

INSTITUTO LUTERANO DE ENSINO SUPERIOR DE ITUMBIARA - GOIÁS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO.

ILDER CARLOS SILVA SANTOS

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*: O DIREITO SUCESSÓRIO DO
FILHO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMOLÓGA.**

Itumbiara
2015

ILDER CARLOS SILVA SANTOS

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*: O DIREITO SUCESSORIO DO
FILHO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMOLÓGA**

Monografia apresentada ao curso de Bacharelado em Direito do Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara - Goiás, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Mestre Maria das Graças Machado do Amaral Garcia.

Itumbiara
2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S237i Santos, Ilder Carlos Silva

Inseminação artificial *post mortem*: o direito sucessório do filho concebido por inseminação artificial homóloga. / Ilder Carlos Silva Santos. - Itumbiara: ULBRA, 2015.

52 f.

Orientadora: Prof.^a M. Maria das Graças Machado do Amaral Garcia. Monografia (Conclusão Curso de Direito) – Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara, 2015.

Inclui bibliografia e anexos.

1. Direito – Herdeiro. 2. Inseminação – Sucessão. I. Garcia, Maria das Graças Machado do Amaral. II. Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara. III. Título.

CDU: 347.6

ILDER CARLOS SILVA SANTOS

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*: O DIREITO SUCESSÓRIO DO
FILHO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMOLÓGA**

Monografia apresentada como requisito para
obtenção do título de Bacharel em Direito, junto
ao Instituto Luterano de Ensino Superior de
Itumbiara.

Orientadora: Mestre Maria das Graças Machado
do Amaral Garcia

Data de apresentação: ___/___/___.

Maria das Graças Machado do Amaral Garcia
Mestre - Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara-GO

Poliana Ferreira Assunção
Mestre - Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara-GO

Ana Paula Lazarino de Oliveira Arantes
Mestre - Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara-GO

Dedico este trabalho a todos que fizeram e fazem parte da minha vida. Em especial, aos meus pais exemplos de vida, sem eles eu nada seria. A minha noiva e aos meus irmãos pelos votos de apoio, incentivo e compreensão em minha ausência.

Agradeço primeiramente e sempre a Deus, pela dádiva da vida, pela saúde e força para suportar não só esta etapa, mais toda a jornada acadêmica.

A minha professora orientadora Mestre Maria das Graças Machado do Amaral Garcia, pelo apoio e suporte durante todas as orientações.

A todo corpo docente, direção e administração desta instituição de ensino e em especial os componentes do curso de bacharelado em Direito, os quais sempre primam pela ética e qualidade de ensino.

Aos meus pais e a minha noiva, pelo amor e por todo o incentivo, apoio incondicional e compreensão por minha ausência.

Aos meus familiares, em especial meus irmãos, por estarem ao meu lado me apoiando, aos meus amigos pelo apoio e incentivo durante esta etapa, bem como durante toda a jornada universitária. E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte de minha formação.

“A vida tem uma história muito comprida, mas cada indivíduo tem um começo muito preciso: O momento da sua Concepção.”

Jérôme Lejeune

RESUMO

A inseminação artificial homóloga *post mortem*, uma das técnicas de reprodução humana assistida existentes nos tempos atuais, consiste na utilização dos gametas masculino e feminino de um casal para a reprodução. O então vigente Código Civil de 2002, positiva quanto à presunção de paternidade dos filhos havidos por meio desta técnica, mais precisamente em seu artigo 1.597, III, abarcando a presunção de paternidade, ainda que falecido o cônjuge ou companheiro da prole havida por fecundação artificial homóloga, mesmo havendo positivado a paternidade desta prole o artigo 1.798 do mesmo código, assevera que são legitimados a suceder as pessoas já nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão, sendo assim o filho havido por meio de tal inseminação a priori não teria direito a sucessão dos bens deixados pelo pai, o que vai contra a Constituição e seus princípios aplicáveis ao direito de família e ao direito sucessório. Deste modo buscou-se responder, se tem direito a suceder o filho concebido por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem*?. Sendo necessário analisar o fenômeno da reprodução humana assistida *post mortem* e seus reflexos no Direito Sucessório Brasileiro. Especificamente conceituando a reprodução humana assistida, sua evolução histórica, bem como suas técnicas; pontuando os princípios constitucionais aplicáveis à reprodução humana assistida, bem como, discorrendo sobre o direito sucessório no ordenamento jurídico brasileiro. Para alcançar os objetivos utilizou-se o método dedutivo, seguido da pesquisa teórica e documental, tendo o mesmo caráter multidisciplinar, utilizando-se como marco teórico a obra de Anna de Moraes Salles Beraldo, Reprodução Humana Assistida e sua Aplicação *post mortem*.

Palavras Chave: Herdeiro. Inseminação. Sucessão.

ABSTRACT

Homologous artificial insemination post mortem, one of the techniques of assisted human reproduction existing in today's time, is the use of male and female gametes of a couple for breeding. The then current Civil Code of 2002, as the positive presumption of paternity of the children havidos through this technique, more precisely in Article 1597, III, covering the presumption of paternity, even if the deceased spouse or companion regarded offspring by artificial insemination homologous, even with positive paternity offspring of this Article 1798 of the Code, states that are legitimized to succeed the people already born or conceived at the time of opening of succession, therefore the child been through such an insemination a priori would not be entitled the succession of the property left by his father, which goes against the Constitution and its principles applicable to family law and inheritance law. Thus we sought to answer, you have the right to succeed the child conceived through artificial insemination homologous post mortem ?. It is necessary to analyze the phenomenon of human assisted reproduction post mortem and its effects on the Brazilian Law of Succession. Specifically conceptualizing assisted human reproduction, its historical evolution and its techniques; pontundo constitutional principles applicable to assisted human reproduction, as well as discussing the law of succession in the Brazilian legal system. To achieve the objectives we used the deductive method, followed by theoretical and documentary research, having the same multidisciplinary approach , using as theoretical framework the work of Anna de Moraes Salles Beraldo , Assisted Human Reproduction and Its Application post mortem

Keywords: Heir. Insemination. Succession.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	13
1.1 Evolução histórica	14
1.2 Técnicas de reprodução humana assistida	16
1.3 Dever de cuidado e a criopreservação do material genético.....	19
1.4 Biodireito e Bioética	21
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	25
2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	25
2.2 Princípio da igualdade entre os filhos.....	27
2.3 Princípio do melhor interesse da criança	28
2.4 Princípio da segurança jurídica	28
2.5 Princípio da legalidade.....	29
2.6 A Resolução nº 2.013 de 2013 do Conselho Federal de Medicina	29
3. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA POST MORTEM À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	32
3.1 A filiação do concebido <i>post mortem</i> e o artigo 1.597 do Código Civil	32
3.2 O direito sucessório	35
3.2.1 Da abertura da sucessão.....	36
3.3 Da vocação hereditária.....	38
3.3.1 Da sucessão legítima	38
3.3.2 Da sucessão testamentária	39
3.4 O direito sucessório na reprodução artificial homóloga <i>post mortem</i>	41
3.5 Formas de se garantir os direitos hereditários do concebido <i>post mortem</i>	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	50
ANEXOS	52

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como ponto principal a análise do fenômeno da inseminação artificial *post mortem*, e o direito sucessório do filho concebido por inseminação artificial homóloga. O Direito tem como intuito resolver e atender a todos os anseios da sociedade, de forma que os dois extremos, vida e morte, incluam-se e são permanentes nas bailas de discussões, tanto que se encontram positivadas normas e princípios relativos às várias fases deste ciclo, desde a concepção, o nascimento e principalmente aos efeitos e consequências jurídicas de seu fim, momento em que se vê ceifar uma vida, mais não os direitos e consequências atreladas a esta.

Contudo, apesar de já haver positivado vários dispositivos quanto a estes extremos, o vigente Código Civil de 2002 é silente quanto a algumas questões, principalmente frente aos avanços da Biotecnologia, quanto às técnicas de reprodução humana assistida, sobretudo no que se refere à inseminação artificial homóloga *post mortem* na seara da sucessão. Em seu artigo 1.597, III, o Código Civil de 2002, abarca a presunção de paternidade, ainda que falecido o cônjuge ou companheiro da prole havida por fecundação artificial homóloga, na contra mão de tal dispositivo, o artigo 1.798 do mesmo código, assevera que são legitimados a suceder as pessoas já nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão.

Diante da controvérsia jurídica que se instaura sobre o assunto e não localizado na doutrina entendimento pacífico sobre tal impasse, o trabalho buscou responder, quanto ao direito a suceder do filho concebido por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem*. Para responder tal questão trabalhou-se com a hipótese do filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem* ter direito a sucessão. Visto que, mesmo ante a omissão da legislação vigente quanto a este direito o operador do direito deve pautar-se e fazer o uso dos princípios constitucionais inerentes ao Direito de Família para assim solucionar tal impasse.

O trabalho teve como objetivo geral analisar o fenômeno da reprodução humana assistida *post mortem* e seus reflexos no Direito Sucessório Brasileiro. Para tanto foi necessário conceituar a reprodução humana assistida, sua evolução histórica, bem como suas técnicas; pontuar os princípios constitucionais aplicáveis à reprodução humana assistida, bem como, discorrer sobre o direito sucessório no ordenamento jurídico brasileiro, juntamente com

a legislação pertinente a tal direito, verificando quanto á possibilidade do filho concebido por meio de inseminação artificial *post mortem* ter ou não o direito a suceder.

Observando as constantes modificações e os avanços tecnológicos na seara da ciência médica reprodutiva, em comparação ao direito positivado observa-se que o mesmo não vem acompanhando fielmente tais avanços, logo não se deve deixar de lado que o Direito deve caminhar em um patamar de igualdade mais pleno possível aos avanços do convívio social, contribuindo assim o presente trabalho com as discussões acadêmicas do cenário jurídico atual, uma vez que não se encontra em lei especifica entendimento sedimentado para tal impasse.

Nos tempos atuais, em virtude dos avanços e evoluções da Biotecnologia, casais até então considerados inférteis, sem a chance de se ter uma prole, podem realizar o direito quanto ao desejo de se constituir uma família através das técnicas de reproduções humanas assistidas. Tal escolha enquadra-se ao princípio da liberdade do planejamento familiar, reconhecido na Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 226, §7º, consagrando a vontade do casal.

Porém, a reprodução humana, uma realidade atual, acaba por desestruturar alguns dogmas jurídicos, principalmente no que se refere à filiação e suas consequências, quanto ao direito hereditário, sofrendo assim estremecimentos de seus pilares. As certezas que o direito sustentava, tornaram-se não mais sólidas como antes, já que tal modalidade surgiu no convívio social, e não no mundo jurídico em concreto.

As implicações não são uníssonas ao triângulo da reprodução, ou seja, genitor, genitora e prole, mais também pode atingir um número maior de pessoas, e estas podem vir a sofrer as implicações dos efeitos causados pela técnica de reprodução assistida, logo a repercussão social do presente trabalho se torna clara e evidente. Em um contexto social qualquer situação que se reflita no surgimento ou na interrupção da vida de um ser humano tem uma grande relevância.

O trabalho monográfico tem caráter multidisciplinar, bibliográfico, com ênfase no marco teórico a obra de Anna de Moraes Salles Beraldo, bem como, por meio da análise da obra de Pisetta, artigos, monografias, revistas e teses, para analisar as controvérsias sobre o tema proposto. Utilizando-se do método dedutivo, uma vez que partiu-se de teorias e leis para à análise e explicação de um fenômeno particular, na forma qualitativa, pois buscou-se agregar informações às discussões já existentes sobre o tema, haja vista não ser possível quantificar os resultados, pois a pesquisa busca um acréscimo à discussão que é bastante pertinente, e tem dividido opiniões dos estudiosos do tema.

Na busca de uma possível resposta ao problema apresentado, o primeiro capítulo se centraliza na Reprodução Humana Assistida, trazendo o seu levantamento histórico, seus conceitos, suas técnicas, os valores da Bioética e do Biodireito.

No segundo capítulo o enfoque se dá nos princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família e as técnicas de reprodução humana assistida, ao passo que todo o Direito deve ser pautado nos prismas constitucionais regentes de todo o ordenamento jurídico, violar um princípio constitucional é ter caráter mais gravoso do que transgredir uma norma. A inobservância ao princípio implica ofensa não somente a um mandamento obrigatório específico, mas a todo o sistema de comandos, tornando-se a mais gravosa forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, levando em conta o princípio atingido, apresentando assim insurgência contra o sistema como um todo e subversão de seus valores fundamentais

O terceiro capítulo apresenta a reprodução humana assistida homóloga *post mortem* frente à legislação brasileira, aplicando os ditames positivados no Código Civil e Constituição Federal de 1988, tratando sobre o direito sucessório, sua vocação hereditária de forma geral, bem como, o direito sucessório na reprodução homóloga *post mortem* e os meios de se garantir esse direito.

1. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Inerente à procriação de todas as espécies vivas, sejam elas racionais ou não, a reprodução é um instinto natural. Ocorre que no ser humano, este instinto se desenvolve de forma racionalizada, podendo o indivíduo optar pelo tempo em que se deseja a reprodução, contudo, em alguns, esse desejo é impedido de se realizar por problemáticas em sua genética reprodutiva.

A falta de capacidade para reprodução faz surgir, para muitos, um problema na vida conjugal, fazendo com que o emocional, bem como os problemas interpessoais venham à tona e coloquem à prova a vida em comum; eis que surge a figura da reprodução humana assistida, não para colocar um fim concreto a infertilidade vivenciada, mais para solucionar de forma prática tal impasse.

Conceituando-se como um conjunto heterogêneo de técnicas empregadas com o intuito de combater a esterilidade do ser humano ou de prevenir enfermidades genéticas e hereditárias¹, a reprodução humana trata de uma intervenção médica no processo de fecundação natural dos seres vivos, de forma a contribuir para com o processo de procriação humana quando, pelas vias naturais não for possível concretizá-la, surgindo como meio realizador e idealizador do desejo ora negado pela natureza, aos casais inférteis, de se ter um filho, trazendo assim, inegável revolução para o até então único e concreto meio de reprodução existente. Nesse contexto, analisa Silvia da Cunha Fernandes:

(...) a reprodução artificial, como meio hábil para satisfazer o desejo de procriar do ser humano estéril, utilizará, conforme o caso, a técnica científica colocada à sua disposição pela ciência médica; as quais tiveram um desenvolvimento realmente espetacular nos últimos anos, provocando uma verdadeira revolução, pois acabaram por permitir que se gerasse uma nova vida sem uma relação sexual sequer.²

Nos ditames da Resolução nº. 2.013 de 2013, do Conselho Federal de Medicina, mais precisamente em sua seção I – no item 1, aduz que as técnicas de reprodução medicamente assistida têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras tentativas terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

¹ MADALENO, Rolf. **Novos Horizontes no Direito de Família**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 22.

² FERNANDES, Silvia da Cunha. **As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica**. Rio de Janeiro. Renovar, 2005. p. 43.

As técnicas de reprodução humana permitiram uma reformulação na compreensão e interpretação de várias normas do Direito Brasileiro. Nos dias atuais o estágio da evolução jurídica, quanto em matéria de interpretação e efetivação do direito não pode de forma alguma permitir lacunas.

1.1 Evolução histórica

Conforme Cristiano Colombo acrescenta, a reprodução humana artificial faz morada no ideário da humanidade há muito tempo, estando presente nas mitologias egípcias e gregas. Ademais, acentua que no século V a.C na Grécia, já teria havido estudos sobre a embriologia, os quais, teriam sido feitos por Hipócrates.³ Não são recentes as manifestações de reprodução humana sem o ato sexual, podendo ser obtidas manifestações de diferentes povos, ao longo da história, a exemplo:

A mitologia é rica em casos de mulheres que engravidam fora do ato sexual, como, por exemplo: Ates – filho de Nana, filha do rei Sangário, que teria colhido uma amêndoa e colocado em seu ventre (Grécia); Kwayin – deusa que possibilitava a fecundidade das mulheres que prestassem culto (China); Vanijin – deusa da fertilidade, mulheres que se dirigiam sozinhas a seu templo retornavam grávidas (Japão), no Brasil, é conhecida a lenda amazônica do boto que engravidava as mulheres que lhe dirigem o olhar⁴.

As técnicas de reprodução assistidas são nada mais nada menos que um avanço científico e tecnológico para toda a humanidade, como bem explica Rotania:

Intervenções e experiências com o processo de reprodução de seres vivos e da reprodução humana datam de alguns séculos. Os fatos que vêm ocorrendo no campo das ciências biológicas, médicas e afins são resultantes do desenvolvimento científico e tecnológico que sofre mudanças significativas a partir da chamada Revolução Científica do século XVII e, sobretudo, nos séculos XIX e XX.⁵

Em meados de 1770, foi concretizada a primeira experiência científica exitosa e comprovada, quando o biólogo e Italiano Spallanzani descobre “que o contato entre o fluido

³ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

⁴ ALDROVANDI, *apud*, PISETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga *post mortem*: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 37.

⁵ ROTANIA, Ana Alejandra. Dossiê Reprodução Humana Assisitida. Disponível em: <www.redesaude.org.br>. Acesso em: 11 de novembro de 2014.

seminal e o óvulo é o requisito básico da fecundação em mamíferos e realiza experiências com uma cadela”⁶

A partir daí no ano de 1791, o inglês Hunter realiza a primeira experiência de inseminação humana, consistente em injetar no útero ou na vagina o esperma, sendo a mesma realizada entre marido e mulher, ou seja, em sua forma homóloga, sobretudo somente no ano de 1799, o mesmo cientista conseguiu gerar uma gravidez humana com o emprego de sua técnica. No que diz respeito à técnica de reprodução heteróloga, aquela realizada com o esperma ou com o óvulo de um terceiro doador, foi no ano de 1834 que ocorrera sua primeira experiência.⁷

A reprodução humana assistida teve significativa evolução na década de 70, quando muitos geneticistas desenvolveram vários estudos quanto à fertilização *in vitro* utilizando-se de óvulos humanos, fazendo a coleta dos óvulos e dos espermatozoides, bem como a formação de embriões fora do corpo e, posteriormente, sua aplicação no útero materno.

O primeiro caso positivo de reprodução humana assistida realizado fora do organismo materno, com a fecundação do óvulo no ambiente externo, em proveta, aconteceu em 20 de julho de 1978, na Inglaterra. Tal realização se deu após um árduo trabalho de pesquisa, o qual se estendeu por mais de 10 (dez) anos, realizado por Steptoc e Edwards, tendo como resultado o nascimento da pequena Louise Brown, a primeira bebê de proveta.

No Brasil, mais precisamente no Estado do Paraná, no dia 07 de outubro de 1984, nasceu o primeiro bebê de proveta brasileiro, que também era do sexo feminino e recebeu o nome de Anna Paula Caldeira, sendo o médico responsável pelo procedimento o Dr. Milton Nakamura⁸.

Até o presente momento, as manipulações da reprodução se davam, como já exposto, por meio de inseminação artificial, nas formas homólogas e heterologas, bem como a fertilização *in vitro*, ocorre que no mesmo ano em que se nasceu a primeira bebê de proveta do Brasil, na França, ocorreu segundo narrado por Beraldo, o primeiro caso de reprodução humana assistida *post mortem*, com o famoso caso Parpalaix:

O marido de Corine Richard, Alain Parpalaix, após ter sido diagnosticado com câncer, decidiu congelar seu sêmen para que após as sessões de quimioterapia pudesse usá-lo para gerar um filho. Ocorre que, poucos dias após o casamento, Alain

⁶ ROTANIA, Ana Alejandra. Dossiê Reprodução Humana Assisitida. Disponível em: <www.redesaude.org.br>. Acesso em: 11 de novembro de 2014.

⁷ PUSSI, William Arthur. **Personalidade Jurídica do Nascituro**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2007

⁸ BARBOSA *apud* PISETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 46.

Parpalaix faleceu. Com o encorajamento da família do marido, Corine foi obter a restituição do material perante o banco de sêmen, que se recusou a devolvê-lo. Como na França ainda não havia legislação a respeito do tema, ela ingressou com uma ação buscando autorização judicial para a devolução e posterior utilização do material genético do falecido marido. Após uma batalha judicial, o Tribunal francês condenou o banco de sêmen a entregar o material congelado para um médico designado pela viúva, não se pronunciando quanto à filiação e direitos sucessórios. No entanto, como a inseminação artificial não obteve sucesso, não gerou maiores consequências práticas. Apesar do insucesso do procedimento, esse caso trouxe à tona muitos questionamentos éticos e debates na comunidade internacional.⁹

Em terras brasileiras, em junho de 2011, nasce à menina Luiza Roberta, concebida após a morte do seu pai, por meio da técnica de inseminação artificial, o procedimento também como no caso Parpalaix só se deu após uma decisão judicial da 13ª vara cível da comarca de Curitiba¹⁰.

O desejo de se ter filhos é inato ao homem. Com a busca deste anseio, observou-se e obteve-se um desenvolvimento avançado quanto aos estudos sobre a reprodução humana, consubstanciando novas formas de procriação, nos tempos atuais há a possibilidade de interferência de forma externa nos processos de reprodução, oportunizando que a vontade, cumulado com o projeto parental, bem como o sucesso positivo da técnica aplicada possa gerar um novo ser, uma nova prole. Para que todos esses anseios se concretizem, algumas técnicas foram desenvolvidas através de vários estudos.

1.2 Técnicas de reprodução humana assistida

Problema de ordem biológica, a infertilidade é considerada doença, sendo a mesma elencada na Classificação Internacional de Doenças, em sua Décima Revisão (CID-10), em seu capítulo XIX, cujo qual traz a lista de doenças do aparelho geniturinário (N00-N99), dentre as quais se encontra a infertilidade masculina (N46) e a infertilidade feminina (N97).¹¹

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, desde o início da civilização humana, buscou-se de mecanismos para o controle da procriação, acrescenta ainda que:

⁹ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 91.

¹⁰Disponível em <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI243699-15215,00-LUIZA+ROBERTA+NIELS+A+FILHA+DA+ESPERANCA.html>> Acessado em: 12 de novembro de 2014.

¹¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Classificação Internacional de Doenças: CID-10. Disponível em: <www.cid10.hpg.ig.com.br>. Acessado em: 12 de novembro de 2014.

Na antiguidade, houve época em que a esposa estéril poderia ser repudiada pelo marido em razão da sua impossibilidade para procriar, o que tornava menos digna sob o prisma social e gregário. E tal busca, impulsionada pelo enorme desejo de procriação, conduziu as ciências da vida a desenvolverem métodos e técnicas, objetivando solucionar a impossibilidade de algumas pessoas procriarem naturalmente. Ainda que, sob forte resistência e oposição de determinados setores da sociedade, especialmente de cunho religioso, a ciência prosseguiu suas atividades decifrando alguns pontos obscuros da reprodução humana.¹²

Com a inquietude dos estudiosos da ciência reprodutiva em conjunto com o anseio de se ter uma solução prática para a tão indesejada infertilidade, tais profissionais trouxeram métodos inovadores as técnicas de reprodução humana assistidas. No atual momento, praticamente todos os tipos de esterilidade detêm uma técnica para a sua solução problemática, assim salienta Silvia da Cunha Fernandes:

Se o marido ou companheiro não tem espermatozóides ou os tem em número insuficiente, pode-se socorrer a doação de esperma. Se há esterilidade tubária, trompas ausentes ou obstruídas, sem possibilidade de reversão do quadro, recorre-se ao encontro de espermatozóide com o óvulo em um tubo de ensaio, transferindo-se posteriormente o embrião diretamente ao útero materno. Se os espermatozóides apresentam alguma deficiência, estes são colhidos, tratados e auxiliados em seu percurso até o útero, podendo também ser transferidos diretamente até as trompas. Se houver ausência de óvulos, pode-se recorrer à doação de óvulos por outra mulher, os quais serão fecundados *in vitro* pelo esperma do marido ou companheiro da mulher estéril. Da mesma forma, embriões excedentes podem ser doados a casais estéreis. Se for o útero que não tem condições de gerar, pode-se recorrer à maternidade de substituição.¹³

Diante da gama de possibilidades de soluções para com as diversas espécies de infertilidade é que as técnicas de Reprodução Humana Assistidas se desenvolveram tanto. Tais técnicas podem ser classificadas, para Barbosa, considerando três relevantes aspectos quanto ao procedimento: “A não dependência de relação sexual, o local onde se dá a fertilização e a interferência ou não de terceiro na efetivação da técnica”¹⁴.

Apesar de se falar em não dependência de relação sexual, a autora defende que a reprodução humana é sexuada, uma vez que em tal procedimento existem e exigem os gametas masculinos e femininos.

No que diz respeito ao local onde se dá a fertilização, esse é o primeiro meio de diferenciação para o seu agrupamento, havendo, portanto a fecundação: Intercorpórea (*in*

¹² LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito. In GAMA, Guilherme Camon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. 2003, p.670

¹³ FERNANDES, Silvia da Cunha. **As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica**. Rio de Janeiro. Renovar, 2005. p. 134.

¹⁴ BARBOSA, apud, BERALDO, Anna de Morais Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 14.

vivo) ou simplesmente, no próprio corpo feminino, tendo como melhor exemplo é a inseminação artificial cujo método ocorre com a transferência do sêmen masculino para o interior do aparelho genital feminino sem o coito, sem a relação sexual, no momento em que os gametas masculinos são inseridos. Nos ensinamentos de Diniz a inseminação artificial, se processa “pelo método GIFT (*gameta Intra Fallopian Transfer*)”.¹⁵

Além da intercorpórea há também a extracorpórea (*in vitro*), vem a ser uma concepção mais complexa, em virtude da mesma ocorrer extrauterina, consistindo na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo em proveta, com sêmen do homen, para posteriormente introduzir o já embrião em seu ventre. Assim, tal técnica se torna mais complexa pelo fato da mesma se dar por um prazo mais prolongado, onde a mulher deve fazer o uso de medicamento com hormônios para que seja estimulada a ovulação. Para Maria Helena Diniz tal técnica se concretiza “pelo método ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Tranfer*)”.¹⁶

Resolvidas as espécies de técnicas quanto ao local onde se dá a fertilização, ainda alhures aos ensinamentos de Heloisa Helena, outra consideração que deve ser feita é a interferência ou não de terceiro na efetivação da técnica, devida a origem dos gametas. No que tange a utilização do material genético, a reprodução medicamente assistida será na forma homóloga ou heteróloga. Analisa-se a nomenclatura em si, notando-se os radicais *homo* e *hetero*. Na lição de Arnaldo Rizzardo, “diz-se homóloga a inseminação quando o sêmen e o óvulo pertencem ao marido e à esposa; e heteróloga será ser um destes elementos é doado por estranho”¹⁷.

Mais precisamente, a homóloga ocorrerá no momento em que “há o emprego dos gamentas masculino e feminino do próprio casal, havendo portanto, consanguinidade”¹⁸ e por conseqüente a criança será portadora das informações genéticas do casal, que por sua vez assumira a paternidade e a maternidade do mesmo.

Enquanto que na heteróloga “são utilizados gametas de terceiros – tanto na doação de espermatozóides, quanto na doação de óvulos, diante da impossibilidade do homem e/ou da mulher fornecerem seus próprios gametas”¹⁹, os doadores dos gamentas em nada são vinculados ao filho oriundo dessa fecundação, valendo para tanto o vínculo materno e paterno

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. ver. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 610.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**, Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 50.

¹⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 723.

¹⁹GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *op. cite*.p. 724.

socioafetivo dos pais receptores, jamais será atribuído ao doador qualquer paternidade, sendo está atribuída aquele que empenhou o projeto parental.

Essa doação de gametas ou de embriões deve ser feita de maneira filantrópica, sendo proibida qualquer forma de comercialização de tais materiais, assim como dispõe a Resolução nº. 2.013 de 2013 do Conselho Federal de Medicina. Vale salientar que o anonimato do doador é certo e garantido, contudo, as informações devem ser mantidas e preservadas de formar permanente, haja vista, a possibilidade de alguma doença genética, cujos descendentes tenham interesse em tomar ciência, bem com, para os impedimentos no que se refere a pratica de alguns atos da vida civil, como a celebração do casamento ou formação da união estável.

Como já mencionado, apesar de no Brasil ainda não haver normatização especifica quanto a esta doação, nada impede que assim se proceda, tanto quando se tratar de gametas masculinos e femininos ou de embriões, sendo que este tipo de doação apesar de se tratar de doação de material biológico difere-se da doação de sangue por exemplo, uma vez que esta surge para a manutenção de uma vida já existente, enquanto aquela faz-se para ver surgir uma nova vida.

Dentre as três modalidades de doação, ou seja, sêmen, óvulo e embrião, a de sêmen é a mais comum, isto porque comparado com as demais modalidades tal doação se da de forma mais simples, não havendo a necessidade de um tratamento com remédios, bastando apenas o doador comparecer a um banco de sêmen, e concluir a coleta, passando o material genético pertencer ao centro clínico responsável pelo banco.

No que diz respeito aos bancos de material genético, os mesmos devem seguir alguns ditames de deveres e cuidados quanto aos materiais a sua guarda colocados.

1.3 Dever de cuidado e a criopreservação do material genético

Em que pese tal dever não ser o enfoque do trabalho, imperioso trazer a baila algumas considerações sobre o tema, uma vez que todo o material genético utilizado para a aplicação das técnicas anteriormente elencadas passam pelo crivo e pelo cuidado tanto dos médicos como das clínicas de inseminação.

O material utilizado seja o esperma, os óvulos ou os embriões já fecundados são colhidos, manipulados e preservados, portanto passam no mínimo por três atividades

diferentes, sendo estas atividades desenvolvidas por médicos e outros profissionais das clínicas de reprodução, devendo essas atividades serem exercidas com extrema cautela. Tais atividades detêm a obrigação de meio de zelar pelo tratamento do material colhido, já que os pacientes da reprodução assistida devem possuir garantia plena de que, efetivamente, receberão gametas que passaram por todos os testes genéticos que determinarão à possibilidade de sua utilização futura. A Resolução do CFM é silente quanto à fiscalização das clínicas de RA o que, à luz do poderes instituídos aos médicos quanto à produção e criação de uma nova vida merece, com extrema urgência, de uma norma reguladora e monitoradora desta atividade.

Elencadas as técnicas bem como os procedimentos e deveres referentes às mesmas, necessário se faz ressaltar que tais técnicas só são possíveis de se empregar devido à criopreservação, dos óvulos, espermatozoides e embriões. A criopreservação ou também conhecida por congelamento consiste em permitir manter materiais biológicos, em temperatura extremamente baixa (196°C negativos), preservando-os vivos, com seu metabolismo suspenso, podendo assim ficar por vários anos, até que se resolva utilizá-los.

Quando se fala em criopreservação de óvulos esta é tida como arriscada, haja vista, que os estudiosos da embriologia ainda não conhecem ao certo as consequências do congelamento e descongelamento do citoplasma. Em se tratando da criopreservação do espermatozoide, essa pode acontecer sem nenhum problema, para o caso de inseminação artificial ou de fecundação *in vitro*²⁰. No caso dos embriões a criopreservação é alusiva à fertilização *in vitro*, consistindo na fertilização de vários óvulos, assim vários embriões são produzidos.

Contudo, de acordo com a determinação dada pelo Conselho Federal de Medicina em sua seção I, item 6, a quantidade de embriões a serem transferidos para a receptora não poderá ser superior a 04 (quatro), respeitando os limítrofes conforme a idade de cada uma.²¹ Assim, os embriões não compreendidos no processo, ou seja, os excedentes são criopreservados em temperatura de 196°C negativos, em uma câmara de nitrogênio líquido para que, caso a fecundação tenha um insucesso, possam ser utilizados em uma nova tentativa, ou até mesmo doados ou descartados²².

²⁰ ROTANIA, Ana Alejandra. Dossiê Reprodução Humana Assisitida. Disponível em: <www.redesaude.org.br>. Acesso em: 11 de novembro de 2014.

²¹ Resolução nº 2.013/2013 CFM – I – 6 – O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres entre 40 e 50 anos: até 4 embriões.

²² ROTANIA, Ana Alejandra. *op. cite*.

O congelamento dos espermatozóides, óvulos e também embriões além de preservar o material genético, ainda trazem possibilidades não contumazes no cotidiano atual, a exemplo a esposa que, em um dado momento, pode gerar um filho do seu marido ainda que esse já tenha falecido, eis o complexo e porque não maior impasse em se tratando de reprodução humana assistida (RA homóloga *post mortem*), o qual deve ser pautado e compreendido observados os ditames do biodireito e da bioética.

1.4 Biodireito e Bioética

O ordenamento jurídico deve acompanhar e solucionar todos os anseios da sociedade, em especial os do campo científico que tem enorme repercussão social, fazendo surgir problemáticas um tanto quanto difíceis de solucionar, já que a tecnologia vem interferindo nas relações humanas e criando realidades que precisam ser normatizadas, eis que surge uma nova disciplina, o biodireito, estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas à bioética e a biogenética, teria como objeto principal a vida.²³

Caracterizado com um novo ramo do direito ou até mesmo um novo campo jurídico da interdisciplinaridade, o Biodireito busca de forma jurídica apreciar as novas práticas e formas de manipulação da vida.

Para Cunha e Ferreira, o biodireito trata de um ramo do direito público, tendo como objetivo a análise ampla das teorias, legislação, jurisprudência ligadas a conduta humana, especialmente em referência aos avanços tecnológicos quanto a medicina biotecnológica. Acrescentam ainda que:

O conceito atual de Biodireito deve ser interpretado como o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais. A bioética seria, assim, o encontro da ética com as ciências biomédicas, estruturando os códigos de conduta dos profissionais da saúde. A relação da bioética com o Direito, mais especificamente com o biodireito, surge da necessidade do jurista obter instrumentos eficientes para os problemas que a sociedade tecnológica cria, em especial no atual estágio de desenvolvimento.²⁴

²³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. ver. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.

²⁴ CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. Reprodução Humana Assistida: Direito à identidade Genética x Direito ao anonimato do doador, 2008. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20081209105317401biodireito_reprodução-humana-assistida-direito-a-identidade-genetica-x-direito-anonimato-do-doador-adriana-moraes-ferreira-e-karla-co.html>. Acesso em 11 de novembro de 2014.

O Biodireito juntamente com a bioética não só interpretam a conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, mas a interpretam com relação aos princípios morais inerentes ao estudo sistemático desta conduta. Quanto a esses princípios gerais que regem a bioética e o biodireito, os mesmos têm caráter humanístico e são vinculados diretamente à justiça, de modo a elucidar e impor limites à aplicação das técnicas médicas. Tais princípios são racionalizações abstratas de valores que derivam da interpretação da natureza humana e das carências individuais, sendo eles: o da autonomia, o da beneficência, o da não maleficência e por fim o da justiça.

O princípio da autonomia harmoniza-se com o dever do profissional da área médica de ponderar na vontade do paciente, ou seja, assenta que cada paciente possui o direito de escolher sobre sua vida, bem como, sobre as atividades que acarretem modificações, tanto em sua saúde mental quanto física, considerando o paciente portador de capacidade para tomar e fazer suas opções, bem com agir sob a orientação de tais deliberações, sempre respeitando seus valores morais e religiosos.

O princípio da beneficência visa, de forma clara, evitar o cometimento de qualquer dano ao paciente, dirigindo a conduta dos profissionais da saúde conforme a ponderação entre riscos e benefícios, tanto presentes como futuros, bem como, de forma individualiza e coletiva. Portanto, requer do profissional o atendimento aos mais importantes interesses do paciente submetido a tratamento, para chegar ao seu topo de bem-estar, objetivando assim não só a melhoria do indivíduo com um só, mais também da sociedade como um todo. Para Hipócrates, “Baseia-se na tradição hipocrática de que o profissional da saúde, em particular o médico, só pode usar o tratamento para o bem do enfermo, segundo sua capacidade e juízo, e nunca para fazer o mal ou praticar a injustiça”.²⁵

Já o princípio da não maleficência é, de certa forma, um desmembramento do princípio supra mencionado, em virtude de conter o profissional da saúde a obrigação do não acarretamento de dano internacional e por basilar na máxima ética médica: *primum non nocere*, ou seja, primeiramente não prejudicar.

E por fim, o princípio da justiça, estabelece e requer a imparcialidade na distribuição, tanto dos benefícios quanto dos riscos. Esse princípio, expressão da justiça distributiva, exige uma relação igualitária nos benefícios, riscos e encargos, inerentes ao serviço de saúde ao paciente.

²⁵ HIPPOCRATES, apud, DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. ver. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 301.

Além dos princípios morais atrelados à bioética e ao biodireito, há também os princípios constitucionais, são eles, o princípio da igualdade; princípio da inviolabilidade à vida; princípio da informação e o princípio da proteção à saúde, visto cada um de forma separada.

O princípio da igualdade é a velha máxima aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na proporção de sua desigualdade. Já o princípio da inviolabilidade à vida vem consagrar que a vida, enquanto um bem vital, tem valor imensurável e deve ser tratada da melhor forma possível, guardando a melhor proteção e a integridade física.

O princípio da informação, surge para assegurar ao indivíduo o direito ao recebimento de informação de seu interesse, tem guarita no artigo 5º, LXXIII e completando este princípio, esta presente no enunciado do princípio do consentimento informado, como adotado pela bioética, assegurando ao sujeito, o direito de receber todas as informações sobre o procedimento investigatório científico a que será submetido, se assim o consentir. E, por fim, o princípio da proteção à saúde, consagrado no artigo 196 da Constituição Federal de 1988²⁶, *in verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Não se pode deixar de lado, a universal dignidade da pessoa humana, pautada na humanidade empregada no teor de sua essência, o fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme Constituição Federal de 1988, art. 1º, III, norteadora de todo o ordenamento jurídico. Logo, não poderão a bioética e o biodireito deixarem de observar, e por sua vez, permitir que sua conduta venha pormenorizar a pessoa humana, a tratando em condição de coisa.

A reprodução humana, no momento de sua aplicação deve observar os valores estabelecidos pela bioética, tais valores devem prevalecerem em respeito à vida, não podendo ter condutas que venham a denegrir sua dignidade e devem conservar os direitos inerentes ao ser humano, inegável é o respeito à vida humana digna, devendo se fazer presente na ética, no ordenamento jurídico e em todas as sociedades humanas.

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 14 de novembro de 2014.

Toda e qualquer norma, bem como as relações jurídicas, devem atender aos princípios constitucionais consubstanciados na Carta Magna de 1988, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é, por essência:

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (...)²⁷

Não há que se admitir deixar de lado tais princípios norteadores quando se trata de qualquer relação jurídica. No que tange a reprodução humana essa regra não seria diferente, ao passo que existem não somente os princípios constitucionais norteadores ligados a bioética e ao biodireito, como também os aplicáveis a reprodução humana assistida em específico.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de *apud*, TOVAR, Leonardo Zehuri. O papel dos princípios no ordenamento jurídico. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6824>>. Acesso em: 12 janeiro de 2015.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A família passou a ser expressamente tratada em nível constitucional desde a Carta Magna de 1934, não obstante ser de uma maneira bastante conservadora, visando somente a paz familiar²⁸, limitava-se à união matrimonial indissolúvel, reconciliando o texto constitucional com a religião, ao prever o reconhecimento do casamento religioso.

Tal mudança fora significativa, mais foi com o advento da Constituição Federal de 1988, que o Direito de Família viu mudança sensível em seu paradigma no ordenamento jurídico, pois trouxe a priorização do personalismo em vantagem ao patrimonialismo, por obdiência ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Portanto, não podem ser deixados de lado os princípios constitucionais inseridos através da Constituição Federal de 1988, sendo os mesmo pilares para qualquer norma do ordenamento jurídico, uma vez que eles são um papel reunificado do sistema, visando definir a proporcionalidade hermenêutica e a realização dos direitos tidos como fundamentais.

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O conceito de dignidade ilustrado nos dicionários esclarece que dignidade significa “qualidade moral que infunde respeito; consciência do próprio valor, honra, autoridade, nobreza”²⁹. Este é o maior princípio positivado, afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, é fundante do Estado Democrático de Direito, nos ensinamento de Maria Berenice Dias:

A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como **valor nuclear da ordem constitucional**. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se podem elencar de antemão. Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções. É impossível uma compreensão exclusivamente intelectual e, como todos os outros

²⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008. p. 113-114.

²⁹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionários Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1040.

princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos. O princípio da dignidade humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade. É o mais universal de todos os princípios, pois serve de baliza aos demais.³⁰ (grifo original).

A este princípio fora instituída a qualidade de norma basilar de todo o ordenamento sistemático constitucional, trazendo consigo as prerrogativas, bem como as garantias fundamentais da cidadania. A prevalência deste princípio se dá uma vez que o Estado reconhece que o mesmo existe em função da pessoa humana e não o seu inverso, ou seja, pessoa humana em função do Estado.

O direito de se constituir uma família engloba o direito de se ter uma prole, a qual irá carregar o seu patrimônio genético e fará desenvolver a função de genitor. Rigo ressalta que a dignidade humana não deveria ser analisada apenas para o fim de se gerar um filho, uma vida, como também para o próprio embrião, ao passo que qualquer ato de forma negativa, estará referindo o ser humano ainda não nascido, indo contrário aos ensinamentos constitucionais.³¹

A teoria concepcionista defende que o nascituro adquire personalidade a partir do momento de sua concepção, assim, este já possui alguns direitos garantidos na legislação existente atualmente, tais como, o direito à vida, a alimentos e a dignidade. Logo, de nenhuma forma seria correto ou até mesmo justo que os direitos do nascituro fiquem infinitamente atrelados ao seu nascimento com vida.

Acrescenta ainda a autora que parte da doutrina considera a teoria concepcionista quanto ao início da vida humana, assegurando ao embrião pré-implantado o status de pessoa. Contudo somente com a implantação do mesmo no útero materno, é que o mesmo passa a ter status de nascituro. Por outro lado, há ainda aqueles que defendem ser nascituros os embriões congelados, uma vez que, para eles, basta a fusão entre semen e óvulo para o começo da vida. Portanto, desde a concepção o embrião deve ser atendido pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed. Ed. Livraria do Advogado. 2003, p. 57.

³¹ RIGO, Gabriella Bresciani. **O status de filho concebido post mortem perante o direito sucessório na legislação vigente**. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849>. Acessado em 11 de novembro de 2014.

2.2 Princípio da igualdade entre os filhos

Como bem dito pelo próprio nome, tendo como preceito legal o artigo 227 do Constituição Federal de 1988, o Princípio da igualdade entre os filhos, é a proibição de qualquer distinção entre esses consanguíneos. Uma conquista de grande peso e importância possui esse princípio, tendo em vista que por muitos anos os filhos decorrentes de relações extramatrimoniais não faziam jus a esta proteção.

Atualmente, os descendentes possuem e gozam de todos os direitos, independente da origem de sua filiação. Ao analisar este princípio aplicado ao direito de família, nota-se a recuperação da ideia de isonomia, proibindo que haja distinção de tratamento. Nos dias atuais não há que se falar em qualquer tipo de distinção e os descendentes usufruirão de toda a proteção, independente da filiação. Para Rigo a aplicação desse princípio aos embriões deve haver, com base na Declaração dos Direitos Humanos:

Para muitos autores, o princípio da igualdade estende-se a todos os seres humanos, aos já nascidos, ou aos apenas concebidos (...) uma interpretação literal do art. 1º da Declaração de Direitos Humanos pode ensejar dúvida quanto aos seres humanos já concebidos, mais ainda não nascidos. Todavia, em uma leitura integral e mais cuidadosa de toda a Declaração, nota-se que não há distinção entre os seres já nascidos e os não nascidos. Mesma interpretação deve ter o parágrafo 2º do art. 1º do Pacto de São José da Costa Rica, não dando espaço a distinção entre a vida intra e extra-uterina.³²

Tal princípio é de suma importância em se tratando de inseminação artificial, primordialmente quanto a técnica de inseminação artificial *post mortem*, uma vez que não há uma legislação específica até então, nem mesmo um consenso doutrinário sobre tal técnica. Ficando a matéria sujeita a correntes doutrinárias e aos entendimentos dos juristas aplicadores e estudiosos do tema. Logo atua o presente princípio em socorro à situação do concebido após o falecimento do autor da sucessão, isso porque solução restritiva em desfavor do mesmo redundaria em discriminação atentatória à igualdade com os demais filhos, seus irmãos biológicos.

³² RIGO, Gabriella Bresciani. **O status de filho concebido post mortem perante o direito sucessório na legislação vigente.** Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849>. Acessado em 11 de novembro de 2014.

2.3 Princípio do melhor interesse da criança

Instituído no art. 227 do texto constitucional de 1988, o Princípio do melhor interesse da criança já era recepcionado antes da promulgação da atual Carta Magna, “entretando, foi após a entrada em vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente que o princípio começou a desempenhar função interpretativa a ponto de impor uma revisão do Código Civil, visando à sua adaptação ao novo direito.”³³

O melhor interesse da criança toma sobre si um contexto, que em sua definição o traça como sendo aquele essencial cuidado para que se consiga viver com saúde, agregando as saúdes física, emocional e a intelectual, cujos interesses de cumpri-los, inicialmente são dos pais, mas se negligenciados o Estado deve intervir para assegurá-los.

Imperioso salientar que a prole não pode ser mais considerada e nem tratada como objeto da relação dos pais, a mesma é sujeita de direitos, necessita de atenção de forma especial; tudo é novo para o filho que ainda está em fase de conhecimento. Trata-se de um membro da família, da sociedade e do Estado, com o direito à vida, saúde, convivência familiar, isonomia entre os filhos (igualdade entre os filhos), abolindo qualquer causa de discriminação.

2.4 Princípio da segurança jurídica

Tal princípio tem significado, no sentido de que o cidadão, devido a sua vinculação aos fenômenos das relações jurídicas desde o nascimento, necessita de normas jurídicas impostas aos mesmos em todos os setores da vida. Na Carta Magna encontra-se ligado a diversos princípios que o mesmo tutela, sendo eles o princípio da legalidade, o da inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada, do ato jurídico perfeito.

Mesmo tal princípio sendo primorde aos ditames do Estado Democrático de Direito, em se tratando de inseminação artificial *post mortem*, surge um conflito entre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana em combate com o da segurança

³³ RIGO, Gabriella Bresciani. **O status de filho concebido post mortem perante o direito sucessório na legislação vigente.** Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849>. Acessado em 11 de novembro de 2014.

jurídica, sendo que o direito fundamental não é absoluto, logo deve-se preponderar o valor da dignidade da pessoa humana quanto ao valor da segurança jurídica.

2.5 Princípio da legalidade

Positivado no artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988, o artigo constitui que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão por virtude da lei”. O referido princípio quando voltado para a Reprodução Humana Assistida, diz respeito a se conseguir um filho por meio de qualquer método, salvo se este meio não for negado por lei, uma vez que no Estado Democrático de Direito, mais precisamente quando se refere à relação entre particulares, aplica-se a velha máxima, de o que não é proibido é permitido.

Contudo, apesar de não existir positivado nenhuma proibição quanto à reprodução humana no Brasil, a permissão tácita desta realização faz surgir algumas dificuldades na seara jurídica, uma vez que a interpretação e sistematização das normas já instituídas infraconstitucionalmente se faz necessária.

2.6 A Resolução nº 2.013 de 2013 do Conselho Federal de Medicina

O Conselho Federal De Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e Decreto nº 6.821, de 14 de abril de 2009, ao analisar a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, envolvendo a área médica e psicológica, resolveu adotar normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, sopesando que o avanço do conhecimento científico permite solucionar vários dos casos de reprodução humana e que as técnicas de reprodução assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias, quando não for possível pelos procedimentos tradicionais.

Na tentativa de harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica, veio a Resolução nº. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, publicada no Diário Oficial da União de 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119, revogar a Resolução nº

1.957/2010 do mesmo conselho, que por sua vez substitui a resolução nº 1.358/92, que vigorou por 18 anos.

Define a Resolução que “as técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação” e traz também, entre seus princípios gerais, a necessidade de consentimento, inclusive para doadores, em documento, após esclarecidos o caráter biológico, ético, econômico e jurídico.

Acrescenta que as técnicas de reprodução humana somente poderão ser utilizadas com a finalidade de perpetuação e desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não exponha risco à saúde o paciente, nem para o seu potencial descendente. Veda a escolha do sexo do futuro filho, bem como qualquer outra característica biológica, salvo, em se tratando de prevenção de doenças ligadas ao sexo da criança que venha a nascer, traz ainda que resolução atual que só poderá haver uma gestação de criança de sexo diferente advinda do mesmo doador, numa área de um milhão de habitantes, ao contrário da resolução revogada, a qual trazia duas gestações diferentes no mesmo número de habitantes.

Outra normativa é quando as definições do número de embriões a serem utilizados de uma só vez no útero materno. Na resolução revogada o número era de quatro embriões, o que se manteve na atual resolução; contudo foram traçados perfis para implantação, condicionando a idade da mulher para a obtenção da quantidade de embriões, determinando que o número máximo de óvulos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro, assim definidos: a receptora com idade até 35 (trinta e cinco) anos poderá receber até 02 (dois) embriões, já a receptora com idade entre 36 (trinta e seis) e 39 (trinta e nove) anos, poderá receber até 03 (três) embriões, e por fim a receptora com idade entre 40 (quarenta) e 50 (cinquenta) anos poderá receber até 04 (quatro) embriões.

Quanto ao potencial dos pacientes a resolução traz que “todas as pessoas são capazes” podendo ser receptoras das técnicas em conformidade com a legislação vigente. Não fazendo distinção e englobando o casal, nas mesmas diretrizes da Resolução passada, as quais vão na contra mão da Resolução nº. 1.358/92, que definia que “toda mulher e capaz” o que de fato é o correto, tendo em vista que a figura masculina também participa de todo o processo, podendo ate mesmo ter a utilização de técnicas pelo homem.

Pela complexibilidade do processo o Conselho Federal de Medicina define que os estabelecimentos, as clínicas e os centros que aplicam a técnica de reprodução assistida, são responsáveis pelo manuseio, conservação, transferência e descarte do material biológico humano.

Quanto à doação dos embriões e dos gametas, como o próprio nome diz, se procederá mediante doação, sendo terminantemente proibida qualquer comercialização e obtenção de lucros quanto à transferência destes materiais. Imperioso também se torna o sigilo dos doadores, bem como dos receptores, salvo em algumas situações especiais, determinadas informações poderão ser fornecidas, sobretudo sendo sigilosa a identidade civil do doador.

Elucida também a mencionada resolução quanto ao descarte dos embriões inviáveis, estabelecendo que, do número total de embriões produzidos em laboratório, somente os excedentes “viáveis” serão criopreservados, os demais serão descartados. Nos ensinamentos de Beraldo:

Não obstante certos avanços apresentados na resolução nº 1.957/2010, alguns pontos controvertidos não foram discutidos ou regulamentados, sendo o principal deles o destino dos embriões excedentários. O que fazer com esses embriões congelados? Destinar para pesquisas de célula-tronco, doá-los para terceiros que desejam empreender o projeto parental, descartá-los ou deixá-los congelados indefinidamente? Essa questão é muito complexa.³⁴

No que diz respeito à inseminação *post mortem* a resolução elucida que não constitui ilícito ético a prática desta técnica desde que haja autorização prévia por escrito do (a) falecido (a) para o uso de seu material genético.

Apesar de a resolução trazer ditames sobre os diversos impasses supra apresentados, alguns pontos controvertidos não foram tratados nem mesmo positivados, na legislação e na resolução. Assim, necessário se faz pelos interesses sociais e individuais, bem como para a boa administração da justiça que o legislador não se de por contente apenas com a resolução nº 2.013/2013, passando a tratar de todos os pontos que são derivados da reprodução humana, sendo dentre eles um dos mais tangentes e problemáticos a reprodução humana *post mortem*, mais precisamente no que tange ao direito sucessório.

³⁴ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 26.

3. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA POST MORTEM À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

À época da elaboração do Código Civil de 1916, não se cogitava pelos juristas elaboradores do projeto a possibilidade de uma reprodução fora do órgão reprodutor feminino, nem mesmo uma filiação após a morte de um dos concedentes do gameta, ao passo que nenhuma tratativa quanto ao assunto foi positivada em tal código. Na contramão desse pensamento, nos dias atuais, tal reprodução é perfeitamente possível de ser alcançada, tendo em vista as técnicas de reprodução humana assistidas.

Em que pese o avanço destas técnicas científicas no ramo da reprodução humana assistida e a elaboração do então vigente Código Civil de 2002, este não trouxe tantas inovações consideráveis na área, em relação às tratativas necessárias para se equiparar aos avanços da ciência reprodutiva, fazendo assim surgir uma grande lacuna referente à inseminação artificial *post mortem*, bem como no que se refere aos direitos do embrião criopreservado, restringindo-se o diploma legal apenas a tratar da filiação do concebido por tal técnica.

3.1 A filiação do concebido *post mortem* e o artigo 1.597 do Código Civil

A conceituação de filiação, para Silvio Rodrigues³⁵, “é a relação de parentesco consanguíneo que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado”, logo, seja a relação consanguínea ou afetiva, ao filho desta relação é concedido o título de filiação para com seus pais. Para o já revogado Código Civil de 1916³⁶ existiam apenas duas possibilidades de presunção relativa à filiação, essa presunção era taxativa em seu artigo 338, referente apenas à reprodução carnal:

Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:

³⁵ RODRIGUES, Silvio. *Apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 7. ed. São Paulo. Saraiva, 2010. v. 6. p.304.

³⁶ BRASIL. **Código Civil de 1916**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acessado em: 01 de maio de 2015.

- I. Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339).
- II. Os nascidos dentro dos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

Já para o vigente Código Civil de 2002³⁷, a filiação possui duas formas de origem: a filiação originária da procriação carnal e a originária da procriação assistida, sendo elas reguladas por tal diploma em seu artigo 1.597, o qual manteve o texto positivado do inciso I do seu diploma antecessor, alterou o seu inciso II e ainda ampliou o rol das possibilidades, no momento em que acrescentou os incisos III, IV e V:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I – nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II – nascidos nos 300 (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.

Salienta-se que tal diploma não só ampliou a abrangência da presunção da paternidade que por sua vez era taxativa no Código Civil de 1916, como também sedimentou a presunção de paternidade da prole havida por meio das técnicas de reprodução humana assistida, inclusive a *post mortem*, a qual é perfeitamente elucidada no inciso III, do artigo supra transcrito. No entanto, conforme o Enunciado nº 106, do Conselho de Justiça Federal (CJF)³⁸ para que a paternidade seja presumida no que se refere ao artigo 1.597 do Código Civil, mais precisamente em seu inciso III, exige-se para essa presunção que:

será obrigatório a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização por escrito do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

³⁷ BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm Acessado em: 01 de maio de 2015.

³⁸BRASIL. Enunciado nº 106 do Conselho de Justiça Federal. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acessado em: 01 de maio de 2015.

Tal dispositivo mostra que a utilização das técnicas de reprodução assistida, trouxeram a necessidade de utilização de novos parâmetros para a determinação da filiação, inclusive a filiação póstuma. Eduardo Oliveira Leite³⁹ ressalta:

As procriações artificiais vieram revelar ao jurista um dado negligenciado e que está a exigir sua real avaliação: a paternidade não se estabelece exclusivamente sobre um suporte biológico, com sempre se entendeu, mais também sobre um suporte psicossocial.

No momento em que se fala em presunção de paternidade, nos casos de inseminação artificial homóloga, aquela em que se usa em conjunto o gameta masculino e o gameta feminino do casal para a fecundação, não há que se ouvidar sobre tal presunção, mesmo ao analisar a inseminação *post mortem*.

Em que pese à sociedade conjugal terminar com a morte de um dos cônjuges, conforme preceitua o artigo 1.571, I do Código Civil de 2002, o filho concebido após a morte do cônjuge varão é considerado concebido na constância do casamento, já que devidamente positivado encontra-se tal presunção, ao passo que, o *caput* do artigo 1.597, bem como o inciso III, são claros ao sedimentar que: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”. A esse respeito leciona Anna Salles de Moraes Beraldo⁴⁰, ao interpretar a obra de Heloisa Helena:

Embora a criança possa nascer após 300 dias da dissolução da sociedade conjugal, considerando-se o prazo legal, o ordenamento jurídico entende que a presunção permanecerá, conforme dispõe o artigo 1.597 do Código Civil. No caso do inciso III, referente à reprodução assistida *post mortem*, por exemplo, Heloisa Helena Barbosa indaga se o intento do legislador foi realmente estender a presunção aos filhos “concebidos” após a morte do marido, permitindo à mulher valer-se do material fecundante crioconservado (...) deverá prevalecer a presunção, como se o filho tivesse sido concebido na constância do casamento, mesmo sabendo-se que foi concebido quando já extinto o vínculo conjugal, em razão da morte do marido.

Dessa forma, existindo preceito positivado quanto a filiação do concebido após a morte, bem como autorização expressa desse desejo pelo futuro pai, torna-se plenamente possível e aceitável a existência da reprodução após a sua morte, devendo estar resguardados todos os direitos civis bem como os patrimoniais (sucessórios) à prole gerada desta relação.

³⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *apud*, BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 55.

⁴⁰ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 56.

Assim, em conformidade com o princípio da igualdade entre os filhos e a presunção de paternidade, para Anna Salles Beraldo⁴¹ os filhos resultantes de reprodução humana assistida *post mortem* não podem receber tratamento diferenciado em relação aos seus irmãos, devendo ter todos os seus direitos assegurados em todos os âmbitos.

3.2 O direito sucessório

A vida e a morte, desde os tempos remotos, são dois assuntos que intrigaram o homem com tanta intensidade que vasto é o campo de estudos sobre tais temáticas. Inerentes à natureza humana, apesar de serem dois extremos diferentes, estão intrinsecamente ligados e marcam, de forma taxativa, o início e o fim de um ciclo.

Entretanto, tal ciclo chega ao fim no que se refere a morte do indivíduo, o fim de sua vida natural, mais ainda perpetua o que se refere ao legado por ele deixado. Ao introduzir o tema Arnaldo Rizzardo⁴², invoca aspectos extra jurídicos relacionados ao ser humano:

Na humanidade nada é eterno, duradouro ou definitivo. É o homem perseguido pelo estigma de sua finitude, que o acompanha em sua consciência e limita os anseios no futuro. Esta a verdade mais concreta, dura e incontestável. Mas a sucessão, de algum modo, tem uma sensação de prolongamento da pessoa, ou de atenuação do sentimento do completo desaparecimento, especialmente quando são realizadas obras que refletem o ser daquele que morre, e que o tornam vivo ou presente nas memórias.

O direito sucessório, portanto, não só leciona quanto à transmissão dos bens deixados pelo falecido, como também extrajudicialmente traz aos sobreviventes a ele ligados, a sensação de prolongamento do seu ser. Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa⁴³ suceder “é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito. Esse é o conceito amplo de sucessão no direito”. O objeto da relação jurídica, bem como o seu conteúdo permanecem intactos, havendo mudança na titularidade da relação, essa substituição faz surgir uma transmissão no direito ou uma sucessão.

⁴¹ BERVALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 56.

⁴² RIZZARDO, Arnaldo. *apud*, PISSETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 37.

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014. 2014, p. 01.

Acrescenta ainda Sílvio de Salvo Venosa⁴⁴ que no momento que se fala em sucessão, esta ciência jurídica trata de um ramo específico do direito civil, ou seja, a transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte, a chamada transmissão *causa mortis* (causa morte). O direito hereditário, por sua vez, deve ser distinguido do sentido lato da palavra sucessão, que se aplica também à sucessão *inter vivos* (entre vivos). Nesta mesma senda está o entendimento de Eduardo de Oliveira Leite⁴⁵, no momento em que este promove a distinção da sucessão, considerando seus sentidos amplo e restrito:

A palavra “sucessão”, na técnica jurídica, tem vários significados. No sentido amplo, suceder a uma pessoa significa vir depois dela, tomar seu lugar, assumindo todo ou parte dos direitos que lhe pertencem. É nesse sentido, por exemplo, que se aplica o vocábulo na sucessão *inter vivos*, por meio da qual o comprador sucede ao vendedor, ou o donatário ao doador.

No sentido restrito, que é o empregado pelo legislador, a palavra sucessão designa a transmissão de bens de uma pessoa em virtude de sua morte. Isto é, transmissão *causa mortis* (ou, *sucessio causa mortis*). A sucessão implica na transmissão do patrimônio de uma pessoa falecida a uma ou outras pessoas. Daí a forma latina, *succedere*, ou seja, vir ao lugar de alguém.

Relacionadas as duas formas de sucessão doutrinárias, devem ser analisadas as espécies de sucessão existentes na atual seara jurídica, discorrendo sobre a vocação hereditária. Entretanto, o Código Civil de 2002 ao fazer a tratativa sobre a vocação para herdar, leciona aqueles que poderão ser herdeiros legítimos ou testamentários, no momento da abertura da sucessão, bem como aqueles que não poderão suceder conforme específicas situações. Logo, imperioso trazer preliminarmente, quando se dá a abertura da sucessão.

3.2.1 Da abertura da sucessão

O diploma civil vigente, em seu livro V, título I, mais precisamente em seu primeiro artigo, trata da abertura da sucessão; para Maria Berenice Dias⁴⁶ “nada mais significa do que o momento da morte de alguém e o nascimento do direito dos herdeiros aos bens do falecido (...) isso porque a existência da pessoa natural termina com a morte”, e é com

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 01.

⁴⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *apud*, PISETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 99.

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011. p. 103.

o advento desta morte ocasionada em sua forma natural, que ocorre a abertura da sucessão. Neste diapasão, acrescente Maria Helena Diniz⁴⁷;

A morte natural é o cerne de todo o direito sucessório, pois só ela determina a abertura da sucessão, uma vez que não se compreende sucessão hereditária sem o óbito do *de cuius*, dado que não há herança de pessoa viva. No momento do falecimento do *de cuius* abre-se a sucessão, transmitindo-se, sem solução de continuidade, a propriedade e a posse dos bens do defunto aos seus herdeiros sucessíveis, legítimos ou testamentários, que estejam vivos naquele momento, independentemente de qualquer ato. Essa transmissão é, portanto, automática, operando-se *ipso iure*.

Aberta a sucessão, o patrimônio do falecido, o qual recebe a denominação de herança é transmitida desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, conforme preceitua o artigo 1.784⁴⁸. “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”

Ainda alhures aos ensinamentos de Maria Berenice Dias⁴⁹ tal fenômeno decorre “da consagração do chamado Princípio de *saisine*. Para não ser interrompida a cadeia dominial e o patrimônio do falecido restar sem dono, a lei determina sua transferência imediata aos herdeiros”. O Princípio da *saisine*, para Silvio de Salvo Venosa⁵⁰ representa uma apreensão possessória autorizada. “É uma faculdade de entrar na posse de bens, posse essa atribuída a quem ainda não a tinha. Na herança, o sistema *saisine* é o direito que têm os herdeiros de entrar na posse dos bens que constituem a herança”.

Aberta a sucessão os herdeiros a recebem de forma unitária, para que tais bem não fiquem sem dono, bem como, para que a continuidade das obrigações não se interrompa, Maria Berenice Dias⁵¹, acrescenta ainda que ocorrida à abertura da sucessão, está estará sujeitada a duplo pressuposto, sendo eles: a existência de herdeiro legítimo ou testamentário no momento da morte de alguém, ao passo que não se pode transmitir a herança ao relento, ao nada, bem como a existência de patrimônio do falecido, para que haja aos receptores da transmissão algo para se transmitir. Não existindo tais pressupostos, não há que se falar em transmissão da herança, assim os bens são arrecadados como herança jacente. Contudo, por não ser o objeto do presente, o mérito da questão não será discorrido.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 24 ed. rev e atual. São Paulo, 2010. v. 6.

⁴⁸ BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acessado em: 01 de maio de 2015.

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011. p. 103.

⁵⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014. 2014, p. 14

⁵¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011. p. 103.

3.3 Da vocação hereditária

Como já sedimentado, ocorrida a morte de um titular de patrimônio, ocorre por consequência a abertura da sucessão, tornando-se necessária a transmissão de bens, direitos e obrigações do falecido a alguém, já que intolerável se torna que fiquem sem dono, ocorrendo a transmissão através do Princípio da *saisine*, sendo a transferência feita com a permanência da universalidade dos bens aos herdeiros. Estes, por sua vez, são determinados por lei ou por disposição de última vontade. Para Francisco Cahali⁵², são sujeitos da sucessão:

È chamado de sujeito ativo da sucessão, de *cujus* ou de autor da herança aquele que morreu. É ele o titular do direito que se transmite por ocasião da sua morte. Todos os seus bens se transferem aos seus sucessores. Em sede de direito sucessório, a regra é a transmissão e a intransmissibilidade, a exceção. Assim, para não ocorrer a transmissão é necessário que o bem seja identificado como tal. Os sucessores são chamados de sujeitos passivos da transmissão hereditária. Ostentam esta condição os que participam da sucessão por integrarem o rol legal, por isso recebem a denominação de herdeiros legítimos (CC 1.829). Há herdeiros cuja presença é obrigatória, são os herdeiros necessários (CC 1.845). Também há herdeiros instituídos por testamento (CC 1.857). A estes o autor da herança deixa ou fração disponível de seus bens ou bens determinados. Os herdeiros testamentários são agraciados com uma quota-parte ideal da herança e legatários quem recebe um bem ou direito específico.

Compreende-se por sujeito da sucessão aqueles oriundos das duas formas existentes da sucessão no ordenamento jurídico brasileiro, a sucessão legítima, decorrente de preceito legal e a sucessão testamentária, decorrente de disposição de última vontade.

3.3.1 Da sucessão legítima

Também chamada de *ab intestado* (sem testamento), a sucessão legítima assim é denominada, quando o autor da herança não deixa testamento positivando sua disposição de última vontade, sendo a transmissão de seus bens feita a quem o legislador determina como herdeiro. Maria Helena Diniz⁵³, acrescenta que a tal sucessão poderia se dar o nome de

⁵² CAHALI, Francisco, *apud*, DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011. p. 103.

⁵³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 24 ed. rev e atual. São Paulo, 2010. v. 6

sucessão legítima de testamento tácito, ao passo que se o falecido não deixou testamento por escrito, significa que o mesmo concorda com a sucessão dada pela disposição legal. Portanto, no momento em que o titular de patrimônios não deixa disposição quanto aos seus bens, este faz com que se atribua a plenitude sucessório às pessoas indicadas pelo legislador.

Conforme o artigo 1.798⁵⁴ “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Portanto, só não legitimam a suceder as pessoas excluídas, ademais, como o artigo é expresso ao fazer referência a pessoas, não podem ser sujeito da sucessão, animais, bem como coisas inanimadas ou místicas como santos e entidades por exemplo, ressaltando-se o direito do nascituro. Para Carlos Roberto Gonçalves⁵⁵:

A regra geral segundo a qual só têm legitimação para suceder as pessoas nascidas por ocasião da abertura da sucessão encontra exceção no caso do nascituro. De acordo com o sistema adotado pelo Código Civil acerca do começo da personalidade natural (art. 2º), tem-se o nascimento com vida como o marco inicial da personalidade. Respeitam-se, porém, os direitos do nascituro, desde a concepção, pois desde esse momento já começa a formação do novo ser. Os nascituros podem ser, assim, chamados a suceder tanto na sucessão legítima como na testamentária, ficando a eficácia da vocação dependente do seu nascimento.

A sucessão legítima foi tão bem instituída pelo legislador, que pouco se vê a figura do testamento, já que a sucessão *ab intestato* (sem testamento), chama a suceder exatamente aquelas pessoas que o *de cuius* arrolaria, no testamento em regra. Contudo, apesar da sucessão legítima ser bem difundida e utilizada para a sucessão dos bens deixados pelo falecimento de alguém, ainda há aqueles que optam por utilizar a disposição de última vontade, através do testamento.

3.3.2 Da sucessão testamentária

Como a própria nomenclatura expressa, a sucessão testamentária se dá por meio de testamento, ou, disposição de última vontade. Tal sucessão ocorre quando houver manifestação, em vida de pessoa que ao testar seja capaz, onde declarará quem deve suceder de seu patrimônio após a sua morte. Ressalvada a quota parte dos herdeiros legítimos, se estes

⁵⁴ BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm Acessado em: 01 de maio de 2015.

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 5 ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 69.

existirem, o testador poderá dispor de seus bens para quem desejar, assim como preceitua o artigo 1.846⁵⁶ “Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”, logo, reservada a metade dos herdeiros necessários, a outra parte pode ser livremente transferida por testamento.

Caso não existam herdeiros necessários o testador poderá, sem qualquer ressalva, dispor de seus bens a quem lhe aprouver, assim como disposto no artigo 1.857⁵⁷, o qual positiva que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”.

Na sucessão testamentária podem ser chamados a suceder, além das pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, filhos ainda não concebidos de pessoa indicada pelo testador, pessoas físicas, bem como pessoas jurídicas.

Aqueles que herdam pela sucessão testamentária, mesmo que ainda não concebidos, como já mencionado, são os herdeiros nomeados por disposição de última vontade, onde o testador em vida nomeia pessoa ainda não concebida, filho de pessoa por ele indicada, que deve estar viva quando da sua morte.

Para Flávio Tartuce e José Fernando Simão⁵⁸ “trata-se, portanto, da nomeação de um *concepturo* (*nondum concepti*) como herdeiro, pois o *concepturo* é a pessoa que ainda não foi concebida e difere do nascituro que já se encontra nidificado no ventre materno”. O *concepturo* mesmo se tratando de pessoa ainda não nascida e nem mesmo concebida, ou seja, uma prole eventual, poderá se beneficiar da sucessão testamentária. Tal modalidade tem acento positivado no vigente Código Civil em seu artigo 1.799⁵⁹:

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.

Para que o *concepturo* possa se valer dos bens a ele deixados por força do testamento, este deverá ser concebido no prazo de dois anos; caso não seja, será concedido

⁵⁶ BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acessado em: 01 de maio de 2015.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: direito das sucessões**. 4 ed. São Paulo. Método, 2011. p. 133.

⁵⁹ BRASIL. **Código Civil de 2002**. *Ibid*.

aos herdeiros necessários a quota parte a este destinada, conforme artigo 1.800, §4^o. Para alguns doutrinadores como Sílvio de Salvo Venozza⁶¹ e Maria Helena Diniz⁶², a sucessão testamentária, quando houver expressa disposição em favor da prole eventual do próprio autor da herança, torna-se o único meio pelo qual se garanta o direito dos filhos concebidos após a morte do autor. O que não deve ser considerado como finalizador das problemáticas quanto a esse direito.

3.4 O direito sucessório na reprodução artificial homóloga *post mortem*

Como já discorrido anteriormente, a transmissão da herança se dá no momento da abertura da sucessão, momento em que se apuram os legitimados a receber quinhão hereditário. No que tange à inseminação póstuma, apesar de o ordenamento jurídico já prever a presunção de paternidade dos filhos havidos por tal técnica (art. 1.597, III do CC), este mesmo ordenamento é silente quanto ao direito sucessório desta prole, ao passo que o artigo que trata da vocação hereditária, leciona que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (art. 1.798 do CC) e nada menciona sobre os nascidos após esta abertura. Frente a essa controvérsia, tem-se que o direito sucessório não está de acordo com os avanços da reprodução, em especial a *post mortem*. Anna de Moraes Salles Beraldo⁶³ a esse respeito acrescenta que:

O artigo 1.798 do texto codificado adotou parâmetro do artigo 1.718 do Código de 1.916 ao se referir apenas às pessoas já concebidas. Diante disso, a regra contida no art. 1.798 do Código Civil não está de acordo com os avanços científicos no âmbito da medicina reprodutiva. Conseqüentemente, gerou-se um ambiente de incerteza quanto à inclusão dos filhos gerados do material congelado (sêmen e óvulo).

⁶⁰ BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm Acessado em: 01 de maio de 2015

⁶¹ VENOZA, Sílvio de Salvo, *apud*, BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.140.

⁶² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. ver. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 558.

⁶³ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 114.

Se analisado o artigo supra mencionado de forma positivista, a princípio não há que se falar em direitos sucessórios daquele que por inseminação artificial *post mortem* fora concebido. Eduardo de Oliveira Leite⁶⁴, acrescenta que:

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

A doutrina conjunta a negativa do direito sucessório conta com doutrinadores como Maria Helena Diniz⁶⁵, a qual salienta que: “filho póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito do pai genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou *ab intestado*”. O que de fato não condiz com a realidade, o fato do filho ser concebido após a morte do pai, não o difere dos seus irmãos, a contrário senso, a Constituição conta até com princípio abolindo essa diferenciação, mesmo assim, essa corrente não fica a cargo apenas da doutrinadora acima citada, alhures a esse entendimento há também os ensinamentos de Silvio de Salvo Venozza⁶⁶, o qual leciona no sentido de que:

os filhos concebidos *post mortem*, sob qualquer técnica, não serão herdeiros. O atual Código abre uma válvula restrita para essa hipótese, permitindo que unicamente na sucessão testamentária possam ser chamados a suceder o filho esperado de pessoa indicada, mas não concebida, aguardando-se até dois anos sua concepção e nascimento após a abertura da sucessão, com a reserva de bens da herança (arts. 1.799, I, e 1.800).

Assim, denota-se pelos ensinamentos supra citados, que os doutrinadores defendem a linha de que, para a apuração do eventual direito sucessório, é preciso que haja a observância do momento da concepção, se está foi antes ou depois da abertura da sucessão. Nesta mesma senda, Tânia da Silva Pereira⁶⁷, responsável pela atualização da obra de família de Caio Mário da Silva Pereira, preconiza que não se pode dizer sobre direitos sucessórios daqueles que foram concebidos *post mortem*, a não ser que haja uma reforma legislativa.

Da mesma forma que se encontra na doutrina posicionamento denegatório do direito sucessório do concebido por inseminação póstuma, na contramão deste pensamento, há

⁶⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira, *apud*, GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 5 ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 75.

⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. ver. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 159.

⁶⁶ VENOZA, Silvio de Salvo, *apud*, BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.115.

⁶⁷ PEREIRA, Tania da Silva, *apud*, BERALDO, Anna de Moraes Salles. *op. cite*. p. 117.

também aqueles que de forma clara, são favoráveis a esse direito, principalmente levando em consideração que o Direito é uno e deve ser analisado com um todo, bem como, o princípio constitucional consagrado da absoluta igualdade entre os filhos. Para José Luiz Gavião de Almeida⁶⁸, há aparentemente um conflito entre o artigo 1.798 do Código Civil e o artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988, aduz ainda que:

Uma interpretação a contrário sensu do artigo 1.798 poderia levar à conclusão de que o indivíduo não concebido à época da abertura da sucessão a ela (herança) não tem direito. Mas a ligação parental entre o *de cuius* e o indivíduo vindo de inseminação artificial homóloga é indiscutível, quer tenha ele nascido enquanto vivo ou depois de morto o seu pai (art. 1.597, III). Se o indivíduo, a qualquer tempo, nasce com vida, decorrente do desenvolvimento de embrião excedentário, mediante inseminação artificial homóloga, forma-se a relação de filiação.

Neste mesmo sentido, são direcionados os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves⁶⁹, ao preconizar que não há como esquivar-se do disposto nos arts. 1.597 do Código Civil e artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988, uma vez que:

O primeiro afirma que se presumem “concebidos” na constância do casamento “os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido” (inciso III). O segundo consagra a absoluta igualdade de direito entre os filhos, proibindo qualquer distinção ou discriminação.

Sendo assim, no que se referem aos direitos sucessórios dos filhos póstumos, os mesmo devem ser considerados iguais aos demais por força constitucional, e levando em consideração que o Código Civil de 2002 reconhece como filho os havidos por está técnica de reprodução, não há que se falar em exclusão de seus direitos sucessórios, como bem colocado por José Luiz Gavião de Almeida⁷⁰, “entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em relação incompatível com o proclamado no art. 227, §6º da Constituição Federal.”.

Para reforçar ainda mais tal corrente, bem como o entendimento aqui defendido, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho⁷¹, defende que não se cogitaria admitir legislação infraconstitucional impeditiva e restritiva do direito do filho concebido através da inseminação póstuma, “tal situação não encontra guarida constitucional, ao contrário, o

⁶⁸ ALMEIDA, José Luiz Gavião, *apud*, BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 114.

⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 5 ed. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 75.

⁷⁰ ALMEIDA, José Luiz Gavião, *apud*, GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 5 ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 76.

⁷¹ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de, *apud*, BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 115.

legislador constitucional não previu exceção, não cabendo ao legislador ordinário, tampouco ao intérprete estabelecer exceções ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos.”

O princípio não abre precedentes para exceções, sendo claro que sendo filho independente de forma, deverá ser tratado em mesmo patamar que os demais, não importando o que diz a legislação infraconstitucional. Não diferente, Giselda Hironaka⁷², ao defender que desde que cumpridos os requisitos do enunciado nº 106 do Conselho de Justiça Federal (CJF), anteriormente citado, “a inseminação *post mortem* operar-se-á o vínculo parental de filiação, com todas as consequências daí resultantes, conforme a regra basilar da Constituição Federal, pelo art. 226, §6º, incluindo os direitos sucessórios relativamente à herança do pai falecido”.

O casal infértil que optar pela inseminação deve ter em mente que o vínculo de filiação não se restringe a ter uma figura materna e paterna em seu contexto, mais sim que todas as consequências resultantes desta ação estariam incluídas a filiação, inclusive os direitos sucessórios.

Ana Cláudia Scalquette⁷³, assevera que apenas a sucessão testamentária não é suficiente para a correção de eventuais dilapidações na igualdade da partilha de bens dos descendentes. A autora prega o direito sucessório dos filhos oriundos após a morte do genitor, tanto por meio da sucessão testamentária, com também pela sucessão legítima, ao passo que deve haver o cumprimento integral dos ditames constitucionais da igualdade entre os filhos, da dignidade da pessoa humana e do direito a herança, já que há a admissão do reconhecimento da filiação.

Resta claro que a Constituição Federal veda qualquer forma de discriminação entre os filhos, qualquer que seja a sua origem, como todo o ordenamento jurídico deve ser pautado levando em consideração que a Constituição Federal está em uma escala piramidal em seu topo, sendo norteadora de todo direito, logo, a criança nascendo em consequência das técnicas de reprodução, especialmente a póstuma, terá os mesmos direitos que os demais descendentes.

⁷² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/290>>. Acessado em: 15 de novembro de 2014.

⁷³ SCALQUETTE, Ana Cláudia, *apud*, BERALDO, Anna de Morais Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 119.

3.5 Formas de se garantir os direitos hereditários do concebido *post mortem*

Como analisado em linhas passadas, o filho concebido *post mortem*, possui direito a suceder, ainda que existam duas correntes doutrinárias a respeito desta capacidade, sendo que uma das correntes alega ter o filho somente direito à sucessão testamentária, enquanto a outra preceitua que o filho tem direito a sucessão legítima.

No entendimento de Anna Salles de Moraes Beraldo⁷⁴, a corrente que deve prevalecer é a que se refere à sucessão legítima, uma vez que, “não havendo testamento deixando bens aos filhos nascidos após a morte do testador, o descendente estaria excluído do chamamento hereditário. Este posicionamento seria um retrocesso ao período da promulgação da Constituição de 1988”, logo, não se deve admitir no ordenamento jurídico tal posicionamento. Imperioso ressaltar por mais uma vez que, o direito à herança é um direito constitucionalmente garantido. Assim, acrescenta Heloisa Helena Barbosa⁷⁵:

A função da herança não mais se esgota na preservação da propriedade privada. Embora não deixe de ser uma forma de “amparo” à família, a herança tem, desde 1988, função mais relevante: a de contribuir para a proteção da pessoa humana, assegurando-lhe condições dignas de sobrevivência, e permitindo o pleno desenvolvimento de suas potencialidades.

A corrente contrária à sucessão legítima do filho concebido *post mortem*, assegura que somente por meio de testamento com indicação de prole eventual é que este filho possa vir a suceder. Quando se fala em sucessão testamentária, esta trata-se de uma disposição de última vontade do testador, uma liberalidade do seu querer, enquanto que na sucessão legítima é um direito assegurado ao herdeiro, por determinação legal, o meio pelo qual a doutrina favorável a sucessão do concebido *post mortem*, assegura garantir tal direito. Assim, tendo o reconhecimento como herdeiro, o filho tem a faculdade de adquirir sua quota-parte, através da petição de herança.

A ação de petição de herança constitui a guarita específica para se garantir a qualidade de sucessor, cabendo ao herdeiro preterido, aquele excluído da sucessão, sua impetração para se ver investido a qualidade de herdeiro e conseqüentemente ter seu quinhão

⁷⁴ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 163.

⁷⁵ BARBOSA, Heloisa Helena, *apud*, BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 166.

assegurado. Orlando Gomes⁷⁶ esclarece que a ação de petição de herança é destinada ao reconhecimento da qualidade sucessória de quem a propõe, com o objetivo fundamental de ter uma positivação de um *status*, ao qual deriva a aquisição da herança.

Logo, aquele que se vê investido no direito de sucessão dos bens objetos de inventário em trâmite ou já passado em julgado poderá, através da petição de herança, ver-se composto no rol dos beneficiados com a divisão de tal patrimônio, podendo a ação de petição de herança ser intentada por qualquer herdeiro contra terceiros ou co-herdeiros, para que o objetivo de haver garantido o seu direito ao quinhão hereditário seja concluído.

Caso venha ocorrer a inseminação *post mortem* do filho, após a partilha dos bens deixados pelo falecido, Anna Saller de Moraes Beraldo, traz a petição de herança como meio hábil a garantir o direito deste filho para com seu quinhão hereditário. Neste mesmo sentido é o Enunciado nº 267 do Conselho da Justiça Federal⁷⁷:

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 de herança.

Desta mesma forma, defere Guilherme Calmon⁷⁸ no momento em que argumenta que, conforme o sistema jurídico atual em matéria de herdeiros legítimos preteridos, a problemática surge eis que a criança nasce após o termo final do inventário e da partilha, sendo possível a solução de tal impasse com a petição de herança, e acrescenta:

Deve-se admitir a petição de herança, com a pretensão deduzida dentro do prazo prescricional de dez anos a contar do falecimento do autor da sucessão, buscando, assim, equilibrar os interesses da pessoa que se desenvolveu a partir do embrião ou material fecundante do falecido e, simultaneamente, os interesses dos demais herdeiros.

Acrescenta ainda Calmon que, “o principal efeito da sentença favorável é a obrigação do réu de restituir os bens que possuía, em perfeita consonância com a regra que veda o enriquecimento sem causa”. Aquele que não sendo herdeiro pleno, herda em todo o patrimônio de seu ascendente, irá sem sombra de dúvida, prejudicar o herdeiro excluído desta sucessão e ainda ter um enriquecimento sem causa.

⁷⁶ GOMES, Orlando, *apud*, BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 166.

⁷⁷ BRASIL. Enunciado nº 267 do Conselho de Justiça Federal. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acessado em 15 de janeiro de 2015.

⁷⁸ CALMON, Guilherme, *apud*, BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 169.

Para Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho, a petição de herança “dá a perfeita noção da segurança apenas relativa de qualquer sucessão, à medida que com a referida ação o herdeiro preterido objetiva não só a declaração da qualidade de herdeiro com também a restituição do patrimônio deixado pelo falecido”. Assim, resta claro e evidente e conclui-se que a melhor forma de garantir o direito sucessório do filho concebido *post mortem*, caso o mesmo não tenha sido contemplado por testamento, é a ação de petição de herança.

Sem destoar do tema aqui relatado, a questão sucessória do filho havido após o falecimento de seu pai, não só deve ser resolvida quanto ao direito deste de suceder, deve também serem observadas as consequências desta sucessão, ao passo que deferida a sucessão, outras indagações surgem, tais como – se o herdeiro nasce depois de feita a partilha, os bens deverão por meio da ação de petição de herança serem restituídos ao herdeiro autor da ação, mas e se tais bens foram deteriorados? Cabe ao herdeiro que detinha os bens restituir o novo herdeiro? – Caso os bens tenham gerado frutos, rendimentos, aumentado de tamanho o patrimônio, o herdeiro a ser restituído, irá ter direito ao patrimônio como um todo, ou se excluirá deste os frutos e será restituído o patrimônio do momento da partilha?.

Essas questões, apesar de não serem objetos do presente trabalho, foram trazidas à baila, a título de ilustração, de quanto é importante que o legislador tome um passo decisivo quanto a esta filiação, já que tal técnica é perfeitamente possível de se ocorrer e tais impasses não podem ficar a mercê de um caso sem uma determinação legal, restringindo-se apenas a questão da filiação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término do trabalho restou evidenciado que as técnicas de reprodução humana assistidas, são uma verdade constante nos dias atuais, surgindo para solucionar as problemáticas quanto a infertilidade e proporcionar para aqueles impedidos de algum modo, a perpetuarem sua prole. Existindo diferentes técnicas para a reprodução humana, estas se diferenciam em: Intercorpórea (*in vivo*) ou simplesmente, no próprio corpo feminino, tendo como melhor exemplo a inseminação artificial cujo método ocorre com a transferência do sêmen masculino para o interior do aparelho genital feminino sem o coito, sem a relação sexual; Extracorpórea (*in vitro*), vem a ser uma concepção mais complexa, em virtude da mesma ocorrer extrauterina, consistindo na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo em proveta, com sêmen do homem, para posteriormente introduzir o já embrião em seu ventre.

Diferenciam ainda, as técnicas quanto à origem do material utilizado. A homóloga ocorrerá no momento em que há o emprego dos gametas masculino e feminino do próprio casal. Enquanto que na heteróloga são utilizados gametas de terceiros – tanto na doação de espermatozóides, quanto na doação de óvulos, diante da impossibilidade do homem e/ou da mulher fornecerem seus próprios gametas, valendo para tanto o vínculo materno e paterno socioafetivo dos pais receptores.

O legislador, no momento em que abordou a reprodução assistida no código Civil de 2002, trouxe uma grande novidade para o ordenamento, a qual é uma realidade para todo o mundo. Ocorre que o mesmo não se atentou para os dificultosos e complexos efeitos oriundos desta reprodução, seja na ordem jurídica, seja no âmbito das relações familiares.

As técnicas de reprodução assistidas vem sendo cada vez mais utilizadas pelas pessoas e vêm causando consequências jurídicas ainda não contempladas pelo ordenamento atual. A simples disposição de 01 (um) artigo do Código Civil a respeito do tema, não é suficiente para o suprimento dos problemas derivados de tais técnicas, por consequência surgem lacunas que carecem de urgência de regulamentação.

A lacuna que mais parece de regulamentação é a referente ao direito sucessório do concebido *post mortem*, uma vez que o vigente Código Civil, apenas se restringiu a regulamentar a filiação desta prole. Até o presente momento os doutrinadores divergem sobre deferir ou negar tal entendimento, ao passo que encontra-se na doutrina aqueles que defendem que o filho havido por meio da inseminação artificial *post mortem* só poderá valer-se dos bens deixados por seu falecido pai, caso este tenha deliberado em disposição de última vontade

(testamento) bens para o mesmo. Já outra parte da doutrina defende que, como são reconhecidos como filhos na constância do casamento, os filhos havidos por tal técnica, e ainda, levando em consideração o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, a prole oriunda desta técnica de reprodução é herdeiro legitimado a suceder, sob pena de obstrução de preceito constitucional, sobre tal problemática a jurisprudência da suprema corte ainda não se pronunciou.

Diante de todo o exposto fica claro que ainda tem-se alguns resquícios do direito positivista pretérito à Constituição Federal de 1988, o que reforça a reflexão inicial onde se discute se o concebido *post mortem* tem direito sucessório. Denota-se que diante do que foi apresentado, apesar de todas as confrontações e divergências, entende-se que o concebido *post mortem* tem os seus direitos sucessórios garantidos em virtude de disposição constitucional e legislação infra-constitucional. Há que prevalecer a dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição Brasileira e que orienta todos os demais dispositivos presente no ordenamento jurídico.

Em relação à hipótese trabalhada no início deste, pode-se inferir a sua confirmação, visto que apesar da divergência apresentada na doutrina a que prevalecer o entendimento Constitucional, considerado através dos princípios e de sua interpretação, que o filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem* tem direito a sucessão.

Inegável que as tecnologias adotadas na reprodução humana têm atingido a sua finalidade de permitir a perpetuação da prole a fim de consubstanciar a formação da família e, por outro lado, inegável que estas mesmas tecnologias trazem reflexos na área do Direito e, a análise desta relação entre as tecnologias e seus reflexos no direito sucessório não poderia deixar de ter guarida no atual ordenamento. Por isso, o trabalho vislumbrou está análise correspondendo ao objetivo geral inicial, demonstrando que de fato há profundas consequências no direito, especificamente no direito sucessório.

Portanto, é preciso que realmente o legislador se conscientize da necessidade de tratar sobre o assunto conferindo lei específica que deixe claro esse direito, ou, caso não faça, que haja manifestação da suprema corte no sentido de interpretar a Constituição e determinar a legitimidade deste direito ao filho concebido por inseminação artificial *post mortem*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 14 de novembro de 2014.

_____. **Código Civil de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acessado em: 01 de maio de 2015.

_____. **Código Civil de 1916**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acessado em: 01 de maio de 2015.

_____. Enunciado nº 106 do Conselho de Justiça Federal. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acessado em: 01 de maio de 2015.

_____. Enunciado nº 267 do Conselho de Justiça Federal. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acessado em 15 de janeiro de 2015.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. **Reprodução Humana Assistida: Direito à identidade Genética x Direito ao anonimato do doador**, 2008. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20081209105317401biodireito_reprodução-humana-assistida-direito-a-identidade-genetica-x-direito-anonimato-do-doador-adriana-moraes-ferreira-e-karla-co.html>. Acessado em 11 de novembro de 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed. Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. ver. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 24 ed. rev e atual. São Paulo, 2010. v. 6

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica**. Rio de Janeiro. Renovar, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 5 ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/290>>. Acessado em: 15 de novembro de 2014.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionários Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito. In GAMA, Guilherme Camon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. 2003.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2012.

MADALENO, Rolf. **Novos Horizontes no Direito de Família**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Classificação Internacional de Doenças: CID-10. Disponível em: <www.cid10.hpg.ig.com.br>. Acessado em: 12 de novembro de 2014.

PISETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PUSSE, William Arthur. **Personalidade Jurídica do Nascituro**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2007

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**, Rio de Janeiro: Forense, 2002

RIGO, Gabriella Bresciani. **O status de filho concebido post mortem perante o direito sucessório na legislação vigente**. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849>. Acessado em 11 de novembro de 2014.

ROTANIA, Ana Alejandra. Dossiê Reprodução Humana Assistida. Disponível em: <www.redesaude.org.br>. Acessado em: 11 de novembro de 2014.

TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: direito das sucessões**. 4 ed. São Paulo. Método, 2011.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O papel dos princípios no ordenamento jurídico. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6824>>. Acessado em: 12 janeiro de 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ANEXOS
RESOLUÇÃO nº. 2.013/2013 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA