



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
BRUNA ROSA CORRÊA

DIREITO À SUCESSÃO NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL ASSISTIDA *POST*
MORTEM

Tubarão

2012

BRUNA ROSA CORRÊA

**DIREITO À SUCESSÃO NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL ASSISTIDA *POST*
*MORTEM***

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientadora: Prof^a. Keila Comelli Alberton, Esp.

**Tubarão
2012**

BRUNA ROSA CORRÊA

**DIREITO À SUCESSÃO NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL ASSISTIDA *POST*
*MORTEM***

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 20 de junho de 2012.

Prof^a. e Orientadora Keila Comelli Alberton, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Aldo Abrahão Massih Junior, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Alírio Schmitt, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

É com imensa gratidão que dedico este trabalho a minha família que, com esforço e dedicação, proporcionou a confiança necessária para concluir esta importante etapa da vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiramente, pela vida, e por ter me concedido forças ao longo dessa jornada para concluir mais esta etapa em minha vida.

Aos meus pais, Jaime e Fátima, minha irmã Priscilla e ao meu namorado Guilherme, em especial, à minha mãe, pelo constante incentivo.

A todos os parentes, amigos e colegas de trabalho que me apoiaram e incentivaram nessa longa jornada.

À Professora e orientadora Keila Comelli Alberton, pela dedicação e conhecimentos repassados para que eu pudesse realizar o presente trabalho.

Aos Juízes entrevistados, pela colaboração e contribuição neste trabalho.

Aos meus amigos da faculdade, pelos bons momentos, e só tenho a dizer que, com os momentos ruins, só tive a aprender.

Aos professores e colaboradores da Unisul com quem, durante todo esse trajeto, pude contar com o ensinamento e apoio.

Agradeço, também, a todos os funcionários do Escritório Modelo de Advocacia, em especial ao Supervisor Walmor Coutinho e à Professora Amanda Pizzolo, pelos ensinamentos repassados durante o período de atuação como Estagiária do EMA – Escritório Modelo de Advocacia.

“Feliz o homem que persevera na sabedoria, que se exercita na prática da justiça, e que, em seu coração, pensa no olhar de Deus que tudo vê”. Eclesiástico 14: 22

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar os direitos sucessórios, disciplinados na parte especial do Código Civil, em especial, a possibilidade de garantir esses direitos aos filhos provenientes de inseminação artificial homóloga *post mortem*. Para tanto, no desenvolvimento do estudo, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, uma vez que se partiu para análise do tema de forma ampla, discorrendo sobre as possíveis correntes doutrinárias acerca da aplicação ou não dos direitos patrimoniais à prole concebida por meio da técnica de reprodução humana assistida *post mortem* para, então, atingirmos um ponto específico, que é a criação de legislação própria para regulamentar tal matéria. O método de procedimento adotado foi o monográfico, pois o estudo foi desenvolvido com base nas possíveis correntes doutrinárias, possibilitando obter um entendimento mais aprofundado sobre assunto. Quanto ao procedimento utilizado para a coleta de dados, o estudo foi desenvolvido com base na pesquisa bibliográfica, tendo em vista a utilização de doutrinas, legislação, artigos científicos e periódicos em meio eletrônico, e pesquisa documental, uma vez que foram utilizadas como meio de apoio, entrevistas a juízes ainda na ativa. O estudo foi realizado com intuito de verificar se existem garantias constitucionais que amparem o direito sucessório à prole concebida através da reprodução assistida, uma vez que o Código Civil reconhece a filiação, ainda que de forma presumida, do filho concebido de inseminação artificial, conforme prevê o artigo 1.597, inciso III. Contudo, no que se refere à reprodução após a morte, no Brasil não existe legislação específica regulando sobre tal matéria, apenas uma Resolução do Conselho Federal de Medicina que dispõe sobre a colheita do material através do consentimento do doador.

Palavras-chave: Herança e sucessão. Reprodução assistida. Inseminação artificial humana *post mortem*.

ABSTRACT

The objective of this paper is to analyze the laws of successions, disciplined in the special part of the Brazilian Civil Code, in special the possibility to ensure the rights to children originated from homologous *post-mortem* artificial insemination. For this purpose, in the development of the study was used the method of deductive approach, once that the theme was analyzed in a widely way, discoursing above the possible doctrines about the application or not of the patrimonial rights to the children originated from the assisted *post-mortem* reproduction technique for then reach a specific point, which is the creation of specific legislation to regulate the matters. The method of procedure adopted was the monograph, because the study was developed based on the possible doctrinal currents, what enables to obtain a deeper understanding of subject. The procedure used to collect data, the study was developed based on literature research in order to use doctrines, the current legislation, research papers and electronic journals, and documentary research, as interviews with judges still active, which were used as a support. The study was developed in order to verify if there are constitutional guarantees that support the successions rights to the children conceived through the assisted reproduction, once that the Brazilian Civil Code recognizes the affiliation, even on a presumed way, of the child conceived from artificial insemination, as provided in the article 1597, section III. However, when it comes to reproduction after death, in Brazil there is no specific legislation regulating about this matter, only a Resolution of the Federal Council of Medicine (CFA) which provides for the collection of the material through the agreement of the donor.

Keywords: Heritage and succession. Reproduction Assisted. Human artificial insemination post mortem

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	10
1.2 JUSTIFICATIVA	11
1.3 OBJETIVOS	12
1.3.1 Objetivo geral.....	12
1.3.2 Objetivos específicos.....	12
1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	12
1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS.....	13
2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES FAMILIARES.....	14
2.1 O CONCEITO DE FAMÍLIA PÓS 1988.....	17
2.2 PRINCIPAIS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA	21
2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	23
2.2.2 Princípio do planejamento familiar	25
2.2.3 Princípio da paternidade responsável	27
2.3 DIREITO À PROCREAÇÃO	28
3 REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA.....	31
3.1 PRINCIPAIS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	34
3.2 FORMAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA PREVISTA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	36
3.3 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA E HETERÓLOGA	37
3.3.1 Inseminação artificial <i>post mortem</i>.....	38
4 DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM	42
4.1 DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	42
4.1.1 Da abertura da sucessão	43
4.1.2 Da legitimação para suceder.....	45
4.1.3 Das espécies de sucessões e seus sucessores.....	48
4.1.3.1 Sucessão legítima	49

4.1.3.2 Sucessão testamentária	51
4.2 ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS ACERCA DO DIREITO A SUCEDER POR MEIO DA TÉCNICA DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL <i>POST MORTEM</i>	52
4.3 DIREITO A SUCESSÃO NA INSEMINAÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>	60
5 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	67
APÊNDICE	72
APÊNDICE A – Instrumento de coleta de dados – entrevista	73
ANEXO	75
ANEXO A – Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.957/10	76

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho monográfico, será tratado sobre a problemática do filho concebido por intermédio da técnica de reprodução assistida através de inseminação artificial homóloga *post mortem* ter ou não seu direito resguardado à herança deixada pelo *de cujus*.

A seguir, passaremos à delimitação do tema e formulação do problema.

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

A legislação civil tem se deparado com a falta de norma específica acerca do instituto do direito sucessório aplicado nos casos de inseminação artificial humana assistida após a morte de um dos cônjuges. Por envolver muita discussão sobre o referido assunto, o presente trabalho buscou explicar as correntes divergentes, havendo possibilidade ou não de existir direitos sucessórios que amparem o filho concebido após a morte do genitor e, mais especificadamente, se tais direitos podem estar amparados ao princípio da dignidade da pessoa humana, igualdade entre os filhos e princípio do planejamento familiar.

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo uma série de princípios que dizem respeito ao direito de família, mais precisamente no que se refere à filiação, derrubando o antigo sistema de formação do “conceito de família”. Além de inovar sobre essa questão no âmbito da sociedade atual, ampliou o tratamento aos preceitos constitucionais dos direitos fundamentais do ser humano, direitos estes que constituem valores supremos e que devem ter eficácia imediata.

A existência de duas normas legais mostra a necessidade de que estas sejam interpretadas sistematicamente, ou seja, deve-se analisar qual deve prevalecer quando houver choque de interesses e sobrepor-se-las por meio de princípios que são os alicerces legais para dirimir uma confrontação existente. É o que se pode constatar na primeira regra estabelecida pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, inciso III, que trata da presunção de filiação no caso inseminação artificial homóloga realizada após a morte do cônjuge.¹

No entanto é previsto, neste mesmo diploma legal, o artigo 1.798, que trata da legitimação para suceder na herança, ou seja, serão legitimados a suceder quem já estava vivo, ou quem, no momento da abertura da sucessão, já fora concebido.²

¹ BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 abr. 2012.

² Ibid.

Porém, quando se trata de gerar um filho por meio de reprodução assistida, encontramos as mais diversas opiniões em ser a favor ou não da utilização desta técnica, uma vez que envolve valores éticos e morais.

Contudo, ao delimitarmos o tema deste trabalho, é objetivo problematizar as três correntes doutrinárias que fundamentam sua defesa pela possibilidade ou não de aplicar a sucessão para o filho que, mesmo nascido após a morte do *de cujus*, possa a ter direito à herança, ou seja, verifica-se, de um lado, o princípio da dignidade da pessoa humana, da mãe e do próprio filho concebido após a morte; e de outro lado, o princípio da segurança jurídica, que se refere aos demais herdeiros já nascidos à época da abertura da sucessão.

Entretanto, procura-se, no decorrer deste trabalho monográfico, a resposta para a seguinte pergunta: o direito à sucessão na inseminação artificial humana *post mortem*, encontra ou não amparo legal, devendo o filho concebido por esta técnica ter ou não direito à herança, ainda que decorrente da sucessão testamentária?

1.2 JUSTIFICATIVA

A escolha do tema justifica-se pelo fato de que, diante das novas técnicas apresentadas pelo meio científico e propostas pela biomedicina, em que pese a evolução da engenharia genética, que vem alcançando resultado significativo, em especial, nas técnicas de reprodução assistida, o ordenamento jurídico brasileiro deve estar lado a lado para poder regulamentar sobre tais assuntos.

Como apontado na formulação do problema, por envolver valores subjetivos, a necessidade de se utilizar a tecnologia em busca da procriação tem sérias implicações, tanto no campo da ética quanto no campo moral.

É notório que a Constituição Federal proclama pela igualdade entre os filhos, razão pela qual o filho concebido por meio da técnica de reprodução assistida deve ter o mesmo tratamento que os demais concebidos naturalmente, porém, no campo do direito sucessório, a questão ainda não encontra fundamento específico, tendo em vista o grande conflito de direitos.

No entanto, a falta de legislação específica sobre o tema e a ausência de argumentos que possam criar uma lei que regule a possibilidade ou não de conceder o direito à herança ao filho concebido por meio da técnica de inseminação artificial após a morte do seu genitor faz analisar, no presente trabalho, se o ordenamento jurídico brasileiro é capaz de se adequar a essa evolução científica.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo geral

Analisar as divergentes correntes doutrinárias sobre a ausência de legislação específica acerca do instituto do direito a sucessão do filho concebido através da técnica de inseminação artificial humana *post mortem*.

1.3.2 Objetivos específicos

Verificar a existência da possibilidade ou não de conceder herança ao filho concebido através da inseminação artificial *post mortem*;

Demonstrar os diversos entendimentos sobre o tema, tendo em vista envolver aspectos éticos, morais e sociais;

Identificar as implicações jurídicas do direito à herança ao filho concebido por meio da técnica de reprodução assistida, mais especificamente a técnica de inseminação artificial *post mortem*;

Descrever as espécies de técnicas de reprodução assistida, em especial as que se relacionam com a discussão do instituto do direito sucessório *post mortem*;

Comparar as possíveis situações de conceder ou não herança ao inseminado *post mortem*, sob a nova dogmática do biodireito, tendo em vista a morosidade do judiciário em criar legislação específica para aplicar aos possíveis casos reais.

1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Para o desenvolvimento do trabalho foi utilizado, quanto à abordagem, o método dedutivo partindo-se para análise de uma proposição geral, percorrendo sobre as possíveis correntes doutrinárias acerca da aplicação ou não dos direitos patrimoniais à prole concebida por meio da técnica de reprodução humana assistida *post mortem* para, então, atingirmos um ponto específico, que é a criação de legislação própria para regulamentar tal matéria.

O método de procedimento adotado foi o monográfico, pois o estudo foi desenvolvido com base nas possíveis correntes doutrinárias, possibilitando obter um entendimento mais aprofundado sobre o assunto.

Quanto ao procedimento utilizado para a coleta de dados, o estudo foi desenvolvido com base na pesquisa bibliográfica, tendo em vista, a utilização de doutrinas, legislação, artigos científicos, periódicos em meio eletrônico, e pesquisa documental, uma vez que foram utilizadas como meio de apoio, entrevistas a juízes ainda na ativa.

1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

A estruturação do presente trabalho consiste em quatro capítulos. No primeiro far-se-á uma abordagem de toda a elaboração do trabalho, sua delimitação e formulação do problema, justificativa, objetivos e procedimentos metodológicos.

No segundo capítulo, será abordada a origem da filiação, os princípios que regem este instituto, podendo ser proveniente desde um relacionamento momentâneo, de uma união estável, de uma adoção, até de um casamento. O atual Código Civil também reconhece como vínculo de filiação a reprodução humana assistida, prevista no artigo 1.597, incisos III a V.

No terceiro capítulo serão discorridos sobre as principais técnicas de reprodução medicamente assistida, os princípios que regem esta técnica, inclusive as técnicas permitidas prevista no Código Civil de 2002.

Por fim, o quarto capítulo trata da parte especial do Código Civil que regulamenta o direito sucessório, onde serão analisados os diferentes posicionamentos com relação ao direito sucessório para o filho concebido por meio da técnica de inseminação artificial humana *post mortem* e a falta de legislação específica para regulamentar a possibilidade ou não de serem estendidos os direitos patrimoniais.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES FAMILIARES

O complexo de normas que estuda as relações familiares em relação aos seus aspectos patrimoniais, sociais, morais e jurídicos denomina-se Direito de Família. Este instituto se vale de uma relação afetiva que gera efeitos jurídicos, patrimoniais e sociais, por isso são relações complexas, pois não estão taxadas no Código Civil, seu vínculo constrói laços imensuráveis que são impossíveis de serem totalmente regulados dentro de um ordenamento.

O direito de família se orienta por princípios modernos presentes, atualmente, em nossa Constituição Federal. Anteriormente à Constituição Federal de 1988, as relações familiares eram fixadas pela religião. A religião passou a ser fomentadora de valores. O casamento, muitas vezes, não acontecia por amor dos próprios cônjuges e sim pela anuência de seus pais, que casavam seus filhos por vontade própria, e desde que fossem providos da mesma origem.¹

A família tem suas origens no modelo romano-germânica (judaico-cristão), onde vigia o sistema patriarcal, religioso, ou seja, pelo sistema do pátrio-poder², em que o pai não tinha limites, comandava a família e era quem sustentava a mulher e sua prole. A mulher tinha apenas a missão de cuidar da casa, jamais se pensava que a mulher pudesse manter o sustento da família, pois, segundo o Código Civil de 1916, o papel da mulher era somente o de cuidar do lar, do marido e de seus filhos.³

Notadamente na França, em 1970, suprimiu-se a expressão “chefe de família”. No Brasil, essa mudança só ocorreu ao longo de muito tempo, mais precisamente, após ter sido promulgada a atual Constituição Federal de 1988, em que as mulheres foram ganhando espaço na sociedade.⁴

¹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 144.

² Paterno de pai; próprio de pai. Cf. INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2151.

³ Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. Cf. BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 06 mar. 2012.

⁴ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; Cf. BRASIL.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm>. Acesso em: 28 fev. 2012.

O casamento não se dissolvia. Caso a mulher não fosse “prendada” poderia o homem pedir o chamado “desquite”, que era similar à separação, só que nenhum dos cônjuges poderia casar novamente. Se houvesse filho fora do casamento, ele não poderia ser reconhecido como filho legítimo e era chamado de filho espúrio (filho bastardo-adulterino). Logo, o pai teria o dever de sustentar, mas o filho não teria o direito à herança, nem mesmo direito ao nome do pai na certidão de nascimento.⁵

Com as mudanças mundiais e a falta de mão de obra, a mulher foi ganhando espaço no mercado de trabalho e houve uma grande mudança, culminando hoje na igualdade entre homens e mulheres perante a lei. Essas alterações foram advindas pela religião, tendo como resultado uma nova mudança na estrutura familiar.

Por conta dessas modificações, a tendência do novo Código Civil foi a de garantir o direito alheio.

Assim, para acompanhar a gradual mudança em relação à nova legislação, poder-se-ia afirmar que a família, atualmente, está mais ligada pelo vínculo do afeto do que pelos próprios laços consanguíneos.

Durante séculos o Estado somente reconhecia uma instituição familiar se esta fosse provida de matrimônio. No Brasil, a entidade familiar sofreu uma profunda mudança com relação a sua denominação, trazida pela nova Constituição Federal de 1988, principalmente ao se referir às duas outras novas formas de instituição familiar, qual seja a família formada por somente um ascendente com demais descendentes e a união estável, conforme previsto no artigo 226, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal.⁶

No direito canônico, o matrimônio e a família constituem realidades inseparáveis, uma vez que é por meio do casamento que a família tem origem. Para a religião católica, o casamento é semelhante à união entre Deus e os homens.⁷

A filiação, no Código Civil de 1916, fazia menção à distinção entre filhos legítimos, aqueles havidos dentro do casamento e os ilegítimos, sendo os filhos havidos fora do casamento.

Com advento da Constituição Federal de 1988, houve uma inovação com relação a três aspectos: igualaram-se os direitos entre o homem e a mulher, instituiu-se a igualdade entre os filhos, sejam estes havidos ou não na constância do matrimônio, e ainda consagrou o

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008-2009. 6 v. p.05.

⁶ ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O conceito de família e suas implicações jurídicas: teoria sociojurídica do direito de família**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 9.

⁷ Ibid., p.13.

pluralismo familiar, qual seja, reconhecendo como entidades familiares a união estável e a família monoparental.⁸

Embora o atual Código Civil de 2002 tenha sido projetado à década de 1970 e sancionado apenas em 10 de janeiro de 2002, sob a óptica da ordem cronológica, é com base na Constituição Federal de 1988 que o tratamento dado à nova filiação sofreu profundas modificações, não acarretando mais em qualquer tipo de distinção entre os filhos, tampouco aos havidos ou não do casamento.⁹

Presumia-se que o filho concebido na constância do casamento, nascido pelo menos em 180 dias depois de estabelecida a convivência entre os cônjuges, ou então, se nascido dentro dos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação pudesse ser filho legítimo, conforme estabelecia o Código Civil de 1916, em seu artigo 338.¹⁰

Com a atual legislação, não se fala mais em poder *pater familias*¹¹, tendo em vista ter sido eliminada definitivamente. Assim, o pai passa a compartilhar com a mãe os deveres e as obrigações, as responsabilidades e o poder de educar os filhos, com base no princípio da igualdade entre homens e mulheres acima exposto.

Para Wald, a evolução histórica das relações familiares conteve três momentos históricos que compreende a família no direito romano, direito canônico e a família germânica.¹²

Na perspectiva de Junior, pode-se afirmar que estamos vivenciando um mundo de incertezas onde o avanço das novas técnicas e as mudanças no instituto familiar requerem que sejam normativamente regulados:

No início do século XXI, vivencia-se o dilema da incerteza e da complexidade, similar, talvez, àquele experimentado no período romano, quando se entendia que o homem, pela sua vontade, era o condutor e único propiciador da existência de filhos, para, posteriormente, no período cristão, atribuir isso unicamente a Deus. Convive-se, agora, com a possibilidade de ver a criação de pessoas e filhos depender da vontade já não mais de Deus ou dos pais, mas de terceiros, servindo-se de conhecimentos científicos que, obviamente, não são acessíveis à maioria da população, carreando sérios e fundados temores quanto ao futuro e à própria existência da raça humana como hoje ela é conhecida.¹³

⁸ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40.

⁹ Ibid., p. 40.

¹⁰ BRASIL, 1916, loc. cit.

¹¹ Chefe masculino de um domicílio familiar, incluindo a família, agregados e empregados domésticos. Cf. INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRÁFIA, 2001, p. 2148.

¹² WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 16. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 9.

¹³ NICOLAU JÚNIOR, Mauro. **Paternidade e coisa julgada: limites e possibilidades à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 41.

No entanto, a certeza que se pode ter é que a relação com os filhos também evoluiu, afastando o tratamento de diferenciação entre eles, uma vez que a atual Constituição Federal de 1988 instituiu o princípio da igualdade entre filhos, adotando como justificativa o novo modelo de família composta após 1988, conforme veremos no item a seguir.

2.1 O CONCEITO DE FAMÍLIA PÓS 1988

Desde o Direito Romano até o Código Civil atual a família sofreu mudanças significativas em sua estrutura basilar.

Antes vista como um instituto que fazia reunir o homem e a mulher perante o matrimônio no qual se constituíam os filhos, hoje este conceito já não é mais adequado à nova estrutura da sociedade formada no século XXI. O conceito de família, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, tornou-se muito mais extenso que a junção entre o homem e a mulher e a geração de filhos. Com base nesses e outros marcos históricos, o Código Civil de 2002 reformulou seu ordenamento, saindo de uma visão patriarcal e autocrática, começando a remodelar numa nova estrutura baseada nos anseios da sociedade.

Este instituto, também abrange os parentes consanguíneos, afins e civis, tendo em vista que o que faz preponderar atualmente é a afetividade e não mais somente a relação consanguínea.

Para muitos autores, o conceito de família se resume na formação de entidade familiar, pois ambas são unidades formadas pelas relações de afeto, conceito este trazido pós-promulgação da Constituição Federal de 1988. Porém, há autores que entendem que o instituto da família é mais restrito, uma vez que as relações familiares se ligam por laços consanguíneos, já a entidade familiar seria em sentido *lato sensu*¹⁴, envolve o núcleo familiar muito maior, quem adota esse entendimento percebe que a entidade familiar regula o instituto da família em sentido *stricto sensu*^{15 16}.

Como se pode observar, o conceito de família vai muito além do que foi apresentado em tempos passados, seja em decorrência de afeto, adoção ou até mesmo da reprodução assistida, pois é o próprio indivíduo, através do seu meio social, que faz permear todas essas mudanças.

¹⁴ De grande amplitude; não restrito. Cf. INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA, 2001, p. 1730.

¹⁵ Em sentido restrito. Cf. Ibid., p. 2620.

¹⁶ ROCHA, 2009, p. 31.

Para compreender o significado de família é fundamental nos atermos ao que dispõe no *caput* do artigo 226 da Constituição Federal de 1988.¹⁷ Ao referir-se à família como base da sociedade, faz crer que a família detém proteção estatal sem estabelecer qualquer forma de restrição.

Nesse sentido, pode-se verificar o posicionamento de Cachapuz, onde a autora reforça a real necessidade de mudança no conceito de família para atualidade:

Na atual concepção do direito de família, não há como negar uma nova dimensão em sua estrutura, onde a força normativa que o caracterizava adquire novo contornos, tais como a paridade entre os cônjuges, a igualdade dos filhos, incluídos os adotivos, protegidos pelos órgãos de infância e juventude, sendo o seu controle exercido como um dever legal, as uniões concubinárias reconhecidas pelo Estado... Vislumbra-se, pois, o rompimento com as ideias que fundamentavam a família: a patrimonialização e a matrimonialização.¹⁸

E ilustra tal ocorrência afirmando:

É a partir da Constituição Federal de 1988 que se passa a uma nova compreensão da família, onde ela ocupa o centro do ordenamento, solidificando a dignidade humana, como atributo essencial, o que veio desencadear uma revisão e adequação do direito de família.¹⁹

Na perspectiva de Krell, família define-se por muito mais do que entidade familiar formada por pessoas ligadas como o mesmo objetivo em comum, pois é nela que seus membros encontram amparo quando necessitados, vejamos:

[Família] é todo segmento humano capaz de manter a integridade física e mental de seus membros, que ali também conseguem moldar um sistema de objetivo e valores e, principalmente, um ambiente que ajude as pessoas a se recuperarem do estresse da vida exterior.²⁰

Ademais, como bem apregoado pela autora, verifica-se uma valorização na ideia do que hoje se entende por “família”, uma vez que a sociedade brasileira está sempre sofrendo modificações estruturais em seu meio. Feliz foi o legislador que se prontificou a atentar-se para as mudanças ocorridas, instituindo uma família democrática para melhor formação e realização dos interesses dos seus membros que a compõe.

Em decorrência dessa nova estruturação familiar, pode-se vislumbrar que a família não é mais somente aquela composta por meio do casamento, como exemplo, podemos citar as uniões estáveis que, pós-promulgação da Constituição Federal de 1988, são consideradas famílias. Até mesmo uma relação materna ou paterna com um filho concebido

¹⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]. Cf. BRASIL, 1988, loc. cit.

¹⁸ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. 1. ed. (ano 2003), 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006. p. 83.

¹⁹ Ibid., p. 98.

²⁰ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **União estável: análise sociológica**. 5. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2008. p. 26.

por meio da técnica de inseminação permitida constitui uma família, pois vários são os exemplos apresentados para conceituá-la. É necessário apenas haver relação entre duas ou mais pessoas capazes de se aceitarem como membros ligados pela relação de afeto.

Esse afeto vem ganhando bastante espaço no ordenamento jurídico do Direito de Família, pois diversas são as relações que hoje se dão com base no valor afetivo entre os seres humanos, diga-se de passagem, requisito primordial pós 1988.

Assim, são as palavras de Santos citada por Cachapuz, quando afirma que relações afetivas além do amor constituem requisitos fundamentais para a construção de uma entidade familiar: “O espaço da família, em que são vividas as relações familiares reguladas pelo Direito de Família, é o espaço do amor e do afeto. Logo, amor e afeto são ingredientes fundamentais do Direito de Família”.²¹

Com efeito, é por intermédio da família que consagramos a filiação, ou seja, aquela relação entre ascendentes e descendentes ligados pelo vínculo consanguíneo, por adoção, quando ligada pela relação de afeto, ou ainda, por meio da reprodução assistida.

As mudanças ocorridas em torno das famílias têm como marco os hábitos da nova forma de relacionamento na sociedade. Em contrapartida, tais mudanças, são bem visíveis quando a questão envolve o papel do homem e da mulher no âmbito de seus lares, a exemplo, temos como fundamento o dispositivo contido no artigo 1.565, *caput*, do Código Civil de 2002, que assim expressa: “Pelo casamento, **homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família**”.²² (grifo nosso).

Em complemento, prevê o artigo 1.567, *caput*, do mesmo ordenamento: “**A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos**”.²³ (grifo nosso). Esta nova redação revoga dispositivos previstos nos artigos 233 a 255 do Código Civil de 1916, que previam discriminações contra a mulher.

Mesmo que ocorram mudanças no berço familiar, pode se afirmar que nunca existirá um modelo de família ideal, pois cada uma tem suas características e é estruturada de forma diferente. Contudo, é possível afirmar que a família é uma entidade familiar que reúne pessoas com o fim de se agruparem independentemente de raça, etnia ou cultura, ligadas por uma relação familiar.

²¹ SANTOS apud CACHAPUZ, 2006, p. 86.

²² BRASIL, 2002, loc. cit.

²³ Ibid.

Nas palavras de Dirceu Siqueira, a Constituição Federal de 1988 foi o marco histórico para contemplar a nova definição de família, trazendo consigo princípios inovadores para fundamentar o direito de família, sustentando o autor que o:

[...] direito de família, e seus atributos, realmente são direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, e ainda, que estes direitos por certo, visam o contemplar a vida digna tão almejada pelo texto constitucional, vez que não há que se falar em dignidade de pessoa humana sem contemplarmos o instituto da família.²⁴

Com a nova compreensão do que atualmente vêm a ser família no novo ordenamento jurídico brasileiro, constata-se que novos paradigmas passam a ser adaptados às entidades familiares, tratando seus membros de forma igualitária.

É importante ressaltar as considerações feitas por Cachapuz, quanto entende que a família é constituída em sua base estrutural: “Várias denominações foram sendo criadas ao redor da família, entretanto, ela representa a célula máxima da sociedade organizada onde o embrião da vida se produz”.²⁵

Sabemos que mudanças sempre ocorrerão ao longo dos tempos, pois a sociedade sofre mutações e o direito deve estar lado a lado para acompanhar as mudanças e adequar-se ao ordenamento jurídico que mais se identifica aos anseios dos seres humanos para não deixá-los desamparados. No campo da biomedicina e da engenharia genética, já se percebem tais mudanças, contudo, o sistema ainda é falho, pois falta regulamentação específica para amparar tais técnicas com o ser humano ou em volta dele.

Nessa perspectiva, destaca Soares Ronner, em seu artigo publicado na página eletrônica do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, no ano 2011, no qual compreende que:

A sociedade necessita acompanhar a desenvoltura social, principalmente porque a necessidade contemporânea se volta para o respeito da dignidade da pessoa humana, contrapondo aos modelos tradicionais de família que eram impostos pelas verdades dogmáticas religiosas. Sendo assim, hoje constituiu um núcleo de afeto, amor e solidariedade que busca acima de tudo a felicidade, não importando qual a forma da entidade familiar.²⁶

Embora se proclame família como entidade familiar fundada na livre decisão dos membros que a compõe, é lamentável que o Código Civil de 2002 ainda traga resquícios do sistema patriarcal quando institui, em seu artigo 1.514, que “o casamento se realiza no

²⁴ SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A Influência do Direitos Fundamentais no Direito de Família em um Estado Social de Direito. **Editora Magister**, Porto Alegre-RS, out. 2007. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=145>. Acesso em: 03 mar. 2012.

²⁵ CACHAPUZ, 2006, p. 99.

²⁶ SOARES, Ronner Botelho. Novas perspectivas para o Direito de Família brasileiro: um olhar voltado para o Estatuto das Famílias. **Ibdfam**, abr. 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=721>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”.²⁷

Lôbo se manifesta nesse sentido dizendo:

O princípio da liberdade, necessariamente coligado ao princípio da igualdade, nas relações familiares, diz respeito não apenas à criação ou extinção das sociedades conjugais, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que o Estado interesse regular deveres que afetam profundamente a liberdade, a intimidade e a privacidade dos cônjuges. O exercício igualitário e solidário da conjugabilidade no mundo atual, é algo inteiramente subtraído à interferência legislativa e judicial do Estado, pois destituído de qualquer interesse público.²⁸

Desta forma, o conceito de família pós 1988, partindo de uma visão contemporânea, ganhou nova roupagem e, atualmente, outros atributos são concedidos a ela. Após essas considerações feitas, passemos a analisar sob quais fundamentos o conceito de família do século XXI encontra-se abarcado.

2.2 PRINCIPAIS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988, sem dúvida, remodelou todo ordenamento jurídico brasileiro, provocando um impacto no sistema jurídico, em especial, trazendo tratamento diferenciado e inovador aos princípios regulados pelo direito de família.

Esta inovação tornou-se necessária com base nas mudanças ocorridas na sociedade, conforme explicado no item anterior deste trabalho, tendo por base a criação de princípios para que pudessem sustentar a nova ordem constitucional.

Rocha define princípios como criadores da ordem econômica constitucional quando menciona que:

Os princípios fundamentais são os princípios estruturantes da ordem constitucional e, portanto, da ordem jurídica e traduzem as opções políticas fundamentais que ganharam juridicidade por meio da Constituição ao mesmo tempo que a conformaram.²⁹

Nesta mesma interpretação, o autor enfatiza:

A Constituição da República de 1988 foi, no direito brasileiro, a primeira a conter uma subdivisão dedicada aos princípios fundamentais. Sua posição no início do texto, anterior à própria enumeração dos direitos fundamentais, tem sido interpretada como evidência de que as respectivas normas são informadoras de toda a ordem

²⁷ BRASIL, 2002, loc. cit.

²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. In: RÉGIS, Mário Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no direito de família e das sucessões**. São Paulo: Método, 2005. cap. 2, p. 51- 62. p. 56.

²⁹ ROCHA, 2009, p. 105.

constitucional, inclusive (*e especialmente*) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.³⁰

Com base nessa interpretação é possível compreender princípio como fonte inspiradora para ajudar o intérprete do direito a decidir quando a lei se tornar omissa ou obscura.

Nessa concepção, a nova normatização está voltada para os direitos e garantias fundamentais introduzidas no artigo 5º da Constituição Federal, em especial quando dispõe, em seu inciso I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, [...]”³¹, desfazendo qualquer tipo de discriminação contra mulher, estabelecendo a igualdade e dignidade entre ambos no exercício de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal.

Trouxe, ainda, a proteção à entidade familiar, sendo vista como base da sociedade, conforme disciplina o artigo 226 da Constituição Federal. Além disso, os princípios conservadores do código Civil foram aniquilados em função do novo regramento.³²

Entre os vários princípios constitucionais existentes no direito de família, o presente estudo procura selecionar os principais, os quais possam fundamentar a entidade familiar sob a óptica dos fundamentos constitucionais aplicáveis às técnicas de reprodução medicamente assistida.

Para tanto, faz-se necessário uma análise interpretativa e existencial sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, do planejamento familiar e do princípio da paternidade responsável, entendidos como base para fundamento do estudo.

Gonçalves, bem ilustra tal posição quando afirma que todas essas alterações introduzidas no Código Civil de 2002 têm por finalidade conferir tratamento especial, assegurando à família, mais direitos e garantias fundamentais:

O Código Civil de 2002 procurou adaptar-se à evolução social e aos bons costumes, incorporando também as mudanças legislativas sobrevindas nas últimas décadas do século passado. Adveio, assim, com ampla e atualizada regulamentação dos aspectos essências do direito de família à luz dos princípios e normas constitucionais.³³

Nessa perspectiva, o direito de família passa a ser orientado por princípios modernos presentes na Constituição Federal, sendo fundamento primordial capaz de reger o direito privado em alguns aspectos.

³⁰ ROCHA, 2009, p. 105.

³¹ BRASIL, 1988, loc. cit.

³² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**. 3. ed. rev. e atual. 3 v. São Paulo: Método, 2008. p. 26.

³³ GONÇALVES, 2008-2009, p. 05.

Entretanto, por meio da Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, o direito de família começa, de maneira gradativa, a compor um novo cenário, orientando-se pelas normas e princípios atuais, garantidores dos direitos inerentes ao ser humano.

Esse avanço constitucional teve, for finalidade, revogar dispositivos do Código Civil de 1916 e de leis ordinárias do ordenamento jurídico do direito de família, tendo em vista tornar-se incompatível com o novo regramento.

Concluídas essas considerações gerais, passamos a discorrer sobre os principais princípios constitucionais relacionados ao presente estudo, que servem de base para fundamentar as relações familiares.

2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana constitui preceito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III.³⁴

O termo dignidade provém da expressão latina *dignitas*: respeito. Tal princípio é reconhecido como um atributo do ser humano, o qual goza de amplos direitos concernentes à própria pessoa.³⁵

Para o direito de família, o princípio da dignidade da pessoa humana é a positivação dos direitos naturais, pois o patrimônio deixa de ser aspecto primordial e o ser humano passa a ser valorizado. Pode-se, ainda, definir como um conjunto de direitos inerentes e inalienáveis do ser humano, onde não se consegue imaginar um ser humano sem esses direitos.³⁶

No entanto, é considerado um princípio de cláusula aberta, podendo mudar ao conceito da época. Nele compreendem o direito à vida, liberdade, igualdade, moradia, saúde, trabalho, integridade do próprio corpo e do pensamento, direito à imagem, ao nome, à condição sexual, intimidade, pudor, integridade física, liberdade de manifestação científica, etc.

No entender de Rocha, temos que:

Reconhece-se que a dignidade da pessoa humana corresponda a um conceito abstrato. O alto grau de abstração do conceito de dignidade da pessoa humana, constata, por outro lado, com o mais elevado nível hierárquico a que foi guindado

³⁴ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de direito civil: direito de família**. 39. ed. 2 v. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 19.

³⁵ SCALQUETTE, 2010, p. 303.

³⁶ Ibid., p. 304.

nas constituições ocidentais. Assim, a reconhecida dificuldade de precisar os contornos do princípio da dignidade é acompanhada da imprescindível necessidade de o fazer, sempre que se analisem os direitos mais essenciais das ordens jurídicas modernas.³⁷

No entanto, não é possível interpretar nenhuma regra de direito que afete o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o limite da dignidade é não interferir ao limite da vida.

O autor ainda destaca:

Finalmente, o entendimento de que a Constituição caracteriza a dignidade como atributo essencial da pessoa humana significa que dela nenhum ser humano pode ser despidido na ordem jurídica brasileira. Assim, a dignidade da pessoa humana é um princípio inerente à própria ordem jurídica brasileira, que somente poderia ser negado com a inteira subversão do sistema jurídico vigente. É um elemento jurídico incondicional e apriorístico, não suscetível de prova ou dependente de demonstração de qualquer requisito.³⁸

É possível, ainda, afirmar que as Constituições anteriores a 1988, bem como o Código Civil de 1916, só reconheciam a família decorrente do casamento e com isso restringiam os direitos da mulher, além da sociedade sofrer significativa discriminação étnica, religiosa, etc. Com a promulgação da atual Constituição Federal e a nova normatização aplicada ao Direito Civil, a família caminha lado a lado com o indivíduo, garantindo a ambos direitos e deveres iguais.

Lisboa menciona o princípio da dignidade da pessoa humana como preceito fundamental capaz de regradar as relações jurídicas privadas e públicas.³⁹

De outra forma, Gonçalves destaca que este preceito constitucional, deve ser conjugado com o artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, o qual constitui base da entidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento social a todos os membros da comunidade familiar, principalmente da criança e do adolescente.⁴⁰

O Estado, atualmente, tem-se voltado para políticas públicas, ostentando maior interesse aos cuidados com a família e restringido a visão *pater familias*, insculpida tempos atrás. A religião também não mais prepondera na comunidade familiar como base para busca de proteção.

No entanto, a Constituição Federal de 1988 não menciona expressamente um direito de constituir família, assim, pode-se afirmar que as técnicas de reprodução assistida

³⁷ ROCHA, 2009, p. 115.

³⁸ Ibid., p. 119.

³⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. 5. ed. reform. 5 v. São Paulo Saraiva, 2009. p. 15.

⁴⁰ GONÇALVES, 2008-2009, p. 08.

encontram seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, dispõe:

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

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.⁴¹

Em vista dessa normatização, pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser amparado restritamente, uma vez que, para sua real aplicação, precisa estar conjugado com outra linha de pensamento para que possa surtir efeitos concretos.

Krell fundamenta o seguinte posicionamento:

Deve ser destacado também que o texto constitucional exige, expressamente, a observância do princípio da dignidade da pessoa humana para a concretização do planejamento familiar. Isto significa que o planejamento familiar, a paternidade responsável e a dignidade da pessoa humana devem ser conjugados com o princípio do melhor interesse da criança, segundo o qual a criança não pode ser o mero objeto das relações paterno-materno-filiais, mas se torna um sujeito de direitos enquanto pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico.⁴²

Desta forma, é possível afirmar que a livre decisão do casal em procriar seus próprios filhos, seja pelo modo de reprodução natural ou artificialmente, está aliada ao preceito constitucional de garantir à entidade familiar o respeito em suas decisões adequando às necessidades do casal.

2.2.2 Princípio do planejamento familiar

O princípio do planejamento familiar encontra fundamento no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988, conforme supramencionado. Entretanto, o artigo 1.565, § 2º do Código Civil de 2002, traçou algumas questões, prevendo que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições públicas e privadas”.⁴³

No entendimento de Lisboa, o planejamento familiar não é classificado como princípio constitucional que rege as relações familiares, mas:

⁴¹ BRASIL, 1988, loc. cit.

⁴² KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 108.

⁴³ BRASIL, 2002, loc. cit.

[...] é o direito que os representantes da entidade familiar [...] têm de livremente deliberar acerca do planejamento da família, em especial sobre:

- a) a constituição, limitação e aumento da prole; e
- b) a adoção dos meios lícitos necessário para o desenvolvimento físico, psíquico intelectual dos integrantes de sua família.⁴⁴

Nesse aspecto, é possível destacar que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, uma vez que são livres para deliberar sobre a origem de sua prole, estendendo aos efeitos de algumas técnicas de reprodução assistida permitidas pelo Código Civil Brasileiro, que tem por finalidade propagar a procriação.

Diniz manifesta tal ocorrência dizendo:

[...] pode-se afirmar que o planejamento familiar responsável é um direito reprodutivo, ou melhor, um direito humano básico reconhecido pela ONU, na Resolução de 1968, e pela Constituição, em seu art. 226, § 7º, sendo, com base nos princípios do respeito à dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, um paradigma da política populacional.⁴⁵

Assim, de forma a consagrar o direito ao planejamento familiar, a Constituição Federal de 1988 concedeu ao homem e à mulher a titularidade dos direitos a reprodução, seja natural ou artificialmente.

Nessa linha, afirma Krell que:

[...] o reconhecimento constitucional da reprodução assistida encontra fundamento no direito a constituir uma família, estreitamente vinculado ao direito ao planejamento familiar. Isto porque aquilo que foi idealizado como projeto familiar será exteriorizado com a constituição de fato da pretendida e planejada família.⁴⁶

De tal modo, o planejamento familiar tem por base a proteção do Estado apenas para propiciar meios educacionais e técnicos científicos, garantindo esses direitos, podendo estabelecer políticas de reprodução humana que diz respeito aos direitos fundamentais, ficando sob o poder da entidade familiar a decisão quanto à geração de sua prole.⁴⁷

Contudo, a filiação é decorrente do livre planejamento familiar, que tem características próprias do direito fundamental. Por sua vez, o Estado não possui legitimidade para intervir de forma direta nas relações familiares quando for para controlar o número de filhos que o casal pretende conceber.

Para Sales e Teixeira, o papel do estado, nesse âmbito, deve ter duas funções:

[...] promover a informação e a educação dos cidadãos para se “adonarem” do direito ao planejamento familiar; [...] fiscalizar se os limites constitucionais estão

⁴⁴ LISBOA, 2009, p. 17.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 143.

⁴⁶ KRELL, 2006, p. 108.

⁴⁷ DINIZ, op. cit., p. 142.

sendo atendidos pelos titulares do direito fundamental, de forma a evitar instrumentalização da criança em prol do desejo dos pais.⁴⁸

Nas palavras de Lisboa, é possível afirmar que “garanta-se, [...], o acesso aos métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, assegurada a liberdade de opção”.⁴⁹

Entretanto, o direito à reprodução não é absoluto, tendo em vista que o direito à filiação e o bem comum requerem limites. No entanto, pode-se destacar que o casal é o titular do direito reprodutivo, tendo a liberdade, nos limites da lei, de forma responsável, para planejar a sua família, de ter ou não filhos.

2.2.3 Princípio da paternidade responsável

O princípio da paternidade responsável encontra seu fundamento no artigo 226, § 7º da Constituição Federal de 1988⁵⁰, bem como no artigo 27 da Lei nº 8.069/90 do Estatuto da criança e do adolescente.⁵¹

Pode ser entendido como o limite da liberdade que existe no planejamento da entidade familiar, uma vez que o Estado só pode intervir, nas relações familiares, no que diz respeito à constituição de sua prole se for para garantir que a paternidade seja de forma responsável.

A Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, dispõe no item I, nº 4, conforme anexo, que as técnicas de reprodução assistida não devem ser aplicadas com intuito de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica da criança, com exceção, se for para evitar doenças ligadas ao filho que venha a nascer.⁵² Diante de tal situação, é fácil compreender que somente em casos específicos a este o Estado não só pode como deve intervir, com o intuito de normatizar a conduta ora desejada pelos pais.

Nas palavras de Lisboa, o princípio da paternidade responsável fundamenta-se no planejamento familiar “[...] de acordo com o qual a família deve outorgar aos filhos, havidos

⁴⁸ SALES, Ana Amélia Ribeiro; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Reprodução assistida heteróloga: uma escolha pós-moderna no âmbito do planejamento familiar. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO Gustavo (orgs.). **Pensamento crítico do Direito Civil Brasileiro**. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 347-371. p. 353.

⁴⁹ LISBOA, 2009, p. 18.

⁵⁰ BRASIL, 1988, loc. cit.

⁵¹ BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**. In: VADE MECUM. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1019-1048.

⁵² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.957/2010**. A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui in totum. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 18 mar. 2012.

do casamento ou não, todos os meios para o pleno desenvolvimento de suas faculdades físicas, psíquicas e intelectuais”.⁵³

O mesmo autor, ainda nesta linha de raciocínio, compreende que cabe ao ente público intervir somente como forma de prevenção às entidades familiares, tendo em vista que “o Estado deve proporcionar o mínimo indispensável para que o planejamento familiar possa ser realizado a contento, fornecendo os recursos educacionais e científicos que se fizerem necessários para tanto”.⁵⁴

Assevera Krell que esse poder de paternidade deve ser exercido com respeito e muita responsabilidade, quando disserta:

No espírito do princípio da “paternidade responsável”, o projeto parental não se restringe à simples concepção e nascimento da criança, mas vai além, materializando-se na educação, afetividade, proteção e total assistência, seja material ou imaterial, da futura criança. Isto significa que devem ser assumidos os deveres parentais em decorrência do exercício dos direitos reprodutivos, mediante a conjunção carnal ou recurso a alguma técnica artificial.⁵⁵

Em suma, pode-se alegar que este princípio objetiva garantir direitos futuros a sua prole perante um planejamento racional, muito bem estruturado, exercido com grande responsabilidade.

2.3 DIREITO À PROCRIAÇÃO

Procriar é gerar filhos, significa perpetuar a espécie.⁵⁶ O direito à procriação encontra fundamento jurídico no princípio do planejamento familiar previsto no artigo 226, § 7º da Constituição Federal de 1988 e artigo 1.565, § 2º do Código Civil de 2002, que dispõe acerca da liberdade da entidade familiar em construir sua família de forma responsável e consciente, cabendo tão somente ao estado estabelecer políticas concernentes à responsabilidade que acarreta para o ato de reproduzir.

Essa liberdade em procriar deve ser uma liberdade limitada, disposta a ser tratada com consciência e responsabilidade. Diniz manifesta-se, nesse sentido, dizendo:

“[...] não se pode falar de uma liberdade procriadora exercida de qualquer maneira, mas de uma liberdade responsável. Há liberdade para criar a vida, mas não para

⁵³ LISBOA, 2009, p.17.

⁵⁴ Ibid., p.18.

⁵⁵ KRELL, 2006, p. 105.

⁵⁶ QUEIROZ, Victor Santos. Direito à procriação: fundamentos e consequências. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 943, 01 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7905>>. Acesso em: 17 mar. 2012.

destruí-la, harmonizando o direito à vida o direito à liberdade do casal de planejar a família”.⁵⁷

Com efeito, Celeste citada por Filho, entende que o direito a procriação constitui um direito maior, devendo ser assegurado a todo ser humano, *in verbis*: “A ética médica ou científica não se reduz à aplicação de uma lei. A procriação é uma aspiração legítima de todo indivíduo”.⁵⁸

Logo, como todo direito impõe uma obrigação, o exercício do direito à reprodução não pode ser considerado um direito fundamental sem limites, porque não é direito absoluto.

Originado do direito maior, o direito à dignidade, surgiu o direito de fundar uma família, o direito à procriação. Tal direito perfaz-se em fator meramente genético, isto é, de originar um descendente que carregue consigo o seu próprio patrimônio.⁵⁹

Reconhece-se que o direito em procriar é o direito de decidir sobre o número de filhos de forma livre e responsável. Além disso, abrange o direito de organizar a estrutura familiar, sendo possível estabelecer a procriação assistida por meio das técnicas de reprodução artificial que serão vistas no capítulo seguinte.

Convém destacar que a procriação assistida provém dos avanços recentes da biotecnologia, trazendo enormes benefícios à humanidade, na tentativa de solucionar a esterilidade e infertilidade humana, sendo técnica utilizada tanto na inseminação artificial como na fecundação *in vitro*.

Entretanto, a procriação revela-se como fato essencial à espécie humana, ligado à ideia de família. Como visto anteriormente, é na família que os filhos nascem e é com o nascimento dos filhos que as famílias se perpetuam. Assim são estabelecidas as relações jurídicas mais fundamentais para o ser humano.⁶⁰

Enfim, analisados os princípios norteadores do direito de família, é possível concluir que, sem a existência do direito à procriação, estes princípios não poderiam ter utilidade, uma vez que é com base nesse direito que a família se torna livre para decidir sobre sua prole.

⁵⁷ DINIZ, 2009, p. 140.

⁵⁸ CELESTE apud FILHO, Sebastião de Oliveira Castro. Liberdade de investigação e responsabilidade ética, jurídica e biotética. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. cap. 15, p. 347-373. p. 373.

⁵⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes temas da atualidade**: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 157.

⁶⁰ QUEIROZ, 2006, loc. cit.

Nesse contexto, ligado ao direito à procriação, passamos a discorrer sobre o que constitui a reprodução humana assistida e quais suas principais técnicas e formas, tendo em vista que este instituto se define como uma das formas de reprodução humana não natural, tornando-se capaz de procriar a espécie com ajuda da engenharia genética.

3 REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA

Para melhor compreensão do tema, neste capítulo serão abordadas as possíveis técnicas de inseminação humana, em especial a inseminação artificial homóloga, uma vez que o direito à proteção da família, disposto no artigo 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988, estudado no capítulo anterior, contempla também o direito ao uso das técnicas de reprodução humana assistida, enquanto direito de constituir família seja por meio natural ou artificialmente.¹

A Constituição Federal de 1988 não faz menção, de forma expressa, quanto à possibilidade de originar uma família por meio da técnica de reprodução assistida. Contudo, é possível buscar, nas fontes formais do direito, a interpretação analógica, aplicando a técnica de inseminação artificial, mas, não significa dizer que esta interpretação deve ser estendida a qualquer técnica de reprodução humana. Para isso veremos, posteriormente, as técnicas existentes e qual merece amparo jurídico pelo legislador para serem aplicadas às entidades familiares em busca de sua procriação de forma artificial, isto é, por não conseguir, de forma natural, atingir a concepção.

Segundo Sales, a reprodução humana assistida consiste na:

[...] inseminação artificial ou *in vivo*, na fecundação *in vitro* e na gestação de substituição. Em todos os casos, o material genético pode ser do casal ou de terceiros; este será utilizado, na maioria dos casos, se o material genético do próprio casal apresentar problemas, por exemplo, se a mulher já tiver passado do marco dos 35 anos, quando então, seu óvulo pode apresentar dificuldades em fecundar [...].²

Os primeiros registros na história constataam que a causa de incapacidade em procriar é extremamente antiga. Contudo, foi no final da década de 70 que tivemos o primeiro nascimento de um bebê de proveta, ocorrido em 25.07.1978, na Inglaterra.³

No Código de Manu já se podia evidenciar a técnica de reprodução artificial diante da esterilidade do marido em redação contida no Livro IX: “59. *Não havendo filhos, a desejada gravidez pode ser obtida pela coabitação da esposa, convenientemente autorizada, com um irmão, ou algum outro parente até sexto grau do marido*”.⁴ (grifo do autor).

¹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 105.

² SALES, Ana Amélia Ribeiro; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Reprodução assistida heteróloga: uma escolha pós-moderna no âmbito do planejamento familiar. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO Gustavo (orgs.). **Pensamento crítico do Direito Civil Brasileiro**. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 347-371. p. 351-352.

³ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 29.

⁴ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54.

Destaca-se que esse direito caberia somente em caso de esterilidade masculina, ou seja, sendo o homem incapaz para procriar, a mulher teria o direito de engravidar de seu irmão. Entretanto, caso a incapacidade estivesse presente na mulher, esta deveria ser substituída: “81. *Uma mulher estéril deve ser substituída no oitavo ano; aquela cujos filhos tenham morrido, no décimo, aquela que só dá a luz filhas, no décimo primeiro; aquela que fala com arrogância, imediatamente*”.⁵ (grifo do autor).

Com efeito, podemos perceber que o desejo de procriação é algo antigo e que vem sendo regrado desde as antigas leis civis.⁶ Por conta disso, a reprodução humana assistida serviu como procedimento para possibilitar a criação de prole aos casais que possuem algum problema de infertilidade ou esterilidade. Assim, deixou de ser algo novo para se tornar um instituto cada vez mais conhecido, embora traga alguns problemas, tanto éticos como jurídicos, a serem enfrentados.

Sobre inseminação artificial, destaca Machado que:

[...] é o primeiro exemplo de procriação medicamente assistida, de intervenção do médico na reprodução humana. Trata-se de uma verdadeira revolução biológica, ética e social. A reprodução humana, sempre considerada como o elo mais íntimo do casal, com a procriação artificial, foi trazida para um ambiente de ampla participação, uma vez que tanto os óvulos quanto os espermatozoides, passaram a ser tratados fora do corpo humano.⁷

Com o rápido desenvolvimento das novas técnicas de reprodução assistida, os casais inférteis⁸ ou estéreis⁹ já dispõem de diversas formas para resolver o problema da incapacidade de procriar, tanto masculina quanto feminina, não mais sendo prevista tal discriminação para as mulheres, o que era realidade em determinado momento histórico.¹⁰

Contudo, a fecundação artificial pode ocorrer muito tempo após a coleta do material genético, ou mesmo depois de falecer o seu progenitor biológico. Quando se tratar de inseminação ocorrida depois de falecido o progenitor, estamos nos referindo à inseminação artificial *post mortem*, que mais à frente será tratada, incluindo seus questionamentos no âmbito jurídico.

Em contrapartida, a reprodução humana de forma natural, só poderá ocorrer se existir no homem e na mulher os requisitos básicos para que a fecundação se efetue, como por

⁵ SCALQUETTE, 2010, p. 56.

⁶ ROMEO CASABONA, Carlos Maria. **Biotecnologia, direito e bioética**: perspectivas em direito comparado. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 100.

⁷ MACHADO, 2003, p. 33.

⁸ [...] é a incapacidade de ter filhos vivos, sendo possível a fecundação e o desenvolvimento do embrião ou feto, equivalendo à hipofertilidade. Cf. Ibid., p. 21.

⁹ Impossibilidade de ocorrer a fecundação numa situação irreversível. É a incapacidade definitiva para conceber”. Cf. Ibid., p. 20.

¹⁰ Ibid., p. 32.

exemplo: a mulher deve produzir um óvulo maduro dentre os aproximadamente 200.000 folículos de qualquer um de seus ovários; já o homem terá que produzir, em seus testículos, sêmen com as propriedades adequadas para fecundar.¹¹

Essa reprodução humana natural ocorre com a fecundação interna pela junção das células germinais ou reprodutoras, formando um ovo ou zigoto.¹² A partir desse momento, por meio do processo de divisão das células, o embrião formado deverá chegar ao interior do útero, em média de três a seis dias da fecundação.

Com a fecundação, o zigoto formado com parte dos cromossomos da mãe e parte do pai, até mesmo o sexo passa a ser definido, passando a constituir uma diferente combinação de cromossomos que o diferenciará de seus progenitores.¹³

Assim, a fecundação originada dessa união dos núcleos das células reprodutivas masculinas e femininas, diferente das células somáticas dos organismos dos pais dará origem a um ser individualizado.¹⁴

Não sendo possível atingir esse ciclo natural, o casal poderá optar em reproduzir de forma assistida, observando o que regulamenta a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.957/10, que dispõe das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução artificial.

Diniz adverte para a criação de lei que regule as técnicas de reprodução humana, uma vez que a procura por estes métodos cada vez mais os está vulgarizando. Contudo, a autora faz uma ressalva: “Dever-se-á, em nosso entender, coibir a inseminação artificial heteróloga, a fertilização *in vitro* e a gestação por conta de terceiro, ante os possíveis riscos de origem física e psíquica para a descendência e a incerteza sobre a identidade”.¹⁵

Nesta concepção, é importante salientar a definição de reprodução assistida para Scalquette, quando afirma que:

[...] é aquela em que o casal recebe orientação de forma a programar a maneira de suas relações, visando à facilitação do encontro do espermatozoide com o óvulo, ainda que esse encontro se dê por meio de relação sexual.¹⁶

Todavia, no entender de Dias, a reprodução humana artificial constitui em:

[...] técnicas de reprodução assistida que permitem a geração da vida, independentemente do ato sexual, por método artificial, científico ou técnico. A

¹¹ MACHADO, 2003, p. 19.

¹² Ibid., p. 18.

¹³ Ibid., p. 19.

¹⁴ Ibid., p. 18.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 546.

¹⁶ Ibid., p. 546.

fecundação resultante da reprodução medicamente assistida é utilizada em substituição à concepção natural, quando houver dificuldade ou impossibilidade de um ou de ambos de gerar. São técnicas de interferência no processo natural, daí o nome de **reprodução assistida**.¹⁷ (grifo do autor).

Em suma, com o avanço da engenharia genética, o ordenamento jurídico brasileiro, de fato, não está conseguindo acompanhar essa evolução tão rapidamente e, conseqüentemente, não consegue normatizar todas as formas que compõe a reprodução medicamente assistida.

Dada à compreensão do que vem a ser a reprodução humana assistida, passamos a análise das suas principais técnicas e formas, em especial, que tem como foco no presente trabalho, a técnica de inseminação artificial homóloga empregada *post mortem*.

3.1 PRINCIPAIS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A reprodução medicamente assistida pode ocorrer por meio de vários métodos existentes. O mais comum é a inseminação artificial intrauterina (IA ou IIU), que constitui uma das técnicas mais simples utilizadas na inseminação artificial intraconjugal (IAC). É um processo simples e de baixo custo, sendo uma das primeiras técnicas que se teve notícia na história e ocorre quando uma quantidade de espermatozoides é introduzida no interior do canal genital feminino, com auxílio de um cateter, sem ocorrer relação sexual. Esse método é indicado para os casos de defeito no canal cervical ou, até mesmo, incompatibilidade do muco cervical com os espermatozoides.¹⁸

Outro método é a fecundação artificial *in vitro* e transferência de embriões (FIVETE), utilizada para mulheres com problemas nas trompas, endometriose, anovulação crônica ou com ovários policísticos, ajudando no estímulo da ovulação da mulher via injeções hormonais, a fim de desenvolver vários folículos, ou seja, vários óvulos, ao invés de um só. A fertilização do óvulo pelo espermatozoide ocorre em laboratório, com a transferência de embriões. Depois de serem colocados juntos aos espermatozoides, são processados em ambiente com cinco por cento de CO₂ e temperatura de 37°C e, após 24 a 48 horas, os pré-embriões formados, contendo em média de quatro a oito células, são implantados para a cavidade uterina.¹⁹

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 361.

¹⁸ SCALQUETTE, 2010, p. 70.

¹⁹ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Bioética e Início da Vida**: alguns desafios. Aparecida, SP: Idéias e Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004. p. 125.

A técnica de transferência intratubária de zigoto (ZIFT) significa *Zibot Intra Fallopian Transfer* e consiste na retirada do óvulo produzido pela mulher para fecundar “*in vitro*”, isto é, em ambiente artificial, com sêmen do marido ou de outro doador, para depois introduzir o embrião no seu útero ou de outra mulher.²⁰ O zigoto, ao invés de ser colocado no útero, é transferido para a trompa uterina, visando que o organismo humano reconheça aquele embrião implantado e inicie a gestação.

Diferente da técnica de ZIFT, temos a técnica de inseminação artificial pelo método de transferência intratubária de gametas (GIFT), que significa *Gameta Intra Fallopian Transfer* e consiste na fecundação *in vivo*, ou seja, é implantado na mulher o sêmen sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou de embrião.²¹

Esta técnica de GIFT, segundo Scalquette é: “[...] adequada para casais em que a mulher tem pelo menos uma trompa saudável”²², pois os espermatozoides e oócitos são aproximados e transferidos para a tuba. Nesse caso, o processo de fertilização pode ocorrer de forma natural.

Temos, ainda, a técnica de reprodução humana artificial que se dá pela gestação substituta que, segundo Machado, acontece quando:

[...] a esterilidade for da mulher pela impossibilidade de seu útero não possuir condições de exercer a sua função, poderá optar pela mãe substituta, portadora, ou vulgarmente conhecida como “mãe de aluguel”. Assim, a inseminação artificial pode ocorrer: no útero da futura mãe, *in vitro* ou em uma hospedeira.²³

Esta técnica tem como função possibilitar a mulher de ter um filho quando se tornar incapacitada. O uso de tal técnica advém de má formação no organismo da mulher, como, por exemplo: ausência de útero, infertilidade vinculada a uma doença uterina, contraindicação médica a uma gravidez decorrente de outras doenças, tais como insuficiência renal grave.²⁴

A gestação por substituição tem causado grandes discussões, no entanto, a Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, em seu item VII, dispõe que a gestação por substituição admite a cessão temporária do útero, sem fins lucrativos, desde que

²⁰ DINIZ, 2009, p. 543.

²¹ Ibid., p. 543.

²² Ibid., p. 543.

²³ MACHADO, 2003, p. 34.

²⁴ FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.37.

a cedente seja da família, sendo parente até o segundo grau, ou seja, mãe, avó, neta ou irmã da mãe genética.²⁵

Todavia, considerando as principais técnicas existentes, interessa para o presente estudo a técnica de inseminação artificial, conforme elucidada, na forma homóloga *post mortem*, que será exposta nos próximos itens.

3.2 FORMAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA PREVISTA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Embora ausente legislação específica a fim de normatizar várias questões que envolvem a reprodução humana assistida, como por exemplo, a possibilidade ou não de conceder herança ao filho oriundo da técnica de inseminação *post mortem*, o atual Código Civil de 2002 prevê, em apenas um artigo, três novas hipóteses de presunção da filiação no que diz respeito às técnicas de reprodução humana assistida.

O artigo 1.597, inciso III, admite como presunção os filhos que foram concebidos da união do espermatozoide com óvulo de seus pais, tendo essa reunião ocorrida dentro ou fora do corpo da mãe, ou seja, de fecundação homóloga. Vejamos: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; [...]”.²⁶

No inciso IV, instituiu como presunção de serem filhos os embriões excedentários decorrentes de inseminação artificial homóloga, isto é, somente aqueles que restaram da fecundação feita com material genético dos próprios genitores²⁷: “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; [...]”.²⁸

Já no inciso V, considerou como presunção os filhos havidos de fecundação heteróloga, isso é, aqueles decorrentes do uso do espermatozoide de um terceiro doador inserido para gestar no ventre da mãe.

Em suma, para admitir esta presunção, passamos à análise da inseminação artificial homóloga e heteróloga e, em capítulo posterior, serão analisados os aspectos

²⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.957/2010**. A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui in totum. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 27 mar. 2012.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 abr. 2012.

²⁷ SCALQUETTE, 2010, p.74.

²⁸ BRASIL, op. cit.

jurídicos que envolvem, em especial, o inciso III do artigo 1.597 do atual Código Civil de 2002.

3.3 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA E HETERÓLOGA

Considerando as várias técnicas existentes de reprodução assistida, o presente trabalho procurou tratar especificamente o conceito da técnica de inseminação artificial heteróloga e, em especial a homóloga, uma vez que essa última tem por objeto de estudo a problemática em desencadear se é possível ou não estender os direitos sucessórios ao filho oriundo da técnica de inseminação homóloga *post mortem*.

A inseminação artificial será homóloga quando for utilizado o material genético do próprio casal. Ocorrendo a concepção na constância do casamento, são presumidos os filhos havidos por esta técnica, ainda que falecido o marido, conforme dispõe o inciso III do artigo 1.597 do Código Civil de 2002; não havendo necessidade de autorização do marido, ou seja, a parte final deste mesmo dispositivo legal ao prever “mesmo que falecido o marido”, deve ser interpretada tão somente para fins de reconhecimento da paternidade, observado o prazo limite de 300 dias da morte do *de cujus*.

Para Welter, este tipo de técnica “[...] diz respeito à coleta de material genético dos cônjuges ou conviventes. [...] o material genético (sêmen ou óvulo) pertence ao casal”.²⁹

No entanto, não significa dizer que, mesmo sem a autorização do marido seja permitido que a mulher possa realizar a inseminação artificial *post mortem*, ao contrário, ainda que o cônjuge tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para realizar a inseminação *post mortem*.³⁰ Somente na hipótese de ter existido expressa autorização do cônjuge é que a inseminação poderá ser feita após a sua morte.

Já a inseminação artificial heteróloga ocorre quando da utilização de material genético de terceiro doador, estranho ao casal, contando com a autorização do marido para que esta técnica seja realizada. Este consentimento não precisa ser por escrito, bastando ser prévio e sendo obrigatório o sigilo sobre a identidade do doador e dos receptores.³¹

²⁹ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 212 e 213.

³⁰ DIAS, 2010, p. 362.

³¹ Item IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador. Cf. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, loc. cit.

Para este tipo de inseminação, Dias compreende que a presunção de paternidade se dá pela relação socioafetiva, senão vejamos:

Ao contrário das demais hipóteses, a fecundação heteróloga gera presunção *juris et de jure*, pois não há possibilidade de a filiação ser impugnada. Trata-se de **presunção absoluta de paternidade socioafetiva**. A paternidade constitui-se, desde a concepção, no início da gravidez, configurando hipótese de paternidade responsável. Se fosse admitida impugnação, haveria uma paternidade incerta, devido ao segredo profissional do médico e ao anonimato do doador do sêmen. Assim, de nada serve a prova da inexistência do vínculo biológico.³² (grifo do autor).

No mesmo sentido, a autora ainda destaca:

A forma mais segura de identificar a filiação é a realização do exame do DNA. A presunção da paternidade sempre teve como justificativa a verdade biológica, ou seja, gerava a lei uma certeza ficta com base na probabilidade de um vínculo genético. Tratando-se de inseminação heteróloga, a presunção de paternidade é exclusivamente baseada na verdade afetiva. [...] Como é utilizado material genético de doador anônimo, a verdade real deixou de ser pressuposto para o estabelecimento da presunção de paternidade.³³

No entanto, as consequências jurídicas advindas da utilização desta técnica, conhecida como heteróloga, acarretam diversos efeitos sociais e jurídicos, tornando-se prejudiciais para a segurança das relações jurídicas que envolvem o Direito de Família, que no presente trabalho não é alvo de estudo.

Passado à análise das formas existentes de reprodução humana assistida, com maior importância ao estudo da inseminação homóloga, na subseção seguinte, será objeto de estudo a inseminação artificial homóloga *post mortem* e seus aspectos que despertam inúmeras omissões na legislação civil brasileira, em especial no que diz respeito à questão sucessória, tendo em vista que o emprego deste tipo de técnica constitui grande relevância para que possamos compreender os direitos a tal técnica estendidos.

3.3.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Post mortem vem do *latim*, após a morte. A inseminação artificial *post mortem* consiste na possibilidade de utilização do material genético criopreservado após o falecimento do seu titular originário, extraído a época com vida.³⁴

³² DIAS, 2010, p. 364.

³³ Ibid., p. 356.

³⁴ GONÇALVES, Fernando David de Melo. **Novos métodos de Reprodução assistida e consequências jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 50.

A resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.957/2010, item VIII, prevê a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja prévia autorização do falecido, para que possa fazer uso do material genético criopreservado. Assim dispõe:

VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.³⁵

Nas palavras de Leite citado por Machado, esta técnica é:

Conhecida como intermediária porque, como diz Eduardo de Oliveira Leite “não é homóloga nem heteróloga”, a inseminação *post mortem* possibilita preservar a fertilidade de um homem que corre sério risco de tornar-se estéril diante de uma grave enfermidade, ou mesmo diante de um estado terminal de vida.³⁶

O legislador, ao tratar das possíveis técnicas de reprodução assistida, regulando três novas formas de filiação previstas no artigo 1.597 do Código Civil de 2002, não se manifestou sobre as consequências sucessórias advindas dessas práticas. Como exemplo, temos a fecundação artificial *post mortem*.

É plenamente válida a vontade inequívoca do marido de querer dar à esposa, ainda que seja após sua morte, o direito de conceber um filho por meio do esperma criopreservado, ou seja, armazenado através da técnica de resfriamento e congelamento durante sua vida, desde que haja expressa menção manifestada.

Por conta disso, a doutrinadora Krell entende que, para se admitir a fecundação *post mortem*, é necessário haver a fixação de limites, sejam estes temporais, dentro dos quais se poderá realizá-la, bem como, a correlativa modificação das normas de Direito das Sucessões.³⁷

Na I Jornada de Direito Civil, levada a efeito no Superior Tribunal de Justiça em 2002, aprovou-se o seguinte entendimento, conforme enunciado propositivo nº 106 do Conselho de Justiça Federal:

Art. 1.597, inc. III: Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.³⁸

³⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, loc. cit.

³⁶ LEITE apud MACHADO, 2003, p. 106-107.

³⁷ KRELL, 2006. p. 188.

³⁸ JORNADA DE DIREITO CIVIL. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. **Jf.jus.br**, Brasília: CJF, 2007. 138 p. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

Com efeito, no entendimento de Dias, a solução da problemática da inseminação *post mortem* encontra amparo no artigo 1.597, inciso III do Código Civil de 2002; porém, deve ser permitida desde que o marido tenha consentido de forma expressa e ainda é necessário que exista uma limitação de tempo para que a inseminação ocorra, senão vejamos:

Diante dessa polêmica o novo Código Civil, art.1.597, III, para solucioná-la, passou a presumir concebido na constância do casamento filho oriundo de inseminação artificial homóloga, mesmo que o marido doador do sêmen já tenha falecido, mas entendemos que isso só seria possível se houver anuência do marido nesse sentido em instrumento público ou testamento, como requer a legislação espanhola.³⁹

Considerando a anuência prévia do falecido, é válido que se respeite a sua vontade como forma de procriação. Nesse sentido Leite, citado por Gama considera que:

[...] a concepção ocorre antes da transferência do embrião para o útero da mulher e, desse modo, o que é relevante é a permanência da vontade do homem que foi manifestada, no âmbito do projeto parental, e que não foi revogada antes do falecimento.⁴⁰

Os registros históricos constataam que a primeira questão em que foi envolvida a inseminação *post mortem* foi em 1984, conhecida mundialmente como o caso Parpalaix, a qual envolveu uma mulher que, após o falecimento do marido em decorrência de um câncer nos testículos, tentou realizar uma inseminação artificial com o material genético deixado por este em um banco de sêmen. Todavia, o Tribunal Francês de Créteil condenou o Centro de Estudo e Conservação do Esperma (C.E.C.O.S), a fazer entrega do sêmen depositado por Alain Parpalaix em vida para a sua viúva Corine.⁴¹

Tal decisão fez surgir com o feito a autorização da inseminação *post mortem* da viúva. Porém, o referido Tribunal não se pronunciou quanto aos direitos sucessórios, considerando apenas a natureza da relação contratual, a qual tinha, por fundamento, um contrato de depósito do material genético e seria submetido à obrigação de restituir, conforme previsto na legislação Civil Francesa.⁴²

Em notícia publicada em página de revista eletrônica relata Gama, acerca da inseminação *post mortem* no Brasil:

No País, já houve casos de mães que usaram o sêmen congelado de maridos para inseminar óvulos. Foi o que aconteceu com Kátia, de Curitiba. O marido dela,

³⁹ DIAS, 2010. p. 364.

⁴⁰ LEITE apud 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. 734.

⁴¹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 294.

⁴² Ibid., p. 294.

Roberto, foi diagnosticado com câncer. Antes de morrer resolveu congelar o sêmen para que o casal pudesse realizar o sonho de ter um filho. E em junho de 2010 Katia deu à luz Luiza Roberta.⁴³

O Conselho Federal de Medicina exige que a pessoa, antes do falecimento, deixe, de forma expressa por meio de um documento, a sua vontade de ter filhos. Na mesma página, Carlos Vital, presidente do Conselho Federal de Medicina, conclui: “Do ponto de vista ético, há a prerrogativa, a necessidade, de uma autorização por escrito”.⁴⁴

Hoje, a pessoa que sofre de uma moléstia grave, como por exemplo, um câncer, e quiser armazenar seu material genético tendo em vista que corre sério risco de morte, poderá, desde que seja de forma consentida previamente autorizada, permitir que sua esposa utilize o sêmen para inseminá-la após seu falecimento.

Deste modo, se a inseminação *post mortem* for homóloga, não haverá problemas quanto ao estabelecimento de filiação, porque o próprio Código presume filho do *de cujus* com fundamento no artigo 1.597 do Código Civil de 2002, ainda que essa presunção seja afastada, tendo em vista os meios mais avançados de se provar a filiação, qual seja, por DNA.

Porém, a questão vem à tona quando essa inseminação *post mortem* for heteróloga, que, no entendimento majoritário da doutrina, não seria possível admitir, pois não faz sentido a mulher do *de cujus* realizar inseminação artificial com o material genético de um terceiro doador tendo como reconhecimento da filiação o marido morto.

No entanto, a doutrina se divide sob dois aspectos: a primeira corrente entende que deve ser permitido e, consequentemente, opinam pela criação de legislação própria para a técnica de *post mortem*. Quem defende esta corrente fundamenta seu parecer jurídico legal com base no artigo 1.597, inciso III do Código Civil. Em contrapartida, a segunda corrente entende que não deve ser permitida, propondo uma modificação na redação final do inciso III do artigo 1.597, devendo deixar de constar a expressão: mesmo que falecido o marido.⁴⁵

Nesse aspecto, para compreender se existe ou não a possibilidade de conceder direitos sucessórios ao filho inseminado *post mortem*, é necessário tratar de direito familiar e conhecer sobre as regras do biodireito, que envolve as técnicas de reprodução assistida e seus demais fundamentos. Faz-se necessário, ainda, tratar do direito sucessório proposto no ordenamento jurídico brasileiro, objeto de estudo a ser tratado em capítulo posterior.

⁴³ FANTÁSTICO. Família israelense congela óvulos de filha e quer gerar neto. Disponível em: <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1670091-15605,00.html>>. Acesso em: 29 Mar. 2012.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ GAMA, 2003, p. 726.

4 DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM

Com a evolução no campo da bioética, em face do surgimento de novas formas de filiação, a estrutura das entidades familiares sofreram profundas modificações. Assim, com os avanços produzidos na esfera da reprodução humana assistida, o Código Civil de 2002 fez-se omissivo ao prever as novas formas de filiação introjetadas na reprodução assistida, uma vez que nada foi regulamentado sobre os direitos hereditários para o futuro ser, em especial, em se tratando de inseminação assistida *post mortem*.

Nesse aspecto, é necessário que se entenda o instituto do direito sucessório, disciplinado na parte especial do Código Civil que trata sobre a transmissão do patrimônio do falecido aos seus sucessores para melhor compreensão do presente estudo.

4.1 DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito à sucessão, disciplinado na parte especial do Código Civil de 2002, segundo Leite, “é o conjunto de normas jurídicas que disciplinam a transferência do patrimônio (ativo e passivo) de uma pessoa que morreu à seus sucessores”.¹ Contemplado no Livro V do Código Civil, entre os artigos 1.784 ao artigo 2.027 e em matéria processual, aplicam-se as normas do Código de Processo Civil entre os artigos 982 ao artigo 1.045.

O fundamento da transmissão sucessória está ornamentado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXX², que inclui a herança como garantia fundamental, e no artigo 227, § 6º³, que assegura, inclusive, os mesmos direitos a todos os filhos.

A sucessão vem do latim *succedere*, que significa vir no lugar de alguém, sempre ligada à ideia de continuidade da religião e da família. No entanto, a evolução histórica do

¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. 6 v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004-2005. p. 24.

² Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXX - é garantido o direito de herança; Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.

³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Cf. Ibid.

direito das sucessões tem como marco o regramento no direito romano, mais precisamente na Lei das XII Tábuas.⁴

4.1.1 Da abertura da sucessão

Dispõe o artigo 1.784 do Código Civil: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.⁵

Assim, conforme dispõe o artigo 6º do mesmo diploma legal⁶, a existência da pessoa natural termina com a morte; no entanto, constata-se que, no mesmo instante em que é aberta a sucessão, automaticamente é transmitida a herança aos herdeiros legítimos e testamentários do *de cujus*. Esse fenômeno de transmissão da posse é reconhecido pela doutrina como o princípio da *saisine*.⁷

Saisine vem da palavra latina *sacire*, que tem o sentido de apoderar-se, tomar posse. Entretanto, significa a transmissão, desde logo, a propriedade e a posse dos bens do *de cujus* aos seus herdeiros.⁸

Nas palavras de Leite, “A sucessão *causa mortis* se abre com a morte do autor e a titularidade de seus direitos deve se transmitir imediatamente aos seus sucessores a título universal, já que é incompatível a ocorrência de direito subjetivo sem titular”.⁹

Com efeito, a morte determina a abertura da sucessão, implica na transmissão da propriedade e da posse aos sucessores do *de cujus* que estejam vivos naquele momento, independente de se acharem presentes, ou de qualquer ato seu.¹⁰

Nas palavras de Wald, a transferência da herança opera-se desde logo, uma vez que:

[...] dentro do sistema legal pátrio, a propriedade e a posse dos bens herdados transferem-se automaticamente, *ipso jure*, pelo simples fato da morte do *de cujus*, aos herdeiros, independentemente da abertura do inventário, que é mera formalidade, e da sentença homologatória da partilha, que tem caráter declaratório. O mesmo não

⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil**: parte especial: do direito das sucessões: das sucessões em geral; da sucessão legítima (artigos 1.784 a 1.856). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 05.

⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.

⁶ Ibid.

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1264.

⁸ MATOS, Tereza. **Novo direito das sucessões**: teoria e prática. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008. p.21.

⁹ LEITE, 2004-2005, p. 34.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 16. ed. 6v. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 17.

acontece em relação aos legatários. A estes se transfere apenas o direito, cabendo aos herdeiros entregar aos legatários a posse dos objetos legados.¹¹

Com exceção ao fato morte, quando uma pessoa se torna ausente, há possibilidade de fazer a sucessão provisória, regulada entre os artigos 26 e 36 do Código Civil de 2002, que posteriormente se converterá em sucessão definitiva, conforme dispõe no artigo 37 e seguintes do mesmo diploma legal.

Wald entende que, em se tratando de abertura da sucessão, por tratar-se de pessoa ausente, cuja morte é presumida, devem:

[...] seus herdeiros pleitear nos termos da lei a abertura da sucessão provisória e definitiva. Só, todavia, na hipótese dele reaparecer após dez anos da sucessão definitiva é que não será reintegrado na propriedade de seus pertences (CC de 2002, art. 39, *caput*)”.¹²

Outro ponto importante a ser destacado quanto à abertura da sucessão é o lugar em que ela deve ser aberta e a lei que regula os direitos sucessórios. De acordo com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 10, *caput*, a sucessão deve obedecer à lei do país em que era domiciliado o *de cujus*, qualquer que seja a situação dos seus bens.¹³ Neste caso, o último domicílio do falecido é que define onde abrirá a sucessão e, conseqüentemente o inventário, conforme dispõe o artigo 1.785 do Código Civil de 2002, “A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido”.¹⁴ Entende-se por domicílio o local onde se tem a residência com ânimo definitivo.

Caso o autor da herança não possua domicílio certo, aplicar-se-á o contido no artigo 96, parágrafo único, inciso I do Código de Processo Civil: “É, porém, competente o foro: I - da situação dos bens, se o autor da herança não possuía domicílio certo; [...]”.¹⁵

Mesmo que os bens estejam localizados em lugar diverso, o último domicílio é que define a competência para abertura da sucessão como outras ações que envolverem o espólio. Conforme dispõe no artigo 96, parágrafo único, inciso II do Código de Processo Civil: “É, porém, competente o foro: [...] II - do lugar em que ocorreu o óbito se o autor da herança não tinha domicílio certo e possuía bens em lugares diferentes. [...]”.¹⁶

¹¹ WALD, Arnoldo. **Direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 12.

¹² *Ibid.*, p. 10.

¹³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012.

¹⁴ *Id.*, 2002, loc. cit.

¹⁵ *Id.* **Lei nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 21 abr. 2012.

¹⁶ *Ibid.*

Para tanto, a herança a ser transmitida compreende os direitos e as obrigações, todo ativo e o passivo aos sucessores do *de cujus*, conforme assevera Gonçalves:

A herança é, na verdade, um somatório, em que se incluem os bens, as dívidas, os créditos e os débitos, os direitos e as obrigações, as pretensões e ações de que era titular o falecido, e as que contra ele foram propostas, desde que transmissíveis. Compreende, portanto, o ativo e o passivo.¹⁷

Todavia, a título hereditário, temos alguns direitos que não são transmissíveis, como por exemplo, os direitos personalíssimos, direitos políticos, direito ao usufruto, tutela, curatela, entre outros. Em complemento, Cahali afirma:

O direito das sucessões opera por meio da morte do titular de um direito que não seja personalíssimo e que, nesta medida, possa e deva ser transferido para um outro titular. Assim, sempre que um direito ou bem qualquer puder ser transferível para outra pessoa em razão da morte de seu antigo titular, estar-se-à diante do campo propício para a aplicação das regras do direito sucessório. Dai dizer-se tratar de sucessão *mortis causa*.¹⁸

Desse modo, com a morte do *de cujus*, ocorre a abertura da sucessão e a transmissão da herança aos herdeiros num mesmo instante, mas essa transmissão só terá de surtir efeito após a aceitação ou renúncia da mesma, conforme dispõe no artigo 1.804 do Código Civil de 2002.¹⁹

4.1.2 Da legitimação para suceder

Para ser considerado herdeiro é necessário que, por ocasião da morte do *de cujus*, a pessoa esteja viva, ou ao menos concebida, conforme dispõe no artigo 1.798 do Código Civil de 2002: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.²⁰

É interessante destacar que a legitimação ou capacidade sucessória se difere da capacidade civil, uma vez que a capacidade sucessória é a aptidão para receber determinada herança ou legado deixado pelo *de cujus*; já a capacidade civil é a aptidão para se exercer os atos da vida civil.²¹

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006-2009. 7v. p. 14.

¹⁸ CAHALI, José Francisco. Sujeitos da Sucessão: capacidade e legitimidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das sucessões**. 2. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 15-26. p. 15-16.

¹⁹ Art. 1.804. Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão. Parágrafo único. A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança. cf. BRASIL, 2002, loc. cit.

²⁰ Ibid.

²¹ GONÇALVES, op. cit., p. 18.

A capacidade sucessória se dá a qualquer pessoa, seja ela incapaz ou não. As causas que podem levar à exclusão da capacidade sucessória pode se dar, por exemplo, nos casos de indignidade (artigos 1.814 a 1.818 do Código Civil de 2002) e deserdação (artigos 1.961 a 1.965 do Código Civil de 2002), além de outras formas de exclusão previstas no Código Civil de 2002.²²

A indignidade pode ser declarada contra qualquer herdeiro legítimo, testamentário ou legatário, até mesmo nos casos em que é permitido à pessoa jurídica herdar, estará sujeita a ser excluída por indignidade. Já o ato de deserdação só sofrem os herdeiros necessários, basta fazer testamento deixando-os de fora.

Essa exclusão, segundo o entendimento majoritário, é dotada de caráter personalíssimo, não produzindo efeitos aos sucessores dos indignos ou deserdados, conforme dispõe no artigo 1.816 do Código Civil de 2002:

Art. 1.816. São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão.
Parágrafo único. O excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens.²³

Com relação às pessoas já concebidas, compreendendo os nascituros, isto é, pela nova redação, o nascituro pode ser chamado a suceder, ficando a cargo de nascer com vida, conforme o disposto no artigo 1.800, § 3º do Código Civil de 2002:

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.
§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.²⁴

Vale ressaltar que o nascituro tem resguardado os seus direitos desde a concepção, conforme dispõe o artigo 2º do Código Civil de 2002: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.²⁵

Nesse sentido, compreende Gonçalves que:

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

²² QUEIROGA, Antônio Elias de. **Curso de direito civil, direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 33.

²³ BRASIL, 2002, loc. cit.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

personalidade. Respeitam-se, porém, os direitos do nascituro, desde a concepção, pois desde esse momento já começa a formação do novo ser.²⁶

Além de resguardar os direitos do nascituro, a lei consagrou a possibilidade de sucessão testamentária aos não concebidos, conforme disposto no artigo 1.799, inciso I do mesmo diploma legal: “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; [...]”.²⁷

Leite classifica a capacidade para suceder em três formas, quais sejam:

- a)Nascido – herda desde o momento da abertura da sucessão.
- b)Nascituro – herda a partir do momento do nascimento.
- c)Não concebido – A curatela caberá “à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art.1.775” (art.1.800,§ 1º). Para evitar a indefinição vitalícia gerada pela herança dos não concebidos, o legislador estabeleceu o prazo de 2 anos, da data da abertura da sucessão, a partir do qual, os bens reservados retornam aos herdeiros legítimos (art.1.800, § 4º).²⁸

É interessante notar que a denominação “não concebido” equivale à antiga categoria “prole eventual”, que, segundo Leite, “[...] além da hipótese geral inserta no artigo 1.798, ainda podem ser herdeiros os filhos ainda não concebidos. Em assim sendo, quem ainda não foi concebido só pode ser titular de direito sucessório na sucessão testamentária”.²⁹

À mercê do testador entende-se cabível atribuir bens a filhos eventuais de pessoas vivas. Nesse sentido, salienta Wald:

[...] o testador poderá atribuir bens a filhos eventuais de pessoas vivas, ficando, então, a herança destes dependentes de condição suspensiva, que consiste no seu nascimento [...]. Até a realização da condição, ficarão os bens nas mãos de curador nomeado pelo juiz de acordo com expressa previsão testamentária ou, na sua falta, da pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro e, sucessivamente, das pessoas que são indicadas por lei para a curatela [...].³⁰

O mesmo autor ainda afirma:

Caso o herdeiro esperado nasça com vida, ser-lhe á deferida a sucessão, incluindo os frutos e rendimentos relativos à deiza testamentária, a partir da morte do testador. Se, ao contrário, no prazo de dois anos, não houver a concepção do herdeiro esperado, os bens serão destinados aos herdeiros legítimos do *de cujus*, salvo disposição testamentária em contrário.³¹

Em contrapartida, revela-se uma questão crucial, pois se conclui que os filhos concebidos por meio das formas de procriação artificial, em especial, concebidos por meio da

²⁶ GONÇALVES, 2006-2009, p. 51.

²⁷ BRASIL, 2002, loc. cit.

²⁸ LEITE, 2004-2005, p. 69.

²⁹ Ibid., p. 70.

³⁰ WALD, 2007, p. 19.

³¹ Ibid., p. 19.

técnica de inseminação artificial prevista no artigo 1.597 do Código Civil de 2002, estariam fora da cadeia sucessória legítima por consequência do artigo 1.798 do mesmo diploma legal.

Certamente herdam apenas a título de sucessão testamentária, pois o Código Civil de 2002 é expresso em regular apenas como legitimados a suceder os nascidos e concebidos no momento da abertura da sucessão.

No mesmo entendimento, Almeida revela:

[...] aberta a sucessão, as pessoas apenas concebidas poderão recolher a herança desde que venham a nascer com vida, pois a lei só põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro que nasça vivo. Não tratou o novo Código dos direitos do concepturo, na sucessão legítima. Foi lacunoso o Código, em época na qual a existência de personalidade do embrião, ou de proteção a sua situação jurídica, ou a direitos que de futuro ser-lhe atribuídos, é das mais controvertidas.³²

Entende-se, todavia, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos e do princípio do planejamento familiar, que filho inseminado não deve sofrer discriminações à parte, pois se torna inconciliável com artigo 227, § 6º da Constituição Federal de 1988. No entanto, o que se percebe é uma grande incoerência tratada entre as regras que normatizam o Direito de Família e o Direito Sucessório, cabendo à doutrina e à jurisprudência fornecerem subsídios para solucionar tal problemática.

Daí admitir-se, como prelaciona Gonçalves:

[...] a atual Constituição não faz distinção, e proíbe quaisquer designações discriminatórias entre os filhos, seja qual for a sua origem ou a espécie de relação mantida por seus genitores (art. 226, § 6º). Diante da equiparação de todos os filhos, com a proibição expressa de qualquer discriminação, inclusive no campo do direito sucessório, é de concluir que a herança ou legado a que tem direito.³³

No que diz respeito à concessão dos direitos sucessórios para filho inseminado por meio da técnica *post mortem*, a questão é ainda mais polêmica e será tratada em item posterior devido a grande relevância do assunto. Porém, a doutrina brasileira se inclina no sentido de não reconhecer direitos hereditários a título de sucessão legítima; já com relação à sucessão testamentária, a doutrina se divide em dois posicionamentos que serão expostos posteriormente.

4.1.3 Das espécies de sucessões e seus sucessores

³² ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado**: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima. São Paulo: Atlas, 2003. p. 103-104.

³³ GONÇALVES, 2006-2009, p. 57.

Conforme visto, o direito à sucessão equivale à transmissão de bens em que uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens.

A sucessão pode operar-se a título gratuito (doação), a título oneroso (compra e venda), por ato *inter vivos* (cessão) e por ato *mortis causa* (herança ou legado).³⁴

Nas palavras de Almeida, a substituição de uma pessoa por outra para prosseguir com todo acervo hereditário pode se dar de duas formas, quais sejam:

[...] pode se operar-se a título gratuito ou oneroso, *inter vivos* ou *causa mortis*. Quando se fala, porém, em direito das sucessões, há referência, apenas, à transmissão decorrente de morte, embora, excepcionalmente, a transferência entre vivos tenha interesse ao direito sucessório, como acontece com a partilha em vida, a doação da totalidade dos bens, a doação de mais da metade da quota disponível ou a doação de pai para filho, por exemplo. Essa transmissão, outrossim, estabelece-se a título gratuito, conquanto não sejam excluídos das regras que formam o direito sucessório alguns negócios jurídicos onerosos, como as disposições testamentárias com encargos ou remuneratórias.³⁵

Para o presente estudo, interessa apenas a sucessão por ato *mortis causa* a título gratuito, que é aquela que opera com a morte do *de cuius* (autor da herança) transmitindo sua herança ou legado para os herdeiros legítimos ou testamentários.

A sucessão *mortis causa* pode ser classificada: quanto a sua fonte, em legítima e testamentária; quanto aos efeitos, temos como principais a sucessão a título universal e a título singular.

Em relação aos herdeiros, o Código Civil de 2002 estabelece que legítimo seja o herdeiro previsto em lei; em ordem preferencial, são aqueles taxados no artigo 1.829.³⁶

Já os herdeiros testamentários são aqueles contemplados pelo autor da herança em testamento, sem individuação de bens.³⁷

Herdeiros necessários são os que necessariamente devem herdar, são os descendentes, ascendentes e cônjuge, previsto no artigo 1.845 do Código Civil de 2002.³⁸

E, por fim, os herdeiros legatários, assim chamados porque recebem a título de testamento um bem certo e determinado.³⁹

No entanto, chama-se de herdeiro universal aquele sendo único que recebe a totalidade da herança, seja em virtude de lei, renúncia dos demais herdeiros ou de testamento.

4.1.3.1 Sucessão legítima

³⁴ LEITE, 2004-2005, p. 24.

³⁵ ALMEIDA, 2003, p. 103-104.

³⁶ BRASIL, 2002, loc. cit.

³⁷ GONÇALVES, 2006-2009, p. 28.

³⁸ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Cf. BRASIL, 2002, op. cit.

³⁹ GONÇALVES, op. cit., p. 28.

Preceitua o artigo 1.786 do Código Civil de 2002: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”.⁴⁰ A expressão ‘por lei’ caracteriza a sucessão legítima, também chamada de sucessão legal ou “*ab intestato*”, pois se dá em virtude de lei.⁴¹ Se, por ventura, o *de cujus* venha a deixar, por disposição de última vontade, parte da sua herança para determinada pessoa, estamos diante da sucessão testamentária.

Gonçalves define a sucessão legítima do seguinte modo:

Morrendo, portanto, a pessoa *ab intestato*, transmite-se a herança a seus herdeiros legítimos, expressamente indicados na lei (CC, art. 1.829), de acordo com uma ordem preferencial, denominada *ordem da vocação hereditária*. Costuma-se dizer, por isso, que a sucessão legítima representa a vontade presumida do *de cujus* de transmitir o seu patrimônio para as pessoas indicadas na lei, pois teria deixado testamento se outra fosse a intenção.⁴²

Essa ordem de vocação hereditária fixada em lei é uma forma de beneficiar os membros da família, uma vez que o legislador faz presumir que o *de cujus* queira deixar seu patrimônio entre as pessoas mais próximas a ele, que são seus familiares.⁴³

Com exceção, deve-se atentar para regra contida no artigo 5º, inciso XXXI da Constituição Federal de 1988, que dispõe:

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

XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do “de cujus”.⁴⁴

Em complemento, dispõe o artigo 10, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Art. 10. A sucessão por morte ou por ausência obedece a lei do país em que era domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.

§ 1º - A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus.⁴⁵

Esses dois artigos normatizam que a ordem de vocação hereditária pode ser alterada quando se tratar de bens de estrangeiro situados no Brasil, com esposa e filhos brasileiros, e a lei do país do falecido for mais favorável àquelas pessoas do que a lei brasileira. Nesse caso, aplica-se a lei do país mais favorável.

⁴⁰ BRASIL, 2002, loc. cit.

⁴¹ GONÇALVES, 2006-2009, p. 24.

⁴² Ibid., p. 24.

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito das sucessões. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 94.

⁴⁴ BRASIL, 1988, loc. cit.

⁴⁵ Id., 1942, loc. cit.

4.1.3.2 Sucessão testamentária

A sucessão testamentária dá-se por disposição de última vontade, sendo realizada por pessoa capaz, podendo dispor da totalidade ou parte dos seus bens, ressalvados a parte dos herdeiros necessários para depois de sua morte, conforme prevê o artigo 1.857, *caput*, e seguintes do Código Civil de 2002.⁴⁶

A capacidade para adquirir por testamento pode não existir no momento de dispor no testamento, mas pode existir no momento da abertura da sucessão.

Com efeito, para Leite, a sucessão testamentária define-se como “resultante da vontade do testador. Deriva do testamento, isto é, da manifestação de vontade do testador que, além de legítima, abre espaço à vontade soberana do testador, quanto à cota disponível”.⁴⁷

Em decorrência dessa disposição, a lei faculta, em parte, a possibilidade de testar seus bens. Porém, não havendo herdeiros necessários vivos, o testador poderá dispor da totalidade do seu patrimônio de acordo com a sua vontade.

É interessante frisar o entendimento de Gonçalves com relação à quota, parte disponível dos herdeiros contemplados por testamento:

Havendo herdeiros necessários (ascendente, descendente ou cônjuge), divide-se a herança em duas partes iguais e o testador só poderá dispor livremente da metade, denominada *porção disponível*, para outorgá-la ao cônjuge sobrevivente, a qualquer de seus herdeiros ou mesmo a estranhos, pois a outra constitui a legítima, àqueles assegurada no art. 1.846 do Código Civil.⁴⁸

A sucessão testamentária pode ser instituída a título universal, que é quando um herdeiro tem direito a toda a herança ou somente a parte ideal, ou a título singular, quando se tem a figura do legatário, isto é, quem recebe um bem ou vários deles determinados.

Por sua vez, os herdeiros testamentários não devem ser confundidos com os legatários, uma vez que o primeiro é beneficiado por testamento, sem individualização de bem, já o segundo é beneficiado em testamento com bem ou direito específico.

Nessa perspectiva, Cahali comenta:

[...] os legatários não devem ser confundidos com os herdeiros, merecendo, por isso, tratamento jurídico próprio. São os sucessores instituídos por testamento para receber determinado bem (certo e individualizado) a título singular, podendo, igualmente como herdeiro testamentário, ante exposto, coincidir com a pessoa do próprio herdeiro legítimo ou do herdeiros testamentário.⁴⁹

⁴⁶ BRASIL, 2002, loc. cit.

⁴⁷ LEITE, 2004-2005, p. 38.

⁴⁸ Ibid., p. 38.

⁴⁹ CAHALI, Francisco José. Sujeitos da Sucessão: capacidade e legitimidade. In: HIRONAKA; PEREIRA, 2007, p. 17.

No entanto, o instrumento hábil capaz de externar a vontade de dispor convalesce pelo testamento, que podem ser divididos em testamentos ordinários (público, particular e cerrado) e especiais (marítimo, militar e aeronáutico), não cabendo aqui adentrarmos na esfera de cada uma destas formas.⁵⁰

Para disposições de pequeno valor em que a lei considera “pouca monta”, isto é, pela doutrina reconhecida como até 10% dos valores dos bens deixados, poderá ser feito por codicilo, que equivale a um testamento, só que pequeno e serve para testar coisas pequenas. É feito por escrito particular, sem necessidade de testemunhas. Podendo, no entanto, ser conjugado com o testamento.⁵¹

Logo, diante destas noções sobre sucessões, permitimo-nos ingressar no cerne deste estudo: da possibilidade ou não de o filho nascido por inseminação *post mortem* herdar, o que faremos a seguir.

4.2 ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS ACERCA DA TÉCNICA DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* FRENTE AO DIREITO SUCESSÓRIO

Em decorrência da falta de regulamentação específica acerca da problematização da técnica de inseminação artificial *post mortem*, existem **três correntes** que dividem o posicionamento dos doutrinadores do Direito de Família e Sucessório.

A **primeira corrente** entende que não são aplicáveis os direitos à herança para o filho inseminado após o falecimento do seu genitor, sendo este incapaz de suceder de forma legítima quanto testamentária, uma vez que o Direito Civil Brasileiro deveria dispor de forma expressa a proibição da técnica de inseminação artificial humana *post mortem*, assim não possibilitando que o interpretador do direito crie lacunas sujeitando tal aplicação. É o que defende Gama:

No estágio atual do direito brasileiro não há como se admitir a legitimidade do acesso da viúva ou da ex-companheira (por morte do ex-companheiro) à técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*, diante do princípio da igualdade de direitos entre os filhos. Contudo, se a técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e no pressuposto do risco, mas não para fins sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear reparação dos danos materiais que eventualmente sofrer. Nos casos das técnicas de reprodução assistida heteróloga (unilateral), os fundamentos relacionados à paternidade-filiação e à maternidade-filiação são diferentes, porquanto apenas um dos cônjuges (ou companheiros) contribui com seu gameta, normalmente a mulher. O critério do vínculo que se estabelece entre a pessoa do casal que contribui com o

⁵⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 222.

⁵¹ MATOS, 2008, p. 73-72.

seu material fecundante é o biológico, havendo origem na consanguinidade. [...]. Os pressupostos variam de acordo com a presença (ou não) do consentimento do marido (ou companheiro) no acesso da sua consorte à técnica de reprodução assistida heteróloga.⁵²

No mesmo entendimento, afirma Pereira:

Não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte (CC,1.784) e dela participam as 'pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão'.⁵³

Logo, essa primeira corrente é vinculada à vedação dessa técnica em consequência da não aplicação dos direitos sucessórios ao filho concebido após a morte de seu genitor, tendo em vista a inadmissão pela previsão expressa contida no artigo 1.798 do Código Civil vigente.

Diante de tais argumentos, nos termos do artigo 1.798 do Código Civil de 2002, são capazes de suceder, considerando legitimados como herdeiros ou legatários, as pessoas físicas (naturais), dotadas de personalidade civil por terem nascido e existirem na época da abertura da sucessão. São ainda dotados de legitimidade os nascituros, aqueles já concebidos no momento da morte do autor da herança.⁵⁴

A esse respeito, Gama compreende que:

No que tange ao embrião ainda não implantado no corpo humano, ausente a gravidez, a questão se coloca em outro contexto. Deve-se considerar, de acordo como o sistema implantado pelo vigente Código Civil, que o embrião não-implantado não pode ser considerado no bojo do art. 1.798 do Código Civil [...].⁵⁵

Com efeito, em relação ao embrião, o Código Civil não trás disposição expressa permitindo a aplicação do direito à herança em igualdade de condições com os demais herdeiros já existentes. Porém, se faz uma ressalva ao artigo 1.799, inciso I, do mesmo diploma legal, que prevê a possibilidade de sucederem na forma testamentária os filhos ainda não concebidos, mas apenas aqueles que estejam nascidos no momento de abertura da sucessão e desde que o testador deixe de forma expressa a sua vontade de querer a existência de tal filho.

⁵² 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. 1000.

⁵³ PEREIRA, 2008, p. 318.

⁵⁴ BRASIL, 2002, loc. cit.

⁵⁵ GAMA, op. cit., p. 1002.

É o que dispõe no artigo 1.799, inciso I: “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; [...]”.⁵⁶

Ademais, não é qualquer vontade, mas sim a declaração solene manifestada por meio de um testamento ou até mesmo codicilo, beneficiando a prole eventual. Nesse sentido, manifesta-se o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

DECLARATÓRIA. SUCESSÃO. TESTAMENTO. FIDEICOMISSO. **INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA TESTAMENTÁRIA.** SENTENÇA QUE DEU PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO, PARA DECLARAR INEXISTENTE O DIREITO DOS REQUERIDOS DE PARTICIPAREM, EM PARTES IGUAIS, JUNTAMENTE COM O AUTOR, DA PARTILHA DOS BENS DEIXADOS PELO TESTADOR "AOS FILHOS LEGÍTIMOS" DO FIDUCIÁRIO. APELAÇÃO. PRELIMINAR. COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. MÉRITO. DISPOSIÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE QUE BENEFICIOU INDISTINTAMENTE TODOS OS FILHOS SANGUÍNEOS DO FIDUCIÁRIO, **INCLUSIVE OS QUE VIESSEM A NASCER**, POUCO IMPORTANDO SEREM FRUTOS DE CASAMENTO OU DE CONCUBINATO. PEDIDO IMPROCEDENTE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível nº 56.304-2, da 4ª Vara Cível de Curitiba, Tribunal de Justiça do PR, Relator: Sidney Mora, Julgado em 08/10/1997).⁵⁷ (grifo nosso).

Cuida-se, portanto, de uma situação provisória, na qual, em complemento ao § 4º do artigo 1.800, se admite a seguinte interpretação literal:

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.
[...]
§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.⁵⁸

Krell entende que a inseminação artificial após o falecimento do próprio genitor, se for utilizada de forma expressa, e somente neste caso, o filho inseminado terá direitos sucessórios.⁵⁹

É interessante, também, frisar o entendimento de Machado:

Na forma em que se encontra estruturada atualmente a relação sucessória, não é possível permitir, na sucessão legítima, a filiação surgida *post mortem* decorrido o prazo legalmente previsto. Diante da impossibilidade sucessória do nascido do esperma ou embrião criopreservado depois da morte do progenitor, a fixação da

⁵⁶ BRASIL, 2002, loc. cit.

⁵⁷ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível Nº 70013801592. 2ª Câmara Cível. Tribunal de Justiça do PR. Rel.: Sidney Mora. Julgado em 08/10/1997. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1331423/Acórdão-56304-2#>>. Acesso em 19 abr. 2012.

⁵⁸ BRASIL, 2002, op. cit.

⁵⁹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**: Juruá, 2006. p. 190.

filiação tem um significado limitado, não constituindo um vínculo familiar que tenha como conteúdo o poder paterno.⁶⁰

Nessa linha de raciocínio, Cahali conclui, a contragosto, que o filho concebido por meio da técnica de inseminação artificial *post mortem*, terá direito à sucessão como qualquer outro filho, ocasionando sério problema se o nascimento dessa criança acontecer depois de encerrado o inventário e a partilha dos bens do autor da sucessão.⁶¹

A **segunda corrente** defende a possibilidade de conceder herança ao filho inseminado *post mortem*, resguardando direitos na sucessão legítima quanto testamentária.

De fato, compreende Almeida:

Os filhos nascido de inseminação artificial homóloga *post mortem* são sucessores legítimos. Quando o legislador atual tratou do tema, apenas quis repetir o contido no Código Civil anterior, beneficiando o concepturo apenas na sucessão testamentária porque era impossível, com os conhecimentos de então, imaginar-se que um morto pudesse ter filhos. Entretanto, hoje a possibilidade existe. O legislador, ao reconhecer efeitos pessoais ao concepturo (relação de filiação), não se justifica o prurido de afastar os efeitos patrimoniais, especialmente o hereditário. Essa sistemática é reminiscência do antigo tratamento dado aos filhos, que eram diferenciados conforme a chancela que lhes era aposta no nascimento. Nem todos os ilegítimos ficavam sem direitos sucessórios. Mas aos privados desse direito também não nascia relação de filiação. Agora, quando a lei garante o vínculo, não se justifica privar o infante de legitimação para recolher a herança. Isso mais se justifica quando o testamento tem aptidão para ser herdeiro.⁶²

Para Leite, os filhos ainda não concebidos, denominados como prole eventual, são capazes de suceder, tanto em se tratando de sucessão legítima quanto testamentária. O autor ainda sugere uma modificação ao artigo 1.798 do Código Civil, vejamos:

Uma exegese conciliadora se impõe para contornar o impasse garantindo a legítima daqueles filhos oriundos das procriações artificiais. E, certamente, esta exegese exigirá releitura do art. 1.798 que passaria a ter a seguinte redação: “Art. 1.798. Legitima-se a suceder as pessoas nascidas, as já concebidas no momento da abertura da sucessão, ou as que nasceram por concepção artificial, até dois anos após abertura da sucessão”.⁶³

Outrossim, no entendimento de Leite, estariam os filhos concebidos através de procriações artificiais no rol dos legitimados habilitados para receber a reserva da sua quota parte.

De igual forma, defende Gozzo, o direito à herança com emprego da analogia, no sentido de considerar possível reconhecer os efeitos patrimoniais ao filho inseminado *post mortem*, da mesma maneira que se admite a prole eventual como possível herdeiro

⁶⁰ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida**: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2003. p. 107.

⁶¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil**: direito das sucessões, arts. 1.572 a 1.805. 2. ed. rev. e atual. 6 v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 132.

⁶² ALMEIDA, 2003, p. 104.

⁶³ LEITE, 2004-2005, p. 71.

testamentário ou legatário. A autora ainda sugere o ajuizamento de ação de petição de herança.⁶⁴

Deste modo, é possível perceber que esta segunda corrente é a que menos deve ser seguida, uma vez que o próprio Código Civil só reconhece como legítimos a suceder aqueles nascidos ou já concebidos ao tempo da abertura da sucessão, conforme dispõe no artigo 1.798⁶⁵, não sendo o caso do embrião que está prestes a ser implantado no útero materno.

De modo diverso, afirma Silva que: “o embrião pré-implantatário e o embrião já implantado no útero da mulher, inspira-se numa lógica não-patrimonialista”.⁶⁶

Neste aspecto, o embrião se difere do nascituro, pois, este ocorre após o fenômeno nidação, que se dá pela formação do ovo após a fecundação do óvulo pelo espermatozoide.

Entretanto, assevera Namba, que:

Desde a concepção, o “nascituro” (ovo que sofreu nidação) tem direitos assegurados, entretanto, não plenos. O “embrião”, elaborado em laboratório ou clonado, não foi alcançado pelo diploma legal, não possuindo, desde logo, quando obtido fora do útero materno, direitos a serem assegurados, quer da personalidade, quer patrimoniais. Não se pode desrespeitá-lo, sob o risco de se vulgarizar sua existência; contudo, não se pode tratá-lo como nascituro ou uma pessoa plena.⁶⁷

A **terceira** e última **corrente** considera que é possível estender os efeitos patrimoniais ao filho inseminado *post mortem*. No entanto, esses efeitos somente serão válidos a título de herança testamentária, se observado o prazo válido para concebê-lo que dispõe o artigo 1.800 do Código Civil de 2002, devendo o legislador prever prazo para que essa implantação do sêmen do marido falecido ocorra, evitando, assim, a possibilidade de interpretação diversa e, ainda, para preservar a segurança jurídica dos herdeiros existentes ao tempo da abertura da sucessão.

Diniz entende que somente via testamentária se poderá conceder efeitos patrimoniais ao filho proveniente de inseminação artificial homóloga *post mortem*. A autora destaca:

[...] a solução dada pelo art. 1.597, III, do novo Código Civil, admitindo a presunção de filiação, será preciso não olvidar que o morto não mais exerce direitos nem tem deveres a cumprir. Não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o casamento se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que

⁶⁴ GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Comentários ao código civil brasileiro**: do direito das sucessões, arts. 1784 a 1911). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁶⁵ BRASIL, 2002, loc. cit.

⁶⁶ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito**: a nova fronteira dos direitos humanos. São Paulo: LTR Editora Ltda, 2003. p. 53.

⁶⁷ NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 29-30.

nascer por inseminação *post mortem*, já que não estava gerado por ocasião da morte de seu pai genético (CC, art. 1.798).⁶⁸

A autora ainda completa:

“Filho” póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu “pai” genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou *ab intestato*. Poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca for a vontade do doador de sêmen de transmitir herança ao filho ainda não concebido, manifestada em testamento. Abrir-se-ia a sucessão à prole eventual do próprio testador, advinda de inseminação artificial homóloga *post mortem* (LICC, arts. 4º e 5º).⁶⁹

Na concepção de Cateb, os filhos ainda não concebidos possuem capacidade testamentária passiva, desde que estejam vivos ao abrir-se a sucessão. Vejamos:

Os filhos, ainda não concebidos, de pessoas nomeadas pelo testador, têm capacidade testamentária passiva, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão. A lei atende não à falta de personalidade, mas à não-existência do indivíduo, fazendo contudo, exceção à prole eventual de pessoas designadas pelo testador e existentes na data da abertura da sucessão; [...].⁷⁰

O autor ainda direciona a destinação dos bens durante esse processo de evolução até o nascimento do herdeiro esperado, afirmando que:

Os bens da herança, destinados aos filhos não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, serão confiados a curador especial, nomeado pelo juiz, que ficará responsável pela guarda, administração e transmissão àquela pessoa a que se refere o testador. [...] Vindo a nascer com vida o herdeiro esperado, recolherá ele a parcela que lhe foi destinada; é, portanto, deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, acumulados desde a data da morte do autor da herança.⁷¹

No entanto, seguindo a disposição contida no artigo 1.800, § 4º, decorrido dois anos após abertura da sucessão, não sendo concebido o filho esperado, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos.

Venosa assevera que o artigo 1.799 do Código Civil de 2002 é expreso ao estender efeitos patrimoniais à denominada prole eventual, respeitados os limites estabelecidos, assim:

Há que se levar em conta ainda a nova problemática trazida pela reprodução assistida e o fato de o sucessor nascer muito tempo após a morte do testador. O legislador deverá cuidar dos problemas que no futuro advirão a esse respeito. [...] Ademais, o art. 1.799, [...] permite que os filhos ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, sejam chamados a suceder, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão. Abre-se, portanto, uma nova perspectiva em matéria de sucessão de

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 550.

⁶⁹ Ibid., p. 550.

⁷⁰ CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 179

⁷¹ Ibid., p. 179.

peças ainda não concebidas à época da morte do testador, cujo regramento, com certeza, deverá obedecer a novos princípios no futuro de nossa legislação.⁷²

Na concepção de Queiroz, em matéria de reprodução assistida, frente à responsabilidade da liberdade integral de escolha ou a opção por limites de consenso, destaca-se que alguns limites já estão sendo estabelecidos. Esta é a razão pela qual a doutrina se divide em três possíveis entendimentos, cabendo ao legislador aplicar o que for mais benéfico, tanto para a criança, quanto para seu genitor.⁷³

Nesse aspecto, Queiroz, compreende que:

Se outro for o valor consagrado, o do direito da criança a não ser gerada em orfandade paterna premeditada, então, afasta-se a possibilidade da inseminação artificial com material genético, após a morte do seu titular.⁷⁴

Devem ser ponderados os valores envolvidos e sobrepesá-los aos princípios anteriormente elucidados. Se o valor preponderante for o direito à maternidade, então o esperma representa a única possibilidade que a mãe, ora viúva, terá para procriar e transmitir aos filhos as próprias informações genéticas.

Diante de tal dificuldade levantada pelo direito sucessório, Barboza insinua a existência de herdeiro como pressuposto da sucessão e ainda ressalta:

[...] o artigo 1.798, do Código Civil de 2002, ao iniciar a vocação hereditária, considera legitimadas a suceder as pessoas nascidas ou *já concebidas* no momento da abertura da sucessão. Os filhos ainda não concebidos podem ser contemplados apenas na sucessão testamentária. Por sua complexidade, a questão está a exigir tratamento em separado.⁷⁵

Por conta da discussão que envolve os direitos patrimoniais do filho póstumo é que Gonçalves Melo propõe a fixação de limites para a concepção, devendo haver um prazo máxima para tal ocasião.⁷⁶

De todo o exposto, é claro, no entendimento de Dias, que a solução para pacificar grandes controvérsias se limita à manifesta autorização do doador do sêmen, ou seja, autorizando sua utilização para que a esposa possa ter o direito a procriar, e esse direito se entenderá potencialmente aos efeitos patrimoniais à prole *post mortem*. Nessa ideia, a autora conclui:

⁷² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 9. ed. 7 v. São Paulo: Atlas 2009. p. 208.

⁷³ QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 298.

⁷⁴ Ibid., p. 297.

⁷⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; OLIVEIRA, Bruno Torquato. **Bioética, biodireito e o código civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 240.

⁷⁶ GONÇALVES, Fernando David de Melo. **Novos métodos de Reprodução assistida e consequências jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 49.

Ainda que não tenha havido a concepção ao tempo da morte do proprietário do sêmen, o filho terá direito sucessório na hipótese de ter o genitor expressamente manifestado seu consentimento para que a fertilização pudesse ocorrer depois de sua morte. De qualquer sorte, há a possibilidade de o filho fruto de uma reprodução assistida, quer homóloga, quer heteróloga, mesmo não concebido, ser contemplado mediante testamento (CC 1.799, I). Basta que nasça até dois anos após abertura da sucessão (CC 1.800).⁷⁷

Ribas, em seu artigo “Aspectos contemporâneos da reprodução assistida” publicado na página eletrônica *Âmbito Jurídico*, faz uma análise do direito comparado com relação à questão sucessória do filho inseminado *post mortem*. O autor afirma que:

A Espanha veda a inseminação post mortem, embora garanta direitos ao nascituro (inclusive sucessórios) quando houver declaração escrita do de cujus, por escritura pública ou testamento. Já a Inglaterra permite tal prática, apesar de não garantir direitos sucessórios, salvo se houver documento exposto neste sentido. [...] tem-se-lhe concedido apenas a sucessão testamentária (e não a sucessão legítima), respaldada no dispositivo referente à prole eventual, motivo pelo qual se exige que haja concepção no prazo de dois anos e exista disposição do de cujus sobre a mãe do beneficiário. Logo, não havendo testamento para beneficiar a sua prole eventual, os filhos concebidos post mortem com sêmen congelado do “de cujus” não seriam herdeiros.⁷⁸

Por interpretação analógica, extraímos o seguinte entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que concedeu o direito à herança para o filho adotado posteriormente à morte do *de cujus*, empregando-se a técnica de adoção *post mortem*:

AGRAVO. SUCESSÕES. HABILITAÇÃO DE HERDEIRO MENOR, A QUEM FOI DEFERIDA ADOÇÃO POST MORTEM.

A direito à herança é consectário inofismável da filiação atribuída por processo de adoção post mortem, descabendo qualquer questionamento acerca da condição de herdeiro do menor agravado. Absurda e sem qualquer fundamento a alegação do agravante no sentido de que a decisão deferiu apenas a inserção do nome do pai no registro, sem que isso traga outras implicações decorrentes do vínculo parental. **NEGADO SEGUIMENTO.** (Agravado de instrumento, nº 70012013777, da Sétima Câmara Civil, Comarca de Porto Alegre, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 15/06/2005).⁷⁹ (grifo nosso).

Diante de tais análises, é possível verificar a existência de uma corrente voltada a possibilitar os direitos patrimoniais ao filho inseminado após a morte de seu genitor, somente

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 363.

⁷⁸ RIBAS, Ângela Mara Piekarski. Aspectos contemporâneos da reprodução assistida. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2985>. Acesso em: 27 abr. 2012.

⁷⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravado de Instrumento, nº 70012013777. Sétima Câmara Civil. Comarca de Porto Alegre. Tribunal de Justiça do RS. Rel: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 15/06/2005). Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70012013777&num_processo=70012013777&codEmenta=1108445&temIntTeor=true>. Acesso em 19 abr. 2012.

via testamentária, uma vez que exige, como pressuposto, o consentimento deixado em vida pelo de *cujus*, por meio de declaração expressa, que a inseminação possa ser realizada após seu falecimento e que deixe em testamento que possível herdeiro possa ser contemplado, respeitado o prazo de 2 anos, previsto no § 4º, do artigo 1.800 do Código Civil de 2002, para que a inseminação ocorra.

Contudo, a lei deve, de forma explícita, prever que não basta a manifestação tácita, como por exemplo, a alegação do fato de o de *cujus* ter deixado seu material genético para possibilitar futura inseminação, pois é necessário o consentimento expresso de declaração em sã consciência possibilitando a realização da inseminação *post mortem*, entendimento esse defendido pela maioria da doutrina e com base no Enunciado nº 106 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil de 2002, no qual se exige autorização escrita do *de cuius*.⁸⁰

Neste contexto, diante dos três entendimentos apontados pela doutrina, é possível perceber que o legislador terá um grande impasse a enfrentar, uma vez que, além de autorizar a técnica de inseminação artificial *post mortem*, terá que regerar as consequências futuras dela advindas. Logo, a questão deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais apresentados no capítulo anterior, levando em consideração o bem estar da futura prole a ser concebida.

Destarte, cumpre ressaltar a importância de fixação de prazos para permissão de tal técnica, com base na segurança jurídica e o melhor interesse para criança, e ainda a importância da autorização expressa concedida para que a mãe possa realizar a possível inseminação homóloga *post mortem*, além de que o pai deixe, a título de testamento, que a prole eventual venha a ter seus direitos sucessórios resguardados, observado o prazo razoável de dois anos, senão menor, estabelecido no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.800, § 4º.⁸¹

Por fim, passamos à análise jurídica da possibilidade de conceder direito de herança, observada algumas peculiaridades, para o filho inseminado *post mortem*, frente à omissão imposta pelo direito sucessório.

4.3 DIREITO À SUCESSÃO NA INSEMINAÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

⁸⁰ JORNADA DE DIREITO CIVIL. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. **Jf.jus.br**, Brasília: CJF, 2007. 138 p. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em: 27 abr. 2012.

⁸¹ BRASIL, 2002, loc. cit.

Vimos, na classificação do direito a suceder, de Gonçalves, que a capacidade passiva é a aptidão que alguém tem de que pode ser instituído herdeiro ou legatário pela vontade do testador.⁸²

Segundo o Código Civil de 2002, quanto à possibilidade de se realizar a inseminação homóloga *post mortem*, não há que se questionar quanto aos efeitos estendidos à filiação, se a concepção já tiver ocorrido no momento da morte de um dos genitores ou, até mesmo, se o nascimento ocorrer 300 dias após o falecimento de um deles, conforme dispõe no artigo 1.597, inciso II.⁸³ Na prática, as partes podem se valer do teste de paternidade ou até mesmo maternidade, realizados em laboratório para obtenção do resultado pretendido.

Todavia, no que diz respeito aos efeitos da herança para esse futuro ser, poderão ocasionar sérios problemas, tanto éticos quanto jurídicos.

A respeito do tema, compreende o Juiz 1 entrevistado que, pelo fato da Lei Civil reconhecer os direitos sucessórios ao nascituro, por analogia, poderia ser empregada a mesma interpretação para o filho inseminado *post mortem*: “[...] eu defenderia essa posição, até porque eu não considero que estaria prejudicada a segurança jurídica dos herdeiros já existentes”.⁸⁴

Em contrapartida, assevera o Juiz 2 entrevistado:

*O direito a sucessão se abre com a morte do de cujus, então se concedermos direito a herança para o filho inseminado posterior ao seu falecimento ocasionará a insegurança jurídica. [...] tudo que a gente faz é em benefício da criança, é o bem estar dela, crescer numa família, não que uma família tenha que ser pai e mãe necessariamente, mas para a criança ser inseminada post mortem nascer sem ter um pai e sem direito à sucessão, qual a vantagem para essa criança?.*⁸⁵

Contudo, vale ressaltar que o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, inciso III, reconhece a filiação, ainda que de forma presumida, do filho concebido por meio da técnica de inseminação artificial, em especial, a homóloga *post mortem*, conforme dispõe:

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

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

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

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

⁸² GONÇALVES, 2006-2009, p. 212.

⁸³ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; Cf. BRASIL, 2002, loc. cit.

⁸⁴ Entrevista realizada pela acadêmica.

⁸⁵ Entrevista realizada pela acadêmica.

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.⁸⁶(grifo nosso).

Os incisos III, IV e V foram uma inovação frente aos avanços científicos trazidos pela nova edição do Código Civil e 2002, tendo em vista que, na legislação anterior sequer havia menção.⁸⁷

De modo diverso, se seguimos a redação contida no artigo 1.798 do Código Civil de 2002, concluiríamos que a capacidade para adquirir a sucessão não se aplica ao filho concebido por meio da inseminação artificial após a morte do genitor que deixou seu sêmen no banco de espermatozoides, uma vez que o artigo é expresso: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.⁸⁸

Este artigo prevê que somente poderão ter direito à herança os filhos já nascidos ou, também, aqueles já concebidos ao tempo da abertura da sucessão. E, como já exposto neste trabalho, pelo princípio da *saisine*, todo patrimônio se transmite imediata e automaticamente aos herdeiros após a morte do *de cujus*.

Em sentido contrário, ressalta o Juiz 1:

*Pela interpretação literal, ele não teria, interpretando literalmente essa questão. [...] eu acredito que daria para sustentar a possibilidade dele receber a herança, baseado em vários outros princípios, até mesmo da própria Constituição. [...] dentro da concepção o nascituro já tem direitos, então se considerar por analogia, também teria direitos, e teria tão igual direitos aos filhos já existentes.*⁸⁹

Conforme observado, sob a óptica desses dois artigos supracitados, podemos compreender que há choque de interesses, uma vez que, no âmbito do direito de família, é previsível o reconhecimento da filiação por meio da concepção assistida, através de inseminação homóloga *post mortem*. Porém, na esfera do direito sucessório, até o presente momento, nada foi regulamentado. Neste caso, vindo o magistrado a deparar-se com um caso específico como este, deverá socorrer-se aos princípios, à analogia e às demais fontes que o direito proporciona.

Nesta concepção, manifesta-se no seguinte sentido o Juiz 2 entrevistado:

*[...] hoje em dia, não terá direito quanto à herança, não está previsto nada quanto à herança. Com relação à filiação, a única coisa que vai dizer, não é nem a lei, é o exame genético, para dizer se é pai ou não é, se for pai, vai constar a filiação dele. Por enquanto fora da lei está resguardado, mas com relação a herança não tem o direito protegido, por enquanto não.*⁹⁰

⁸⁶ BRASIL, 2002, loc. cit.

⁸⁷ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.86.

⁸⁸ BRASIL, op cit.

⁸⁹ Entrevista realizada pela acadêmica.

⁹⁰ Entrevista realizada pela acadêmica.

Em complemento, o Juiz 2 ainda ressalta, *in verbis*:

*[...] eu entendo o seguinte, se houver a inseminação, o direito a herança dele deveria ser prevalecido, então neste caso o testamento serviria para isto, mas nada é pra sempre, os bens não vão ficar esperando por um futuro filho. [...] pra ser permitido teria que ter alguma declaração por escrito, algum documento que demonstra a vontade do pai, do falecido em deixar pra criança.*⁹¹

É possível perceber, com base no entendimento dos operadores do direito e com base na terceira corrente apontada no item anterior do presente trabalho, que os direitos à herança para o filho inseminado por meio da técnica de inseminação *post mortem*, só será possível se o testador vier a deixar em testamento a parte da herança que caberá à possível prole eventual, preservando o princípio da segurança jurídica, isto é, para não prejudicar os demais herdeiros existentes à época da abertura da sucessão. Em contrapartida, não há que se admitir a inseminação artificial homóloga *post mortem* se não existirem critérios a serem respeitados.

Tal motivo justifica-se com base no artigo 1.597, inciso III, do Código Civil, que trata do reconhecimento do filho por fecundação artificial homóloga, uma vez que o material genético, sêmen e óvulo, pertencerá ao casal que tem a pretensão de realizar o procedimento, ainda que após a morte. Neste caso, segundo a doutrina, depende de expressa declaração consentindo a realização da técnica.⁹²

Inobstante a esse procedimento, biologicamente falando, não há qualquer dúvida quanto à paternidade, nem mesmo à maternidade.

A terceira corrente justifica-se, ainda, na aplicação do disposto no artigo 1.799, inciso I⁹³, do mesmo diploma legal, que permite estender a capacidade para adquirir, por testamento, aos filhos ainda não concebidos.

Por este raciocínio, justifica Queiroz: “se o testador pode atribuir a sua herança à prole eventual de terceiros, também o pode, sem qualquer restrição à sua própria prole”.⁹⁴

É interessante contrapor com entendimento do Juiz 2 entrevistado, *in verbis*:

*Seria injusto uns serem privilegiados, garantidos pela lei, vamos dizer, ter direito, e outros não. Não é assim, há vai nascer uma criança daqui há cinco anos, não é certo, porque pode ser que sim, pode ser que não. [...] mas nada é pra sempre, os bens não vão ficar esperando um futuro filho.*⁹⁵

⁹¹ Entrevista realizada pela acadêmica.

⁹² GONÇALVES, 2011, p. 51.

⁹³ 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; Cf. BRASIL, 2002, loc. cit.

⁹⁴ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade:** aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 80.

⁹⁵ Entrevista realizada pela acadêmica.

Ademais, é de se concluir que, se for permitida a possibilidade em conceder herança ao filho inseminado após a morte de seu genitor, primeiramente, é necessária expressa concordância em vida para a realização de tal técnica pelo cônjuge sobrevivente, que os bens a eles estendidos sejam testados, pois é inadmissível serem considerados como herdeiros necessários ou legatários, por ter sido a concepção efetivada após a morte do genitor. Neste caso, não há que se falar em direitos sucessórios daquele que vai nascer.

Contudo, apesar dessas ponderações, nada se aplica se o legislador não estabelecer critérios para limitar que a realização da inseminação ocorra após o falecimento de um dos cônjuges.

Na mesma linha, entende Leite que a criança concebida artificialmente após a morte de um dos cônjuges é uma situação anômala, tanto no direito de família quanto no direito das sucessões. O autor ainda acrescenta que a criança não herdará do genitor falecido porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão, ainda que o material genético implantado para gerá-lo tenha sido de ambos os cônjuges. Somente se houvesse previsão expressa na legislação favorecendo a criança, fruto da inseminação artificial *post mortem*, seria possível de cogitar os efeitos sucessórios.⁹⁶

O autor ainda cita o artigo 725 do *Code Civil* francês, que reconhece a capacidade sucessória da criança concebida após o falecimento do seu genitor, nos seguintes termos:

Para suceder, é necessário existir no momento da abertura da sucessão, salvo nos casos de inseminação *post mortem* quando o marido defunto expressou inequivocadamente a sua vontade, por ato notarial e sob condição que a inseminação tenha sido feita nos 180 dias após a sua morte.⁹⁷

De qualquer maneira, enquanto o Código Civil não avançar no sentido de estabelecer disposição para regulamentar a matéria, a doutrina e a jurisprudência encontrarão uma série de dificuldades quanto a sua aplicação real, não limitando a pacificação do assunto, visto que cada caso será tratado de acordo com o pensamento de cada julgador que venha a se deparar com a situação apresentada.

⁹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**. v. XXI: do direito das sucessões (arts. 1784 a 2027). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 110.

⁹⁷ *Ibid.*, 110.

5 CONCLUSÃO

Com advento das mudanças ocorridas no meio social, o Direito de Família e o Direito das Sucessões sofreram profundas modificações para se adaptarem aos costumes e às regras da sociedade vigente. Algumas dessas mudanças encontram fundamento na Constituição Federal de 1988, que inovou no sentido de resguardar maior proteção, estabelecendo o direito de igualdade entre os filhos.

Nessa perspectiva, podemos dizer que o legislador, ao editar o Código Civil de 2002, sentiu a necessidade de acompanhar o processo tecnológico que diz respeito à nova geração de reprodução humana, estabelecendo algumas das técnicas de reprodução medicamente assistida como, por exemplo, a inseminação artificial homóloga e heteróloga.

Esses avanços justificam-se pela rapidez da ciência e da tecnologia apresentada pela biomedicina e a engenharia genética em conjunto com o biodireito. Não obstante, a Resolução nº 1.957/10 veio revogar a antiga Resolução nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebendo várias modificações referentes à reprodução medicamente assistida. Inclusive, fez inserir o item VIII, que trata da reprodução assistida *post mortem*, possibilitando sua técnica de acordo com a legislação vigente e desde que haja prévia autorização específica do falecido para a permissão de uso do material biológico para conceber uma futura prole.

No entanto, ao prever a possibilidade de fertilização após a morte por meio da criopreservação, surgiram vários questionamentos pelos doutrinadores, juristas e demais operadores do direito com relação à situação jurídica desse futuro ser que seria concebido.

Quanto ao reconhecimento da filiação, não há dúvidas, tendo em vista que o próprio Código Civil dispõe, em seu artigo 1.597, inciso III, que se presume filho os “havidos por fecundação artificial homóloga mesmo que falecido o marido”. Em contrapartida, no que se refere à questão dos direitos patrimoniais, estendidos a herança, existem várias implicações de serem ou não considerados herdeiros do *de cujus*.

Deste modo, para que este tipo de inseminação possa ser permitida, é necessário o consentimento mediante declaração expressa deixada pelo cônjuge falecido, devendo a companheira sobrevivente estar na condição de viúva, ou que não tenha constituído uma nova união estável, para se evitar futuros questionamentos com relação à paternidade, conforme prevê o enunciado nº 106 do CJP, já exposto no presente trabalho. Faz-se necessário, ainda, a fixação de prazos, a partir da morte, para que seja feita a inseminação e, após concebido, para que o novo herdeiro se habilite como tal, tendo por base o prazo de 2 anos previsto no artigo

1.800, § 4º do Código Civil, para não restar prejudicada a segurança jurídica dos demais herdeiros existentes à época da abertura da sucessão.

Não há regramento específico no ordenamento jurídico brasileiro para tratar sobre as implicações jurídicas decorrentes dos direitos patrimoniais para o filho concebido por meio da técnica *post mortem*, apenas três posicionamentos que divergem sobre a sua aplicabilidade ou não, conforme elucidado no presente trabalho.

Contudo, a doutrina majoritária entende pela não aplicação dos direitos à herança à prole concebida por meio da técnica *post mortem*, com base no artigo 1.798 do Código Civil, onde se dispõe que somente “são legitimados a suceder aqueles já nascidos ou concebidos ao tempo da abertura da sucessão”, mas com uma única exceção, que trata da possibilidade de estender os efeitos sucessórios, se caso o falecido venha deixar em testamento que este futuro ser terá direitos, com base no artigo 1.799, do mesmo diploma legal. Assim, muito embora não goze de capacidade aquele que ainda não foi concebido, pode a prole eventual ser beneficiada pelo testador, tratando de questão meramente testamentária.

Enfim, diante da inexistência de legislação específica que regule o uso das técnicas de reprodução humana, bem como os efeitos jurídicos a elas estendidos, o presente trabalho não pretende esgotar a discussão acerca do tema, mas sim, enfatizar uma possível solução enquanto não advier legislação para pacificar os diversos entendimentos apontados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado**: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima. São Paulo: Atlas, 2003.

BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes temas da atualidade**: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; OLIVEIRA, Bruno Torquato. **Bioética, biodireito e o código civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Bioética e Início da Vida: alguns desafios**. Aparecida, SP: Idéias e Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm>. Acesso em: 28 fev. 2012.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 19 abr. 2012.

_____. **Estatuto da criança e do adolescente**. In: VADE MECUM. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 abr. 2012.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 06 mar. 2012.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 21 abr. 2012.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. 1. ed. (ano 2003), 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Curso avançado de direito civil**: direito das sucessões, arts. 1.572 a 1.805. 2. ed. rev. e atual. 6 v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Sujeitos da Sucessão: capacidade e legitimidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das sucessões**. 2. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 15-26.

CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.957/2010**. A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui in totum. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 18 mar. 2012.

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

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FANTÁSTICO. **Família israelense congela óvulos de filha e quer gerar neto**. Disponível em: <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1670091-15605,00.html>>. Acesso em: 29 Mar. 2012.

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

FILHO, Sebastião de Oliveira Castro. Liberdade de investigação e responsabilidade ética, jurídica e biotética. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. cap. 15, p. 347-373.

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**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006-2009 7 v.

_____. **Direito civil brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008-2009. 6 v.

GONÇALVES, Fernando David de Melo. **Novos métodos de Reprodução assistida e consequências jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2011.

GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Comentários ao código civil brasileiro: do direito das sucessões, arts. 1784 a 1911**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil: parte especial: do direito das sucessões: das sucessões em geral; da sucessão legítima (artigos 1.784 a 1.856)**. São Paulo: Saraiva, 2007.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JORNADA DE DIREITO CIVIL. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. **Jf.jus.br**, Brasília: CJF, 2007. 138 p. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

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

_____. **União estável: análise sociológica**. 5. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2008.

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

_____. **Direito civil aplicado**. 6 v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004-2005.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. 5. ed. reform. 5 v. São Paulo Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. In: RÉGIS, Mário Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no direito de família e das sucessões**. São Paulo: Método, 2005. cap. 2, p. 51-62.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2003.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MATOS, Tereza. **Novo direito das sucessões: teoria e prática**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de direito civil: direito de família**. 39. ed. 2 v. São Paulo: Saraiva, 2009.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. **Paternidade e coisa julgada: limites e possibilidades à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível** Nº 70013801592. 2ª Câmara Cível. Tribunal de Justiça do PR. Rel.: Sidney Mora. Julgado em 08/10/1997. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1331423/Acórdão-56304-2#>>. Acesso em 19 abr. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 16. ed. 6 v. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Curso de direito civil, direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

QUEIROZ, Victor Santos. Direito à procriação: fundamentos e conseqüências. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 943, 01 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7905>>. Acesso em: 17 mar. 2012.

RIBAS, Ângela Mara Piekarski. Aspectos contemporâneos da reprodução assistida. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2985>. Acesso em: 27 abr. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento**, nº 70012013777. Sétima Câmara Civil. Comarca de Porto Alegre. Tribunal de Justiça do RS. Rel: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 15/06/2005). Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas_k=70012013777&num_processo=70012013777&codEmenta=1108445&temIntTeor=true>. Acesso em 19 abr. 2012.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O conceito de família e suas implicações jurídicas**: teoria sociojurídica do direito de família. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROMEO CASABONA, Carlos María. **Biotecnologia, direito e bioética**: perspectivas em direito comparado. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SALES, Ana Amélia Ribeiro; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Reprodução assistida heteróloga: uma escolha pós-moderna no âmbito do planejamento familiar. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO Gustavo (orgs.). **Pensamento crítico do Direito Civil Brasileiro**. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 347-371.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito**: a nova fronteira dos direitos humanos. São Paulo: LTR Editora Ltda, 2003.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A Influência do Direitos Fundamentais no Direito de Família em um Estado Social de Direito. **Editora Magister**, Porto Alegre-RS, out. 2007. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=145>. Acesso em: 03 mar. 2012.

SOARES, Ronner Botelho. Novas perspectivas para o Direito de Família brasileiro: um olhar voltado para o Estatuto das Famílias. **Ibdfam**, abr. 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=721>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**. 3. ed. rev. e atual. 3 v. São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 9. ed. 7 v. São Paulo: Atlas 2009.

_____. **Direito civil: direito das sucessões**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **O novo direito de família**. 16. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

APÊNDICE

APÊNDICE A – Instrumento de coleta de dados – entrevista

PERGUNTAS – ENTREVISTA

“O direito a sucessão, na inseminação artificial assistida *post mortem*”

1. Embora o CC de 2002, tenha sofrido profundas modificações na parte do direito de família e direito sucessório, uma dessas modificações se deu pelo reconhecimento presumido da paternidade com relação às novas técnicas, mas que foram tratadas exclusivamente para regular uma omissão resolvida no direito de família, mas, com relação ao direito patrimonial nada foi previsto, porque será? Será que o direito não está conseguindo acompanhar as novas evoluções juntamente com a engenharia genética e a ciência do biodireito? Artigo 1.597, III Código Civil.
2. Qual a opinião do (a) magistrado (a), em relação à possibilidade de conceder herança ao filho concebido por meio da técnica de reprodução assistida? Será que, restaria prejudicada a segurança jurídica dos herdeiros já existentes, caso fosse possível conceder herança ao inseminado?
3. (Se magistrado (a) concorda que os efeitos patrimoniais possam se entender ao filho inseminado - PERGUNTA PARA RESPOSTA AFIRMATIVA). Caso a herança já esteja dividida entre os herdeiros existentes ao tempo da abertura da sucessão, restaria algum direito sucessório ao inseminado nascido após a abertura do inventário?
4. O (a) magistrado (a) considera que, pelo fato da esposa (viúva) realizar a inseminação *post mortem*, pode ser considerada como desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, por a criança já nascer órfão? Seria fundamento, alegar uma lacuna, em seu direito da personalidade (da criança)?
5. Seria correto, dizer que um filho nascido enquanto ambos os pais estavam vivos, pode ser considerado herdeiro legítimo, enquanto outro filho nascido por meio de inseminação artificial homóloga (material genético - sêmen ou óvulo pertence ao casal), após a morte do pai, seria no máximo, herdeiro testamentário, conforme muitos fundamentam sua posição com base no artigo 1.799, inciso I do Código Civil: "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;".
6. O magistrado, já se deparou com algum caso específico a este tema que está sendo debatido?
7. Haveria alguma formalidade a ser observada, caso o herdeiro inseminado fosse mencionado no testamento? (se resposta nº 5 for afirmativa).
8. O artigo 1.798 do Código Civil, estabelece: "Legitimam-se a suceder às pessoas nascidas ou já concebidas no momento da sucessão", o que, em tese, excluiria da participação na sucessão o filho inseminado nascido após a morte do autor da herança. Desta forma, no que diz respeito à filiação, existe total proteção jurídica resguardada (artigo 1597, III do Código

Civil), mas com relação à herança para o descendente inseminado não há que se falar em direitos (artigo 1798 do Código Civil)?

9. Quais princípios o (a) magistrado (a) entende que podem ser levados em consideração para fundamentar o direito de herança ao concebido por meio da técnica de inseminação artificial humana *post mortem*? E/ou quais princípios podem ser levados em consideração para fundamentar a possibilidade de não conceder herança ao inseminado *post mortem*?

10. Com relação ao registro do nascimento da criança inseminada *post mortem*, o (a) magistrado (a) concorda que o nome do falecido deve constar na certidão de nascimento?

11. A ausência de legislação específica, a falta de jurisprudência sobre a matéria e a ausência do Código Civil sobre a normatização das técnicas de reprodução assistida, nos deixa diante de uma aparente colisão entre princípios fundamentais, como esse problema pode ser solucionado?

12. Caso o (a) magistrado (a) concorde com a possibilidade da questão sucessória para o filho inseminado *post mortem*, este direito pode se estender para a técnica de inseminação artificial heteróloga (material genético - sêmen ou óvulo é de um terceiro)?

ANEXO

ANEXO A – Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.957/10**CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA****RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010****(Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79)**

A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*.

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

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico permite solucionar vários dos casos de reprodução humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de reprodução assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias, o que não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 15 de dezembro de 2010,

RESOLVE

Art. 1º - Adotar as NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se a Resolução CFM nº 1.358/92, publicada no DOU, seção I, de 19 de novembro de 1992, página 16053.

Brasília-DF, 15 de dezembro de 2010

ROBERTO LUIZ D'AVILA

Presidente

HENRIQUE BATISTA E SILVA

Secretário-geral

ANEXO ÚNICO DA RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/10
NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS
TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

- 1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.
- 2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.
- 3 - O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.
- 4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (sexagem) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.
- 5 - É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.
- 6 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.
- 7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária.

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

- 1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os

participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para a paciente de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

- 1 - um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.
- 2 - um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões.
- 3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos pacientes das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

- 1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.
- 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- 3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.
- 4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas trabalham participar como doador nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões.

2 - Do número total de embriões produzidos em laboratório, os excedentes, viáveis, serão criopreservados.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica

1 - Toda intervenção sobre embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que não a de avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos sobre embriões "in vitro" não terá outra finalidade que não a de tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de embriões "in vitro" será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.