



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

ROBERTA SOUZA CORRÊA

**DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA
HOMÓLOGA *POST MORTEM***

Palhoça

2012

ROBERTA SOUZA CORRÊA

**DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA
HOMÓLOGA *POST MORTEM***

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

Orientadora: Prof^a. Gisele R. Martins Goedert, Msc.

Palhoça
2012

ROBERTA SOUZA CORRÊA

**DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA
HOMÓLOGA *POST MORTEM***

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 04 de junho de 2012.

Prof^a. e Orientadora Gisele R. Martins Goedert, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof^a. Sâmia Mônica Fortunato, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 04 de junho de 2012.

ROBERTA SOUZA CORRÊA

Dedico este trabalho a minha mãe pelo incentivo e apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS

Quando decidi partir em busca da graduação, não foram poucas as pessoas que me incentivaram e, da mesma forma, numerosos foram os obstáculos a serem superados.

Foi durante a graduação que realmente confirmei que ninguém trilha um longo caminho estando sempre só. Recebi a ajuda de muitas pessoas durante essa caminhada, portanto passo a agradecer-las.

A Deus, por ter me sustentado em suas mãos para que eu não tropeçasse em meio as adversidades e provações.

Aos meus pais Najla Souza Corrêa e Nelson Ghizzo Corrêa que me apoiaram nesta jornada, da qual só nós sabemos das dificuldades enfrentadas para que eu chegasse até aqui, por compreenderem a minha ausência e pela eterna torcida.

À Juliana Gianluppi Pereira e Joelma Souza, companheiras nesta jornada e amigas de todas as horas, pelas palavras de incentivo, pelo apoio e pelos momentos de descontração que nos ajudaram a superar as dificuldades.

A minha querida orientadora, Professora Gisele R. Martins Guedert, pela paciência, carinho, incentivo, dedicação e exemplo de humildade.

RESUMO

O presente trabalho trata do direito sucessório do filho concebido pela reprodução assistida homóloga *post mortem*, ou seja, quando é utilizado o material genético do cônjuge ou companheiro falecido, que se encontra conservado por meio de técnicas especiais, para inseminar a viúva. Inicialmente é feito um resumo acerca dos principais aspectos do direito sucessório brasileiro necessário a compreensão do tema, como o momento da abertura da sucessão, a ordem de vocação hereditária, e os tipos de sucessões. Após, faz-se uma síntese sobre a reprodução assistida, desde seu surgimento até chegar às técnicas disponíveis atualmente. Por fim, com é feita a junção do que foi explanado nos capítulos anteriores, para abordar o posicionamento doutrinário acerca do direito sucessório do concebido por inseminação homóloga *post mortem*, demonstrando as normas legais e constitucionais que fundamentam o direito de herança da criança nascida por reprodução assistida homóloga *post mortem*, bem como os dispositivos que os excluem da sucessão, circunstância que gera polêmica entre os doutrinadores, por tratar-se de situação que carece de legislação específica que a regulamente.

Palavras-chave: Direito sucessório. Concebido. Reprodução assistida. *Post mortem*.

LISTA DE SIGLAS

AIH – *Artificial Insemination Husband*

AID – *Artificial Insemination Donor*

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CFM – Conselho Federal de Medicina

FIVETE – Fertilização *in vitro* e transferência de embriões

GIFT - Gamete Intrafallopian Transfer (Transferência Intra-tubária de Gametas)

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

IA – Inseminação Artificial

IAD – Inseminação Artificial com sêmen de Doador

IV – *In Vitro*

TRA – Técnicas de Reprodução Assistida

TRHA – Técnicas de Reprodução Humana Assistida

IU – Inseminação Intra-Uterina

IAH – Inseminação Artificial Homóloga

RA – Reprodução Assistida

FIV – Fertilização *In Vitro*

ICSI – Injeção intracitoplasmática de espermatozóide

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO.....	12
2.1 CONCEITO.....	12
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	13
2.3 DA SUCESSÃO EM GERAL.....	15
2.3.1 Abertura da sucessão.....	15
2.3.2 Espécies de sucessão.....	17
2.3.3 Espécies de sucessores.....	19
2.3.4 Legitimidade sucessória.....	20
2.4 DA SUCESSÃO LEGÍTIMA.....	22
2.4.1 Noções Gerais.....	22
2.4.2 Ordem de vocação hereditária.....	24
2.4.3 Sucessão em linha reta: sucessão dos descendentes.....	24
2.5 DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA.....	26
2.5.1 Do testamento em geral.....	26
2.5.2 Da capacidade de testar.....	28
2.5.2.1 Incapacidade em razão da idade.....	28
2.5.2.2 Incapacidade por falta de discernimento ou enfermidade mental.....	29
2.5.3 Formas de testamento.....	29
3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	31
3.1 CONCEPÇÃO NATURAL E ARTIFICIAL.....	31
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	32
3.3 ASPECTOS GERAIS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	34
3.4 BASES CONSTITUCIONAIS PARA UM DIREITO À REPRODUÇÃO ASSISTIDA....	37
3.5 CAUSAS DE INFERTILIDADE NA MULHER E NO HOMEM.....	40
3.6 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	41
4 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i> E O DIREITO SUCESSÓRIO.....	46
4.1 A FILIAÇÃO EM FACE DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>	47
4.2 DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA	

HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>	49
5 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

A matéria tratada por esse trabalho monográfico é o direito sucessório do filho concebido por reprodução assistida homóloga *post mortem*, ou seja, quando a utilização do sêmen, conservado por meio de técnicas especiais, ocorre após a morte do indivíduo.

A escolha do tema se justifica por ser a fertilização artificial um método de concepção que vem se popularizando entre as pessoas que encontram dificuldades para realizar o sonho da maternidade e da paternidade, em razão de problemas de infertilidade e esterilidade.

Mas, se por um lado, a reprodução assistida representa o desenvolvimento da área biomédica, por outro, gera questionamentos preocupantes em várias áreas do conhecimento, pois o rápido progresso da ciência no campo da procriação deu origem ao desequilíbrio entre a utilização das técnicas e a legislação vigente, demonstrando que o ordenamento jurídico é omissivo diante das novas descobertas.

Enquanto o artigo 1.597, inciso III do Código Civil estabelece que são presumidos filhos os “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.”

No direito sucessório o tema é alvo de divergências, tendo em vista que o artigo 1.798 do Código Civil prescreve que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.” No entanto, o inciso I do artigo 1.799 do mesmo diploma legal, ao tratar da sucessão testamentária dispõe que podem ser chamados a suceder “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.”

Diante disso, embora a prática dos métodos de fertilização artificial *post mortem* não sejam obstados pelo ordenamento jurídico pátrio, observa-se que a matéria gera muita polêmica, tendo em vista que a legislação civil atual é dissonante no que diz respeito a filiação e, conseqüentemente, o direito sucessório oriundo dela. Desponta, diante disso, uma questão difícil de ser solucionada, pois o § 6º, do art. 226 da Carta Magna não faz distinção entre os filhos, garantindo tratamento igualitário independente da origem da filiação ou do vínculo entre os genitores.

Assim, diante da problemática exposta, o trabalho monográfico apresentado, muito embora esteja longe de ser considerado como conclusivo, tem

como objetivo geral conceituar o direito sucessório, explanar sobre sua evolução histórica, esclarecer em que momento ocorre a abertura da sucessão, demonstrar as espécies de sucessão, elucidar quem possui legitimidade sucessória, diferenciar a sucessão legítima da sucessão testamentária, descrever a reprodução medicamente assistida, demonstrar sua evolução ao longo dos tempos, informar quais são as técnicas disponíveis atualmente, apontar as bases constitucionais para um direito à reprodução assistida.

No que tange ao objetivo específico este consiste em exibir os diferentes posicionamentos doutrinários acerca do direito sucessório do filho concebido pelo método de reprodução medicamente assistida homóloga *post mortem*.

Dessa forma, primeiramente, serão abordados alguns pontos do direito sucessório brasileiro como as formas de sucessões, a evolução do direito sucessório, o momento de abertura da sucessão e transmissão da herança, bem como a distinção entre a sucessão legítima e testamentária.

Em seguida, será explicada a questão da reprodução medicamente assistida, no que se refere ao seu conceito, objetivos, evolução através dos tempos, bem como os princípios constitucionais que fundamentam a sua utilização por aqueles que não conseguem procriar pela via natural.

Por fim, serão expostos os diversos posicionamentos doutrinários acerca da sucessão *causa mortis* do filho gerado, por meio da técnica de fertilização medicamente assistida homóloga *post mortem*, evidenciando que o entendimento doutrinário não é unânime quando se trata do direito sucessório da criança nascida de tal técnica.

Para o desenvolvimento da pesquisa em tela, foi adotado o método de abordagem dedutivo, pois inicialmente será analisado o direito sucessório brasileiro e a reprodução medicamente assistida, para, finalmente, adentrar no direito sucessório do concebido por reprodução assistida homóloga póstuma. Adotou-se o método de procedimento monográfico e, no tocante à técnica, elegeu-se a bibliográfica, tendo em vista que o trabalho desenvolver-se-á com base na utilização de doutrinas, leis, periódicos, artigos e sites.

2 DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

Neste capítulo serão tratados aspectos referentes ao direito sucessório brasileiro necessários ao entendimento deste trabalho monográfico. O direito em tela encontra abrigo no último livro do Código Civil de 2002, que dispõe sobre as normas atinentes a transmissão do acervo patrimonial de pessoa falecida aos seus sucessores, além de encontrar amparo constitucional consoante o inciso XXX, do art. 5º da Carta Constitucional de 1988, que garante o direito de herança.

Essa abordagem faz-se necessária para a compreensão do último capítulo, na medida em que se demonstrará a evolução histórica do direito hereditário, o momento da abertura da sucessão, as espécies de sucessões e sucessores, a capacidade para suceder, além de abordar a sucessão legítima, a ordem de vocação hereditária dos herdeiros legítimos e a sucessão dos descendentes, bem como a sucessão testamentária.

2.1 CONCEITO

A respeito da acepção da palavra “sucessão” ensina Washington de Barros Monteiro que: “num sentido amplo, a palavra sucessão significa o ato pelo qual uma pessoa toma o lugar de outra, investindo-se, a qualquer título, no todo ou em parte, nos direitos que lhe competiam.” (MONTEIRO, 2009, v. 6, p. 1).

Esclarece Eduardo de Oliveira Leite que a idéia de sucessão possui duplo significado na linguagem jurídica:

Em sentido próprio (ou restrito) ela designa a transmissão de bens de uma pessoa em decorrência de sua morte. Como transmissão, a sucessão estabelece uma ligação entre duas pessoas: a) **O autor (ou defunto)** – Usualmente denominado *de cuius*. b) **O sucessor** – Termo genérico que abrange as espécies, herdeiro e legatário. É este o sentido que nos interessa. Em sentido amplo, a sucessão designa o ato pelo qual uma pessoa toma o lugar de outra, substituindo o antigo titular nos direitos que lhe competiam. (LEITE, 2004, v.6, p.23).

Vê-se, então, que “a terminologia Direito das Sucessões, portanto, para os juristas, tem alcance certo e não se confunde com as sucessões feitas em vida, pelos titulares dos direitos, normalmente disciplinadas pelo direito das obrigações, embora não seja privilégio único deste compartimento do direito.” (VENOSA, 2004, v. VII, p.16).

Portanto, apesar do conceito do vocábulo abranger os casos de transmissão de direitos e deveres *mortis causa* e também os atos *inter vivos*, no direito sucessório ou

hereditário, o campo de ação restringe-se à transmissão de direitos e deveres em razão do falecimento do seu titular.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

“O compartimento das sucessões, ao contrário do que ocorre nas obrigações e nos direitos reais, foi o que mais sofreu mutações com relação ao direito moderno.” (VENOSA, 2004, v. VII, p. 16).

O direito sucessório na antiguidade estava diretamente ligado a religião, uma vez que o patrimônio do falecido era transmitido apenas para o primogênito varão, em razão de este ser o responsável por dar continuidade ao culto familiar, o qual consistia em oferecer ao falecido oferendas e sacrifícios. Visando a continuação do culto, era imprescindível que o encarregado pela realização da cerimônia herdasse o patrimônio do morto. Dessa forma, a transmissão da herança ocorria somente pela esfera masculina, caracterizando uma política patriarcal, a qual visava manter a família poderosa e impedir a divisão do patrimônio. (LEITE, 2004, v.6, p.25-26).

Para Carlos Roberto Gonçalves a filha era excluída da sucessão “pelo fato de que esta iria se casar, e pelo casamento passaria a integrar a família do marido, perdendo qualquer espécie de laço com a família de seu pai, cultuando, inclusive, os deuses da nova família.” (GONÇALVES, 2009, v. VII, p.3).

Após sofrer influência religiosa, o direito sucessório desenvolveu-se no sentido de continuidade patrimonial, em que o desejo de segurança impulsiona o acúmulo de patrimônio, dessa forma Caio Mário da Silva Pereira leciona que:

Em Roma, a morte do *pater familias* autorizava os herdeiros a recolher a sucessão, mas igualmente era lícito indicar o defunto os seus sucessores – distinguindo-se, então, as duas modalidades de sucessão *ab intestato*, e a designação *per testamentum*, para distinguir a situação daquele que falece sem testamento (*intestatus*) e a do que deixa declaração de última vontade (*testatus*). (PEREIRA, 2004, v. VI, p. 5).

Com relação às formas de sucessão, Sílvio de Salvo Venosa assevera que romanos e gregos, admitiam a sucessão com ou sem testamento. Porém, os gregos só admitiam a sucessão por testamento na ausência de filhos, enquanto os romanos tinham por regra a sucessão testamentária. (VENOSA, 2004, v. VII, p. 17).

A evolução histórica do direito sucessório torna-se mais nítida a partir do direito romano, pois de acordo com Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, a Lei das XII

Tábuas passou a prever, na hipótese do autor da herança falecer sem deixar testamento, três classes de herdeiros: *sui*, *agnati* e *gentiles*. A primeira classe, denominada *sui*, era formada pelos membros que estavam sob o poder do *pater*, composta desta forma pelos filhos, sejam homens ou mulheres, esposa e netos, estes últimos no caso de haver pai pré-morto. A classe dos *agnatus*, a segunda classe, era composta pelo colateral paterno mais próximo no momento da morte. Por fim, a classe dos *gentiles*, formada pela família em sentido lato, era chamada a suceder na falta dos membros das classes anteriormente mencionadas. (HIRONAKA, 2003, vol. 20, p.5).

No entendimento de Carlos Roberto Gonçalves, a sucessão legítima passa a fundar-se unicamente no parentesco natural com o Código de Justiniano “[...] estabelecendo-se a seguinte ordem de vocação hereditária: a) os descendentes; b) os ascendentes, em concurso com os irmãos e irmãs bilaterais; c) os irmãos e irmãs, consanguíneos ou uterinos; e d) outros parentes colaterais.” (GONÇALVES, 2009, v. 7, p. 4).

Discorrendo sobre a evolução do direito sucessório Euclides Benedito de Oliveira afirma que:

Para o direito pátrio, a influência mais significativa adveio do direito romano [...], que primava pelo absoluto respeito à liberdade de testar, dando-se precedência a essa forma de transmissão da herança, conquanto se garantisse aos parentes próximos, descendentes pela linha reta (*ágnatos*), o direito de percepção da herança intestada. Houve, nesse aspecto, choque frontal com o direito germânico, no qual a sucessão testamentária era de pouca prática, por vigorar a concepção de que os herdeiros se qualificavam pelo direito de sangue, já assim predestinados pela divindade. (OLIVEIRA, 2005, p. 17).

O direito germânico por sua vez, admitia como herdeiros aqueles que possuíam vínculo de sangue, e desconhecia a sucessão testamentária. O direito francês desde o século XIII adotou o *droit de saisine*, pelo qual a herança é transmitida aos herdeiros, com a morte do titular da propriedade. O Código Civil alemão afirmava que o patrimônio do falecido transmitia-se, por efeito direto da lei ao sucessor. O choque entre os dois entendimentos gerou o direito sucessório contemporâneo respeitando a vontade do *de cujus* quando este deixa testamento, porém, limitando o direito de testar quando o falecido tiver herdeiros necessários. Desse modo, caso existam herdeiros necessários, o falecido pode dispor em testamento de metade de seus bens, denominada parte disponível, enquanto que a outra metade, a legítima, é destinada aos herdeiros necessários. Enquanto isso, o privilégio dado aos filhos homens na antiguidade chegou ao fim com a Revolução Francesa, que aboliu o direito de primogenitura. (GONÇALVES, 2009, v. 7, p. 5).

Na França, o Código de Napoleão faz surgir a figura do herdeiro e do sucessível, no entanto, mantêm a singularidade sucessória e a equidade entre os herdeiros da mesma classe. (GONÇALVES, 2009, v. 7, p. 5).

Ainda discorrendo sobre o direito sucessório francês, Carlos Roberto Gonçalves ensina:

[...] na França, a linha de vocação hereditária inicia-se com os herdeiros (filhos e descendentes; ascendentes e colaterais privilegiados – pai, mãe, irmãos, irmãs e os descendentes destes -, demais ascendentes e seus colaterais – a princípio até o 12º grau, posteriormente até o 4º grau apenas), e, na falta destes, completa-se a vocação com os sucessíveis (filhos então tidos como naturais, o cônjuge sobrevivente e o Estado). (GONÇALVES, 2009, v. 7, p. 5).

O direito sucessório francês influenciou nossa codificação mesmo antes do Código Civil de 1916, pois assim como na codificação francesa, previa nossa legislação “linha de vocação hereditária formada pelos descendentes, ascendentes, colaterais até o 10º grau, e só posteriormente o cônjuge supérstite e, por fim, o fisco.” (GONÇALVES, 2009, v. 7, p. 5).

Sintetiza Caio Mário da Silva Pereira o direito sucessório moderno ensinando que:

a propriedade, posto que individual, é como que assegurada aos membros do grupo familiar, não porque a todos pertença em comum, mas em razão do princípio da solidariedade, que fundamenta deveres de assistência do pai aos filhos, e por extensão a outros membros da família, bem como do filho ao pai, por força do que dispõe o art. 229 da Constituição de 1988. Visa, então, a transmissão hereditária a proporcionar originariamente aos descendentes a propriedade do antecessor, segundo o princípio da afeição real ou presumida, que respectivamente informa a sucessão legítima e a testamentária.” (PEREIRA, 2004, v. 6, p.6).

Atualmente o direito sucessório está regulado no último livro do Código Civil de 2002, ocupando-se exclusivamente de normatizar a forma pela qual ocorre a transmissão do patrimônio pertencente a uma pessoa falecida aos seus sucessores. Além da regulamentação contida no Código Civil pátrio, a matéria encontra abrigo no art.5º, inciso XXX da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, que garante o direito de herança.

2.3 DA SUCESSÃO EM GERAL

2.3.1 Abertura da sucessão

O fato que enseja a abertura da sucessão é o falecimento do *de cuius*. “[...] Este é o momento exato da abertura da sucessão, também chamado de delação, ou de devolução sucessória, ou delação hereditária. (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p.1). Assim, não há como se falar em sucessão entre pessoas vivas, muito menos de decretação da morte civil, instituto que era aplicado em alguns casos como penalidade pela prática de certos crimes, e que desapareceu da legislação moderna. Há em alguns ordenamentos jurídicos, a restrição em relação a certos condenados de deixar bens por via de testamento, no entanto, nada impede que ocorra a sucessão legítima entre eles. (WALD, 2007, p.10).

Quanto aos ausentes, o Código Civil Brasileiro em seu art. 6º dispõe que “a existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva.” (WALD, 2007, p.10). O art. 22 do Código Civil Brasileiro define o ausente como “[...] a pessoa que desaparece de seu domicílio sem dar notícia de seu paradeiro e sem deixar um representante ou procurador para administrar-lhe os bens. [...]” (GONÇALVES, 2009, v. VII, p. 15). Assim, no que tange a sucessão do ausente, embora a morte seja presumida, nada impede que seus herdeiros pleiteiem nos moldes fixados em lei a abertura da sucessão provisória e definitiva. Contudo, conforme previsto pelo art. 39 do Código Civil Brasileiro de 2002, caso o ausente retorne nos dez anos subseqüentes a abertura da sucessão definitiva não será restabelecido na propriedade de seus bens. (WALD, 2007, p.10).

Importante salientar, que em razão das relações jurídicas não poderem ter continuidade sem a presença de um titular, com a morte, a transmissão do acervo patrimonial e a substituição do falecido por seus herdeiros ocorre automaticamente no direito sucessório pátrio. Este princípio denominado *droit de saisine* está expresso no art. 1.784 do Código Civil o qual dispõe que: “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.” (CAHALI, 2007, v.6, p.34). Acrescentam Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que: “[...] a abertura da sucessão ocorre com a morte, e não se confunde com a abertura do inventário, fato este só instaurado com a provocação judicial comunicando o falecimento.” (CAHALI; HIRONAKA, 2007, v.6, p.34).

Os autores supracitados alertam para os efeitos decorrentes do princípio de *saisine* esclarecendo que um deles diz respeito à identificação da lei aplicável no momento da abertura da sucessão e a capacidade dos sucessores, sejam eles herdeiros ou legatários. Assim, seguindo o disposto no art. 1.787 do CC, a sucessão é regulada pela lei vigente ao tempo de sua abertura, portanto, a qualidade de herdeiro e a extensão dos direitos deste, são atribuídas conforme a previsão legal vigente na data do falecimento do *de cuius*. Da mesma forma, ocorre na mesma data a identificação dos herdeiros do falecido, resguardado o direito dos já concebidos, se posteriormente nascidos com vida, dispondo o

direito material e a legislação processual de regras para proteção destes direitos. Por fim, no entendimento de Cahali e Hironaka é com a abertura da sucessão que o acervo patrimonial do falecido passa a integrar o patrimônio do herdeiro, e embora o quinhão ainda não esteja individualizado, pode desde já ser transmitido por ato entre vivos, como a cessão de direitos hereditários ou ainda, ser objeto de penhora ou constrição judicial por eventuais credores do herdeiro. (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p.36-37).

No mesmo sentido leciona Arnoldo Wald que “outros pontos importantes em matéria de abertura da sucessão são o lugar em que ela deve ser aberta e a lei que regula os direitos sucessórios”. (WALD, 2007, p. 11). Assim, a Lei de Introdução ao Código Civil estabelece em seu art. 10, caput, que “a sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que era domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.” No que diz respeito à capacidade sucessória, esta vem expressa também na LICC em seu art. 10, § 2º, o qual expõe que “a lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder”.

Acrescenta o autor supramencionado que “o conceito de domicílio é aquele que nos é dado pelo Código Civil, ou seja, o lugar em que o *de cuius* tinha o seu principal estabelecimento ou residia com caráter de permanência, ou seja, com ânimo definitivo.” (WALD, 2007, p. 12). O Código Civil de 2002 ainda prevê em seu art. 73 que “ter-se-á por domicílio da pessoa natural, que não tenha residência habitual, o lugar onde for encontrada.” Ensina ainda o mesmo doutrinador, que o ordenamento pátrio admite a pluralidade de domicílios, sendo assim “[...] tendo o *de cuius* vários centros de ocupações habituais, atender-se-á à localização dos bens a serem partilhados e ao critério da prevenção, sucessivamente. [...]” (WALD, 2007, 12).

Assim sendo, de acordo com o princípio de *saisine*, a morte é o fato gerador da abertura da sucessão, ocorrendo a transmissão da herança aos herdeiros do falecido, que se tornam titulares de direitos adquiridos. Não podendo essa situação ser atingida ou prejudicada por fato novo, ou por lei nova nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988. A lei vigente na data morte é que regerá todo o direito sucessório, fixando inclusive a ordem de vocação bem como a extensão da cota hereditária, sendo vedado lei nova alcançar sucessão aberta na vigência de lei anterior. (MONTEIRO, 2009, v. 6, p.18).

2.3.2 Espécies de sucessão

Conforme previsão contida no art. 1.786 do Código Civil Brasileiro de 2002 “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.” Assim, se a sucessão ocorrer

por declaração de última vontade do falecido, tem-se a sucessão testamentária, por outro lado, se o falecido morrer sem deixar testamento indicando a forma como seu patrimônio deve ser partilhado, ocorrerá a sucessão legítima. (WALD, 2007, p. 13).

No mesmo sentido Carlos Roberto Gonçalves leciona que considerando a fonte da sucessão esta pode ser “[...] legítima ou “*ab intestato*” e testamentária. Quando se dá em virtude da lei, denomina-se sucessão legítima; quando ocorre de manifestação de última vontade, expressa em testamento ou codicilo, chama-se sucessão testamentária.” (GONÇALVES, 2009, v. VII, p.24).

Prescreve o art. 1.788 do Código Civil de 2002:

Morando a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo. (BRASIL, 2002).

Portanto, a pessoa que falece sem deixar declaração de última vontade transmite a herança para os herdeiros legítimos, ou seja, aqueles determinados por lei, seguindo a ordem de vocação hereditária disposta no art. 1.829 do Código Civil. (GONÇALVES, 2009, v. VII, p.24). “Costuma-se dizer, por isso, que a sucessão legítima representa a vontade presumida do *de cuius* de transmitir o seu patrimônio para as pessoas indicadas na lei, pois teria deixado testamento se outra fosse a intenção.” (GONÇALVES, 2009, v. VII, p.24).

Portanto, o direito sucessório optou por uma postura que protege os interesses da família, mas, sobretudo admite a disposição dos bens por meio de testamento. No entanto, a liberdade de testar é limitada para impedir que ocorra prejuízo a legítima, que corresponde a metade dos bens do testador. Nesse sentido prevê o Código Civil Brasileiro de 2002 em seu art. 1.845 a ordem de vocação hereditária, a qual beneficia na ausência de testamento, os parentes mais próximos do falecido. (WALD, 2007, p.14).

Silvio Rodrigues esclarece ainda que diferentemente do que ocorria no direito romano, em que uma forma de sucessão excluía a outra, no direito sucessório brasileiro, por sua vez, é possível a existência simultânea da sucessão legítima e testamentária. Assim, de acordo com o doutrinador, uma pessoa pode falecer deixando testamento que não contemple todos os seus bens, dessa forma, os bens que não foram abrangidos no testamento passarão aos herdeiros legítimos. (RODRIGUES, 2003, v.7, p.16).

Ensinam Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que a sucessão pode ser classificada em sucessão a título universal e a título singular:

A sucessão a título universal caracteriza-se pela transmissão do patrimônio do defunto como um todo (*universitas iuris*), atribuindo-se de forma abstrata, aos sucessores, as respectivas partes ideais (ou quotas hereditárias, em

percentual), podendo ser verificada tanto na sucessão legítima como na testamentária, esta última quando o testador institui herdeiro em fração da herança (p. ex. “deixo para João 30% da herança). [...] A sucessão a título singular implica a transferência de bens determinados a pessoas determinadas. [...] (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p.42-43).

No mesmo sentido Carlos Roberto Gonçalves assevera que a sucessão universal ocorre quando o herdeiro recebe a totalidade da herança, parte dela ou uma fração. Enquanto que, na sucessão a título singular, o testador destina bem certo e determinado de seu acervo patrimonial ao beneficiário. Acrescenta o supracitado doutrinador que a sucessão legítima é sempre a título universal, ao passo que, a sucessão testamentária quase sempre é a título singular. (GONÇALVES, 2009, v.VII, p. 26).

Para o doutrinador Eduardo de Oliveira Leite existe uma razão prática que distingue a sucessão a título universal e a sucessão a título singular. Enquanto na primeira ocorre a transmissão do patrimônio como um todo, abrangendo o ativo e o passivo, na última, por tratar-se de bem certo e determinado, não contempla as dívidas deixadas pelo autor da herança, exceto se o falecido tiver onerado o bem. (LEITE, 2004, v. 6, p. 41).

É pertinente mencionar que, alguns doutrinadores admitem a existência de outras modalidades de sucessão, como a sucessão contratual e a sucessão anômala ou irregular. Nesse sentido é a lição de Carlos Roberto Gonçalves ao esclarecer que a sucessão contratual é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, o qual dispõe no art. 426 do CC que “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”. Porém, o art. 2.018 do CC admite exceção a essa regra, permitindo a partilha feita por ascendente por ato entre vivos ou declaração de última vontade, desde que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários. (GONÇALVES, 2009, v. VII, p.26-27).

Quanto à sucessão anômala ou irregular o doutrinador esclarece que esta não segue a ordem de vocação hereditária para a sucessão legítima, regendo-se por normas próprias. À guisa de ilustração, menciona a hipótese prevista na Lei n. 9.610, de 16 de fevereiro de 1998, “[...] que regula os direitos autorais, prescrevendo que pertencem ao domínio público as obras de autores falecidos que não tenham deixado sucessores (art. 45, n. I), [...]”.(GONÇALVES, 2009, v. VII, p.27-28).

2.3.3 Espécies de sucessores

São considerados sucessores para Euclides Benedito de Oliveira “[...] pessoas que a lei contempla com esse direito, segundo determinada escala de preferência a que se denomina ‘ordem da vocação hereditária’.” (OLIVEIRA, 2005, p. 52).

Com relação a classificação dos sucessores, Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka admitem a seguinte classificação: “*Herdeiros e legatários*; dentre os herdeiros, os *testamentários* e os *legítimos*, podendo estes últimos, ainda, ser classificados como herdeiros *necessários* e *facultativos* [...]”

Herdeiros necessários são aqueles definidos por lei, seguindo a ordem prevista no art. 1.829 do CC, ou previstos por regra especial, como ocorre com a sucessão entre companheiros que vivem em união estável. Enquanto os herdeiros beneficiados por declaração de última vontade do autor da herança são denominados testamentários. (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 46).

Euclides Benedito de Oliveira esclarece que com a morte as pessoas são chamadas para suceder no acervo patrimonial do morto, sendo que algumas “[...] se colocam em posição não apenas de prioridade com relação às remanescentes, como também em situação de privilégio ante a vontade do titular dos bens [...]” (OLIVEIRA, 2005, p. 55), como é o caso dos herdeiros necessários.

Ao discorrerem sobre o tema Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka asseveram que o herdeiro necessário obsta a liberdade de testar do falecido, consoante “[...] é o sucessor legítimo com direito a uma parcela mínima de 50% do acervo, da qual não pode ser privado por disposição de última vontade [...]”. (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 46).

2.3.4 Legitimidade sucessória

“O art. 1.798 do Código Civil edita, como regra geral, que estão legitimadas a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão [...]”. (RODRIGUES, 2006, v. 7, p. 37). Referido artigo contempla “[...] tanto à sucessão legítima quanto à testamentária [...]”. (GONÇALVES, 2009, v. VII, p. 51).

“Esta legitimação consiste na aptidão para receber a herança, ou seja, é a condição da pessoa que lhe permite ser titular do direito sucessório invocado. [...]”. (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 99). A capacidade é condição imprescindível para o recebimento da herança pelo beneficiário. Para tanto, no momento em que é aberta a sucessão é que se verifica a capacidade para suceder, não importando, por exemplo, se na época em que foi feito o testamento o beneficiário não era capaz de suceder, pois o que é

levado em consideração é a sua capacidade para suceder quando do óbito do autor da herança. (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 100).

No entendimento de Silvio Rodrigues sobre a matéria em questão:

Quem tem capacidade de direito (CC, art. 1º) pode herdar; quem não a tem, não herda nem, ademais, pode ser titular de qualquer relação ou situação jurídica. Só se trata de capacidade de fato ou de exercício, só tem sentido perquirir se alguém possui legitimação, verificando-se, precedentemente, se há capacidade de direito. Quem já está morto quando o *de cujus* faleceu, ou não existe quando o hereditando morreu, na verdade, não sucede porque a existência do herdeiro sucessível é antes um *pressuposto* da sucessão hereditária do que uma causa de incapacidade de exercício ou de falta de legitimação. (RODRIGUES, 2003, v. 7, p. 38).

Consoante lição de Sílvio de Salvo Venosa:

Capacidade é a aptidão para receber, exercer e transmitir direitos. O que nos interessa agora é a capacidade passiva, isto é, a capacidade de alguém adquirir bens numa herança. Para que uma pessoa possa ser considerada herdeira, há que se atentar para três requisitos: deve existir, estar vivo ou já concebido na época da morte, ter aptidão específica para aquela herança e não ser considerado indigno. (VENOSA, 2004, V. 7, p. 58).

O primeiro requisito refere-se a estar vivo quando da abertura da sucessão, que ocorre com o óbito do autor da herança. Assim, por mais que a personalidade comece com o nascimento com vida, conforme preceitua o art. 2º do CC, a própria legislação garante desde a concepção, os direitos do nascituro. Desta forma, se o nascituro nasce com vida, é considerado herdeiro desde a concepção. (VENOSA, 2004, V. 7, p. 58).

Quanto ao segundo requisito, que consiste em ter capacidade específica para determinada herança, Sílvio de Salvo Venosa esclarece que não basta o sujeito existir quando da abertura da sucessão, sendo necessário ter legitimidade para receber a herança em questão. Ilustra referido requisito, citando como exemplo no caso do falecido deixar descendentes, sendo que em tal circunstância os ascendentes não podem ser herdeiros, tendo em vista a carência de legitimação. Ainda cita a título de ilustração, o caso dos herdeiros colaterais que serão chamados a suceder até o quarto grau, pois o art. 1839 do CC põe fim aí à vocação legítima. (VENOSA, 2004, V. 7, p. 59).

Por último, assevera que para suceder o herdeiro não pode ser considerado indigno. (VENOSA, 2004, V. 7, p. 59). Consoante Arnoldo Wald “a indignidade é a privação do direito hereditário que a lei impõe aos herdeiros eventuais que cometeram atos ofensivos à pessoa ou à honra do hereditando.” (WALD, 2007, p. 21). A declaração de indignidade ocorre por ação ordinária, a ser proposta dentro do prazo de quatro anos, a partir da abertura da sucessão, atingindo somente a pessoa do indigno, pois seus efeitos são pessoais, razão pela qual não contempla seus descendentes, sendo que estes herdam

como representantes do seu ascendente, que para efeitos de sucessão é excluído da herança e tratado como se morto fosse. (WALD, 2007, p. 21).

Explica o autor supramencionado que, um herdeiro pode ser considerado indigno em determinada herança, mas não em relação a outra. Isso ocorre pelo fato do caráter relativo da indignidade e por esta referir-se a herança determinada. (WALD, 2007, p. 22). O mesmo doutrinador assevera ainda, que o rol de indignidade é taxativo, ou seja, somente são reconhecidos como casos de indignidade aqueles previstos em lei, consoante art. 1.814, CC. Nada impede no entanto, que o autor da herança perdoe em vida o indigno, por meio de ato autêntico ou de testamento, nos termos do art. 1.818, caput, CC.

É preciso salientar que a incapacidade não se confunde com a indignidade, pois “enquanto a primeira impede o nascimento do direito, a segunda não autoriza a sua conservação.” (WALD, 2007, p. 23).

2.4 DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

2.4.1 Noções Gerais

A sucessão legítima está disciplinada no Título II do Livro V, do Código Civil. (RODRIGUES, 2003, v. 7, p. 93).

Segundo a lição de Carlos Roberto Gonçalves, trata-se de sucessão legítima ou *ab intestato* “[...] a que opera por força de lei e que ocorre em caso de inexistência, invalidade ou caducidade de testamento e, também, em relação aos bens nele não compreendidos”. (GONÇALVES, 2009, v. VII, p. 137).

Caso ocorra uma dessas hipóteses, “[...] a lei convoca pessoas da família do finado, de acordo com a ordem nela fixada, denominada *ordem de vocação hereditária*, para receberem a herança”. (RODRIGUES, 2003, v. 7, p. 93).

Assevera Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

O critério adotado em nosso sistema, seguindo a tradição da maioria das legislações, tem em conta os laços familiares dos convocados com o falecido, incluídos nestes o parentesco consangüíneo ou civil e o vínculo decorrente do casamento ou da união estável, considerando-se que a eles desejaria o falecido destinar a sua herança, mesmo sem qualquer manifestação expressa de vontade. (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 124).

Consoante Eduardo de Oliveira Leite, o grau de parentesco indica proximidade, sendo que sua importância não está restrita apenas ao Direito de Família, produzindo importantes efeitos no direito sucessório, tendo em vista que o critério da vocação hereditária leva em conta a proximidade do vínculo familiar. (LEITE, 2004, v. 6, p. 133).

Caio Mário da Silva Pereira classifica o parentesco em três classes: “[...] consangüinidade, afinidade e relações puramente civis”. (PEREIRA, 2004, v. VI, p. 83). Na consangüinidade, as pessoas descendem de um mesmo tronco ancestral. O parentesco pode ser legítimo quando é proveniente do casamento, e ilegítimo quando tem origem extraconjugal. A afinidade, por sua vez, caracteriza-se pela aproximação do cônjuge ou companheiro aos parentes do outro. A afinidade diferente do parentesco biológico tem caráter provisório, pois existe enquanto durar o casamento ou a união estável. Já o parentesco civil é aquele que tem origem na adoção, que resulta direitos sucessórios entre adotante e adotado. (PEREIRA, 2004, v. VI, p. 83).

“Para a identificação do vínculo de parentesco das pessoas entre si, promove-se a divisão do gênero em linhas e graus”. (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 125). A linha pode ser reta ou colateral. Os herdeiros que ocupam a linha reta ou direta descendem uns dos outros. (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 125). “A linha se diz *descendente* se se parte em direção aos parentes que nascem da pessoa considerada [...], e se chama *ascendente* quando se marcha ao revés na direção do genitor ou progenitor [...]”. (PEREIRA, 2004, v. VI, p. 83). Já na linha colateral ou transversal, os herdeiros são ligados a um tronco comum, mas não descendem uns dos outros. (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 125). Na linha colateral, “[...] a proximidade do parentesco se verifica pela contagem de graus, consistente cada qual em uma geração, tendo por base o ascendente comum”. (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 125). Por fim, ensinam Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que para contagem dos graus “[...] somam-se as gerações de um, até o ascendente comum, e deste até o outro, alcançando o número de graus entre eles existente no parentesco.” (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 126).

Destarte, os herdeiros indicados dividem-se em classes, sendo que a presença de um herdeiro em determinada classe exclui da herança os herdeiros das demais classes. No caso de herdeiros da mesma classe, quando houver grau de parentesco entre si, os de parentesco mais próximo afastam da sucessão os parentes de grau mais remoto. Os herdeiros recebem por cabeça quando possuírem o mesmo título hereditário, ou seja, quando forem todos filhos, netos, primos e assim por diante. Na sucessão por cabeça, o patrimônio é dividido em partes iguais pelo número de sucessores. Já quando há herdeiros de graus diferentes, a sucessão se dá por representação ou stirpe, recebendo a parte que o herdeiro nesta condição receberia por cabeça, partilhando em partes iguais esta parcela da herança. (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 124).

2.4.2 Ordem de vocação hereditária

Consoante assevera Silvio Rodrigues “a ordem de vocação hereditária é a relação preferencial, estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder o finado.” (RODRIGUES, 2003, v. 7, p. 94). Tal ordem, no Código Civil de 2002, vem estabelecida no art. 1.829:

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais. (BRASIL, 2002).

Já no caso do direito sucessório proveniente da união estável este é tratado no art. 1.790 do CC. Assim, a vocação obedece a ordem legal e hierárquica. Destarte, ainda que exista apenas um herdeiro numa classe, não serão chamados a suceder os herdeiros da classe seguinte. Os colaterais herdam até o 4º grau na ausência de descendentes, ascendentes e viúvo. (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 128).

No mesmo sentido ensina Silvio Rodrigues:

Ao estabelecer a ordem de vocação hereditária, o legislador se funda na vontade presumida do falecido. Realmente, presume o propósito do finado de deixar seus bens aos seus descendentes; na falta destes, aos ascendentes (em ambos os casos, em concorrência com o cônjuge – observado o art. 1.829, I); não havendo descendentes nem ascendentes, ao cônjuge sobrevivente; e na falta de todas essas pessoas, aos seus colaterais. (RODRIGUES, 2003, v. 7, p. 95).

Importante salientar que há exceções quanto aos herdeiros de uma classe excluir os herdeiros das classes subseqüentes. À guisa de exemplificação, Silvio Rodrigues menciona a concorrência do cônjuge com os herdeiros da primeira e segunda classe. (RODRIGUES, 2003, v. 7, p. 95). No mesmo sentido Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka afirmam que em se tratando de sucessão anômala ou irregular, a ordem de vocação hereditária ocorre de forma diferenciada, havendo alteração na ordem de preferência ou não tendo aplicabilidade do princípio de que uma classe exclui a outra. (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 129).

2.4.3 Sucessão em linha reta: sucessão dos descendentes

“Aberta a sucessão legítima, são chamados, em primeiro lugar, os descendentes. Se o falecido era casado, o cônjuge concorre com os descendentes.” (RODRIGUES, 2003, v. 7, p. 98).

“A previsão legal é genérica, em favor de todos os descendentes *ad infinitum*, ou seja, sem limite de gerações, aí se beneficiando, em potencial, não apenas os filhos, como os netos, bisnetos, trinotos, tetranetos etc”. (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 144).

Para Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka “[...] intuitivamente, considera-se que o amor e a afeição pelos descendentes é mais intenso em comparação com os demais, justificando-se nestas características a preferência sucessória estabelecida”. (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 144).

Com relação à concorrência do cônjuge com os descendentes do autor da herança, ocorrerá dependendo do regime de bens adotado pelo casal. Se o falecido contraiu núpcias pelo regime da comunhão universal de bens, separação obrigatória de bens ou era casado pela comunhão parcial e não deixou bens particulares, não há que se falar em concorrência, conforme esclarece o art. 1.829, I, do Código Civil. (RODRIGUES, 2003, v. 7, p. 98).

Ainda de acordo com Silvio Rodrigues, o cônjuge que concorrer com os descendentes receberá quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, sendo que se esse cônjuge for ascendente dos herdeiros com quem concorrer, seu quinhão não pode ser inferior à quarta parte da herança, conforme disciplina do Código Civil. (RODRIGUES, 2003, v. 7, p. 98).

Consoante o art. 1.835 do Código Civil “na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau”.

“Assim, se só filhos concorrerem à herança, todos a recebem com igual direito, partilhando-se o acervo em quotas iguais, tantos quantos forem os irmãos”. (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 144). O mesmo ocorre quando na ausência de todos os filhos forem chamados a suceder os netos do falecido, nessa hipótese eles herdaram por cabeça, se todos forem vivos, sendo atribuído o mesmo quinhão para cada um, em razão de possuírem a mesma distância em relação ao autor da herança. (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 145).

Por outro lado, “se à herança concorrem descendentes de graus diversos, a sucessão se processa *por estirpe*. [...] cabe a cada estirpe aquilo que herdaria o representado respectivo, se vivo fosse.” (RODRIGUES, 2003, v. 7, p. 99). Em resumo, “[...] se convocados netos e bisnetos, aqueles recebem *por cabeça*, com quotas iguais, e estes *por estirpe*, representando o neto pré-morto, com rateio entre si do respectivo quinhão que *por cabeça* o falecido herdeiro receberia.” (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 147).

Por fim, merece anotar que “hoje, os descendentes do mesmo grau herdam em condições iguais, independentemente da ocorrência ou não de casamento”. (LEITE, 2004, v. 6, p. 135).

Nesse sentido esclarece Carlos Roberto Gonçalves:

A Constituição de 1988 (art. 227, § 6º) já estabelecera absoluta igualdade entre todos os filhos, não mais admitindo a retrógrada distinção entre filiação legítima e ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que imperava na legislação anterior. (GONÇALVES, 2009, v. VII, p. 146).

Em síntese, atualmente o princípio da igualdade entre os filhos além de ser garantido conforme dispõe o art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988. A norma foi reproduzida no art. 20 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e, reiterada no art. 1.596 do Código Civil. Destarte, não mais vigora em nosso ordenamento as desigualdades entre filhos consangüíneos e adotivos, legítimos e ilegítimos, que vigorava no diploma de 1.916. (GONÇALVES, 2009, v. VII, p. 148).

2.5 DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

2.5.1 Do testamento em geral

“Ao lado da sucessão legítima, que se processa por força da lei e nos casos analisados, encontra-se a sucessão testamentária, que deriva da manifestação de última vontade, revestida da solenidade prescrita pelo legislador”. (RODRIGUES, 2003, v. 7, p. 143).

“Em alguns Códigos, admite-se absoluta liberdade de testar; em outros, como o nosso, ela tem limites, que não podem ser ultrapassados, desde que o testador tenha herdeiros necessários”. (MONTEIRO, 2009, v. 6, p. 123).

“O atual Código Civil não define expressamente o testamento, mas positiva algumas de suas características em seus arts. 1.857 e 1.858, como se verá a seguir”. (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 217).

“Trata-se de negócio jurídico *unilateral*, pois se aperfeiçoa com a exclusiva manifestação de vontade do testador. De ato *personalíssimo*, pois sua feitura reclama a presença do testador, afastada a interferência de procurador”. (RODRIGUES, 2003, v. 7, p. 145).

“É igualmente *ato solene*. Para sua elaboração prescreve o legislador numerosas formalidades, que não podem ser descuradas ou postergadas, sob pena de nulidade”. (MONTEIRO, 2009, v. 6, p. 124).

O testamento é ato de última vontade ou causa mortis, pois somente terá efeito após a morte do testador. Independe do lapso de tempo entre a declaração de vontade e a eficácia, não importando o momento em que a vontade tenha sido expressada. (VENOSA, 2004, v. 7, p. 137).

A declaração de última vontade pode ser revogada a qualquer tempo, sendo nula qualquer cláusula que tenha por finalidade renunciar à revogabilidade. Tal cláusula não invalida o testamento, mas deve ser considerada inexistente ou não escrita. (PEREIRA, 2004, v. VI, p. 198-199).

Ensina Carlos Roberto Gonçalves que, em razão de caracterizar pacto sucessório e contrariar a revogabilidade:

É proibido (CC, art. 1863) o testamento *conjuntivo* (*de mão comum* ou *mancomunado*), feito por duas ou mais pessoas, seja *simultâneo* (disposição conjunta em favor de terceira pessoa), *recíproco* (instituinto benefícios mútuos) ou *correspetivo* (disposições em retribuição de outras correspondentes). (GONÇALVES, 2009, v. VII, p. 211).

Destarte, no mesmo sentido discorre Sílvio de Salvo Venosa ao afirmar no caso de testamento conjunto desapareceria a espontaneidade, visto que uma vontade estaria influenciando a outra. Além disso, ficaria prejudicada a revogabilidade, tendo em vista que ao realizar acordo de fazer testamento suporia o acordo de não modificá-lo. (VENOSA, 2004, v. 7, 138-139).

Assevera Washington de Barros Monteiro que o testador pode valer-se do testamento:

[...] para reconhecer filhos naturais, nomear tutor aos descendente órfão, perdoar o indigno (art. 1.818), deserdar o herdeiro (art. 1.964), instituir fundação (art. 62), substituir beneficiário na estipulação em favor de terceiro (art. 438, parágrafo único), impor cláusulas restritivas (art. 1.848) e constituir condomínio por unidades autônomas (art. 1.332), além de dispor do próprio corpo após a morte (art. 14). (MONTEIRO, _____)

No entanto, de acordo com lição de Carlos Roberto Gonçalves, quando o testador utiliza-se da declaração de última vontade para reconhecer filho de relação extraconjugal, o testamento é irrevogável, abrindo-se então uma exceção ao princípio da revogabilidade. Tal exceção está prevista no art. 1.609, III, do Código Civil. (GONÇALVES, 2009, v. VII, p. 211).

2.5.2 Da capacidade de testar

“O testamento, negócio jurídico que é, obedece à regra geral que abrange todos os negócios jurídicos, segundo a qual sua validade requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (CC, art. 104)”. (RODRIGUES, 2003, v. 7, p. 146).

Diz-se que possui legitimidade ativa para testar o agente capaz, enquanto que, aquele que pode receber por declaração de última vontade detém a legitimidade passiva. Porém, é vedado a certas pessoas utilizar-se de algumas formas de testamento. Assim é o que ocorre com o testador que desconhece a língua nacional, ficando proibido testar de forma pública, eis que os instrumentos públicos devem ser redigidos em português. (VENOSA, 2004, v. 7, p. 143).

Consoante esclarece Carlos Roberto Gonçalves a norma que dispõe sobre a incapacidade testamentária é taxativa, abrangendo somente os casos que especificam. Destarte, todas as pessoas que não estão contempladas na proibição podem testar. (GONÇALVES, 2009, v. VII, p. 212).

2.5.2.1 Incapacidade em razão da idade

Ao discorrer sobre a incapacidade de testar o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves leciona que:

Os menores de 16 anos são absolutamente incapazes e, nessa condição, não podem testar. Faltando-lhes o poder de deliberar, a lei despreza a sua vontade, não vislumbrando nela a consistência necessária para produzir conseqüências *post mortem*. (GONÇALVES, 2009, v. VII, p. 214).

Esclarece Sílvio de Salvo Venosa que o menor deve ter capacidade para testar no momento da feitura do testamento, tendo em vista que nessa hora é que se analisa a capacidade para o ato. Assim, o testador deve ter na data da confecção do testamento a idade exigida por lei. Acrescenta ainda o doutrinador, que mesmo atingindo a capacidade civil pelo casamento ou outros meios previstos em lei, continua da mesma forma impedido de testar, tendo em vista que o ordenamento estabeleceu normas próprias para a capacidade testamentária ativa. (VENOSA, 2004, v. 7, p. 145).

2.5.2.2 Incapacidade por falta de discernimento ou enfermidade mental

São incapazes de testar as pessoas portadoras de desequilíbrios que impeçam o agente de exercer plenamente suas faculdades mentais, pois o ato só é admitido por aqueles que se encontram em seu perfeito juízo. No entanto, a incapacidade pode ser relativa, sendo verificado seu limite em ação de interdição. Caso fique provado a incapacidade absoluta do testador, o testamento é tido como nulo. Por outro lado, se ocorrer interdição por incapacidade relativa, a pessoa poderá testar sem a assistência de curador. (WALD, 2007, p. 120).

2.5.3 Formas de testamento

De acordo com o ensinamento de Silvio Rodrigues:

No sistema brasileiro há três espécies de testamento ordinário: o *público*, feito perante tabelião; o *cerrado*, também chamado *místico*, que é feito sigilosamente pelo testador, que o submete à aprovação do tabelião; e o *particular*, que é escrito pelo testador e deve ser lido e assinado na presença de três testemunhas, que, após a morte daquele, devem reconhecer em juízo o instrumento e confirmar seu conteúdo. (RODRIGUES, 2003, v. 7, p. 157-158).

O testamento público é aquele redigido por tabelião no livro de notas do cartório, conforme as declarações emanadas pelo testador e na presença de duas testemunhas, que devem assistir a todo o ato. (GONÇALVES, 2009, v. VII, p. 232). “A exigência da utilização da língua nacional, que vinha expressa no Código Civil de 1916, embora não reproduzida pelo Código Civil atual, há de ser mantida, dado o caráter oficial e público do instrumento (CC, art. 215, § 3.º)”. (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 222). Quanto aos requisitos desta modalidade de testamento, são os mencionados no art. 1.864 do CC, sendo que a sua não observância gera nulidade. Além das normas específicas de validade do testamento público, devem ser observadas as normais gerais da escritura pública, consoante determina o art. 215, § 1.º, do Código Civil atual.

Já o testamento cerrado conforme conceitua Arnoldo Wald “[...] é o escrito particular feito e assinado pelo próprio testador ou por alguém a seu rogo, completado por um instrumento lavrado por oficial público [...]”. (WALD, 2007, p. 144). Após a confecção do

testamento, o testador deve entregá-lo ao tabelião, na presença de duas testemunhas, declarando ser seu o testamento e solicitando a sua aprovação. Nesta modalidade, apenas o próprio testador tem conhecimento do seu conteúdo, e sua validade depende do auto de aprovação realizado pelo tabelião, que na oportunidade cerra o testamento e o entrega ao testador, ao passo que lança, em seu livro o lugar, dia, mês e ano em que o testamento foi aprovado e entregue.

Por último, e não menos importante temos o testamento particular conceituado por Carlos Roberto Gonçalves como:

[...] ato de disposição de última vontade escrito de próprio punho, ou mediante processo mecânico, assinado pelo testador, e lido por este a três testemunhas, que o subscreverão, com a obrigação de, depois da morte do disponente, confirmar a sua autenticidade. (GONÇALVES, 2009, v. VII, p. 257).

Tal modalidade de testamento dispensa a presença de tabelião, tornando-o mais simples e econômico que as outras modalidades. Contudo, torna-se a forma menos segura uma vez que sua confirmação em juízo depende da presença das testemunhas que estiveram presentes na leitura e assinaram o instrumento. Ademais, o instrumento pode ser extraviado sendo que sua existência poderá ser atestada apenas pela memória das testemunhas que se fizeram presentes no ato, pois sobre sua existência não existe qualquer registro. (GONÇALVES, 2009, v. VII, p. 257-258). Cabe ainda salientar, que o testamento cerrado também é revestido de certos requisitos e formalidades os quais estão listados no art. 1.876 do Código Civil. (GONÇALVES, 2009, v. VII, p. 259).

Em suma, com base nas lições apresentadas, observou-se que o direito de herança, além de ser previsto no Código Civil Brasileiro, é direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988. Verificou-se também, que a palavra sucessão, no âmbito do direito sucessório, significa a transmissão dos direitos e obrigações deixados pelo falecido aos herdeiros, seguindo a ordem de vocação hereditária determinada por lei, ou aos legatários, conforme disposição de última vontade. Averiguou-se, ainda, que a sucessão pode ocorrer a título universal ou a título singular, dependendo da forma de destinação dos bens, ou seja, a transmissão do patrimônio como um todo ou apenas a transferência de bens determinados. Constatou-se, por fim, que a sucessão pode ser legítima, quando derivar da lei, e testamentária, quando derivar de ato de última vontade.

Assim sendo, realizada uma síntese acerca dos pontos fundamentais do direito sucessório brasileiro, necessários à compreensão do tema proposto, que será objeto de estudo no último capítulo deste trabalho, cabe agora se proceder à apreciação do fenômeno da reprodução humana medicamente assistida.

3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA

“No momento em que o Homem deu a devida importância à descendência, nada mais lógico que o tema viesse a ser fonte de inquietações [...]” (FERNANDES, 2000, p. 47-48). Assim, para possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade pudessem ser pais e mães, foram desenvolvidas as técnicas de reprodução assistida. (FERNANDES, 2000, p. 58).

Portanto, para um melhor esclarecimento, serão feitas neste capítulo algumas considerações acerca da reprodução humana, iniciando-se pela concepção natural, até chegar à concepção pelos métodos artificiais, ou seja, a reprodução medicamente assistida, bem como seu significado, evolução histórica, as técnicas existentes e os princípios constitucionais que embasam a utilização desses recursos.

3.1 CONCEPÇÃO NATURAL E ARTIFICIAL

Inicialmente, antes de adentrar no tema do presente estudo, qual seja, a reprodução assistida, faz-se necessária a compreensão da concepção pela via natural, para, posteriormente, abordar a reprodução pelos métodos artificiais.

“A concepção é o início da jornada humana. A concepção natural é consequência do encontro sexual entre um homem e uma mulher, ambos em idade fértil”. (SILVA, 2002, p. 50).

Ensina Maria Helena Machado que:

O organismo do ser humano compõe-se de duas classes de células: as células somáticas e as células germinais. As células somáticas são todas as células corporais não pertencentes à linha germinal. [...] As células germinais são as células relacionadas com a formação de gametos, portanto, as células responsáveis pela reprodução que na mulher se compõe dos óvulos e dos espermatozoides no homem. [...] A reprodução humana, natural ou normal, ocorre com a fecundação interna pela fusão dessas células germinais ou reprodutoras, resultando no ovo ou zigoto. [...] Formada a primeira célula ovo ou zigoto, inicia-se um processo mitótico, no qual os cromossomos e a informação genética continuam sendo iguais, de maneira que não haverá alteração de qualquer tipo e a programação genética necessária para a formação de um novo ser humano adulto se conduzirá inexoravelmente. (MACHADO, 2006, p. 18).

Destarte, para que a concepção natural ocorra, Reinaldo Pereira e Silva alerta que devem ser observadas as seguintes condições:

a) que o homem produza nos testículos espermatozoides com capacidade de fertilizar; b) que a mulher produza nos folículos ovarianos um óvulo maduro; e c) que haja o encontro de apenas um espermatozoide com o óvulo na tuba uterina da mulher, desencadeando os eventos que culminarão com a fusão dos pronúcleos masculino e feminino. (SILVA, 2002, p. 50).

Por outro lado, “a concepção não natural, por sua vez, é consequência imediata da intervenção biomédica, visando a contornar as causas relacionadas à infertilidade humana”. (SILVA, 2002, p. 50).

Assim, se o desenvolvimento dos métodos contraceptivos permitem ao casal o exercício da sexualidade sem a ocorrência da concepção, atualmente, com os recursos desenvolvidos pela medicina, as técnicas possibilitam a ocorrência da concepção sem que seja necessário o exercício da sexualidade. (SILVA, 2002, p. 50).

Para Maria Helena Machado:

Esse desenvolvimento na área da fecundação humana tem causado perplexidade, trazendo inúmeras indagações, uma vez que, como se sabe, a gestação sempre se originou normalmente, ou seja, de contatos sexuais dos genitores, criando o vínculo de filiação, nascida da relação de paternidade, maternidade, regulado pelo Direito, para proteção dos valores estabelecidos. (MACHADO, 2006, p. 32).

Tycho Brahe Fernandes ao escrever sobre a preocupação do homem com a descendência conclui afirmando que, “a matéria tomou importância com o passar dos anos a ponto de as experiências terem-se iniciado com plantas e animais inferiores, chegando aos mamíferos e, por fim, ao seres humanos [...]”. (FERNANDES, 2000, p. 48).

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Segundo Maria Helena Machado “relatos históricos demonstram, em todas as gerações, fatos que revelam a grande preocupação do homem, diante da necessidade de garantir a perpetuação da sua espécie”. (MACHADO, 2006, p. 28).

Nesse sentido menciona Tycho Brahe Fernandes o mito grego o qual diz que:

“[...] Zeus teria ejaculado após um sonho, vindo seu sêmen a cair na terra, local onde gerou o hermafrodita Agstidis, que foi castrado, sendo que seu membro decepado teria sido enterrado onde nasceu uma amendoeira. Nana, filha do rei Sangário, teria colhido uma amêndoa e colocado em seu ventre, vindo a nascer dez meses depois Ates, por quem se apaixonou Agstidis. (FERNANDES, 2000, p. 48)

No que tange aos antecedentes científicos, relata Maria de Fátima Freire de Sá que “as primeiras experiências de técnicas de reprodução artificial ocorreram no século XIV, em que os povos árabes buscavam a criação de uma raça de cavalos mais fortes e resistentes”. (SÁ, 2002, p. 188).

Nesse sentido, Tycho Brahe Fernandes descreve de forma detalhada o caminho percorrido pelo homem desde as civilizações babilônicas e árabes até os dias atuais, na busca pelo desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida. Ensina o autor:

[...] Tem-se como marco inicial das técnicas de reprodução assistida as civilizações babilônicas e árabes que polinizavam palmeiras com o objetivo de produzir mais e melhores frutos.

Refere-se, ainda, que já no século XIV se realizava a inseminação artificial em peixes, e, no século XV, no bicho-da-seda.

Afirma-se que em 1332 se teria obtido a fecundação de uma égua com interferência humana, sendo relatado que a técnica era utilizada como artifício de guerra.

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

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

Especificamente no ser humano, as primeiras notícias históricas datam do século XV, quando a técnica teria sido utilizada em D. Joana de Portugal, casada com Henrique IV de Castela, ‘o Impotente’.

Posteriormente, em 1785, Thouret, decano da Faculdade de Medicina de Paris, fecundou sua mulher infértil, aplicando-lhe uma injeção intravaginal de seu esperma.

Em 1970, o inglês John Hunter obteve a gravidez de uma mulher aplicando-lhe na vagina o esperma do marido hiposdádico.

O francês Girauld, em 1838, relatou o sucesso em oito casos experimentados, um dos quais com gravidez gemelar.

Jaime Marion Sims, no ano de 1866, obteve sucesso em experimento com a introdução do líquido seminal no canal cervical de mulher, o que foi repetido em 1871 por Gigon d’Angulême. Vinte anos depois, o mesmo pesquisador logra ainda obter fecundação pela injeção de esperma diretamente no útero. (FERNANDES, 2000, p. 49-50).

E assim continua o supracitado autor:

A primeira inseminação heteróloga foi realizada por Pancoast, em 1884.

[...] Já no início do século XX, em 1910, a descoberta da conservação do sêmen fora do organismo, por resfriamento, realizada pelo russo Elie Ivanof possibilitou ampliar os estudos acerca da reprodução humana e, conseqüentemente, por volta de 1940 teriam surgido os primeiros bancos de sêmen nos Estados Unidos, sendo criado em 1980, na Austrália, o primeiro banco de embriões humanos congelados.

Durante a II Guerra Mundial de crianças norte-americanas foram geradas com o sêmen de soldados que lutavam no Pacífico, tendo o mesmo ocorrido com soldados ingleses durante a Guerra da Coréia.

[...] A técnica de criopreservação de sêmen foi aperfeiçoada na década de 1950 por Polge e Rowson, sendo que no ano de 1953 se obteve a primeira inseminação artificial com sêmen congelado.

A primeira fertilização *in vitro* realizada com sucesso ocorreu em 1959, na reprodução de coelhos, sendo que as experiências em seres humanos iniciaram no ano de 1960, na Austrália.

Em 25 de julho de 1978 nasceu na Inglaterra Louise Brown, o primeiro ser humano fruto de uma reprodução *in vitro*, técnica pela qual também foi concebida Anna Paula Caldeira, que veio a nascer em 7 de outubro de 1984, tornando-se o primeiro ser humano nascido no Brasil pela mesma técnica.

Ainda naquele ano, Randolph W. Seed e Richard W. Seed desenvolveram técnica que permitia a transferência de um embrião de uma mulher para outra.

Para o sucesso da fertilização *in vitro* foi extremamente importante o desenvolvimento da criopreservação, primeiro de esperma, depois de embriões e, recentemente, de óvulos, sendo que a primeira gestação com um embrião congelado foi obtida na Austrália, no ano de 1983, por equipe dirigida pelo cirurgião Wood. (FERNANDES, 2000, p. 50-52).

Ao relatar a perspectiva histórica da inseminação artificial, Maria Helena Machado assevera que “a partir de 1980 o nascimento dos bebês inseminados artificialmente deixou de se constituir em acontecimento raro e passou a fazer parte, normalmente, da forma terapêutica no tratamento dos problemas de esterilidade”. (MACHADO, 2006, p. 31).

Por fim, conclui José Gonçalves Franco Júnior e Antônio Henrique Pedrosa Neto que o “[...] conhecimento adquirido com a experimentação animal e a evolução do conhecimento científico na área reprodutiva humana, evoluiu-se da inseminação artificial (IA) às atuais técnicas de fertilização *in vitro* com transferência de embrião (IV). (FRANCO JÚNIOR; PEDROSA NETO, 1998, p. 115).

3.3 ASPECTOS GERAIS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

“Desde sua gênese, a humanidade sempre demonstrou grande preocupação com a fecundidade”. (FRANCO JÚNIOR; PEDROSA NETO, 1998, p. 114).

José Gonçalves Franco Júnior e Antônio Henrique Pedrosa Neto sobre o permanente debate relacionado à questão da reprodução humana refletem:

Desde as mais remotas épocas sempre coube à mulher a responsabilidade pela concepção – inclusive pela anticoncepção. A ela caberia receber a semente do homem e procriar. A infertilidade feminina era vista como uma grave deformidade biológica – e também considerada uma repreensão divina, já que a mulher não era merecedora da benção da procriação. Durante séculos, não admitiu-se a esterilidade masculina. A esterilidade ou

a infertilidade sempre colocou a mulher em uma condição de inferioridade, submetendo-se a forte discriminação. Ao contrário, a fertilidade e a chegada de um filho sempre foi festejada e abençoada. (FRANCO JÚNIOR; PEDROSA NETO, 1998, p. 114).

Esclarece Tycho Brahe Fernandes que “[...] a busca da reprodução por meios outros que não o da sexualidade já é um sonho antigo, ocupando páginas da mitologia e dando origem a algumas crenças religiosas”. (FERNANDES, 2000, p. 46).

Ainda segundo o autor, em breve retrospectiva assevera:

[...] Os romanos e os gregos tinham nos descendentes a certeza da perpetuação da religião de seus ancestrais, e, assim, a ausência de descendentes, em especial os do sexo masculino, fazia com que o culto aos antepassados desaparecesse. O casamento era uma forma de perpetuar a família e, por conseguinte, a religião, sendo conhecidas diversas normas, de origens várias, que autorizavam a substituição da mulher infértil por outra que pudesse dar ao homem os descendentes de que tanto necessitava. (FERNANDES, 2000, p. 46).

Destarte, a união entre um casal é sinônimo de procriação (FRANCO JÚNIOR; PEDROSA NETO, 1998, p. 114). “É a pressão da sociedade sobre o casal e principalmente sobre a mulher, a respeito da função reprodutiva”. (FRANCO JÚNIOR; PEDROSA NETO, 1998, p. 114).

“No entanto, como obstáculo à realização do profundo desejo de filiação que é inato ao homem, tem-se a esterilidade e a infertilidade frustrando [sic] essa necessidade humana de se multiplicar e se perpetuar pela procriação”. (MACHADO, 2006, p. 20).

Registra José Gonçalves Franco Júnior e Antônio Henrique Pedrosa Neto que:

A família, como tradicionalmente conceituada, constitui-se da união de um homem e de uma mulher e de sua prole. A ausência de filhos fragiliza a estrutura familiar e influi na relação entre os cônjuges. É comum as separações de casais que não podem conceber. E cada um dos participantes procura acreditar que o ‘defeito’ é do outro, em uma busca desesperada para livrar-se da maldição da esterilidade. (FRANCO JÚNIOR; PEDROSA NETO, 1998, p. 114).

Além disso, alertam os autores supracitados que, apesar de estar entre os assuntos que mais provocam debates:

O dogmatismo da Igreja Católica sobre o tema, desde o início da era cristã, dando uma conotação divina à reprodução humana, tornou, durante quase dois mil anos, essa discussão proibida. Ou, pelo menos, restrita a grupos de pensadores e filósofos que ousaram desafiar os dogmas estabelecidos. [...] A influência de diversas religiões, principalmente da católica, impedindo a livre manifestação do pensamento sobre o assunto, levou à aceitação de que a reprodução humana era uma manifestação exclusiva da vontade de Deus e, portanto, seria inadmissível sua discussão pelo homem. A

interferência humana no processo reprodutivo constituía uma agressão à vontade de Deus. (FRANCO JÚNIOR; PEDROSA NETO, 1998, p. 111).

Mas, “a partir do nascimento de Louise Brown, considerada o primeiro bebê concebido em proveta no mundo, popularizaram-se internacionalmente os debates sobre o emprego das técnicas de reprodução assistida”. (BARBOZA, 2004, p. 225).

Nesse momento, de acordo com os doutrinadores José Gonçalves Franco Júnior e Antônio Henrique Pedrosa Neto:

[...] a espécie humana decifrou os mistérios da reprodução. Conheceu o poder de trazer uma nova vida ao mundo, não mais submetendo-se ao simples acaso da natureza. Corrigindo uma falha desta, permitiu que o homem e a mulher pudessem desenvolver o privilégio da reprodução. Devolveu ao homem e a mulher o direito à descendência. Devolveu à mulher sua função biológica de conceber uma nova vida. Não quis o homem tornar-se Criador. As sementes da vida são Sua criação. O homem apenas juntou as sementes para que dessem origem a um novo ser. (FRANCO JÚNIOR; PEDROSA NETO, 1998, p. 111-112).

Destarte, diante do todo exposto, faz-se necessário nesse momento definir a reprodução assistida. Nesse sentido, lecionam Christian de Paul de Barchifontaine e Leo Pessini que “ao conjunto de técnicas que auxiliam o processo de reprodução humana foi dado o nome de técnicas de reprodução assistida (TRA), as quais podem ser divididas em métodos de baixa e métodos de alta complexidade”. (BARCHIFONTAINE; PESSINI, 2005, p. 295).

Completando o raciocínio os autores supramencionados esclarecem que:

Entre as técnicas de baixa complexidade podemos incluir o coito programado e a inseminação intra-uterina (IIU), que apresentam a vantagem de menores custos, além de não precisarem ser realizadas em centros de reprodução assistida. Entre as técnicas de alta complexidade incluímos a fertilização *in vitro* (FIV) convencional e a injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI) [...]. (BARCHIFONTAINE; PESSINI, 2005, p. 295).

Já Maria Helena Machado busca na origem do vocábulo a definição do tema em pauta:

O vocábulo inseminação, derivado do latim e originado no verbo ‘inseminare’, formado pela preposição ‘in’ (em) mais ‘seminare’, que significa ‘semente’, ‘grão’, ‘princípio’, ‘origem’, ‘fonte’, é definido, como sendo a forma de fecundação do óvulo pela união do sêmen, por meios não naturais de cópula.

O adjetivo ‘artificial’, que também deriva do latim ‘*artificialis*’, significa ‘feito com arte’, resultou do substantivo ‘*artificium*’, palavra que serve para designar atividades entendidas como arte, técnica, habilidade, e outras no mesmo sentido.

A inseminação artificial, também denominada 'concepção artificial', 'fertilização artificial', 'fecundação' ou 'fertilização assistida', além de outras denominações utilizadas, consiste no procedimento técnico-científico de levar o óvulo ao encontro do espermatozóide, sem a ocorrência do coito. Constitui-se, portanto, na prática, do conjunto de técnicas, que objetivam provocar a geração de um ser humano, através de outros meios que não a do relacionamento sexual. (MACHADO, 2006, p. 31-32).

Para Tycho Brahe Fernandes “as técnicas de reprodução assistida são avanços biotecnológicos que tanto permitem contornar os problemas de esterilidade quanto solucionar alguns de infertilidade”. (FERNANDES, 2000, p. 52).

Ressalta o supracitado autor que:

Conquanto existam autores que entendem que as técnicas de reprodução assistida não são um tratamento para a esterilidade ou a infertilidade, ou seja, não são técnicas curativas, uma vez que a doença permanece mesmo após o nascimento da criança, não se pode negar que são técnicas de extrema importância para, pelo menos, suplantar, mesmo que momentaneamente, o problema. (FERNANDES, 2000, p. 59).

Cabe, ainda, esclarecer que, no dizer de Maria Helena Machado, enquanto a esterilidade “se caracteriza pela impossibilidade de ocorrer a fecundação numa situação irreversível”, a infertilidade “é a incapacidade de ter filhos vivos, sendo possível a fecundação e o desenvolvimento do embrião ou feto, equivalendo à hipofertilidade”. (MACHADO, 2006, p. 20-21).

Ainda sobre a matéria acrescenta Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga que:

A infertilidade é a incapacidade, de um ou dos dois cônjuges, de gerar gravidez por um período conjugal de, no mínimo, dois anos, sem o uso de contraceptivos e com vida sexual normal, quer por causas funcionais ou orgânicas. A esterilidade acontece quando os recursos terapêuticos disponíveis não proporcionam cura. (ALVARENGA, 2004, p. 229).

Assim, para amenizar o sofrimento daqueles que sonham com a chegada do bebê “nos últimos anos uma ampliação no conhecimento e o aperfeiçoamento das técnicas de Reprodução Assistida criaram várias opções para o tratamento dos casais inférteis”. (ALVARENGA, 2004, p. 229)

3.4 BASES CONSTITUCIONAIS PARA UM DIREITO À REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Apesar dos avanços das técnicas de reprodução assistida destaca Gustavo Pereira Leite Ribeiro que:

De fato, não existe regulação infraconstitucional que trate da matéria, mas apenas uma norma deontológica do Conselho Federal de Medicina – Resolução n. 1.358, de 11 de setembro de 1992 -, que enumera regras éticas que devem ser observadas pelos médicos durante a realização de procedimentos que envolvam as técnicas de reprodução assistida. (RIBEIRO, 2002, p. 296-297).

Afirma Olga Jubert Gouveia Krell que “[...] o direito à proteção da família, previsto no *caput* do art. 226 da CF de 1988, contempla também o direito ao uso das técnicas de reprodução assistida”. (KRELL, 2006, p. 105). E explica:

O texto constitucional silencia quanto à possibilidade de existência de uma família originária das TRHA, isto é, composta por pai, mãe, que impossibilitados de gerar seus próprios filhos, recorrem ao auxílio do artifício. Só há que se falar em proteção à entidade familiar se esta for devidamente constituída. Em conseqüência, é possível construir um direito do homem e da mulher à reprodução, seja ela natural ou artificial, enquanto expressão do direito de constituir uma família. (KRELL, 2006, p. 105).

No mesmo sentido Heloisa Helena Barboza acredita que no tocante a discussão sobre a aplicação da reprodução assistida impõe prévia consideração do dispositivo constitucional referente ao planejamento familiar:

De acordo com o artigo 226, §7º, o planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, 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. (BARBOZA, 2004, p. 228).

A referida doutrinadora completa o raciocínio afirmando que:

O direito ao planejamento familiar encontra-se regulamentado pela Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que expressamente o declara direito de *todo cidadão* (art. 1º), incluindo ‘a assistência à concepção e contracepção’, devendo ser oferecidos para o exercício do planejamento familiar ‘todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção’ (arts. 3º, parágrafo único, I, e 9º). Razoável concluir que as técnicas de reprodução assistida são alcançadas pela citada lei. (BARBOZA, 2004, p. 230).

Já para Olga Jubert Gouveia Krell ao discorrer sobre as bases constitucionais para um direito à reprodução humana assistida argumenta:

[...] o primeiro dos valores considerados como fundamento para a utilização dessas técnicas é a liberdade pessoal, que não pode ser interpretada restritivamente; ao contrário, sua extensão é tão ampla, por definição, que

seria possível reconhecer nela a faculdade que toda pessoa possui de autodeterminar-se fisicamente, o que incluiria a sua própria reprodução. [...] Além disso, o ato procriativo, não dependendo mais de uma relação sexual, representaria, em si mesmo e diretamente, um ato de autodeterminação e autonomia do sujeito. (KRELL, 2006, p.103).

Além disso, salienta Gustavo Pereira Leite Ribeiro que a concretização do anseio de ter descendentes não pode ser considerado simplesmente capricho:

[...] mas fator extremamente importante para o pleno desenvolvimento da personalidade. Por conseguinte, podemos afirmar que a utilização das técnicas de reprodução assistida transcende os limites da superação da esterilidade ou infertilidade para instrumentalizar um verdadeiro direito ao filho. [...] este direito é expressão de outros direitos de índole constitucional, como de constituição de família e de livre planejamento familiar. (RIBEIRO, 2002, p. 296-297).

Ressalta Heloisa Helena Barboza que o direito de procriação não se restringe à esfera de interesses de um indivíduo:

[...] em outras palavras, ao se reconhecer o direito à procriação é indispensável que se considerem os direitos fundamentais do filho [...]. Não se trata de um direito absoluto, estando sempre limitado pelos direitos da criança por nascer, fundamentalmente por seu direito à dignidade e à formação de sua personalidade no seio de uma família coma dupla imagem de genitores, paterna e materna. (BARBOZA, 2004, p. 231).

Imperioso salientar que na matéria em tela deve-se levar em conta, além dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável em que se fundamenta, especialmente os princípios:

[...] a) da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges (CF/88, art. 226, §5º); o do melhor interesse da criança e do adolescente (CF/88, art. 227); o da plena igualdade entre os filhos (CF/88, art. 227, §6º); o de acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (CF/88, art. 196). (BARBOZA, 2004, p. 231-232).

Olga Jubert Gouveia Krell invoca ainda o direito à saúde, afirmando que “[...] as pessoas que não possuem a capacidade natural de gerar filhos devem ser consideradas portadoras de uma ‘doença’, visto que o ‘estado normal’ de um ser humano saudável inclui esta capacidade física de reprodução”. E argumenta:

A ‘saúde sexual’ de um indivíduo abrange o seu poder de procriar naturalmente. Onde há incapacidade nesse sentido, o afetado tem o direito a que o Estado disponibilize os meios para que ele possa ter filhos através da reprodução assistida. Por isso, o direito fundamental pode ser estendido à proteção da saúde sexual do indivíduo no âmbito da procriação, ou seja, aos direitos reprodutivos. Os métodos de reprodução artificial estão

intimamente vinculados à terapia de casais (ou indivíduos) impossibilitados de gerar por si, seus próprios filhos, tendo criado expectativas e esperanças no tratamento da esterilidade. (KRELL, 2006, p. 110-111).

Em suma, “no Direito brasileiro, um direito fundamental à reprodução assistida, passa, necessariamente, pela análise de outros direitos fundamentais positivados no texto da CF de 1988, na base dos quais pode ser construído tal direito. (KRELL, 2006, p. 102).

3.5 CAUSAS DE INFERTILIDADE NA MULHER E NO HOMEM

“A infertilidade ou a esterilidade podem se originar tanto de causas femininas como masculinas, mistas, sem causa aparente ou de origem desconhecida”. (MACHADO, 2006, p. 24).

De acordo com Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga na mulher “a infertilidade pode ser devida a doenças de causas gerais, a anomalias congênitas, a disfunções endócrinas e a patologias do aparelho genital”. (ALVARENGA, 2004, p. 229).

Sobre as causas da esterilidade feminina leciona Maria Helena Machado que também podem ser consideradas:

1. Causas ováricas: a) ausência de gônadas: seja congênita ou adquirida (tumores, extração cirúrgica, inflamações), b) anomalias da ovulação, c) alterações da fase lútea, d) endometrioses, e) tendência letal do óvulo. 2. Causas tubáricas: é a obstrução tubárica considerada a principal causa. 3. Causas uterinas: a) por lesões do endométrio; b) por falta de permeabilidade, c) por fator mecânico. 4. Causas cervicais: a) alterações congênitas, b) posições anormais, c) alterações morfológicas ou na dimensão do colo, d) miomas e pólipos cervicais, e) cervicites, f) lesões traumáticas, g) alterações funcionais. 5. Causas vaginais: devido à má formação congênita, além de outras. 6. Causas Psíquicas. 7. Outras causas: como a obesidade, alteração da glândulas renais, ou tireóides, carências vitamínicas importantes, drogas etc. (MACHADO, 2006, p. 26-27).

Acrescenta a supramencionada autora que atualmente:

[...] dentre as razões mais conhecidas de infertilidade entre as mulheres, a procura tardia da gravidez pela busca da realização profissional. O interesse no desenvolvimento profissional em primeiro plano no seu projeto de vida, tem levado a mulher a adiar o momento de ter um filho. Mas, ao mesmo tempo que adia a gravidez, fica, nesse espaço de tempo, sujeita a uma série de infecções e viroses sexualmente transmissíveis que conseqüentemente dificultarão a fecundação, aumentando dessa forma o índice de infertilidade entre as mulheres. (MACHADO, 2006, p. 25).

No que tange a esterilidade masculina, assevera Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga que “quando chegam à idade reprodutiva, poucos homens têm alguma preocupação quanto à sua capacidade de iniciar uma gravidez [...]”. (ALVARENGA, 2005, p. 231).

Ainda para a referida autora é comum grande parte dos homens associarem a capacidade de ter filhos à capacidade de ter uma ereção e em seguida uma ejaculação. (ALVARENGA, 2005, p. 231). Por isso, adverte que “a capacidade de ter uma ejaculação é somente um indicador de uma função genital neuromuscular normal, e da capacidade secretora da próstata e das vesículas seminais.” (ALVARENGA, 2005, p. 231).

Quanto às causas de esterilidade masculina leciona Maria Helena Machado:

1. A nível testicular podem ser consideradas como causa de infertilidade ou esterilidade masculina: a) alteração congênita por inexistência de espermatogênias por anomalias cromossômicas; b) ausência de espergenia por destruição ou por imaturidade. 2. Anomalias nas vias excretoras. 3. Alterações das glândulas acessórias. 4. Anomalias diversas na ejaculação ou na inseminação. 5. Defeitos estruturais ou morfológicos dos espermatozoides. (MACHADO, 2006, p. 27).

No entanto, “a procriação medicamente assistida surgiu como uma forma legítima de resolver os problemas criados pela infertilidade, trazendo a esperança de realização do desejo de ser pai ou mãe, ao casal infértil”. (MACHADO, 2006, p. 28).

3.6 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Observa Maria Helena Machado que com o advento da reprodução assistida “a reprodução humana, sempre considerada como o elo mais íntimo do casal, [...], 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”. (MACHADO, 2006, p. 33).

E, ainda que a medicina disponha das mais diversas técnicas de reprodução assistida, alerta Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga que “[...] a apresentação clínica do paciente determina qual o procedimento mais adequado a ser aplicado em cada caso”. (ALVARENGA, 2005, p. 232).

Esclarece Tycho Brahe Fernandes que de acordo com o local em que ocorre a fecundação as técnicas são basicamente de duas ordens: “[...] a fecundação se dá *in vivo*, ou seja, no próprio organismo feminino, que têm como exemplo mais conhecido a

inseminação artificial, e aquelas nas quais a fertilização *in vitro*, quer dizer fora do organismo feminino, mais precisamente em laboratório”. (FERNANDES, 2000, p. 54).

A procriação artificial ainda pode ocorrer de forma homóloga ou heteróloga, ensina Reinaldo Pereira e Silva:

A inseminação artificial homóloga (IAH), em inglês *artificial insemination husband* (AIH), pressupõe a existência de vínculo jurídico de natureza familiar (casamento ou união estável) entre o homem e a mulher em cujo organismo será depositado o sêmen daquele. [...] A inseminação artificial heteróloga, também denominada inseminação artificial com sêmen de doador (IAD), em inglês *artificial insemination donor* (AID), não possui a pressuposição do vínculo jurídico de natureza familiar entre a mulher e o homem de quem provém o sêmen. Ao contrário. Em decorrência de problemas graves ou definitivos de infertilidade masculina, a exemplo da aspermia, a inseminação no organismo da mulher somente pode se realizar mediante recurso aos espermatozóides de um terceiro (‘sêmen de doador’). (SILVA, 2002, p. 56-57).

Ao tratar do tema, Maria Helena Machado simplifica a questão esclarecendo que “a inseminação é homóloga se existe um casal na iniciativa da procriação e o sêmen provém do varão. Sempre que o sêmen for de um doador ocorre a inseminação heteróloga”. (MACHADO, 2006, p. 34).

Quanto às técnicas de reprodução assistida, segundo Christian de Paul de Barchifontaine e Leo Pessini são: inseminação artificial, fertilização *in vitro* e transferência de embriões (FIVETE), transferência intra-tubária de gametas (GIFT), injeção intracitoplasmática do espermatozóide (ICSI), transferência de citoplasma e fecundação sem espermatozóides. (BARCHIFONTAINE; PESSINI; 2005, p. 296-297). Ensinam os referidos autores:

1.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL – (Mulheres com muco hostil, doença inflamatória pélvica e homens com pouca concentração de espermatozóides no sêmen) – técnica na qual os espermatozóides, ou o sêmen, são capacitados em meio de cultura e introduzidos por meio de sonda no trato genital feminino. Os tipos:

- a) **do parceiro** (homóloga): quando é utilizado o sêmen ou espermatozóides do parceiro;
- b) **de doador** (heteróloga): implica a utilização do sêmen ou espermatozóide do doador;
- c) **intra-uterina**: espermatozóides processados são introduzidos na cavidade uterina;
- d) **cervical**: sêmen ou espermatozóides processados são introduzidos no canal cervical;
- e) **vaginal**: sêmen é colocado na vagina.

1.2 FIVETE – Fertilização In Vitro e Transferência de Embriões (Mulheres com problemas nas trompas, anovulação crônica, endometriose ou com ovários policísticos) – técnica de reprodução assistida em que a fertilização do óvulo pelo espermatozóide ocorre em laboratório. A ovulação é geralmente estimulada, os óvulos são colhidos por meio de punção guiada por ultra-sonografia endovaginal e colocados juntamente com os

espermatozoides processados em ambiente com 5% de CO₂ e temperatura de 37°C. Após 24 a 28 horas, os pré-embriões formados contendo quatro a oito células são transferidos para a cavidade uterina.

1.3 GIFT – Gamete Intrafallopian Transfer (Transferência Intra-tubária de Gametas) – Neste caso, os espermatozoides processados e os óvulos colhidos anteriormente por aspiração vaginal são transferidos diretamente para as trompas por laparoscopia. A fertilização ocorre *in vivo*.

1.4 ICSI – Intracytoplasmic Sperm Injection (Injeção Intracitoplasmática do Espermatozoide) – Neste tipo de técnica é feita a injeção de um único espermatozoide no citoplasma do óvulo por meio de um aparelho especialmente desenvolvido contendo microagulhas para injeção (micromanipulador). Segue os mesmos passos da fertilização *in vitro*.

1.5 TRANSFERÊNCIA DE CITOPLASMA – (Mulheres com mais de 40 anos ou que produzem óvulos fracos) – De 10% a 20% do óvulo de uma doadora jovem é transferido para o óvulo da paciente para dar origem a embriões de melhor qualidade e com maior poder de implantação.

1.6 FECUNDAÇÃO SEM ESPERMATOZÓIDES – (Homens sem espermatozoides no sêmen e/ou nos testículos, mas que têm espermátides) – 12,5% dos casos de infertilidade) – As espermátides (células precursoras dos espermatozoides) são resgatadas dos testículos, maturadas em laboratório e inseridas no óvulo pela ICSI. (BARCHIFONTAINE; PESSINI; 2005, p. 296-297).

Entretanto, a técnica da fertilização *in vitro* “[...] não conseguiu obter um estágio tal que propicie certeza no desenvolvimento necessário do ovo fecundado para sua implantação”. (RIBEIRO, 2002, p. 332).

“[...] Assim, é impossível se prever o número de óvulos a serem obtidos com a hiper-ovulação, bem como a quantidade de embriões em condições de serem transferidos ao útero”. (RIBEIRO, 2002, p. 332-333).

Por isso, “[...] fecundam-se vários óvulos, para posterior transferência daqueles novos seres que melhores condições apresentarem à época do implante”. (RIBEIRO, 2002, p. 333).

Por esse motivo, “[...] as fertilizações *in vitro* dão origem aos denominados *embriões excedentes*, ou sejam aqueles que concebidos em laboratório não chegam a ser implantados no útero”. (BARBOZA, 2004, p. 227).

No entanto, “a criopreservação oferece uma solução de emergência para aqueles casos em que o número obtido, tanto de zigotos quanto de embriões, excede o razoável a ser transferido [...]”. (BARBOZA, 2004, p. 240).

A criopreservação dos embriões conforme explica Reinaldo Pereira e Silva “[...] consiste em sua exposição a crioprotetores, desidratação e sujeição a temperaturas muito baixas (geralmente -100°C), para que toda a sua atividade metabólica seja interrompida.” (SILVA, 2002, p. 65).

Esclarece Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga que “crioprotetores são substâncias utilizadas para desidratar e proteger os embriões dos possíveis danos causados pelo processo de congelamento e descongelamento”. (ALVARENGA, 2004, p. 242).

Salienta a supramencionada autora que “os embriões podem ser congelados no estágio de pronúcleo (zigoto unicelular), clivados (2 a 8 células) ou em blastocisto (quinto dia de desenvolvimento *in vitro*)”. (ALVARENGA, 2004, p. 241).

Além disso, Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga aponta os casos em que há indicação para a utilização da criopreservação:

Quando o número de embriões obtidos num ciclo de FIV excede o número desejado para a transferência intra-uterina imediata.
Na Síndrome de Hiperestimulação Ovariana, na qual a gravidez representa situação médica potencialmente arriscada.
Quando o endométrio (camada interna do útero onde se implanta o embrião) se mostra inadequado, não receptivo ao embrião.
Quando a paciente apresenta más condições clínicas, sendo a transferência postergada até que a saúde se restabeleça.
Em programas de doação de óvulos, quando a receptora não se acha preparada adequadamente para a transferência a fresco. (ALVARENGA, 2004, p. 241).

Segundo Maria Helena Machado “não existe limite biológico para o tempo de duração da conservação de um embrião. O embrião congelado poderá permanecer por cinco, dez anos ou séculos em hibernação”. (MACHADO, 2006, p. 40).

No mesmo sentido escreve Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga afirmando que “o congelamento é muito eficiente e não há limite de tempo estabelecido, pois nenhuma atividade biológica conhecida ocorre em células congeladas em nitrogênio líquido”. (ALVARENGA, 2004, p. 242). E ainda ensina:

[...] um problema potencial da estocagem prolongada seria a possibilidade de dano genético como resultado da exposição prolongada à radiação. No entanto, experimentos usando radioatividade em embriões de ratos criopreservados, simulando um longo período de radiação ionizante, mostrou que os embriões poderiam ser estocados pelo equivalente a 200-1000 anos antes que existisse uma redução significativa na sobrevivência própria da acumulação de dano genético causado pela radiação. É provável que embriões humanos se comportem similarmente a outras espécies de mamíferos com relação à sobrevivência na estocagem. Se congelados sob condições corretas, podem sobreviver pelo tempo de vida reprodutiva de casal do qual originaram, sem risco de existirem efeitos mutagênicos aparentes. (ALVARENGA, 2004, p. 242).

Segundo Maria Helena Machado “muito embora não exista problema em relação ao tempo de criopreservação, o embrião ainda parece diante dessa prova. De cada quatro embriões humanos um deles não resiste ao congelamento”. (MACHADO, 2006, p. 40).

Ainda sobre o tema em debate ensina Antônio Henrique Pedrosa Neto e José Gonçalves Franco Júnior:

No Brasil, a Resolução CFM nº 1.358/92 regulamenta que os embriões excedentes obtidos através de FIV, após transferência a fresco, não podem ser descartados. Autoriza sua criopreservação, para posterior transferência em caso de insucesso, desejo da mulher ou do casal de ter uma nova gravidez ou mesmo para doação. Como não é possível determinar quantos óvulos serão fecundados em cada ciclo de punção folicular, e considerando-se o fato de a transferência estar limitada a quatro embriões, a solução foi a criopreservação, devendo o casal conhecer o número de embriões a ser congelados e expressar, por escrito, o destino dos mesmos em caso de divórcio, doença grave ou morte de um ou ambos os membros do casal. (FRANCO JÚNIOR; PEDROSA NETO, 1998, p. 120).

“Porém, com a crescente preocupação mundial a respeito dessa nova tecnologia, [...] a tendência de todos os países que já dominam as técnicas de RA é regulamentar e controlar suas aplicações sobre o ser humano”. (FRANCO JÚNIOR; PEDROSA NETO, 1998, p. 116).

Destarte, diante da rapidez com que a medicina evolui no âmbito da reprodução humana e tendo em vista a carência de legislação específica que regulamente a aplicação dessas técnicas, fica evidente a necessidade de legislar sobre a matéria em tela, para garantir os direitos daqueles que fazem uso das técnicas, bem como daqueles que surgem a partir delas.

A polêmica torna-se ainda maior no âmbito do direito das sucessões, quando a técnica de reprodução assistida homóloga ocorre após a morte do autor da herança, pondo em dúvida o direito sucessório do concebido pela referida técnica, como se verá no próximo capítulo.

4 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM* E O DIREITO SUCESSÓRIO

Neste capítulo, inicialmente será abordada a questão da filiação em face da reprodução assistida homóloga *post mortem* para, posteriormente, adentrar no objeto principal deste trabalho monográfico, qual seja, as divergências doutrinárias acerca do direito sucessório do filho concebido por fertilização artificial póstuma.

Sabe-se que a fertilização medicamente assistida “[...] é homóloga se existe um casal na iniciativa da procriação e o sêmen provém do varão.” (MACHADO, 2006, p. 34). A expressão *post mortem*, por sua vez, é de origem latina e quer dizer “depois da morte”, assim, a reprodução assistida *post mortem* é aquela que ocorre após a morte do doador do material genético. (SANTOS; NUNES, 2007, p. 271).

Carlos Roberto Gonçalves ao discorrer sobre a técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem* assim a define: “a fecundação ou inseminação artificial *post mortem* é realizada com embrião ou sêmen conservado, após a morte do doador, por meio de técnicas especiais”. (GONÇALVES, 2009, p. 291).

A reprodução assistida homóloga *post mortem* encontra guarida no art. 1.597, inciso III, do Código Civil Brasileiro, o qual dispõe que: “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”. (BRASIL, 2002).

Além disso, importante mencionar que a Resolução n. 1.957/2010 do CFM faz referência a técnica no capítulo VIII, ao prescrever:

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. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010).

De acordo com o lecionado por Marcio Rodrigo Delfim sobre a realização da técnica “no Brasil (fora a simples menção feita no art. 1.597, inciso III, do CC) não temos legislação proibitiva da inseminação *post mortem*, como acontece na Alemanha e na Suécia, tampouco existe lei específica admitindo tal prática”. (DELFIN, 2009).

Sendo assim, “é incontestável que, em relação ao direito sucessório do filho havido por inseminação artificial homóloga *post mortem*, estamos diante de uma lacuna na legislação infraconstitucional”. (DELFIN, 2009).

Diante do exposto, passa-se a discutir sobre a filiação nos casos de reprodução assistida homóloga *post mortem*, para, posteriormente, chegar ao problema central da

pesquisa, qual seja, demonstrar as divergências doutrinárias que nascem em razão da omissão na legislação pátria. Cabe ressaltar que o tema da pesquisa não pretende exaurir a matéria, mas sim, demonstrar os diferentes posicionamentos doutrinários acerca do direito sucessório do concebido pela técnica de reprodução assistida homóloga póstuma.

4.1 A FILIAÇÃO EM FACE DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Considerada talvez a forma mais importante de parentesco, ensina Maria Helena Machado que a filiação distinguia-se legalmente em:

[...] legítima (originada do casamento), natural (originada de progenitores não casados) e adotiva (de origem legal ou meramente civil). Essas denominações históricas no direito brasileiro, perderam sua razão de existir, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que, através de seu art. 227, § 6º, eliminou toda e qualquer discriminação terminológica em relação à filiação, sendo então, o art. 337 do Código Civil de 1916, revogado pelo artigo 10 da Lei 8.560 de 29.12.1992. (MACHADO, 2006, p. 100).

Dessa forma, antes de iniciar a exposição doutrinária acerca da filiação na reprodução assistida homóloga *post mortem* necessário se faz conhecer a origem do vocábulo. No dizer da supracitada autora, “o vocábulo filiação, derivado do latim (*filium*: filho), serve para determinar o vínculo jurídico existente entre os progenitores e seus filhos.” (MACHADO, 2006, p. 100). E continua lecionando que:

O efeito jurídico da filiação, consequência natural da procriação, atualmente, não faz mais distinção entre os filhos biologicamente concebidos que não podiam ser considerados como tais, nem a filiação civil, resultante da adoção, a qual passou a ter as mesmas condições de filhos biológicos, inclusive para efeitos sucessórios. (MACHADO, 2006, p. 100-101).

Acrescenta Silvio de Salvo Venosa no que concerne a filiação definindo-a como:

Um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos. Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos. (VENOSA, 2006, p. 227).

Importante resalta que no entender de Eduardo de Oliveira Leite, a filiação pode apresentar-se ainda sobre o aspecto biológico, psicológico e afetivo. (LEITE, 1995, p. 208-209).

No entanto, Tycho Brahe Fernandes defende a tese que:

Para a formação da família e a existência da filiação, é fundamental que haja o consentimento dos cônjuges, e, assim ocorrendo, todo e qualquer filho gerado dentro do casamento, ou união estável, por meio de relações sexuais ou da utilização de qualquer das técnicas de reprodução assistida, será tido como de ambos os cônjuges, independentemente de a técnica ter sido homóloga ou heteróloga. (FERNANDES, 2000, p. 72-73).

Quando se trata da filiação em face da reprodução assistida homóloga Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves ressaltam:

A referência à fecundação artificial homóloga pode, em tese, compreender tanto as técnicas de inseminação artificial quanto à fertilização *in vitro*, desde que realizadas com o material fecundante do casal. Dúvidas não devem surgir quanto à filiação, uma vez que se considera o vínculo biológico para estabelecer a filiação. (SÁ; NAVES, 2002, p. 237).

A esse propósito, pondera Caio Mário da Silva Pereira que se a utilização das técnicas de reprodução assistida “ocorre na pendência do casamento, com anuência ou ciência do marido, o filho gerado deve ser tido por legítimo, e descabe qualquer indagação a respeito.” (PEREIRA apud FERNANDES, 2000, p.73).

Ademais, Tycho Brahe Fernandes tem o mesmo entendimento ao explicar que:

Pode-se afirmar que o fato de uma criança ter sido gerada por uma das técnicas de reprodução assistida, em nada alterará sua condição, visto sob o enfoque da filiação, pois, havendo o casamento ou a união estável, toda e qualquer criança gerada na sua constância será presumida como descendência de ambos os integrantes da relação. (FERNANDES, 2000, p. 73).

O inciso III do art. 1.597 do Código Civil Brasileiro é bastante claro ao estabelecer a presunção de paternidade dos filhos concebidos na constância do casamento “por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.” (BRASIL, 2002).

A esse propósito elucidada o enunciado n. 106 aprovado na 1ª Jornada de Direito Civil:

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 obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte. (ENUNCIADOS, 2012).

Em decorrência do enunciado, Maria Berenice Dias entende que:

Para que a viúva possa requerer o material genético armazenado, teria de haver uma manifestação em vida do falecido, expressando ser este o seu desejo. Esta manifestação seria necessária, pois ainda que o marido tenha

fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para a inseminação *post mortem*. (DIAS apud LEAL, 2011, p. 14).

Ao discorrer sobre o assunto, Paula Mallmann Leal adverte sobre a controvérsia entre o disposto no inciso III com o previsto no inciso II, ambos do art. 1.597 do Código Civil Brasileiro:

Quando se confronta o disposto no inciso III com o previsto no inciso II, surge uma controvérsia, pois se indaga se a expressão 'mesmo que falecido o marido' deveria respeitar o prazo de 300 dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal (inciso II) ou se a qualquer momento depois do falecimento do marido esta criança poderia ser gerada, fruto da coleta e congelamento do material, mesmo que muitos anos se passassem para que esta concepção fosse efetuada. (LEAL, 2011, p. 15)

Diante disso, faz-se importante adentrar nas considerações de Rolf Madaleno:

O art. 1.597, inciso III do CC, ao admitir a possibilidade de a fecundação artificial ser procedida após o falecimento do marido, não será aplicada a presunção limite dos 300 dias subseqüentes à morte do esposo, referida no inciso II do mesmo dispositivo legal, porque o congelamento do sêmen permite que a fecundação artificial possa ocorrer muitos anos depois de dissolvida a sociedade conjugal pelo falecimento do marido. (MADALENO apud LEAL, 2011, p. 15).

Por outro lado, na visão de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, "a cláusula mesmo que falecido o marido deve ser interpretada tão-somente para fins de estabelecimento de paternidade, observado o prazo-limite de trezentos dias da morte do ex-marido." (GAMA apud LEAL, 2011, p. 15).

Sendo assim, conclui-se que, respeitado ou não o prazo de trezentos dias mencionado na legislação pátria, o intuito da norma é resguardar os filhos oriundos por reprodução artificial homóloga, mesmo que falecido o cônjuge ou companheiro, protegendo seus direitos. (LEAL, 2011, p. 16).

4.2 DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Antes de adentrar com maior embasamento teórico, necessário se faz mencionar que a Constituição Federal trouxe duas disposições importantes com relação ao direito sucessório: "a do artigo 5º, inciso XXX, que inclui entre as garantias fundamentais o direito de herança; e a do artigo 227, § 6º, que assegura a paridade de direitos, inclusive sucessórios, entre todos os filhos [...]." (GOMES, 2004, p. 4).

No entanto, a doutrina não é pacífica quando se trata dos direitos sucessórios dos filhos concebidos por reprodução humana assistida homóloga *post mortem*, face à carência de normas infraconstitucionais que esclareçam a questão. (LUCA, 2010, p. 19).

Em razão da lacuna legislativa, os doutrinadores brasileiros divergem e entram em confronto, pois ao tratar da vocação hereditária, o art. 1.798 do Código Civil Brasileiro dispõe que: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. (BRASIL, 2002). O artigo em tela “excluiria o nascido após a morte do autor da herança, mediante fecundação artificial, sem que tenha havido prévia concepção, à participação na sucessão.” (ALBUQUERQUE FILHO, 2012, p. 2).

Ângela Marinho leciona que:

A questão reside no fato de, adotando técnicas reprodutivas pós a morte dos genitores biológicos, estar-se-ia condenando, de antemão, à orfandade referida criança, com possíveis reflexos patrimoniais, uma vez que a legislação brasileira determina que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão) (art. 1.798 do CC de 2002). (MARINHO apud SANTOS; NUNES, 2007, p. 273).

Acrescenta ainda a supracitada autora que em se tratando de reprodução assistida pela técnica homóloga, além de não haver problema quanto ao estabelecimento da filiação, nascendo o infante dentro do lapso temporal de 300 dias após a morte do pai, conforme estabelece o art. 1.597, inciso II do Código Civil Brasileiro de 2002, terá direito a sucessão legítima. (MARINHO apud SANTOS; NUNES, 2007, p. 273).

Para Mônica de Aguiar mesmo ocorrendo a inseminação com a autorização ainda em vida do doador do sêmen, com a morte a revogaria tal consentimento e, conseqüentemente, o concebido pela técnica seria filho somente do cônjuge sobrevivente, não se falando em direito sucessório nesse caso. (AGUIAR, 2005, p. 117).

De acordo com a lição de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka “[...] tanto podem ser herdeiros legítimos, testamentários, ou mesmo legatários os indivíduos que já tivessem nascido quando do momento do exato falecimento do *de cuius*, bem assim todos os que já estivessem concebidos no mesmo momento.” (HIRONAKA, 2003, v. 20, p. 86).

“Acontece que no caso da inseminação artificial *post mortem*, não estaria o herdeiro vivo, nem mesmo concebido, no momento da abertura da sucessão, para que pudesse ser incluído na vocação hereditária.” (LUCA, 2010, p. 20).

Registra Guilherme Calmon Nogueira da Gama que, com o avanço da medicina na área da reprodução humana:

[...] é possível que o sêmen, o embrião, e também o óvulo – quanto a este, as experiências científicas são mais recentes – possam ser criopreservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de

resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida. (GAMA, 2003, p.732).

E acrescenta que a problemática aumenta “[...] diante da possibilidade da técnica de reprodução assistida homóloga ocorrer no período em que já havia falecido o marido ou o companheiro e, portanto, o nascimento ocorrer depois dos trezentos dias do falecimento do ex-parceiro.” (GAMA, 2003, p. 731).

Nessa ótica de discussões, a doutrina divide-se em duas correntes acerca dos efeitos jurídicos da inseminação artificial póstuma. A primeira corrente, mais conservadora, sofreu influência doutrinária alemã, francesa e sueca, não admite sucessão a favor do concebido após a morte de seu pai. (LUCA, 2010, p. 22). Em contrapartida, a segunda corrente “[...] é aquela que admite amplos direitos ao filho concebido após a morte do pai [...] sendo considerado herdeiro legítimo assim como qualquer outro filho que o casal tenha. (LUCA, 2010, p. 25).

Destarte, “a fecundação artificial *post mortem* é temática aberta no nosso direito e, assim, apta as mais diversas interpretações.” (ALBUQUERQUE FILHO, 2012, p.5).

Ensina Eduardo de Oliveira Leite que:

Quanto à criança concebida por inseminação artificial *post mortem*, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no do direito das sucessões. Nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão. (LEITE, 1995, p.16).

Em sentido contrário leciona Maria Berenice Dias:

Entende-se que o filho biológico concebido *post mortem* seria considerado herdeiro legítimo necessário, pois o desejo do genitor decorreu de um planejamento realizado ainda em vida e que não deveria ser revogado pela sua morte, independentemente de prazos preestabelecidos. (DIAS, 2008 apud LEAL, 2011, p. 25).

Entende Rodrigo Santos Neves que o princípio constitucional da igualdade entre os filhos pode embasar o reconhecimento do direito sucessório do concebido pela técnica homóloga *post morte*, tendo em vista que o dispositivo em tela veda qualquer tipo de distinção de tratamento entre os filhos, independente da origem do vínculo de filiação. (NEVES, 2009 apud LEAL, 2011, p. 25).

Silvio de Salvo Venosa no que concerne a questão dos herdeiros ainda não concebidos, referindo-se a concepção de seres humanos pelos métodos artificiais *post mortem*, invoca o inciso I, do art. 1.799 do Código Civil Brasileiro:

Os bens da herança serão confiados, após a partilha, a curador nomeado pelo juiz (art. 1.800). Se, após dois anos contados da abertura da sucessão, não nascer o herdeiro esperado, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos, salvo disposição em sentido diverso feita pelo testador (art. 1.800, § 4º). Nesse caso, resolve-se a disposição testamentária. [...] Se não houver previsão testamentária para esses filhos, pelo princípio atual não serão herdeiros. (VENOSA, 2004, v. 7, p. 76).

Nesse sentido esclarece Washington de Barros Monteiro que:

De acordo com o disposto no art. 1.800, se houver a cláusula testamentária prevista no inciso I do art. 1.799, o inventário há de processar-se normalmente e os bens da herança serão confiados após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz; salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775 (art. 1.800, § 1º). Os poderes, deveres e responsabilidades do curador assim nomeado regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber (art. 1.800, § 2º). Aguarda-se, pois, o nascimento do herdeiro esperado: nascendo com vida, ser-lhe-á deferida a sucessão com os frutos e rendimentos reais à deixo, a partir da morte do testador (§ 3º). 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 (§ 4º). (MONTEIRO, 2009, v. 6, p. 45).

Doutrina Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior que:

Muito embora os ainda não concebidos gozem, por força da presunção legal do *status* de filho, o artigo 1.798, CC, sujeita-se à interpretação de que o filho concebido por inseminação *post mortem* não teria reconhecido o direito sucessório, pois não estaria o nascituro ainda concebido e nem nascido no momento da abertura da sucessão. (ALMEIDA JÚNIOR, 2009 apud LEAL, 2011, p.24).

Acredita Douglas Phillips Freitas que “a previsão testamentária, disposta no artigo 1.799, inciso I, CC, resolveria a discussão, pois com a indicação da prole eventual pelo testador não restaria dúvidas de que esse filho sucederia.” (FREITAS, 2009 apud Leal, 2011, p. 24).

Por outro lado, entende Carlos Roberto Gonçalves que:

Não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte (CC, art. 1.7840 [e] dela participam as “pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura” (art 1.798). Enquanto não houver uma reforma legislativa, até mesmo para atender ao princípio constitucional da não discriminação de filhos, caberá à doutrina e à jurisprudência fornecer subsídios para a solução dessa questão. (GONÇALVES, 2009, p. 291)

No mesmo sentido Eduardo de Oliveira Leite afirma que a concepção de um filho por reprodução assistida *post mortem*, ou seja, quando a concepção ocorre por intervenção médica com a utilização de sêmen criopreservado, é situação atípica, quer no direito de família, quer no direito sucessório. O doutrinador assevera, ainda, que na mencionada hipótese não há que se falar em direito sucessório, tendo em vista que a criança não estava concebida no momento da abertura da sucessão. Por fim, o autor não recomenda a prática da técnica de inseminação artificial *post mortem*, por crer que a aplicação de tal procedimento pode trazer prejuízos psicológicos para o concebido. (LEITE, 2004).

Percebe-se que Maria Helena Diniz compartilha do mesmo entendimento do autor anteriormente mencionado ao lecionar que:

[...] mesmo com 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 nascer por inseminação *post mortem*, já que não estava gerado por ocasião da morte de seu pai genético (CC, art. 1798). (DINIZ, 2002, p. 519).

Completando o raciocínio, a doutrinadora supramencionada recomenda a “proibição de inseminação *post mortem*, e, se houver permissão legal, dever-se-á estipular sobre os direitos do feto, não só os de filiação, mas também os sucessórios.” (DINIZ, 2002, p. 519).

Apesar de reconhecer a existência da filiação do concebido pela técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*, Guilherme Calmon Nogueira da Gama não admite os direitos sucessórios daí decorrentes. Nesse sentido, afirma que:

[...] haverá diferenças no que pertine aos efeitos de tal paternidade-filiação relativamente aos outros filhos deixados pela pessoa do falecido e que foram concebidos e nascidos durante a vida deste. No direito brasileiro, nos termos dos artigos 1.717 e 1.718, do Código Civil de 1916, somente as pessoas que, ao menos, tinham sido concebidas antes da morte do autor da sucessão, teriam aptidão para suceder – tal regra é inserida no âmbito do artigo 1.798, do Código Civil de 2002, de forma mais técnica porque se refere tanto à sucessão legítima quanto à sucessão testamentária -, sendo que no caso da técnica conceptiva *post mortem* ainda sequer havia embrião no momento do falecimento do ex-cônjuge ou ex-companheiro. [...] no Código Civil de 2002, o artigo 1.799, inciso I, admite o chamamento, na sucessão testamentária, dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que tais pessoas estejam vivas à época da abertura da sucessão. [...] Ao se admitir a possibilidade de disposição testamentária em favor da prole eventual decorrente do recurso às técnicas de reprodução assistida homóloga, deve-se considerar que o tratamento é diferenciado, no campo sucessório, entre os filhos, já que ao menos os filhos concebidos após a morte do pai somente poderão herdar na sucessão testamentária, e não na sucessão legítima.” (GAMA, apud, FISCHER, 2012, p. 16).

Por outro lado, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka entende que, se forem cumpridos os requisitos prescritos no Enunciado n. 106 do Conselho da Justiça Federal “[...] a inseminação *post mortem*, operar-se-á o vínculo parental de filiação, com todas as conseqüências daí resultantes, conforme a regra basilar da Constituição Federal, pelo seu art. 226, § 6º, incluindo os direitos sucessórios relativamente à herança do pai falecido.” (HIRONAKA, apud FISCHER, 2012, p. 16).

Compartilha do mesmo entendimento Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, ao expor que:

No nosso modo de sentir não se pode excluir da participação nas repercussões jurídicas, no âmbito do direito de família e no direito das sucessões, aquele que foi engendrado com intervenção médica ocorrida após o falecimento do autor da sucessão, ao argumento de que tal solução prejudicaria ou excluiria o direito dos outros herdeiros já existentes ou pelo menos concebidos no momento da abertura da sucessão. [...] O simples fato da criança existir e uma vez comprovada a relação de parentesco já seria suficiente para fazer inserir, na ordem de vocação hereditária, um herdeiro legítimo, da classe dos descendentes, de primeiro grau, na condição de filho, com direito à sucessão. (ALBUQUERQUE FILHO, apud FISCHER, 2012, p. 16).

Ao discorrer sobre o direito sucessório à sucessão legítima do concebido por inseminação artificial *post mortem*, José de Oliveira Ascensão assevera que:

[...] toda a estrutura da sucessão está arquitetada tendo em vista um desenlace da situação a curto prazo. Se se admitisse a relevância sucessória destas situações, nunca seria praticamente possível a fixação dos herdeiros e o esclarecimento das situações sucessórias. E a partilha que porventura se fizesse estaria indefinitivamente sujeita a ser alterada. (ASCENSÃO apud MACHADO, 2006, p. 107).

Em sentido contrário leciona Maria Berenice Dias ao explicar:

Que legislação não proíbe a inseminação *post mortem* e a Constituição consagra a igualdade entre os filhos. Não se pode, portanto, admitir legislação infraconstitucional restritiva do direito do filho assim concebido. Com isso reconhece plenos efeitos à inseminação artificial homóloga *post mortem* e amplos direitos sucessórios, não se restringindo à sucessão testamentária. (DIAS, 2007, p. 331).

A autora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka levanta a possibilidade do concebido por inseminação homóloga póstuma valer-se da petição de herança para resguardar seus direitos sucessórios.

Assim, sobre a petição de herança dispõe o artigo 1.824 do Código Civil Brasileiro de 2002:

O herdeiro pode, em petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua. (BRASIL, 2002).

Lecionan Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que a petição de herança contempla hipóteses como:

- a) a ação proposta por qualquer herdeiro contra terceiro estranho à relação sucessória, mas possuidor da herança. Nesse caso, a iniciativa de um só sucessor a todos aproveita, pois poderá compreender a integralidade dos bens hereditários (CC, art. 1.825), confirmando a regra de que a herança é um todo unitário (CC, art. 1.791). Nessa situação, o pedido tem caráter nitidamente reivindicatório;
- b) a ação proposta por legatário ou sucessor instituído pretendendo ver reconhecido o direito sucessório e o cumprimento das disposições testamentárias, desrespeitadas por desconhecimento do testamento;
- c) a ação proposta por quem teve sua habilitação impugnada pelos sucessores e rejeitada pelo juízo no curso do inventário, podendo ocorrer tal situação antes mesmo de realizada a partilha. (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 382).

Carlos Roberto Gonçalves ensina que “o verdadeiro sucessor pode ter sido preterido, por exemplo, porque não era conhecido, porque não se encontrou testamento ou este veio a ser anulado, ou por se tratar de filho não reconhecido”, (GONÇALVES, 2009, p. 122).

No que se refere ao acolhimento do pedido assevera Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que:

Havendo o acolhimento do pedido, o possuidor da herança ficará obrigado a promover a restituição dos bens do acervo, “fixando-se-lhe a responsabilidade segundo a sua posse, observado o disposto nos arts. 1.214 a 1.222” (CC, art. 1.826). (CAHALI; HIRONAKA, 2007, p. 382).

Ao discorrer sobre as particularidades da ação de petição de herança, Orlando Gomes afirma:

A ação de petição de herança pode ser proposta *antes* ou depois da homologada a *partilha*. O julgamento do processo de divisão hereditária não faz coisa julgada em relação ao pretense *herdeiro real*, por ter sido a ele estranho. Desnecessário rescindi-la. A exclusão do verdadeiro herdeiro determina sua *nulidade absoluta*, que pode ser reconhecida independentemente de ação. Nova partilha impõe-se. Se reconhecida a qualidade hereditária do autor da ação *antes* de serem partilhados os bens, refaz-se o processo de *inventário*. (GOMES, 2004, p. 264-265).

No entanto, “o prazo extintivo para essa ação inicia-se com a abertura da sucessão e, no atual sistema, é de 10 anos, no prazo máximo permitido no ordenamento. No sistema de 1916, o prazo era de 20 anos (Súmula 149 do STF)” (VENOSA, 2004, v. 7, p. 361), conforme leciona Sílvio de Salvo Venosa.

Porém, embora a ação tenha prazo prescricional de 10 anos contados a partir da abertura da sucessão, o Código Civil Brasileiro de 2002, no Título IV, que trata da prescrição e da decadência, prescreve no artigo 198, inciso I, que não corre prescrição “contra os incapazes de que trata o art. 3º.” (BRASIL, 2002). O artigo 3º por sua vez refere-se aos absolutamente incapazes, resguardando dessa forma o direito de propor a ação de petição de herança.

Contudo, o artigo 1.800, § 4º do diploma legal supracitado, impõe um prazo de dois anos após a abertura da sucessão para que o herdeiro seja concebido, findo o prazo sem a concepção do herdeiro esperado, os bens reservados são transmitidos aos herdeiros legítimos, exceto quando houver disposição em contrário deixada por declaração de última vontade. (BRASIL, 2002).

Assim, a ação de petição de herança mostra-se eficaz para os filhos concebidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*, desde que se obedeça ao prazo de dois anos fixado pelo artigo supramencionado.

Juliane Fernandes Queiroz assevera que a não fixação de prazo para utilização da reprodução assistida *post mortem* ensejaria a ação de petição de herança pelo filho concebido pela mencionada técnica, ficando os efeitos sucessórios submetidos ao prazo prescricional. (QUEIROZ, 2001, p. 80).

Em face dos posicionamentos doutrinários apresentados, percebe-se que de um lado existe a corrente que mostra-se contrária ao reconhecimento dos direitos sucessórios dos concebidos por inseminação homóloga póstuma e, ainda, de outro lado, a corrente que confere direitos sucessórios às crianças geradas por tal técnica. Nota-se que a questão está longe de ser pacificada, tendo em vista que os argumentos apresentados tanto por uma quanto pela outra corrente não podem ser ignorados.

Destarte, a reprodução assistida homóloga *post mortem* diante das divergências de posicionamento origina um conflito entre os princípios dispostos na Carta Magna. É o que ensina Marcio Rodrigo Delfim:

[...] o que ocorre aqui é um choque entre dois princípios constitucionais, quais sejam: dignidade da pessoa humana, de um lado (da viúva e do próprio filho concebido após a morte do pai) e segurança jurídica, de outro (dos demais herdeiros concebidos antes daquele infortúnio). Como se sabe, os direitos fundamentais não são absolutos. Desse modo, deve-se fazer uma ponderação entre princípios, isto é, ou o valor dignidade da pessoa humana vai ponderar sobre o valor da segurança jurídica ou ocorrerá exatamente o contrário. (DELFIN, 2009).

No mesmo sentido leciona Flávia Ayres de Moraes e Silva:

Ocorre que se deve levar em apreço a ponderação dos valores colididos, quais sejam o direito à sucessão do inseminado *post mortem* e o direito à segurança jurídica, de forma que apenas diante de um caso concreto se pode sopesar qual valor deve prevalecer em detrimento do outro. (SILVA apud ALVARENGA, 2009, p. 10)

Rodrigo Santos Neves, por sua vez, invoca o princípio constitucional da igualdade entre os filhos:

O princípio da igualdade entre os filhos poderia fundamentar o reconhecimento da sucessão legítima ao indivíduo concebido através da inseminação *post mortem*, pois o referido dispositivo veda qualquer distinção de tratamento entre os filhos, independentemente da origem do vínculo de filiação. (LEITE apud LEAL, 2011, p. 25).

Destarte, diante do que foi exposto, não resta dúvida quanto a diversidade de posicionamentos acerca do tema, cabendo ao legislador regulamentar a matéria por norma específica com observância as garantias constitucionais, atendendo, dessa forma, as necessidades daqueles que utilizam a técnica, bem como dos que são concebidos por meio dela.

5 CONCLUSÃO

Iniciou-se o trabalho tratando dos aspectos mais relevantes do direito sucessório brasileiro necessário a compreensão do presente estudo. Primeiramente foi abordado o conceito da sucessão *causa mortis*, após discorreu-se sobre a evolução do direito no âmbito da sucessão, posteriormente, falou-se do momento em que ocorre a abertura da sucessão, das espécies de sucessões e sucessores, bem como da legitimidade sucessória e, finalmente, diferenciou a sucessão legítima e a testamentária.

No capítulo seguinte abordou-se a reprodução medicamente assistida, descrevendo primeiramente a concepção natural para, em seguida, chegar-se a fertilização artificial, discorreu-se, ainda, sobre os aspectos históricos da técnica, bem como os princípios constitucionais que embasam o direito a reprodução assistida, as causas de infertilidade e as técnicas disponíveis atualmente.

Por fim, no último capítulo, passou-se a demonstrar o entendimento doutrinário em face da reprodução artificial homóloga *post mortem* para, em seguida, adentrar no objeto principal do trabalho, qual seja, a divergência doutrinária acerca do direito sucessório do filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Assim, diante do que foi exposto, observou-se no presente trabalho monográfico que o direito de herança é direito fundamental garantido constitucionalmente.

Verificou-se que no direito sucessório: a palavra “sucessão” refere-se à transmissão de direitos e obrigações aos sucessores do falecido, que o marco inicial da sucessão é a morte do autor da herança, que a sucessão ocorre a título universal e a título singular, bem como por força de lei e por declaração de última vontade. Constatou-se, ainda, que atualmente o direito a herança é direito fundamental garantido constitucionalmente, porém, em tempos remotos era privilégio apenas do primogênito varão, tendo em vista que o direito sucessório estava ligado inicialmente à continuação dos rituais religiosos.

Percebeu-se que a questão da reprodução assistida é assunto que gera discussões tanto no campo da medicina como no âmbito jurídico, principalmente quando se trata da aplicação da técnica após a morte do doador do material

genético e que não há legislação proibindo a utilização das técnicas. Constatou-se, ainda, que os cientistas trilharam um longo caminho até chegar às técnicas de procriação que conhecemos hoje, tendo em vista que no princípio as pesquisas eram realizadas com animais e plantas.

Restou evidenciada a existência de uma disparidade na legislação pátria, pois, se por um lado o art. 1.597, inciso III do Código Civil de 2002 estabelece a filiação dos filhos concebidos por fecundação artificial homóloga, mesmo após o falecimento do marido, por outro lado, o mesmo diploma legal obsta o direito de suceder da criança nascida por meio da fertilização artificial *post mortem*.

Verificou-se, no entanto, que no que diz respeito ao direito sucessório, a existência de um conflito entre as normas vigentes, pois, na medida em que o disposto no art. 1.597 do CC trata da presunção de paternidade, o art. 1.798 do mesmo diploma legal, restringe o direito de sucessão no momento em que confere legitimidade para suceder aos nascidos ou já concebidos na abertura da sucessão, contrariando por sua vez, a ordem de vocação hereditária.

Constatou-se que, apesar dos benefícios obtidos na área da reprodução humana com o surgimento das técnicas de reprodução medicamente assistida, o legislador foi atingido de surpresa e mostrou-se despreparado para acompanhar as transformações tendo em vista a ausência de regulamento em nosso país no que tange a utilização destas técnicas.

Por fim, observou-se que diante da lacuna do ordenamento jurídico e a divergência doutrinária perante a aplicação das técnicas de reprodução assistida *post mortem* e os direitos sucessórios, cabe aos operadores do direito socorrerem-se aos princípios constitucionais aplicando-os aos casos concretos enquanto não houver legislação específica acerca da matéria.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=8>. Acesso em: 18 mai 2012.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (org.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ALVARENGA, *Bárbara de Deus Gonçalves*. **Efeitos jurídicos da inseminação artificial homóloga post mortem**. Disponível em: <<http://www.direitounisal.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2010/03/10ed04.pdf>>.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Reprodução assistida e o novo Código Civil**: In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (org.). *Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 225-249.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 Abr. 2012.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 13 Abr. 2012.

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

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.358/1992**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resoluções/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 10 Abr. 2012.

_____. **Resolução nº 1.957/2010**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resoluções/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 10 Abr. 2012.

DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga “post mortem”. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 2186, jun. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12965>. Acesso em: 18 mai. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 6: direito das sucessões. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ENUNCIADOS aprovados: **1ª Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2012.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. VII: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

LEAL, Paula Mallmann. **Os reflexos sucessórios na inseminação *post mortem***. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poá/direito/graduação/tcc/trabalhos2011_1/paula_leal.pdf. Acesso em: 18 mai. 2012.

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

_____. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. XXI: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Comentários ao novo código civil, Volume XXI: do direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 210/211.

LUCA, Caterina Medeiros de. **O concebido *post mortem* no direito das sucessões**. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/caterinaluca.pdf >. Acesso em: 18 Maio 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, v. 6: direito das sucessões. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Título do artigo**: In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (org.). Biodireito. – Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Natalia Batistuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga e post mortem*.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Análise bioética das técnicas de procriação assistida**: In: CARLIN, Volnei Ivo (org). Ética e bioética: novo direito e ciências médicas. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998. p. 117-133.

_____, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: O novo direito das sucessões. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.