



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO TRABALHO DE
CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA NA FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

Emanuele Borges de Lima
Lucivânia Guimarães Salles

Aracaju

2015

EMANUELE BORGES DE LIMA

DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA NA FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo –
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Aprovado em 29 / 05 / 2015.

Banca Examinadora

Lucivânia Guimarães Salles, a titulação: mestre

Professor Orientador

Universidade Tiradentes

Diogo Calasans Melo Andrade, a titulação: mestre

Professor Examinador

Universidade Tiradentes

Marcos Feitosa Lima, a titulação: especiosa

Professor Examinador

Universidade Tiradentes

DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA NA FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

Emanuele Borges de Lima¹

RESUMO:

O presente trabalho tem como objetivo precípua verificar os aspectos relacionados à vocação hereditária do filho concebido por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem*, analisando as diferentes correntes e doutrinas existentes no mundo jurídico. Adotou-se o método dedutivo, tópico-argumentativo, realizado por meio de pesquisas bibliográficas. Inicialmente, expôs-se as características gerais das técnicas de reprodução assistida, dando ênfase à inseminação artificial. Em seguida, fez-se uma explanação no que se refere à presunção de paternidade prevista no artigo 1.597 do Código Civil, abrangendo o direito de filiação, bem como os princípios existentes na Constituição Federal. Por fim, analisa-se os aspectos referentes à omissão legislativa quanto ao Direito Sucessório da reprodução assistida *post mortem*, realizando uma interpretação principiológica, a fim de obter uma conclusão mais razoável acerca do tema.

Palavras-chaves: Vocação hereditária. Inseminação artificial *post mortem*. Omissão legislativa. Princípios constitucionais.

1 INTRODUÇÃO

Os avanços da ciência propiciaram um grande salto na medicina e na biomedicina em relação à reprodução humana. Muitos casais impossibilitados de gerarem um filho por meios naturais foram em busca de outros métodos alternativos capazes de satisfazer essa vontade. Com as inúmeras pesquisas realizadas foram descobertas e desenvolvidas novas técnicas de fertilização.

A legislação não acompanhou esse avanço, apenas em 1992 surgiu à primeira resolução do Conselho Federal de Medicina sobre a reprodução humana e mesmo assim não esclareceu todas as dúvidas sobre o assunto. A vocação hereditária do filho gerado por meio de técnicas de reprodução tornou-se um assunto polêmico e com diversas opiniões, devido à omissão da legislação, já que o

¹ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: manuborges_@hotmail.com

legislador não regulamentou todos os aspectos gerados pelos métodos de reprodução assistida.

O Código Civil Brasileiro de 2002 tratou da inseminação artificial de forma sucinta. Trouxe em seu artigo 1.597 a presunção de paternidade para os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. Porém, ao tratar do direito sucessório foi omissivo ao não incluir o filho gerado por meio de inseminação artificial *post mortem*, já que o artigo 1.798, do mesmo código, declara que somente os filhos que já estiverem nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão teriam garantido os seus direitos, nada falando sobre os filhos ainda não concebidos posteriores a abertura da sucessão.

Apesar de toda essa omissão, o direito de herança está elencado na Constituição Federal como um direito fundamental a qual todos os cidadãos brasileiros ou estrangeiros residentes no país possuem. Ficam claras as controvérsias existentes no próprio ordenamento jurídico, que mesmo admitindo a existência e deferindo a presunção de paternidade do filho concebido por meio de inseminação artificial *post mortem*, não garante os seus direitos relativos à sucessão.

O presente trabalho tem por objeto verificar os reflexos no mundo jurídico referente às técnicas de reprodução assistida, ressaltando as diferentes correntes doutrinárias sobre os efeitos jurídicos da inseminação artificial homóloga *post mortem* no direito sucessório, bem como a possibilidade ou a impossibilidade desta sucessão diante dos preceitos constitucionais insculpidos no ordenamento jurídico brasileiro.

O texto buscará orientação teórica para estabelecer um diálogo entre os conceitos de Maria Helena Diniz (2001), Eduardo Oliveira Leite (1995), Maria Helena Machado (2004), entre outros doutrinadores. Adotou-se o método dedutivo, tópicos-argumentativo, realizado por meio de pesquisas bibliográficas. Inicialmente, expôs-se as características gerais das técnicas de reprodução assistida, dando ênfase à inseminação artificial. Em seguida, fez-se uma explanação no que se refere à presunção de paternidade prevista no artigo 1.597 do Código Civil, abrangendo o direito de filiação, bem como os princípios existentes na Constituição Federal. Por fim, analisa-se os aspectos referentes à omissão legislativa quanto ao Direito

Sucessório da reprodução assistida *post mortem*, realizando uma interpretação principiológica, a fim de obter uma conclusão mais razoável acerca do tema.

2 REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA

Certos casais são impossibilitados de gerar um filho por método natural, seja por alguma limitação biológica ou mesmo pela morte do cônjuge ou companheiro. Assim surgiram as técnicas de fertilização, que foram se aprimorando no decorrer dos anos, tornando-se cada dia mais complexas. Essas novas técnicas criadas geraram também inúmeras controversas jurídicas, já que a legislação não foi acompanhando os avanços na área.

As novas tecnologias reprodutivas conceptivas podem abranger alta e baixa complexidade, tendo como exemplo a inseminação artificial, o congelamento de gametas e a reprodução *in vitro*. As técnicas são muito distintas uma das outras, sendo que cada uma possui peculiaridades próprias. Os métodos de alta complexidade, como a fertilização *in vitro*, a qual é extracorpórea, ou seja, realizada fora do organismo materno, consiste na coleta do material genético para que a fecundação seja feita em laboratório e depois transferida para o útero materno. (LEITE, 1995).

Já a inseminação artificial, considerada de baixa complexidade, consiste na injeção de espermatozoides dentro do útero da mulher, no seu período fértil, ou seja, quando ela está ovulando, facilitando assim a união dos gametas para a formação do embrião. Guarda relação de semelhança com a fecundação natural. (LEITE, 1995).

A inseminação artificial pode ser homóloga, quando se utiliza o material genético dos cônjuges ou companheiros, ou heteróloga, quando se utiliza o material genético de um doador, não existindo qualquer relação de parentesco entre eles. (LEITE, 1995).

Segundo Maria Helena Diniz:

Ter-se-á inseminação artificial quando o casal não puder procriar, por haver obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como esterilidade, deficiência na ejaculação, má-formação congênita, pseudo-hermafroditismo, escassez de espermatozoides, obstrução do colo uterino, doença hereditária etc. Será homóloga se o sêmen inoculado na mulher for do próprio marido ou companheiro, e heteróloga se o material fecundante for de terceiro, que é o doador. (DINIZ, 2001, p. 548)

A inseminação *in vitro* foi disseminada nos anos 70 principalmente na Inglaterra, nos Estados Unidos e na Austrália. O grande passo da revolução tecnológica na área da medicina ocorreu em 1977, com a primeira concepção extracorpórea realizada através da técnica da Fertilização *in vitro* (FIV) que ficou popularizada como “bebê de proveta” (SALLES, 2014. p. 117). Em 05 de julho de 1978 nasceu na Inglaterra o primeiro “bebê de proveta”, Louise Joy Brow. No Brasil começou a ganhar maior ênfase na década de 80, onde já se encontravam dezenas de clínicas especializadas pelo país. O primeiro “bebê de proveta”, Anna Paula Caldera, nasceu no dia 07 de outubro, no Paraná (seuhistory.com).

Já a inseminação Artificial é a técnica de reprodução mais antiga. Datam do século XVIII os primeiros relatos de experiências científicas envolvendo líquido seminal e óvulos humanos, através da Inseminação Artificial (IA), ou seja, concepção artificial através da manipulação dos gametas. (LOUREIRO *apud* SALLES, 2014, p. 117).

Os primeiros experimentos com êxito ocorreram em 1799 e são de autoria de John Hunter. Em 1833, na França, Giraud realizou pela primeira vez, com êxito, a inseminação artificial em um casal. No ano seguinte, nos Estados Unidos, ocorreu a primeira IA heteróloga, com sêmen de terceiro, em uma mulher cujo marido sofria de infertilidade. (LOUREIRO *apud* SALLES, 2014, p. 117).

Com os avanços na área descobriu-se que se armazenado corretamente, em temperaturas extremamente baixas, o material genético pode ficar guardado por anos, através de um processo chamado de criopreservação. Sendo assim, mesmo anos após a morte do doador o seu material genético pode ser utilizado, gerando uma nova forma de reprodução, a inseminação artificial homóloga *post mortem*. Por ser um método que ocorre somente em casos bem particulares, explica Eduardo de Oliveira Leite:

Trata-se principalmente de sujeitos atingidos por uma doença grave (câncer dos testículos, doença de Hodgkin, certas nefropatias, etc.). Como nestes tratamentos, geralmente de longa duração, a possibilidade de cura não é frequente e se acompanha de esterilidade, o esperma conservado pode servir à inseminação homóloga, o que explica a principal razão da conservação. Diante da possibilidade da esterilização irreversível, pedidos são feitos aos bancos de esperma para conservação. O homem que congelou seu esperma num destes bancos, pode morrer e à sua viúva facultar-se, então, reclamar a devolução do material coletado, para se inseminar com o esperma do marido falecido. (LEITE, 1995, p.154-155)

A esposa pode utilizar o material genético do marido já morto, gerando assim um filho de pai “pré-morto”. Esse novo método realizado após a morte gera controvérsias no âmbito do direito, principalmente no campo das sucessões, sendo a legislação omissa ao tratar sobre o tema.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal é formada por normas, princípios e regras, que não colidem entre si. Os princípios são espécies de normas que possuem maior abrangência. Sua principal função é a de servir como base na interpretação das leis. Barroso (2009, p. 157), afirma que os princípios indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos, sendo que violar um princípio constitucional é muito mais grave do que transgredir uma norma. A violação de um princípio vai contra a supremacia da norma constitucional.

A Constituição Federal de 1988 trouxe inovações no campo dos direitos fundamentais, os quais formam o centro mais valioso dos direitos e se relacionam à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade. Houve uma maior importância com os direitos individuais, coletivos e difusos, dando maior atenção ao indivíduo e a formação familiar, resguardando os princípios do direito de família.

A constituição de 1988 inaugurou um sistema de novos princípios para avaliar as relações familiares, como fundamento hermenêutico para afastar, inclusive, normas da legislação ordinária que destoam dessa nova orientação. (MACHADO, 2004, p. 7)

“Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade” (SARLET, 2011, p. 45). Os direitos fundamentais podem ser divididos em três dimensões, porém não se pode excluir a possibilidade de existir uma quarta, quinta e até mesmo sexta dimensão.

“Os direitos de primeira dimensão, conhecidos como direitos de liberdade, surgiram nos séculos XVII e XVIII, e foram os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional” (BONAVIDES, 2010, p. 563). Nele estão incluídos os direitos relativos à liberdade de expressão, o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São considerados direitos negativos, pois afastam o Estado das relações individuais.

Os direitos de segunda dimensão, também denominados de direitos positivos, surgiram em meio ao impacto da industrialização, correspondem às reivindicações de classes menos favorecidas (SARLET, 2011, p. 48). Abrangem os direitos sociais, econômicos e culturais. Já os direitos de terceira dimensão, ou direitos de fraternidade ou solidariedade, destinam-se a proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizam-se, como direitos de titularidade coletiva ou difusa (SARLET, 2011, p. 45 *apud* Cf. C Lafer, p. 131). Bonavides (2010, p. 571) acredita na existência de uma quarta dimensão que corresponde à fase de institucionalização do Estado social e representam o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

Devido às transformações no direito de família, a Constituição Federal de 1988 introduziu no seu ordenamento novos valores referente à filiação, paternidade e igualdade. Os movimentos societários e os costumes incorporaram novos modelos de formação familiar, como a sócioafetiva, já que anteriormente a filiação somente era estabelecida pelo matrimônio pela presunção *pater iset* (filiação formal). Segundo Pereira (2007, p. 92) “a nova tipificação de modelo familiar, incluída pela Constituição de 1988, é mais adequada às novas realidades sociológicas, por ser mais autêntico e mais igualitário, possuindo caráter menos opressor e dessa forma, menos formal”.

Silvio Venosa (2006, p. 234), define a filiação como sendo uma relação de parentesco estabelecida entre duas pessoas. Gonçalves (2009, p. 285), acrescenta que a filiação propriamente dita é aquela visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade. Nesse sentido, também preleciona Maria Helena Diniz:

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda (CC, arts. 1.593 a 1.597 e 1.618 e s.), ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga. (2011, p. 478/479)

O artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente define a filiação como sendo um “direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, o qual pode ser exercitado por qualquer pessoa, contra pais ou seus herdeiros, sem restrição.”

A filiação sócioafetiva tem como pilar o afeto e surge da convivência diária, do vínculo de criação e dos laços afetivos constituídos entre pais e filhos. A família passa a ser vista do ponto de vista sociológico, independente da origem biológica. O Código Civil de 2002 define no artigo 1.593 que o parentesco pode ser natural ou civil, resultante de consanguinidade ou não. “Independentemente da natureza da filiação, todos são reconhecidos em igualdade de condições perante a lei, significando que terão direito ao nome, ao estado de filiação, o direito a alimentos e ao estado sucessório” (VERONESE, 2005, p. 202).

O Código Civil de 1916 trazia uma distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos. O artigo 338 conceituava o filho legítimo como aquele havido e concebido durante o casamento dos pais, e o filho ilegítimo aquele concebido fora do casamento, podendo ser de forma natural ou espúrio, quando os pais estivessem impedidos de se casar, sendo que nesse caso o filho não poderia ser reconhecido, não possuindo os direitos dos filhos legítimos ou naturais. O tal artigo foi revogado pela Lei n. 7.841/89.

A constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 buscaram estabelecer uma igualdade entre os filhos abolindo a distinção entre as espécies de filiação. O artigo 1.596 do Código Civil dispõe que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Da mesma forma aborda a Constituição Federal de 1988 no seu artigo 277, § 6º e o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 20, que buscaram banir qualquer discriminação existente, adotando o princípio da igualdade ou isonomia entre os filhos.

O princípio da isonomia garante que a legislação infraconstitucional não trate com desigualdade qualquer pessoa, podendo ser observado no artigo 5º, *caput*, da CRFB/88, o qual diz que “todos são iguais perante a lei”. Segundo Lôbo (2011, p. 217-8) “o princípio da igualdade na filiação veio para reprimir qualquer interpretação que se refira a desigualdade de tratamento aos filhos, acarretando a extinção dos traços diferenciadores nas relações no que concerne aos laços de parentesco”.

Sendo assim, não há de se falar em diferença entre os filhos concebidos por meio de inseminação artificial e os filhos concebidos de forma natural. O art. 1.597

do Código Civil de 2002 trata da técnica de reprodução assistida, nos incisos III, IV e V.

Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

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

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

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

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

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

O inciso III do artigo supracitado deixa claro que se presume concebido na constância do casamento o filho havido por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, se referindo à inseminação artificial *post mortem*. A discussão dá-se apenas em relação aos direitos sucessórios.

O enunciado 127 do Conselho Federal de Justiça propôs a alteração do inciso III do artigo 1.597, para constar apenas “havidos por fecundação artificial homóloga”, com a justificativa de que não seria aceitável o nascimento de uma criança já sem pai, pois estaria indo contra os princípios da paternidade e da dignidade da pessoa humana. Porém, o referido enunciado não foi aprovado.

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma proteção especial à família, o seu artigo 226 § 7º trata da garantia do planejamento familiar, onde cabe única e exclusivamente ao casal, o homem ou a mulher, decidir como irá constituir a sua família, sendo vedada a intervenção do Estado, da sociedade ou de terceiros. O princípio do livre planejamento familiar também foi consagrado em sede legal no artigo 1.565 § 2º do CC-02. Portanto, “o acesso aos modernos métodos de concepção assistida é igualmente garantido em sede constitucional, pois o planejamento familiar também significa buscar a realização do projeto de parentabilidade.” (DIAS, 2011, pg. 360).

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

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

O Estado não pode proibir a utilização das técnicas de reprodução assistida como forma de concretização do planejamento familiar. A Constituição Federal de 1988 também buscou tratar dos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

A dignidade da pessoa humana que foi vista primeiramente na Declaração Universal dos Direitos Humanos no ano de 1948 e inserida na nossa Constituição no ano de 1988 em seu artigo 1º inciso III, é garantida a todos os cidadãos desde a concepção, e como afirma o artigo 2º do Código Civil de 2002, “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”.

Existem muitas controvérsias doutrinárias a respeito da comparação de nascituro com seres embrionários. Ingo Sarlet (2011, p. 219), defende que existem dois tipos de embriões, os implantados no útero materno e os que se encontram no ambiente laboral aguardando o seu destino. Sendo que em ambos os casos a questão está centrada no direito à vida e na atribuição de dignidade humana a esta vida.

Eduardo de Oliveira Leite (1995) destaca três posições distintas em relação ao embrião: a concepcionista; a genético-desenvolvimentista e a que considera o embrião como potencialidade de pessoa.

A corrente concepcionista diz que o embrião possui personalidade jurídica desde a sua concepção, ou seja, é considerado sujeito de direitos não estando relacionado ao nascimento com vida. A segunda corrente afirma que o embrião ainda não pode ser considerado uma pessoa, já que seria apenas um amontoado de células. Já a última corrente diz que o embrião não possui personalidade jurídica, mas também não é um amontoado de células, é um ser humano em potencial, ou seja, em formação.

Grande parte dos doutrinadores entende que o embrião estaria em situação igual em relação ao nascituro. Assim posiciona-se Jussara Maria Leal Meirelles no seguinte sentido:

Em face da semelhança entre os embriões humanos e as pessoas já nascidas, não há como afastá-los da valorização personalista que emerge do texto constitucional. O respeito à dignidade e à vida da pessoa humana a eles se estende, fazendo-se concluir que toda atividade abusiva que venha atingir seres embrionários conflitará com o respeito à vida e à dignidade humana assegurada constitucionalmente. (MEIRELLES, 2003, p. 94)

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.510, declarou constitucional o artigo 5º da Lei de Biossegurança, que trata da utilização de embriões humanos para fins de pesquisas com células troncos. O Ministro Ayres Britto, relator do citado julgamento, declarou que “o embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.” (ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, DJE de 28-5-2010.). O julgamento da ADI 3.510 teria desconsiderado importante Tratado de Direitos Humanos, o Pacto San José da Costa Rica de 1969.

O Decreto 678/1992 incorporou ao ordenamento jurídico o Pacto de San José da Costa Rica de 1969, que foi posteriormente constitucionalizado por meio da EC. n 45/2004, no exposto teor do art. 5, § 3º da CRFB/88. O PSCR/69 aduz em seu artigo 4º. “Direito à vida. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” Conforme preleciona Lucivânia Salles e Marco Aurélio Cruz (2014) “não restam dúvidas, que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece como marco inicial da vida humana o momento da concepção”.

A Constituição Federal de 1988 inseriu no *caput* do artigo 227 o princípio do melhor interesse da criança, que foi posteriormente, no ano de 1990, regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Guilherme Calmon Nogueira da Gama esclarece que:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito. (GAMA, 2008, p. 80)

Esse princípio representa a supremacia do interesse da criança e surgiu para garantir o bem estar da criança e do adolescente. Estando, dessa forma, no mesmo patamar do princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, o filho nascido após o falecimento do genitor deve ser protegido, em consonância com o referido princípio, possuindo todos os seus direitos resguardados.

4 ASPECTOS SUCESSÓRIOS FRENTE À INSEMINAÇÃO POST MORTEM

O Direito das Sucessões, segundo Rodrigues (2002, p.3) “é o conjunto de princípios que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu aos seus sucessores”. Esse direito está garantido na Constituição Federal, artigo 5º, XXX, o qual diz que “é garantido o direito de herança”

Segundo Carlos Alberto Bittar Filho (2002, p. 109-110) “a posse e a transmissão dos bens são transmitidas aos herdeiros no momento da morte do de cujus”, não ocorrendo entre pessoas vivas, conforme estabelece o art. 6º do Código Civil: “a existência da pessoa natural termina com a morte”. É no momento da morte que se aplica o princípio da *saisine*, que é a transferência imediata das obrigações e direitos do falecido, assim estipulado pelo art. 1.784 do Código Civil: “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Abre-se a sucessão convocando os herdeiros legítimos e testamentários, nesta ordem. A sucessão legítima é aquela que decorre da lei, art. 1.788 do CC, devendo ser chamados a suceder as pessoas que tem vocação hereditária e se encontram no rol estabelecido pelo artigo 1.829, do Código Civil que estabelece a ordem de vocação hereditária:

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.

O código Civil, em seu art. 1.798 estabelece as regras de vocação hereditária na sucessão legítima: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. As divergências doutrinárias surgem devido à interpretação desse artigo, que é claro ao afirmar que somente terão direitos sucessórios as pessoas concebidas no momento da abertura da sucessão, parte da doutrina vem entendendo que se refere ao embrião que já estiver implantado no útero feminino.

Não existe previsão legal expressa, no Código Civil, em relação ao deferimento de vocação hereditária aos embriões congelados na sucessão legítima.

No entanto, a luz do art. 41 do PSCR que fixa o momento da concepção como marco do início da vida, os embriões congelados já foram concebidos. Mas no tocante, a hipótese em que a própria concepção ocorre após a morte do autor da herança, concepção *post mortem* com a autorização do autor da herança, há uma lacuna legislativa. O Código Civil embora reconheça a paternidade, por presunção legal, dos filhos concebidos *post mortem*, é omissivo no que se refere aos direitos sucessórios destes filhos em sede de sucessão legítima. Em face dessa omissão é aplicável, por analogia, a regra da sucessão testamentária.

A sucessão testamentária é aquela que se origina da vontade do *de cujos*, que é o autor da herança, por meio de um ato unilateral e de forma solene. Os artigos 1.799 e 1.800 dispõem, respectivamente:

Art.1799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

Art.1800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

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

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

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

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

O artigo 1.799 é claro ao afirmar que terão direito a herança os filhos ainda não concebidos no momento da abertura da sucessão, mas desde que o genitor indicado pelo testador esteja vivo nesse momento, consistindo, assim, em uma exceção no direito sucessório, que tem como regra no artigo 1.798 o princípio da coexistência, onde só herdariam os filhos já havidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão.

O artigo seguinte esclarece que os bens, após a partilha, serão entregues a um curador. O § 4º do referido artigo estabelece o prazo de dois anos para a concepção do herdeiro, deste modo se os filhos não forem concebidos neste prazo, caso disposição em contrária do testador, serão chamados para suceder os

herdeiros legítimos. Sendo assim, se o filho for concebido após esse período de dois anos, não teria direito sucessório algum. Rizzardo leciona que:

Em vista do período de dois anos reservado para ser concebido o filho ou os filhos das pessoas designadas no testamento, resta evidente que a quota ou legado destinado deve ficar sobrestado até o decurso do prazo, devendo ser entregue a administrador ou curador, a quem compete preservar os bens e prestar contas dos frutos e rendimentos. (RIZZARDO, 2006, p. 255)

O código foi omissivo no que se referem aqueles filhos gerados após o período de dois anos. Existem correntes diferentes para esse assunto. O ilustre doutrinador Silvio de Salvo Venosa (2006) defende a corrente de que não há de se falar em sucessão quando a prole não for gerada na época estabelecida em lei, porém, teria a prole direito de herança se estiver previsto no testamento do genitor. Desta corrente também é adepto o jurista Eduardo de Oliveira Leite (1995).

A outra corrente defendida por Francisco José Cahali, afirma que o inseminado *post mortem* terá direito a sucessão. Essa corrente se baseia nos princípios constitucionais, pois é vedada qualquer diferenciação entre os filhos, então não poderiam ser excluídos da sucessão os nascidos pela técnica de reprodução assistida *post mortem*.

Apenas em 1992 o Conselho Federal de Medicina criou a primeira resolução, nº 1.358/1992, regulamentando as técnicas de reprodução assistida, buscando solucionar dúvidas e estabelecer regras para a utilização do material genético. Sendo que a mesma foi revogada pela resolução nº 1.957/10, e revogada novamente pela atual resolução nº 2.013/2013. No que se refere ao processo de criopreservação, que é quando o material genético fica guardado para posterior utilização, a resolução nº 2.013/2013 do CFM, afirma que é indispensável à vontade dos cônjuges quanto ao destino desse material genético no caso de falecimento de um deles ou de ambos. Assim também se posiciona o enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil de 2002:

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

Se o genitor possuía o desejo de ter um filho, e para isso deixou seu material genético guardado em um banco de sêmen, não se pode excluir os direitos

sucessórios dessa prole, já que estaria indo contra o princípio da liberdade de planejamento familiar e da igualdade de direitos e deveres entre os filhos. Ademais, a Constituição Federal, em seu artigo 226, reconhece à formação de família monoparental, aquela composta por apenas um dos cônjuges. Aplicando os princípios presentes na constituição, não haveria impasse para a vocação hereditária do filho concebido após a morte do genitor.

Buscando um esclarecimento sobre o assunto foi aprovado na III Jornada de Direito Civil o enunciado 267 do Conselho Federal de Justiça, alterando o artigo 1.798 do CC-02, garantindo o direito de herança do embrião formado mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, desde que se utilizem do instituto da petição de herança.

A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança. (ENUNCIADOS..., 2004, p. 17)

O artigo 1.001 do Código de Processo Civil estabelece que somente poderá ser realizada a inclusão de herdeiro preterido antes da partilha, vedando a reabertura de inventário já concluído. Para poder ingressar no inventário o herdeiro deverá utilizar-se da petição de herança, *petitio hereditatis*. Sendo que até o litígio ser decidido o seu quinhão ficará em poder do inventariante. O direito de petição de herança está garantido no artigo 1.824 do Código Civil, onde estabelece que “o herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua”.

A pretensão de pedir a herança é sujeita a prescrição, conforme dispõem a Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal, “é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”. Porém, a lei não dá previsão de qual seria esse prazo, sendo aplicado o artigo 205 do Código Civil, o qual estipula o prazo de dez anos, em caso de omissão da lei. Conforme estipulado pelo artigo 198 do CC-02, não ocorre prescrição contra os absolutamente incapazes, sendo assim a prole gerada por meio de técnicas de reprodução assistida poderia utilizar-se da petição de herança até os 26 anos de idade.

Nesse sentido, aplicando os princípios gerais do direito e, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, estaria garantido o direito sucessório da

pessoa gerada por meios das técnicas de inseminação artificial homologa *post mortem*, onde existe a presunção de paternidade prevista no artigo 1.597, III do Código Civil, apenas tendo que observar o prazo prescricional de dez anos, levando-se em consideração as causas que impedem o transcurso do prazo prescricional para requerer a herança.

Apesar do direito estar garantido, seria inevitável a ocorrência de danos irreparáveis, tanto para quem está solicitando o direito, como para os que já adquiriram o mesmo. Os juízes devem aplicar as normas constitucionais para resolução dos casos, porém, na sua omissão ou não, eles podem recorrer aos direitos fundamentais.

5 CONCLUSÃO

Apesar de toda evolução na área científica, as novas técnicas de reprodução assistida ocasionaram problemas sociais, principalmente no que tange a vocação hereditária. Já que ficou claro que a ciência evoluiu com mais agilidade do que a legislação.

O direito de paternidade da prole gerada por meio de inseminação artificial *post mortem* está previsto no artigo 1.597, III, do Código Civil. Porém o legislador não tratou dos aspectos sucessórios dessa prole. Ao tratar das regras de vocação hereditária no artigo 1.798 foi claro ao estabelecer que somente poderá suceder aquele que estiver com vida no momento da abertura da sucessão.

O filho concebido por meio de métodos de reprodução assistida não pode ter o seu direito violado, já que segundo a Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, sem exceção, dessa forma, não poderia haver distinção entres os filhos.

Ficou evidente a indispensabilidade da utilização dos princípios constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro para solucionar os empasses existentes devido à omissão da legislação. O filho concebido artificialmente de forma homóloga *post mortem* possui direito a sucessão, tendo, porém, que respeitar o prazo prescricional de 10 anos para requerer a herança por meio da petição de herança.

REFERÊNCIAS

BARRETTO, Vicente de Paulo. (org.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito de família e Sucessões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Jurídicos. **Enunciados aprovados na III Jornada de Direito Civil**. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em 25 de abril de 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 26.ed., São Paulo: Saraiva, 2011. v.5.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**.3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001

FERTILIZAÇÃO. Disponível em: <<http://www.seuhistory.com/etiquetas/fertilizacao>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso. 1^o ed. São Paulo: Atlas. 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume VI**: direito de família. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: Aspectos Éticos e Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2004.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

PEREIRA, Sergio Gischkow. **Direito de Família**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2006

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Volume 7. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALLES, Lucivânia Guimarães ; CRUZ, M. A. R. C. E. **A vida se inicia com a concepção: uma análise da ADI 3510 e da ADPF54 à luz do Pacto de San José da Costa Rica**. In: ENGELMANN, Wilson; FAGUNDEZ, Paulo Roney Avila. (Org.). Biodireito: XXIII Encontro Nacional do Conpedi. 1ªed. Florianópolis: Conpedi/UFSC, 2014, v. 1, p. 108-127.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. Ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 5.ed. v.6. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Vol. VI. São Paulo: Atlas, 2006.

VERONESE, J; OLIVEIRA, L. **Adoção de crianças e adolescentes no Brasil: As inovações do novo Código Civil**. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (COORD.) **Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

THE CALLING IN HEREDITARY ARTIFICIAL FERTILIZATION *POST MORTEM*

ABSTRACT

This work has as main objective to verify the aspects related to the child's heredity conceived through artificial insemination homologous post mortem, examining the different currents and existing doctrines in the legal world. We adopted the deductive

method, topic-argumentative, conducted through literature searches. Initially exposed to the general characteristics of the assisted reproduction techniques, emphasizing the artificial insemination. Then, there was an explanation with regard to the presumption of paternity under Article 1597 of the Civil Code, including the right to membership, and the existing principles in the Constitution. Finally, we analyze aspects relating to legislative omission as the Inheritance Law of assisted reproduction post mortem, making a principled interpretation in order to get a more reasonable conclusion on the subject.

Keywords: Heredity. Artificial insemination *post mortem*. Legislative omission. Constitutional principles.