

Uni-ANHANGUERA – CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS
CURSO DE DIREITO

SUCCESSÃO PÓS MORTEM: FILHOS NASCIDOS APÓS A MORTE DO MARIDO
POR MEIO DA INSEMINAÇÃO HOMÓLOGA

LUIS FELIPE CABRAL ESTEVES

GOIÂNIA
Outubro/2015

LUIS FELIPE CABRAL ESTEVES

**SUCCESSÃO PÓS MORTEM: FILHOS NASCIDOS APÓS A MORTE DO MARIDO POR
MEIO DA INSEMINAÇÃO HOMÓLOGA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do Centro Universitário de Goiás Uni-ANHANGUERA sob orientação da Dra Hulda Silva Cedro da Costa, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Goiânia

Outubro/2015

LUIS FELIPE CABRAL ESTEVES

SUCESSÃO POR MEIO DA INSEMINAÇÃO PÓS MORTEM: FILHOS ASCIDOS APÓS A
MORTE DO MARIDO POR MEIO DA INSEMINAÇÃO HOMÓLOGA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em direito de Centro Universitário de Goiás – Uni-ANHANGUERA, defendido e aprovado em _____ de _____, de _____, pela banca examinadora constituída por:

Prof.^(a) Dra. HULDA SILVA CEDRO DA COSTA

Orientadora

Prof.^(a) Dr.^(a)/MS (nome do membro)

(Membro)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por tudo que me proporciona em minha vida. Aos meus familiares que sempre me incentivaram a lutar pelos meus ideais.

Aos professores desta Faculdade que me deram uma nova perspectiva em prol do meu futuro profissional.

Ninguém ignora tudo. Ninguém sabe tudo.
Todos nós sabemos alguma coisa. Todos nós
ignoramos alguma coisa. Por isso aprendemos
sempre.

Paulo Freire

RESUMO

O Presente trabalho visa abordar os pontos sobre o direito sucessório do filho que vem a nascer após a morte de seu pai, através da inseminação homologa com base no código civil de 2002 e Doutrinadores. Esse método utiliza o material genético do casal mesmo o cônjuge estando morto. O presente trabalho passa pela Filiação, mostrando meios de filiação, referindo-se sobre o que a Constituição Federal cita em seus artigos e mostra seus pontos levando como base o art. 1.597 . Entra no quesito sucessão, mostrando os direitos que esse filho tem sobre o espólio deixado por seu progenitor, sobre sucessão direta e Testamentaria onde esse filho que ficou desamparado poderá se resguardar perante a Lei e falarei sobre a sucessão *Post Mortem* e os meios de sua concepção explicando sobre a homóloga e heteróloga mostrando a diferença entre elas.

Diante do exposto, o presente trabalho vem traçar um paralelo entre as legislações pertinentes do direito de família e sucessões para saber se esse filho gerado pela inseminação homologa após a morte de um dos cônjuges é herdeiro legítimo ou não no caso de seu suposto pai que deixou seu material genético para que futuramente pudesse ser usada pela companheira sobrevivente.

As divergências entre legislações, doutrinas e jurisprudências que falam sobre o assunto de filiação póstuma deixam diversas dúvidas se é possível a sucessão legítima ou testamentária da criança, pois existem três correntes doutrinárias diferentes sobre a sucessão deste herdeiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à herdar, Criança, Falecimento do Conjuge, Medicina Moderna, Nascimento

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. - Artigo

CF – Constituição Federal

LISTA DE SIGLAS

CFM - Conselho Federal de Medicina

CECOS - Centro de Estudos e Conservação do Esperma

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DA FILIAÇÃO	11
1.1 Princípios Constitucionais da Filiação	11
1.2 Princípios da igualdade entre os filhos	12
1.3 Conceito de Filiação	13
1.4 Especies de Filiação	14
2. DA SUCESSÃO	16
2.1 Conceito	16
2.2 Especies de Aceitação da Herança	17
2.2.1 <i>Aceitação Tácita</i>	17
2.3 Sucessão Legítima	17
2.4 Tipos de Herança para Sucessão	19
2.4.1 <i>Herança Jacente e Herança Vacante</i>	19
2.5 Sucessão Testamentária	20
2.6 Excluídos da Herança	21
3. DA SUCESSÃO PÓS MORTEM	22
3.1 Inseminação Artificial Homóloga e Heteróloga	22
3.2 Legislação	25
3.3 Posições Doutrinárias	27
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	30
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	32

INTRODUÇÃO

A pesquisa aqui proposta se caracteriza como sendo aproximadamente de uma tendência comparativa, por pretender encontrar a essência da compreensão de operadores do direito, quanto ao tema proposto, além de interpretar a legislação concernente ao assunto, a seguinte pesquisa fará uso de métodos científicos para sua melhor compreensão.

Ainda, quanto à coleta de dados, a pesquisa se enquadra como sendo de revisão bibliográfica, cujos dados secundários serão obtidos na constituição federal, artigos publicados em revistas especializadas, acórdãos de tribunais superiores, textos publicados na internet, anais de congressos, anais dos debates legislativos, tudo com o propósito de determinar, com base na doutrina e legislação pertinentes e decisões judiciais existentes, a titularidade original da produção intelectual nos institutos de ensino e pesquisa., ou seja, utilizara ampla pesquisa bibliográfica buscando enriquecer de detalhes a monografia, também terá como procedimento, o método histórico com intuito de buscar amplo conhecimento sobre o assunto abordado; o método comparativo visando abordar as posições divergentes acerca do tema com o intuito de melhor compreender o referido assunto, buscando enriquecer de detalhes a monografia.

O Presente trabalho aborda em seu primeiro capítulo os pontos sobre o direito sucessório do filho que vem a nascer após a morte de seu pai, através da inseminação homologa. Esse método utiliza o material genético do casal mesmo o cônjuge estando morto.

O direito das sucessões elencados no segundo capítulo regula as relações de uma pessoa após sua morte. É o ato em que uma pessoa substitui outra nas relações jurídicas. Este tema está sendo bastante discutido pois na verdade família em sentido estrito é constituída pelos filhos, pai e mãe o que vem mudando de acordo com tempo onde vem surgindo novas espécies de família. Uma das alterações foi no atual código civil e na Constituição de 1988, onde veio o reconhecimento dos filhos mesmos que este sejam concebidos fora do casamento.

O terceiro capítulo falará sobre a sucessão para filhos nascidos após a morte do marido tem sido bastante discutida por não ter uma legislação que regule os direitos dessa criança. A divergência entre doutrinadores, pois, uns entendem que o sucessor tem amplo direito em relação a sucessão legítima, outros entendem que esse filho só tem direito a presunção de paternidade. O código civil de 2002 no artigo 1.597 estabelece a presunção de paternidade artificial homologa, mesmo está sendo realizada após a morte do marido.

1. DA FILIAÇÃO

1.1 Princípios Constitucionais da filiação

A Constituição de 1988 reformou o que por muitos anos era uma injustiça praticada aos “filhos naturais” era placitado por uma ordem jurídica discriminatória. Os filhos, qualquer que seja sua origem tiveram reconhecido o direito de serem tratados com igualdade “ Proibida quaisquer designação discriminatória relativas à filiação”

A igualdade entre os filhos teve uma maior repercussão no direito sucessório, onde os filhos extraconjugais, ou seja, havido fora do casamento(matrimônio) tiveram maiores direitos na herança, significa dizer que ganharam direito ao seu quinhão hereditário disputando em pé de igualdade com os outros filhos.

Art. 227,§ 6ª da Constituição Federal :

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 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.

O Artigo 337 do antigo código falava que o filo gerados na constância do casamento eram legítimos, ainda que anulado ou nulo. Esse artigo foi revogado pela Lei 8.566/92 e ainda regulou a investigação de paternidade para os filhos havidos fora do casamento.

Com a mudança na Constituição Federal de 1988 a família moderna ganhou uma flexibilidade na sua interpretação, podem essa interpretação ser boa como também não favorável como é o caso do referido tema , pois há ai divergências.

1.2 Princípios da igualdade entre os filhos

O privilegio ou prioridades se extinguiu por completo com a Carta Política de 1988,

respeitando até mesmo os filhos de adoção.

Rolf Madaleno (2001)

“Finalmente, a Carta Federal resgata a dignidade da descendência brasileira, deixando de classificar filhos pela maior ou menor pureza das relações sexuais, legais e afetivas de seus pais, quando então, os filhos eram vistos e classificados por uma escala social e jurídica direcionada a discriminar o descendente e a sua inocência, por conta dos equívocos ou pela cupidez de seus pais.”

Pode-se afirmar que atualmente não existe mais tipos de diferenciação entre filhos, ou seja, não importa se eles são do casamento ou não, uma vez que com a Constituição Federal 88 foi reconhecida a família gerada pelo casamento, união estável, pelo homo afetivo, pela adoção e pelo sócio afetivo, quando em seu artigo 226 diz que :

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Atualmente, só existe duas classes de filhos, os que são filhos e os que não são filhos. O código civil de 1916 proibia que se fizesse a investigação de paternidade contra homens casados, o que hoje em dia mudou podendo também o pai biológico fazer a investigação para saber se o filho é mesmo dele.

1.3. Conceito de filiação

Para a maioria dos doutrinadores filiação é o vínculo existente entre pais e filhos. Na doutrina o estado de filiação não tem merecido o tratamento devido, sem embargo de sua evidente essencialidade, salvo quando se cuida do estado de fato, na modalidade de posse de estado, ou do reconhecimento voluntário ou forçado. Todavia, são situações que têm por fito comprovar a existência de estado de filiação, quando este seja objeto de dúvida ou litígio. Venosa diz: “filiação pode ser definida como o liame jurídico existente entre pai ou mãe e seu filho. Nesse sentido são utilizados os termos *Paternidade e Maternidade*.”

Venosa (2007, P.206) :

A filiação é, destarte, um estado, o *status familiae*, tal como concebido pelo antigo direito. Todas as ações que visam a seu reconhecimento, modificação ou negação são, portanto, ações de estado. O termo *filiação* exprime a relação entre filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram.

O artigo 1.596 do código civil diz que os filhos havidos fora da constância do casamento tem os mesmos direito dos filhos que foram concebidos na relação conjugal e ainda menciona que não podem esses filhos gerados fora ou por meio de adoção não podem sobre qualquer especie de discriminação.

Artigo 1596 do Código Civil :

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Filiação é a relação de parentesco em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe geraram e também pode ser de uma relação socioafetiva entre pai adotivo e o filho adotado ou mesmo o filho advindo da inseminação artificial heterólogo.

Essa relação nem sempre vem da união sexual entre homem e mulher, como menciona Maria helena Diniz (página 500), essa relação pode ser provida de uma inseminação

homóloga (Código Civil, artigo 1597, III), como já ocorreu com Kim Casali, que após 16 (dezesesseis) meses da morte de seu marido por câncer, ela usou o material genético deixado pelo mesmo, para gerar seu filho.

Artigo 1.597,III do Código Civil :

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; [...]

Filiação então é o vínculo do pais com seus filhos não importando se é adotivo, legítimo, por meio de inseminação heteróloga, ou simplesmente por afetividade. Filiação é o ato de cuidar e educar o filho que lhe foi deixada a guarda para zelar por essa outra pessoa.

1.4.Especies de Filiação

Com a relação afetiva, passou a existir varias especies de filiação, tornando difícil conceituar as especies de filiação, porém alguns doutrinadores como Maria Berenice Dias e Pedro Walter que arriscam mencionar 2 tipos de filiação a biológica (legítima) em face de ambos os pais, havida de relação de casamente ou de união estável ou em face do único pai ou mãe biológicos, na família monoparental e a não biológica (ilegítima) em face de ambos pais, oriunda da adoção regular; ou em face do pai ou da mãe que adotou exclusivamente o filho, há também a previsão legal para a filiação não biológica em face do pai que autoriza a inseminação heteróloga. Isso com fundamento legal no artigo 227 da Constituição acima mencionado e nos artigos 1.593, 1.596, 1.597, do Código Civil

Maria helena Diniz fala que filiação pode ser classificada apenas didaticamente pois a Constituição Federal proíbe qualquer preconceito na distinção entre filhos como: Matrimonial e Extramatrimonial.

A matrimonial é a filiação que se oriunda da união de pessoas ligadas por matrimônio válido ao tempo da concepção, se anulada, posteriormente, estando ou não de boa-fé os cônjuges, ou se decorrente de uma união de pessoas que, após o nascimento do filho, vieram a convolar núpcias

Extramatrimonial, é a filiação provinda de pessoas que estão impedidas de casar que não querem contrair casamento, podendo ser ilegítimo ou natural.

A filiação matrimonial tem sua base legal nos artigos 1.561 e 1.617 do código civil que menciona que embora anulável ou nulo o casamento os pais ainda assim continuam tendo deveres com seus filhos.

Artigo 1.651 do Código Civil :

Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1o Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2o Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

Artigo 1.617 do Código Civil

Art. 1.617. A filiação materna ou paterna pode resultar de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo.

A Constituição de 1988 regularizou a filiação tirando todo tipo de discriminação existente entre seus tipos e atribuindo novas formas de espécies de filiação, dando direitos aos filhos que foram concebidos fora do casamento e os adotivos gerados por uma relação de afetividade, ou seja, filho é filho não importa o meio do qual ele foi gerado ou se integrou a família.

2. Da sucessão

2.1 Conceito

Sucessão é o meio do qual uma pessoa deixa para outrem todos os seus bens em razão de sua morte ou mesmo em vida ainda.

Artigo 1784 do código civil:

Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Quem recebe essa herança é denominado herdeiro, porém nem sempre essa pessoa será herdeiro, pode também essa pessoa ser chamado de legatário para o direito brasileiro. A abertura da sucessão é o último lugar onde o autor da herança viveu. A grande diferença entre o herdeiro e o legatário é que decorre a partir do testamento. Sendo mais específico herança é o conjunto de relações patrimoniais deixado pelo falecido.

Artigo 1923 do código civil:

Art. 1.923. Desde a abertura da sucessão, pertence ao legatário a coisa certa, existente no acervo, salvo se o legado estiver sob condição suspensiva.

§ 1º Não se defere de imediato a posse da coisa, nem nela pode o legatário entrar por autoridade própria.

§ 2º O legado de coisa certa existente na herança transfere também ao legatário os frutos que produzir, desde a morte do testador, exceto se dependente de condição suspensiva, ou de termo inicial.

A dois tipos de Sucessão, elas podem ser legítimas que é aquela que tem uma lei a regulamentar ou testamentárias que é a qual o testador em vida faz um “termo” especificando para quem irá deixar seus bens. A herança tem efeito a título universal ou a título singular. A sucessão a título universal é aquela que transferência de herança.

2.2 Espécies de aceitação da Herança

2.2.1 Aceitação Tácita

A aceitação da sucessão se dá através de duas maneiras que são : a aceitação tácita e a aceitação expressa. O tipo de aceitação mais comum é a tácita onde o herdeiro não precisa expressar sua vontade de suceder , como ocorre na aceitação expressa que é a aceitação por meio de declaração escrita. Venosa menciona que a aceitação pode ser expressa ou tácita, mais que deve haver escritura publica ou termo judicial

O motivo que tem a aceitação expressa é porque antigamente era-se necessário que se expressasse para poder aceitar essa herança pelo fato de não ter lei que regulasse os custos para essa aceitação, como tem hoje que é o artigo 1.792 do código civil.

Artigo 1.792 do código civil:

Art. 1.792. O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados.

2.3 Sucessão Legítima

As pessoas que podem suceder, são conforme o artigo 1.829 do código civil são os descendentes, os ascendentes, cônjuge, colaterais até o quarto grau e o Estado.

Artigo 1829 do código civil:

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.

Há de se falar em companheiro ou companheira como é o caso da união estável que

vem ganhando força na modernidade do direito e existe diversas jurisprudências que regula esse direito

Jurisprudências:

Ementa

União estável. Direito da companheira à herança. Lei nº 8.971/94. Lei nº 9.278/96.

1. O advento da Lei nº 9.278/96 não revogou o art. 2º da Lei nº 8.971/94, que regulou o direito da companheira à herança de seu falecido companheiro, reconhecida a união estável.

2. Recurso especial conhecido e provido

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentou, oralmente, o Dr. Luiz Roberto de Arruda Sampaio, pela recorrente.

Carlos Roberto Gonçalves em sua publicação “ Sinopses Jurídicas 4, Direito das Sucessões” menciona o direito do *Nascituro*. (citação). No mesmo livro Carlos Roberto Gonçalves diz assim como o código civil, são somente pessoas que tem esse direito de suceder, no caso dos animais eles ficam de fora dessa legitimidade, “ salvo indiretamente, pela imposição ao herdeiro testamentário do encargo de cuidar de um especificamente.”

Artigo 1798 do código civil:

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

O artigo 1799 do código civil diz que os filhos ainda não concebido na época da

abertura da sucessão, podem ser chamados a suceder na sucessão testamentária

Artigo 1799 do código civil:

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.

Sílvio de Salvo Venosa fala em seu livro (página 76) que lhe será nomeado de mando do juiz um curador

Artigo 1800 do código civil:

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

§ 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.

§ 2º Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixo, a partir da morte do testador.

§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

2.4 Tipos de Herança para se suceder

2.4.1 Herança Jacente e Herança Vacante

A herança Jacente é quando o falecido deixa bens sem nenhum herdeiro, sendo assim será nomeado um curador para essa herança até que apareça algum herdeiro legítimo ou necessário

Artigo 1.819 do código civil:

Art. 1.819. Falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, ficarão sob a guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância.

A herança vacante ocorre quando aberta a herança jacente não aparecem herdeiros para tomar posse dessa herança, sendo encaminhada ao Estado para administrar os bens e também ocorre vacância quando todos os herdeiros renunciaram a herança

Artigo 1.823 do código civil:

Art. 1.823. Quando todos os chamados a suceder renunciarem à herança, será esta desde logo declarada vacante.

2.5 Sucessão Testamentária

A sucessão testamentária decorre de expressa vontade da pessoa que veio a óbito de fazer um testamento. A vontade de testar é assegurada por lei limitado apenas pelo direito de herdeiros necessários . Artigo 1857 do código civil.

Artigo 1.857 do código civil:

Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.
§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.
§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

A maior parte dos tetamentos é feita por por pessoas que não tem parentes ou herdeiros legítimos, ou que querem deixar seus bens para uma pessoa especifica do seu circulo de amizade.

As características da sucessão testamentaria são que a sucessão é um ato personalíssimo de acordo com o artigo 1.857, feito somente pelo autor da herança; é unilateral pois surge da vontade do autor ; tem q ser solene, só será valida se respeitar todas a formalidades essências previstas na lei; é gratuito; pode ser revogado de acordo com o artigo

1.969 do código civil; causa mortis

Artigos 1.858 e 1969 do código civil :

Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo;

Art. 1.969. O testamento pode ser revogado pelo mesmo modo e forma como pode ser feito.

De forma ordinária há 3 tipos de testamento: A Pública, a cerrada e a particular. Há também as formas especiais de se testar que o artigo 1886 do código civil menciona: a Militar, a marítima e a aeronáutica

Artigo 1886 do código civil :

Art. 1.886. São testamentos especiais:

I - o marítimo;

II - o aeronáutico;

III - o militar.

2.6 Excluídos da Herança

Para que uma pessoa ou herdeiro legítimo seja excluído da herança ele deve ofender a dignidade, cometer um atentado contra a vida do autor, cometer um crime contra a honra e tentar impedir o autor de testar. No Brasil temos um famoso caso de exclusão da herança que é o caso da Suzane Louise von Richthofen, onde a filha se juntou ao namorado e o cunhado e assassinaram os pais de Suzane e assim receberia parte da herança que lhe era de direito. O artigo 1.814 do código civil fala que os autores, coautores e participantes do crime .

Artigo 1.814 do código civil:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Acórdão da 5ª Câmara Criminal do Estado de São Paulo

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Execução Penal nº 0273629-09.2012.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é agravante SUZANE LOUISE VON RICHTHOFEN, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao agravo para determinar a apreensão da fita para exame e providências retro determinadas. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente) e SÉRGIO RIBAS.

São Paulo, 5 de dezembro de 2013.

3 DA SUCESSÃO PÓS MORTEM

3.1-Inseminação Artificial Homóloga e Heteróloga

A filiação post mortem ocorre quando o marido deixa seu material genético congelado e após sua morte a cônjuge usa esse material genético concebendo assim uma criança. Esse método ocorre por meio de uma inseminação artificial homóloga. Para o doutrinador Eduardo de Oliveira Leite, inseminação artificial é “a introdução do esperma na vagina ou no útero de uma mulher por outros meios que não a relação sexual. A técnica é utilizada por certos casais que de outra forma não poderiam conceber, mas nos quais o homem não é totalmente estéril”.

Heloísa Helena Barboza esclarece que (página 200):

Entende-se por inseminação artificial (...) a obtenção da fecundação, que é sempre natural, por processos mecânicos e com a utilização de recursos médicos, através da introdução do esperma no interior do canal genital feminino, sem ocorrência do ato sexual.

Em outras palavras, é a introdução de esperma no aparelho genital de uma mulher por todos os outros meios que não a relação sexual.

O conceito trazido pela Sêmion, Centro de medicina reprodutiva que nos diz, conforme artigos achados no próprio site do Sêmion:

A Inseminação Artificial consiste em depositar os espermatozóides a diferentes níveis do trato genital feminino. Esquemáticamente ela pode ser realizada segundo duas modalidades: Inseminação Artificial Intra cervical (IC), Inseminação Artificial Intra-uterina (IU).

A Inseminação Cervical é um método simples que permite reproduzir as condições fisiológicas da relação sexual, porém, não apresenta, teoricamente, nenhum elemento de superioridade em relação ao ato sexual. Suas indicações são bastante limitadas se restringindo aos casos de impossibilidade de uma relação sexual normal ou de uma ejaculação intra-vaginal (malformação sexual; distúrbios sexuais; distúrbios na ejaculação).

A Inseminação Artificial Intra-Uterina consiste em depositar espermatozóides móveis capacitados (aptos a fertilizar, pós tratamento do sêmen em laboratório) no fundo da cavidade uterina no momento da ovulação. Este método, mais complexo que o precedente, representa uma alternativa de tratamento menos agressiva que outras técnicas de Reprodução Assistida.

Denomina-se inseminação artificial homóloga, "artificial insemination homologous", "inseminación con semen del cónyuge o compañero", "maritofecondazione", "artificial insemination by husband (AIH)", a que é feita com o esperma do marido, tendo em vista que, embora seja o casal biologicamente apto a procriar, eis que mantida a produção de sêmen, há impossibilidade da inseminação natural intravaginal, por não ser possível manter a relação sexual, em face de anomalia física do marido ou da mulher. (Como a doutrina define ??? O que o CRM fala sobre o tema ??? O que é inseminação artificial homóloga ???).

Artigo 1597:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
[...]
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
[...]

O primeiro caso que teve grande repercussão como relata Eduardo de Oliveira Leite (página 232-235) , “aconteceu na França, em 1984, e ficou conhecido como o Caso Parpelaix, julgado pelo Tribunal de Grande Instance de Créteil.¹⁷ Alain Parpelaix vivia com Corinne R. quando descobriu que tinha câncer nos testículos.

Então, em 1981, aconselhado pelos médicos. Ele depositou seu espermatozoides no devido ao risco de ficar estéril por causa do tratamento quimioterápico que teria que fazer. Após dois anos de tratamento, Alain P. morreu, em 25 de dezembro de 1983, tendo se casado com Corinne R. apenas dois dias antes do óbito. A viúva e seus parentes solicitaram ao CECOS (Centro de Estudos e Conservação do Esperma.) que devolvesse o espermatozoides coletado, para que se procedesse a inseminação artificial de Corinne. Mas a clínica se negou a devolver, por falta de previsão legal.

Submetida a questão ao Tribunal, este entendeu que não havia dúvidas quanto à vontade de Alain P., pois o depoimento dos pais de Corinne R., e dos pais dele também, deixava claro que durante a doença, e com a concordância de sua companheira, ele quis preservar as chances de procriar ao depositar o sêmen na clínica, mesmo que a concepção da criança ocorresse depois da sua morte. Esta atitude restou confirmada pelo casamento religioso e civil ocorrido dois dias antes de sua morte.

Como a clínica, o CECOS (Centro de Estudos e Conservação do Esperma), não provou ter alertado e prevenido Alain P. sobre a sua oposição à devolução do material coletado após a morte, o Tribunal entendeu que esta aceitou tacitamente a vontade de Alain P., e pelas circunstâncias apresentadas, concluiu, também, que o contrato celebrado entre Alain P. e CECOS (Centro de Estudos e Conservação do Esperma)constitui um contrato específico, cabendo ao CECOS a obrigação de conservar e de restituir ao doador o espermatozoides ou devolvê-lo a quem fosse destinado.

Deste modo, a decisão do Tribunal condenou o CECOS (Centro de Estudos e Conservação do Esperma) a restituir o sêmen a Corinne, tendo sido imposta uma cláusula penal por uma eventual demora. No entanto, embora Corinne tenha conseguido a devolução do material genético de Alain, a inseminação não foi bem sucedida. Devido à demora para a resolução do caso, os espermatozoides já não estavam mais potencializados para a fecundação ”

Existem a inseminação artificial que é a homóloga e a heteróloga. A inseminação homóloga consiste na utilização do material genético do próprio marido, ou seja, o marido deposita seu material genético e mesmo após sua morte esse material poderá ser utilizado, já na inseminação heteróloga esse material genético será de uma terceira pessoa. No caso da heteróloga só será considerado na Constancia do casamento se tiver previa autorização do marido conforme artigo 1597, inciso 5 do código civil.

artigo 1597, inciso 5 do código civil.

[...]

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

3.2 Legislação

A Resolução 1.358/1992 do CFM (Conselho Federal de Medicina) regulamenta as técnicas de reprodução assistida e é uma reprodução onde os pais biológicos e genéticos são os mesmos que buscam a técnica de reprodução assistida como meio para procriar, e a filiação será sempre natural, sanguínea, não suscitando nenhuma controvérsia para o direito em relação ao parentesco.

Os Princípios Gerais da Resolução são :

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

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 e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já 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 em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo 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 proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

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

Não conceder a herança ao filho nascido por meio de reprodução assistida homóloga após a morte do Pai, fere um direito fundamental elencado na constitucional da pessoa humana que está no artigo 5^a, XXX da Constituição Federal onde fala que é garantido o direito de herança

A Constituição Federal é bem clara quanto ao direito sucessório mencionando que todos devem ter direito ao direito sucessório e que n deve haver distinção dentre os filhos 5^o, inciso XXX, constituição federal:

Art. 5^o 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;

Para a doutrina não há um posicionamento ao certo sobre o assunto, há correntes, a favor e contra e há também quem queira fazer uma junção das duas correntes.

O artigo 1.597 do código civil em seu inciso III fala que mesmo com a morte do marido o filho nascido por filiação homóloga também serão considerados na constância do casamento.

O referido artigo dá a subentender que esse filho será herdeiro legítimo garantindo-lhe assim o direito de herança como herdeiro legítimo.

1.597 do código civil:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

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;

Apesar do artigo 1597, acima citado subentender que o filho nascido pela reprodução homóloga ser herdeiro legítimo, não há um certo posicionamento dentre os doutrinadores sobre o assunto. Há 3 correntes doutrinárias q divergem sobre o assunto.

3.3 Posições Doutrinária

Na primeira corrente não dá nenhum direito ao filho nascido após a morte do marido. Essa corrente sofre influencia de doutrinadores que seguem o artigo 1798 do código civil como Maria Helena Diz e Mônica Aguiar.

No caso da Maria Helena Diniz ela é mais severa pois para ela não se admite sequer a presunção de filiação. Só mente poderá se herdar os filhos desse meio de inseminação com base no artigo 1799 do código civil no seu inciso I.

1799 do código civil, inciso I :

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;

Para Maria Helena Diniz :

Se, por ocasião do óbito do autor da herança, já existia embrião crioconservado, gerado com material germinativo do de cujus, terá capacidade sucessória, se, implantado num útero, vier a nascer com vida e, por meio de ação de petição da herança, que prescreve em dez anos após a sua maioridade (18 anos), poderá pleitear sua parte no acervo hereditário.

A segunda corrente se admite a sucessão somente por sucessão testamentária com base no referido artigo acima citado. Sílvio Salvo Venosa é a favor dessa corrente

Sílvio de Salvo Venosa (página 54)é adepto dessa corrente, posicionando-se da seguinte maneira:

No caso de herdeiros ainda não concebidos, os bens da herança serão confiados, após a partilha a curador nomeado pelo juiz (art. 1.800). Se, após dois anos contados da abertura da sucessão, não nascer o herdeiro esperado, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos, salvo disposição em sentido diverso feita pelo testador (art. 1.800, & 4º). Nesse caso, resolve-se a disposição testamentária. Essa questão prende-se diretamente às inseminações artificiais e fertilização assistida em geral, quando seres humanos podem ser gerados após a morte dos pais [...] Se não houver previsão testamentária para esses filhos, pelo princípio atual não serão herdeiros.

A terceira corrente corrente da qual eu particulamente sou a favor é aquela que dá amplo direito sucessório ao filho concebido após a morte do pai dando lhe assim o direito de poder usar o artigo 1824 do código civil caso sinta que lhe foi privado do seu direito

Art. 1.824 do código civil:

Art. 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.

Maria Berenice Dias citada por Torres em seu artigo O Direito Sucessório Do Filho

Concebido Por Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem; fala que:

O uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade. Impensável cercar esse direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter à técnicas de reprodução assistida. 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 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.

Também no mesmo sentido está Eduardo de Oliveira Leite:

Em se tratando de criança concebida in vitro (sem recurso a um terceiro doador) e cujo pai faleceu antes da implantação do embrião, a hipótese é cientificamente plausível já que a congelamento do embrião permite sua conservação. A criança herdaria de seu pai porque concebida na data da abertura da sucessão. No caso de criança concebida, a máxima infans conceptus pro nato habetur quoties ejus agitur confere a aptidão a herdar sob a condição de nascer com vida.

Caio Mario (p.34) também é adepto dessa terceira corrente que fala da possibilidade do concebido, após a morte do pai, ser considerado herdeiro legítimo, pois o Código Civil, no artigo 1.597, o presume concebido na constância do casamento:

Resta saber como semelhante „presunção“ (rectus, ficção) se harmoniza com a regra do artigo 1.798, que apenas reconhece legitimação sucessória às „pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão“. Se o filho havido artificialmente, após a morte do pai, reputa-se concebido „na constância do casamento“, estaria aparentemente preenchido o requisito para sua legitimação sucessória: seria ele, para os efeitos legais, um nascituro (e não mero concepturo), plenamente equiparado ao que, já concebido por um processo natural, apenas não houvesse ainda nascido quando da abertura da sucessão. Caio Mario (p.34)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O grande problema está em saber se o filho nascido após a morte do marido ou suposto pai terá direito a sucessão legítima ou não. Já que os Doutrinadores entram em desentendimento sobre o tema por não haver nenhuma legislação específica.

Pelo fato de não haver nenhuma legislação específica, uns admitem amplos efeitos a esse filho nascido após a morte do marido com base no código civil e o princípio constitucional de igualdade entre os filhos, outros só reconhecem a paternidade, desde que haja o consentimento prévio do falecido, concordando com essa concepção.

Com a evolução da sociedade e as constantes evoluções científicas de reprodução humana, surgiram problemas do qual o direito brasileiro passa a entrar em divergências nas suas regulamentações principalmente no direito de família e sucessão do qual o direito não conseguiu regulamentar o tema com segurança.

Uma dessas mudanças da qual o Direito Civil Brasileiro não conseguiu regulamentar foi a filiação *post mortem*, que vem a ser o filho gerado com o material genético do próprio casal após a morte de um dos seus genitores (inseminação homologa).

Diante do exposto, o presente trabalho vem traçar um paralelo entre as legislações pertinentes do direito de família e sucessões para saber se esse filho gerado pela inseminação homologa após a morte de um dos cônjuges é herdeiro legítimo ou não no caso de seu suposto pai que deixou seu material genético para que futuramente pudesse ser usada pela companheira sobrevivente.

As divergências entre legislações, doutrinas e jurisprudências que falam sobre o assunto de filiação póstuma deixam diversas dúvidas se é possível a sucessão legítima ou testamentária da criança, pois existem três correntes Doutrinarias diferentes sobre a sucessão deste herdeiro.

A primeira corrente entende que não há herança para esse filho gerado após a morte do De cujos, sendo incapaz de suceder de forma legítima e testamentária. Assim o Direito Civil Brasileiro deveria dispor de forma clara a proibição da técnica de inseminação artificial.

A segunda corrente já defende a possibilidade de conceder a este herdeiro a sucessão legítima quanto testamentária.

A terceira e última corrente também menciona que é possível estender os efeitos sucessórios a este herdeiro, porém essa sucessão só será válida se estiver dentro do prazo legal

para concebê-lo que dispõe o Artigo. 1800 do código civil Brasileiro. Assim será analisada de forma detalha sobre a sucessão desse herdeiro para saber sobre seu Direito liquido e certo com base nas leis e jurisprudências atuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GIORGIS, Jose Carlos Teixeira. **A inseminação póstuma**. ADV: Advocacia Dinâmica - Seleções Jurídicas, Edição especial, São Paulo, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: V. VI: Direito das Sucessões. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**: Do Direito das Sucessões. v. XXI, ed. Forense, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 6**: direito das sucessões. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família. Coleção direito civil**; volume 6. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: V. VI: Direito das Sucessões. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TORRES, Janaína de Farias. O Direito Sucessório Do Filho Concebido Por Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem. Disponível em: <http://www.forumjuridico.org/topic/13955-o-direito-sucessorio-do-filho-concebido-por-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem/>. Acesso em: 29 jan. 2012

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995 .

Gonçalves, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro - V. 7 - **Direito Das Sucessões**, 9 ed. 2015

Venosa, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Vol. VII** - Direito das Sucessões - 12ª Ed. 2007.

Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito Das Sucessões** - Coleção Sinopses Jurídicas - V. 4, 16ª ed. 2014

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado**: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima: arts. 1.784 a 1.856, v. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília,

DF, Senado, 1998.

Diniz, Maria Helena-**Curso de Direito Civil Brasileiro** - V. 5 - Direito de Família - 29 ed. 2014

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. XXI: do direito das sucessões (arts. 1784 a 2027). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família** :constituição e constatação. [2001?]. Disponível em:http://www.rolfmadaleno.com.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=26&Itemid=39>. Acesso em: 30 ago. 2007.