

No entanto, apesar de toda essa dúvida, a Constituição Federal nos trouxe alguns princípios, os quais devem ser utilizados de forma prioritária neste caso.

É inviável admitir, no meio em que vivemos, o nascimento de uma criança sem o seu direito sucessório assegurado, ou admitir que a mesma seja levada a um tratamento desigual comparado ao irmão. Isso é inadmissível. Os filhos devem ter tratamento isonômico conforme prevê a Constituição, portanto, confere-se aos filhos nascidos pela técnica após a morte do pai o direito à herança, e inclui-se à classe de herdeiro legítimo e necessário.

## Referências

ALDROVANDI, Andrea; França, Danielle Galvão de. *A reprodução assistida e as relações de parentesco*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3127>>. Acesso em: 6/05/2014.

CORRÊA, Bruna. R. *Âmbito Jurídico. Direito à sucessão na inseminação artificial assistida post mortem*.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família*. Curitiba: Juruá, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 7, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 6, 10º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JÚNIOR, Daniel Veríssimo de Lima. *Reflexos da inseminação artificial post mortem no âmbito do direito sucessório*, 2012.

JÚNIOR, Daniel Veríssimo de Lima. *Reflexos da inseminação artificial post mortem no âmbito do direito sucessório*, 2012, p. 22. In: *Âmbito jurídico*, Rio Grande, 22 de Agosto de 2014. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10588](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588).

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*. Curitiba, PR: Juruá, 2006.

LUCA, Caterina Medeiros. *O concebido post mortem no direito das sucessões*. Rio de Janeiro, 2010.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. *Inseminação post mortem e seus reflexos no Direito de Família e sucessões*, 2012.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. *Inseminação post mortem e seus reflexos no direito de família e sucessões*. Bacharel em Direito; Especializanda em Direito Público; ESMEC. Ministério Público de Santa Catarina. Disponível em: <[ana\\_montalbano@hotmail.com](mailto:ana_montalbano@hotmail.com)> Revista ESMEC, v. 19, n. 25, 2012. Acesso em 1 de maio. 2014.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. *Inseminação post mortem e seus reflexos no direito de família e sucessões*, 2012. In: MADALENO, Rolf. *Novos horizontes do direito de família*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. *Inseminação **post mortem** e seus reflexos no direito de família e sucessões*, 2012. Apud JUNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. *Técnicas de reprodução assistida e biodireito*. 2003. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=110>>.

SILVEIRA, Gabriella Nogueira Tomaz da. *Inseminação artificial **post mortem** e suas implicações no âmbito sucessório*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11926&revista\\_caderno=6](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11926&revista_caderno=6)>. Acesso em: maio/2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Página da internet:

<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2209896/liminar-autoriza-reproducao-post-mortem> Acesso em: julho/2014.

Artigo submetido à *Virtù: Direito e Humanismo*, recebido em 16 de junho de 2015. Aprovado em 9 de maio de 2017. A construção argumentativa, a adequada utilização do referencial bibliográfico, as opiniões e as conclusões são de responsabilidade da autora.