



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

SINVAL COSTA DE OLIVEIRA NETO

FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA PÓTUMA E O DIREITO
SUCESSÓRIO

SOUSA - PB
2011

SINVAL COSTA DE OLIVEIRA NETO

FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA PÓTUMA E O DIREITO
SUCESSÓRIO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof^o Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

SOUSA – PB
2011

SINVAL COSTA DE OLIVEIRA NETO

FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA PÓSTUMA E O DIREITO SUCESSÓRIO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Banca examinadora:

Data de aprovação:

Orientador: Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Prof^a: Vanina Oliveira Ferreira de Sousa

Prof^a: Vaninne Arnaud de Medeiros Moreira

“Posso não concordar com nenhuma das
palavras que você disser, mas defenderei
até a morte o direito de você dizê-las”.

(Voltaire)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus todo poderoso, provedor de tudo e de todos. Graças à fé investida em sua bondade, pude concluir tão grandioso ato.

Agradeço aos meus pais, João Martins e Maria Zoraide, que apesar de separados, investiram na minha formação como pessoa e como profissional.

Agradeço aos meus avós, Sinval Costa e Maria Zenaide, *in memoriam*. Entes que são objeto de grande orgulho do meu ser, e que, com seu amor, carinho e proteção, me regem, guardam e governam desde sempre.

Agradeço aos meus tios-avôs, José Marcelino e Maria Cristina, os quais me acolheram em seu lar, desde que eu era criança, e foram diretamente responsáveis pela formação dos meus princípios, caráter, educação, e me ensinaram o que efetivamente era o certo e o errado, contribuindo assim para minha garra de enfrentar a vida e suas dificuldades.

À minha irmã Larissa Fernandes, com a qual resido desde o início da faculdade e que, acompanhou e contribuiu para meu amadurecimento pessoal e profissional, me dando força e orientação perante as horas difíceis. Também a minha irmã Sarah Ingrid, cuja personalidade forte abriu meus olhos para a vida.

Ao meu orientador Eduardo Jorge, com o qual pude contar diante de momentos de necessidade, e que foi responsável pela minha aprovação. Além dos demais professores que me guiaram e orientaram, para que chegasse ao fim desta caminhada.

À minha namorada Alana Batalha, que manteve-se junto a mim acordada durante as difíceis madrugadas de produção do presente trabalho monográfico, e que me deu forças e carinho para enfrentar esta realidade.

Aos meus colegas de curso, com os quais tive a oportunidade de conviver os cinco longos anos de faculdade, e dividir experiências, realizações, aprendizado, dentre diversas outras boas coisas adquiridas durante todo este tempo.

Por fim, aos meus queridos e verdadeiros amigos, com os quais ~~tive~~ pude contar durante os momentos difíceis, e tenho a certeza que continuaram em minha vida para sempre.

RESUMO

O trabalho trata da ausência de legislação que reconheça os direitos sucessórios do ser humano advindo de fecundação artificial homóloga. Analisando-se o ordenamento cível no que tange ao Direito de Família e ao Direito Sucessório, observa-se que ante o progresso científico é fundamental o reconhecimento pelo meio jurídico dos métodos utilizados para fertilização como forma de atender às necessidades daqueles que não podem ter filhos naturalmente, especialmente da fecundação artificial homóloga. A questão ganha ainda mais complexidade quando se trata de casos em que as técnicas são realizadas após a morte do genitor, utilizando-se de material genético previamente armazenado. A questão que se impõe é se existe a possibilidade de reconhecimento dos direitos sucessório do nascido por meio de fertilização artificial homóloga póstuma, tendo-se como hipótese a necessidade de regulamentação da matéria por legislação ordinária. O objetivo da pesquisa é examinar os métodos existentes de reprodução assistida e seus reflexos no reconhecimento da filiação nesses casos, verificar os parâmetros para o reconhecimento do direito sucessório em geral, identificar a observância ou não de dispositivos constitucionais e legais quanto ao reconhecimento dos direitos sucessórios no caso em estudo e, por fim, analisar a possibilidade de seu reconhecimento. O estudo proposto é de grande necessidade haja vista tratar-se de matéria que influi diretamente na vida cotidiana bem como tem relação com os avanços sociais e tecnológicos, os quais se tratados de forma indiferente pelo Direito pode resultar em insegurança jurídica. Para realização desta pesquisa são utilizados como método de abordagem o método dedutivo, como método de procedimento faz-se uso do comparativo, monográfico e funcionalista e como técnica de pesquisa se utiliza da documentação por pesquisa bibliográfica. Após a análise da possibilidade de reconhecimento de filiação pela fecundação artificial homóloga *post mortem* e a obrigatoriedade de tratamento igualitário aos filhos em virtude de preceito constitucional, constata-se a necessidade de criação de lei própria que regule os direitos sucessórios neste caso específico.

Palavras- chave: Material genético. Fecundação artificial homóloga *post mortem*. Direito sucessório. Ausência de Legislação.

ABSTRACT

The work addresses the lack of legislation which recognizes inheritance rights arising from the human homologous artificial fertilization. Analyzing the civil order in relation to Family Law and Succession Law, it is observed that by the scientific progress is essential for the legal recognition of the methods used for fertilization in order to meet the needs of those who cannot have children course, especially of homologous artificial fertilization. The issue becomes even more complex when it comes to cases where the techniques are performed after the death of the parent, using genetic material previously stored. The question to be answered is whether there is the possibility of recognizing the rights of succession born through posthumous homologous artificial fertilization, and it was hypothesized the need for regulation of the matter by ordinary legislation. The objective of this research is to examine existing methods of assisted reproduction and its impact on the recognition of membership in these cases, check the parameters for the recognition of inheritance law in general, identify the compliance or non-constitutional and legal provisions regarding the recognition of inheritance in our case and, finally, examine the possibility of its recognition. The proposed study is of great necessity considering that it is a matter that directly affects the daily life and is related to social and technological advances, which are treated indifferently by law may result in legal uncertainty. For this research are used as a method of approach the deductive method as a method of procedure makes use of the comparative, monographic and functional and technical research documentation by using the literature. After examining the recognition of homologous artificial fertilization membership by post-mortem and the requirement of equal treatment for those children by virtue of constitutional provision, there is a need to create its own law regulating inheritance rights in that case.

Keywords: Genetic Material. Homologous artificial fertilization post-mortem. Succession. Lack of legislation.

LISTA DE TABELAS

Tabela nº 01 – Causas de esterilidade	18
---	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art – Artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CFM – Conselho Federal de Medicina

FIV – Fecundação *in vitro*

GIFT – Transferência Intratubária de Gametas

ICSI – Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóide

RA – Reprodução assistida

ZIFT – Transferência Intratubária de Zigotos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	13
2.1 DA REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA: CONCEITO E PARTICULARIDADES	14
2.2 O PERCURSO HISTÓRICO-EVOLUTIVO.....	15
2.3 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	19
3 DO DIREITO SUCESSÓRIO.....	27
3.1 SUCESSÃO: CONCEITO, ABERTURA E TRANSMISSÃO DA HERANÇA	28
3.2 DA LEGITIMAÇÃO PARA SUCEDER: REGRA GERAL E EXCEÇÕES.....	33
3.3 ESPÉCIES DE SUCESSÃO E SUCESSORES.....	34
4 FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA PÓSTUMA E O DIREITO SUCESSÓRIO	43
4.1 REPRODUÇÃO ASSISTIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	44
4.2 A FILIAÇÃO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA PÓSTUMA EM RELAÇÃO AO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	45
4.3 NECESSIDADE URGENTE DE INSERÇÃO DO TEMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	49
5 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS.....	58

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a temática da possibilidade de reconhecimento dos direitos sucessórios do nascido através de fecundação artificial homóloga *post mortem*.

De fato, a vida tem início no seio familiar, sendo sonho da maioria das pessoas constituírem sua própria família por meio do casamento ou de outras formas de união e a conseqüente geração de prole. Em muitos casos, contudo, por fatores naturais alguns casais encontram-se impossibilitados de realizar este sonho, o que gera grande frustração, haja vista que a descendência concede também a ideia de perpetuidade. Quando isso ocorre, a ciência que passou por grandes evoluções no último século fornece mecanismos que possibilitam a concepção de um filho. Uma das formas de se obter tal resultado é através da fecundação artificial homóloga. Esta consiste na obtenção de material genético do genitor a ser implantado na futura mãe, ou mesmo, na retirada de material genético de ambos para fertilização fora do organismo materno.

Observa-se que o atual ordenamento brasileiro, apesar de não disciplinar de maneira satisfatória essas práticas científicas, já identifica sua utilização, trazendo a possibilidade de reconhecimento da filiação nesses casos. Contudo, a lei pátria não disciplinou questões pertinentes à sucessão. O direito sucessório passa a ser discutido nos casos em que a fecundação artificial homóloga é realizada *post mortem*, ou seja, após a morte do doador do material genético. Devido à falta de regulamentação sobre esta matéria, há questionamentos acerca da possibilidade ou não de ser conferido direito à herança da criança que nascer tendo sido gerada posteriormente à morte do seu ascendente, havendo discussão se há capacidade de ser considerado herdeiro legítimo, testamentário ou de não ser passível de participar da sucessão.

Frente a essa situação, será questionada a possibilidade ou não do reconhecimento dos direitos sucessórios para o nascido por meio de fecundação artificial homóloga *post mortem* e será apresentada a hipótese de regulamentação da disciplina por lei específica. Esse estudo será de fundamental importância para o

meio acadêmico e jurídico em virtude da necessidade de regulamentação de casos fáticos que se apresentam, sob pena de causar insegurança jurídica.

Assim sendo, objetivar-se-á examinar os métodos existentes de reprodução assistida e seus reflexos no reconhecimento da filiação, verificar os parâmetros para o reconhecimento do direito sucessório em geral, identificar a observância ou não de dispositivos constitucionais e legais quanto ao reconhecimento dos direitos sucessórios no caso em estudo e, por fim, analisar a possibilidade de seu reconhecimento e a necessidade de regulamentação da matéria por legislação específica.

Outrossim, será feito uso do método dedutivo como forma de abordagem, haja vista que partirá do estudo das regras gerais visando reconhecimento da filiação e do direito sucessório para se obter soluções objetivando o reconhecimento dos direitos sucessórios destinados a criança oriunda da fecundação artificial homóloga *post mortem*. Como método de procedimento far-se-á uso do método comparativo, buscando diferenças e semelhanças entre os casos de sucessão já previstos no ordenamento e o do caso em estudo, o monográfico já que será realizado estudo de todos os aspectos que envolvem a questão e o método funcionalista, já que se observará a função da sucessão e os direitos inerentes aos filhos. Como técnica de pesquisa se utilizará a documentação por pesquisa bibliográfica, já que a pesquisa será embasada em material doutrinário e legislativo.

Dessa forma, o trabalho que se apresenta pretenderá demonstrar a urgência de inserção da matéria em comento no ordenamento jurídico como forma de disciplinar fatos que já ocorrem na sociedade e que não podem permanecer sem regulamentação.

2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Grande parte das pessoas almeja deixar descendentes, para que estes além de tudo possam dar continuidade ao nome da família, suas tradições, cultura, possam cuidar de seus genitores na velhice, enfim, uma espécie de imortalização dos seres. Este fato faz com que a reprodução seja um dos principais objetivos da vida e o torna fundamental para a constituição da família, um dos pilares da ciência jurídica desde a antiguidade, além de ser a única forma segura, até a atualidade, de perpetuação da espécie humana.

A forma natural pela qual os seres humanos se reproduzem é a sexuada, ou seja, os novos indivíduos serão gerados através da cópula de dois seres de sexos diferentes, procedimento este que possibilitará a fusão de dois gametas (masculino e feminino), conseqüentemente o surgimento de novos descendentes. Diversos problemas afligem o procedimento natural anteriormente citado, dentre eles, principalmente a infertilidade e a esterilidade.

Desde os tempos mais primórdios o homem vem tentando solucionar os problemas que ameaçam a perpetuação de sua espécie, e recentemente, graças aos avanços tecnológicos, mais especificamente a biogenética, vêm obtendo êxito. Através destes avanços, tornou-se possível a casais acometidos pela infertilidade ou esterilidade, a realizarem o sonho de ser um pai ou uma mãe. Através dos métodos de reprodução medicamente assistida, até mesmo mulheres solteiras ou viúvas podem concretizar a pretensão de ter um filho. É inegável que esses métodos foram louvavelmente aceitos pela sociedade mundial, porém, ao mesmo tempo em que gerou discussões de cunho ético, moral, científico, religioso e jurídico.

As conquistas científicas têm provocado várias dúvidas e indagações no que tange aos moldes atuais da legislação, visto que o âmbito social também é modificado pelos acontecimentos. Não há de se discordar, que estas conquistas modificaram os conceitos que por séculos gozaram de total credibilidade, transparecendo que tudo é passível de mudanças. Estas provocam conflitos de tutela nas várias ciências (dentre elas o Direito), principalmente por não conseguirem acompanhar tanto progresso entre o que está previsto nos diplomas legais e o que é vivenciado nos dias atuais pela sociedade.

2.1 DA REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA: CONCEITO E PARTICULARIDADES

A título de melhor compreensão do tema que será abordado à frente, devemos ter conhecimento de conceitos básicos acerca da reprodução medicamente assistida.

De acordo com Machado¹ o vocabulário inseminação, derivado do latim e originado no verbo "*inseminare*", formado pela preposição *in* (em) mais *seminare*, que significa semente, grão, princípio, origem, fonte e, 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", "reprodução assistida" 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 o do relacionamento sexual, conforme o supracitado autor².

Em razão da variada nomenclatura citada, Leite, E.³ esclarece que "[...] a expressão mais aceita é Reprodução Assistida (RA), em face da denominação dada pelo Conselho Federal de Medicina [...]".

Conforme Gomes⁴ denomina-se reprodução humana assistida, a introdução de esperma no interior do canal genital feminino, por processos mecânicos, sem que tenha havido aproximação sexual com o fim de originar um ser humano. O operador recolhe em uma seringa o material fecundante, injetando-o na cavidade uterina da mulher ou, não sendo isso possível, retira o óvulo da mulher para fecundá-lo na

¹ MACHADO, M.H. **Reprodução assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 25.

² *Ibid.* p. 27.

³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 11.

⁴ GOMES, M. R. P. **Reprodução humana assistida**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 22.

proveta, com sêmen do marido ou de outro homem para, depois, introduzi-lo em seu útero ou no de outra mulher. Essa técnica pretende auxiliar a resolução dos problemas da fertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas não tenham sido ineficazes.

Canziani *apud* Freitas⁵ afirma que:

A reprodução humana assistida é basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.

Assim, a reprodução assistida é entendida segundo o Relatório Warnock, como a introdução do sêmen na vagina da mulher ou sua inserção no útero, por meios distintos da cópula. Essa técnica pode se dar de forma homóloga ou heteróloga. Na primeira utiliza-se o material genético do casal, enquanto que na segunda é empregado o material genético de outra pessoa, conforme acentuam Androvandi, França e Carrasqueira⁶.

Observa-se que, desde o início do uso das modalidades de reprodução artificial, valores culturais, religiosos e jurídicos vêm sendo rediscutidos, uma vez que o ato reprodutivo não ocorre de maneira natural, e às vezes até com pessoa estranha a relação matrimonial.

2.2 O PERCURSO HISTÓRICO-EVOLUTIVO

A tentativa de resolver o problema da esterilidade e infertilidade vem desde a antiguidade, devido a serem estes os principais motivos que obstam a perpetuação da espécie humana. Observa-se, segundo Fernandes⁷:

⁵ FREITAS, D.P. (coord.) **Curso de direito de família**. Florianópolis: Vox Legem, 2004. p. 158.

⁶ ANDROVANDI, A.; FRANÇA, D. G. de; CARRASQUEIRA, S. de A. **Reprodução assistida e as relações de parentesco**, 2004. Disponível em: <www.ufrgs.com.br>. Acesso em: 20 fev. 2005.

⁷ FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodierito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 49-50

[...] 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, seja pela inseminação de éguas dos inimigos com sêmen de cavalos velhos ou doentes, seja por furto do sêmen dos bons cavalos dos adversários. Posteriormente, em 1670, Marcelo Malgighi logrou o encaixe de germens nos ovos de bicho-da-seda. 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 Spallanzan, 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.

O novo fato da capacidade de reprodução ser possível sem o contato sexual despertou a curiosidade de diversos cientistas, fazendo com que eles estudassem e tentassem desenvolver a técnica para que pudesse ser realizada em seres humanos. O primeiro caso de R.A ocorrido entre seres humanos foi na Idade Média, Arnaud de Villeneuve, médico de reis e papas, teria obtido sucesso na inseminação artificial, em 1494-5, da Rainha D. Joana de Portugal, esposa de Henrique IV de Castela, "O Impotente", conforme afirma Leite⁸. Há quem afirme que a mesma deu a luz a uma menina, porém, por ela ter sido gerada através de um método polêmico e controverso, seu pai não a reconheceu. Sem dúvida, um dos principais precursores da R.A foi a invenção do microscópio, aproximadamente no ano de 1.590. A partir daí, e de séculos de estudo, no início do século XIX a inseminação artificial já era comum em grande parte do mundo, milhares de pessoas já haviam sido geradas através deste método.

Outra importante inovação no campo da Reprodução Artificial foi o desenvolvimento da fecundação *in vitro*, que veio a trazer novas esperanças a casais inférteis. A técnica começou a ser desenvolvida desde a década de 1950, pelo médico embriologista britânico Robert Geoffrey Edwards, porém, só efetivada na década de 70 com o nascimento do primeiro bebê de proveta do mundo, chamado Louise Joy Brown, que nasceu a 25 de julho de 1978, em Bristol, Inglaterra. Graças a seus estudos e desenvolvimento da técnica, Robert G. Edwards foi contemplado merecidamente com o Nobel de medicina de 2010.

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 31.

Bebê de proveta é aquele gerado a partir de uma inseminação artificial ou fertilização *in vitro*, ou seja, não é oriundo de uma fecundação normal ocorrida pela relação sexual entre um homem e uma mulher, mas antes da fecundação gerada em laboratório.

Leite, E.⁹ relata que o primeiro bebê de proveta da América Latina nasceu no Brasil, em sete de outubro 1984, na região metropolitana de Curitiba – PR, seu nome é Anna Paula B. Caldeira, atualmente com vinte e sete anos de idade. Cerca de um ano depois, nasce na Austrália Baby Zoe, o primeiro ser humano gerado pela utilização de um embrião criopreservado. A técnica de criopreservação consiste em submeter os espermatozóides ao frio, sem emprego do glicerol, podendo assim ser conservados por muito tempo, sem alteração de sua viabilidade. O congelamento do esperma permitiu a criação dos bancos de esperma.

Observa-se que o aperfeiçoamento da crioconservação coincide com a época da segunda guerra mundial. Assim sendo, Barboza¹⁰ estampa em seus ensinamentos o seguinte acontecimento:

Fato é que, durante aquele período, foram realizadas maciçamente inseminações pelo exército americano, transportando por avião esperma dos soldados que lutavam no Pacífico, sem saber quando retornariam à América. Em 1945, o jurista BORRELL noticia o nascimento de vinte mil crianças fruto de inseminação artificial, as quais foram consideradas filhos legítimos, por decisão sem precedentes tomada pelo juiz Henry Greenberg, da Corte Suprema de Nova York. O mesmo se verificou relativamente às tropas inglesas na Coréia, o que levou os ingleses a incrementar tais práticas, de tal sorte que a questão chegou à Câmara dos Comuns, que proibiu a inscrição de filho concebido por esperma de doador anônimo como legítimo em 19 de abril de 1945.

Os acontecimentos históricos supramencionados foram considerados precursores para a aceitação social das técnicas de reprodução humana assistida, em razão da segurança e dos resultados positivos oferecidos por eles, graças aos anos de pesquisas e dedicação de diversos cientistas. Pessoas que por algum motivo eram privadas do sonho de uma paternidade ou maternidade tinham a chance de realizar seus sonhos.

⁹ *Ibid.* p. 31-32.

¹⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 34.

Diante de todo esse progresso, os métodos de reprodução assistida se difundiram por todo o mundo com notável rapidez. Dados fornecidos por Carelli¹¹ através da revista *Veja* anunciam que já nasceram mais de 300.000 (trezentos mil) bebês de proveta, sendo que 7.000 (sete mil) deles no Brasil; que no Brasil existem cerca de 20.000 (vinte mil) embriões congelados; que 200 embriões brasileiros foram adotados nos últimos cinco anos; e que 99% das mulheres estéreis já podem ser mães.

Coisas que há alguns anos não passaria de mera ficção científica, como a utilização de células-tronco no tratamento de doenças, clone de animais, barrigas de aluguel, criopreservação de embriões e gametas, fertilização *in vitro*, hoje são reais. Podemos perceber este paradigma segundo as afirmações de Valente¹²:

Na década de 90 os cientistas já faziam todo tipo de experiências em termos de inseminação artificial. Começaram, aí, a nascerem os folhos de mulheres virgens ou na menopausa, algo impensável poucos anos antes. As manipulações genéticas bizarras não pararam. Surgiam sêmens congelados de pessoas falecidas que fecundavam óvulos de pessoas vivas e avós que deram à luz aos seus próprios netos.

O marco inicial das discussões acerca da inseminação póstuma surgiu ainda na década de oitenta. Segundo Pinto¹³ no caso "Affair Parpalaix", o casal Corine e Alain Parpalaix, havia iniciado um relacionamento há poucas semanas, quando o jovem descobriu um câncer nos testículos. Com o início da quimioterapia o rapaz ia se tornar infértil, logo, decidiu depositar seu sêmen em uma clínica especializada, para fins de utilização posterior. Durante o avanço da doença, o casal decidiu se casar, e dois dias após a cerimônia Alain falece. Corine foi ao banco de sêmen para se submeter à inseminação artificial, porém esta foi negada pela clínica por falta de previsão legal, dando origem assim a disputa judicial. No final do caso, a tribuna francesa determinou que a clínica realizasse a inseminação, mas, com a demora do processo judicial, o material genético já estava despotencializado para concluir a fecundação.

¹¹ CARELLI, G. Tudo por um filho. *Revista Veja*. São Paulo. Ano 34. n. 18, 09 maio 2001. p. 108-115.

¹² VALENTE, Claudia Maria dos Santos. *Inseminação póstuma: complicações jurídicas*. 2007. Disponível em: <http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/artigo_default.asp?ID=389>. Acesso em: 11 set. 2011.

¹³ PINTO, Carlos Alberto Ferreira. *Reprodução assistida: inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório*. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

Mesmo diante de resultados surpreendentes, os estudos, pesquisas, métodos e as tecnologias não se estagnaram, continuando em processo de aperfeiçoamento e surpreendendo cada vez mais a sociedade atual. Ocorreu que, a velocidade evolutiva da engenharia genética e da biotecnologia não foi acompanhada pelo processo tutelar legal. Logo, princípios absolutos que norteiam o direito e disciplinas jurídicas foram relativizados, deixando-nos impotentes diante da situação, e demonstrando a carência de uma legislação específica acerca do tema abordado.

2.3 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

As tentativas de resolver os problemas que impedem a reprodução humana vêm desde antigamente, como já expresso anteriormente. As principais preocupações estão voltadas para a infertilidade e/ou a esterilidade, que podem se originar tanto de causas femininas como masculinas, mistas, sem causa aparente ou de origem desconhecida.

Insta ressaltar, por oportuno, que a infertilidade, conforme a Organização Mundial de Saúde¹⁴, é considerada doença, de acordo com a Classificação Internacional de Doenças em sua Décima Revisão (CID-10). No capítulo XIX da aludida classificação, encontra-se a lista de doenças do aparelho geniturinário (N00-N99), dentre as quais se constata a infertilidade masculina (N46) e a infertilidade feminina (N97).

A esterilidade (infertilidade natural adquirida, temporária ou definitiva) pode ter causas naturais e adquiridas. As causas naturais referem-se em geral a más formações congênitas (as pessoas nascem estéreis). E as causas adquiridas são aquelas decorrentes de doenças ou da esterilização química ou cirúrgica. Machado¹⁵ apresenta como causas de esterilidade feminina e masculina:

¹⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Classificação internacional de doenças**: CID-10. Disponível em: <HTTP://www.cid10.hpg.ig.com.br>. Acesso em: 26 mar. 2005.

¹⁵MACHADO, M.H. **Reprodução assistida**: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2003. p. 26-27.

ESTERILIDADE FEMININA	ESTERILIDADE MASCULINA
<p>1. Causas ováricas: a) ausência de gónadas: seja congênita ou adquirida (tumores, extração cirúrgica, inflamações), b) anomalias da ovulação, c) alterações da fase lútea, d) endometrioses, e) tendência letal do óculo.</p> <p>2. Causas tubáricas: é a obstrução tubárica considerada a principal causa.</p> <p>3. Causas uterinas: a) por lesão do endométrio, b) por falta de permeabilidade, c) por fator mecânico.</p> <p>4. Causas cervicais: a) alterações congênitas, b) posições anormais, c) alterações morfológicas ou na dimensão do colo, d) miomas e polipos cervicais, e) cervicites, f) lesões traumáticas, g) alterações funcionais.</p> <p>5. Causas vaginais: devido à má formação congênita, além de outras.</p> <p>6. Causas psíquicas.</p> <p>7. Outras causas: como a obesidade, alteração das glândulas renais, ou tireóides, carências vitamínicas importantes, drogas, etc.</p>	<p>1. A nível testicular podem ser consideradas como causa de infertilidade ou esterilidade masculina: a) alteração congênita por inexistência de espermatogénias por anomalias cromossômicas; b) ausência de espergenia por destruição ou por imaturidade.</p> <p>2. Anomalias nas vias excretoras.</p> <p>3. Alterações das glândulas acessórias.</p> <p>4. Anomalias diversas na ejaculação ou na inseminação.</p> <p>5. Defeitos estruturais ou morfológicos dos espermatozoides.</p>

Nesta linha, Leite, E.¹⁶ relata que:

A situação da esterilidade feminina (até o final do século XV era inadmissível a idéia de que pudesse ocorrer esterilidade masculina) não mudou muito, na Idade Média apenas, com a descoberta de novos elementos terapêuticos, procurava-se curar o mal, quer pelo emprego de rudimentar farmacopeia (chás, ervas), quer pelo recurso – ainda dominante – das medidas acientíficas: uso de metais e pedras preciosas, inovações religiosas, rituais, flagelações, etc.

Em contra partida, graças à evolução da biogenética, foram criadas e aperfeiçoadas as técnicas de R. A. Reforçando os conceitos, a Reprodução Artificial é o conjunto de técnicas, utilizadas por médicos especializados, que tem por principal objetivo tentar viabilizar a gestação em mulheres com dificuldade de engravidar. Nesse sentido Krell¹⁷ afirma que:

A reprodução humana assistida constitui um remédio terapêutico para combater o mal da infertilidade humana e, assim, realizam o postulado de se fazer o bem aos seres humanos; elas podem ser utilizadas desde que exista a probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave à saúde para o paciente ou possível descendente, consagrando o princípio da beneficência e não da maleficência.

Existem vários métodos de Inseminação Artificial, dentre os principais e mais utilizados pelos médicos – devido a garantirem melhor resultado – estão a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóide (ICSI), Transferência Intratubária de Gametas (GIFT), a Transferência Intratubária de Zigotos (ZIFT) e a Fertilização *In Vitro* (FIV). Importante para melhor compreender o tema é explicitar as características de cada um desses métodos de R.A.

A microinjecção intracitoplasmática de espermatozoides, hodiernamente conhecida por ISCI (sigla inglesa para *intracytoplasmicsperminjection*), foi introduzida em 1992. Consiste na introdução de um único espermatozóide no citoplasma do ovócito, através de um procedimento laboratorial com o uso de microagulhas. O procedimento ajuda a evitar a dificuldade do meio natural, em que o espermatozóide tem de penetrar a membrana do ovócito, para dar início ao processo

¹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 18.

¹⁷ KRELL, Olga Julbert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 43.

da fecundação. O método semelhante à fertilização *in vitro* é indicado normalmente para problemas de infertilidade masculina. Nas palavras de Roger¹⁸:

Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóide (ICSI) é um processo realizado em laboratório, através de microagulhas de apenas seis microns, chamada de *micropipeta*, onde se insere um espermatozóide no núcleo da célula ovária através de um processo artificial, e quando constatada a fecundação, é introduzido este óvulo fecundado no útero materno;

Utiliza-se essa técnica para sanar vários problemas de infertilidade masculina, a exemplo da oligozoospermia, vasectomia irreversível, problemas de formação e movimento dos espermatozoides, entre outros.

A *Gamete Intra Fallopian Transfer* (GIFT), nacionalmente conhecida como Transferência Intratubária de Gametas, é um processo pelo qual é transferido gametas (células sexuais masculinas e femininas) para a trompa de Falópio. Neste procedimento, a fertilização ocorre *in vivo*, ou seja, dentro do organismo da mulher e como se fosse uma atividade reprodutiva normal. Reforçando o entendimento, nela “os espermatozoides processados e os óvulos colhidos anteriormente por aspiração vaginal são transferidos diretamente para as trompas por laparoscopia”, como aduz Pessini¹⁹. O procedimento é semelhante à fertilização *in vitro*, porém nesta a fecundação ocorre numa placa de laboratório chamada de proveta, enquanto que na GIFT não há a união e manipulação dos gametas no laboratório, pois os mesmos são transferidos para o interior do organismo feminino, para que lá ocorra a fecundação.

Tangente à transferência intratubária de zigotos (ZIFT), que exprime a expressão em inglês *Zygote Intra Fallopian Transfer*, há de se observar que é uma técnica semelhante à GIFT. Nesta os gametas masculino e feminino são postos em contato, *in vitro*, em condições propícias à fusão. O zigoto ou zigotos resultantes são transferidos para o interior das trompas uterinas, através de sua inserção por procedimento médico, diretamente na trompa de Falópio. Nas sábias lições de Serafini²⁰:

¹⁸ ROGER, Abdelmassih. **Tudo por um bebê**. 2. ed. São Paulo: Globo, 1999.

¹⁹ PESSINI, Leocir. **Problemas atuais de bioética**. 8. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007. p. 297.

²⁰ SERAFINI, et. al. **O bê a ba da infertilidade**. 2. ed. São Paulo: Serono, 2000. p. 111.

Consiste na transferência de pronúcleo ou zigotos para as trompas de Falópio. Para a realização desse método, os óvulos são colhidos por aspiração transvaginal e fertilizados em tubos de ensaios. Os óvulos fertilizados no estágio de pronúcleos (indicadores laboratoriais de que ocorreu a fertilização normal) ou zigotos (óvulo fertilizado antes da divisão celular embrionária) são transportados para a trompa de Falópio, através da *videomicrolaparoscopia* ou *laparoscopia* convencional.

Insta salientar, que nos dois métodos supra relacionados há uma transferência intratubária, porém, na GIFT são transferidos os espermatozóides e o óvulo ao passo que, na ZIFT, o que é transferido é o zigoto, ou seja, a fusão entre o óvulo e o espermatozóide. Em ambos os procedimentos o material genético é inserido na trompa sob o mesmo procedimento médico, denominados *laparoscopia* ou *videomicrolaparoscopia*, mas, é transparente que na transferência de material genético em estado mais avançado, no caso a ZIFT, as chances de sucesso são maiores.

Dentre os métodos de R.A, a Fertilização ou Fecundação *In Vitro* (FIV) é a mais utilizada, porém é a mais complexa. Como já comentado, é bem semelhante mecanicamente com a ICSI, a única diferença é que em vez de utilizar-se microagulhas para fecundar o óvulo, é utilizado apenas um gameta masculino. Nesse procedimento, o material genético do casal é colhido, para que posteriormente a fecundação ocorra, fora do corpo da mulher, em tubos de ensaio ou proveta, daí a denominação bebê de proveta. Para Silva²¹ FIV é:

A técnica mediante a qual se reúne em um tubo de ensaio os gametas masculinos e femininos (espermatozoide e óvulos), em meio artificial apropriado que possibilite a fecundação ou a formação do ovo ou zigoto, o qual, já iniciada a reprodução celular, será implantado no interior do útero materno.

É a técnica em que mais se obtêm resultados positivos, em situações onde a fertilização artificial não pode solucionar, sendo indicada quando se detectam fatores masculinos que não permitem a fertilização apenas pela junção dos espermatozóides aos ovócitos por meio de cultura apropriada, como nos casos de

²¹ SILVA, Elaine Cristina da. **Temas polêmicos de direito de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003. p. 247.

obstrução tubária, mulheres que perderam as trompas ou que nasceram sem útero, contra doenças que provocam inflamações pélvicas, dentre outras causas.

Acerca do processo de transferência de embriões para o útero da mulher, que ocorre na FIV, o Conselho Federal de Medicina²², na Resolução 1.957/10, estabelece que “o número de embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro”. Não obstante, expressa limitações, no que tange à idade de cada mulher, determinando que: “Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: mulheres com até 35 anos: até dois embriões; mulheres entre 36 a 39 anos: até três embriões; mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões”.

Importa lembrar que, o descarte ou a destruição dos embriões entraria em confronto com a legislação legal, mais especificamente do artigo 225 parágrafo 1º da Constituição Federal²³, que versa acerca da preservação do patrimônio genético nacional. Logo, os embriões excedentes obrigatoriamente terão que ser congelados para que possam ser utilizados em técnicas de procriação artificial ou pesquisas científicas. Com efeito, a legislação nacional (Lei n. 11.105/05) permite a utilização dos embriões excedentes para fins de pesquisa, a exemplo das células tronco, desde que os mesmo estejam congelados há mais de três anos e que a utilização seja permitida pelos seus titulares.

Além dessas técnicas de Inseminação Artificial, outro método utilizado atualmente é a maternidade de substituição, que apesar de não ser considerada uma técnica de R.A, possibilita a procriação, podendo realizar-se com o uso de qualquer das técnicas anteriormente citadas. O presente trabalho científico está voltado especificamente para as técnicas de reprodução artificial, logo, o método supra será brevemente mencionado.

Após o prévio conhecimento dos métodos supracitados, é importante frisar que encontram respaldo legal (art. 226 § 7º da CF/88²⁴, princípio da dignidade da pessoa humana e paternidade responsável), desde que observados os parâmetros e regras éticas normais de saúde e segurança das clínicas especializadas que o

²² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.957/2010**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 02 mar. 2011.

²³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. **Vade mecum**: acadêmico de direito. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

²⁴ *Ibid.*

praticam. É necessária também a compreensão das duas formas pelas quais a fertilização artificial pode ocorrer: A homóloga e a heteróloga. A primeira ocorre quando o material genético utilizado para a inseminação artificial é o dos cônjuges, ou seja, o sêmen do marido e o óvulo da esposa; a segunda ocorre quando o material pertence à terceiro. Aduz corretamente Venosa²⁵ quando denomina “homóloga a inseminação proveniente do sêmen do marido ou do companheiro; heteróloga, quando proveniente de um estranho”. Nesse mesmo sentido, completa Cruz²⁶:

O sêmen pode ser do cônjuge ou do convivente da mulher, e uma vez introduzido no útero dá-se ao processo o nome de inseminação homóloga; e quando o sêmen é proveniente de terceiro, para mulher casada ou solteira, é chamado de fertilização heteróloga, que é indicado nos casos de doenças sexualmente transmissíveis.

Diante da polêmica que envolve a R.A heteróloga, será apenas abordada a forma homóloga no presente estudo.

A facilidade de armazenar e conservar material genético em clínicas especializadas, e, a escolha do momento que será gerado o bebê pode demorar anos, variando de acordo com a necessidade e/ou pretensão de quem o fez, podendo inclusive, ocorrer após a morte de um dos cônjuges. Quando ocorre após a morte do *de cuius* e é evidenciado que o casal almejava a concepção da criança, será denominado de fertilização artificial homóloga póstuma, tema central desse estudo, conforme ensina Albuquerque Filho²⁷:

As novas técnicas de inseminação artificial possibilitam, no entanto, a ocorrência material de filiação biológica após a morte do autor da sucessão, de modo que o homem ou a mulher que houver conservado material genético, esperma ou óvulo poderá possibilitar que terceiro, especialmente o cônjuge ou companheiro, utilize do mesmo após o seu falecimento.

²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. v. 6. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 229.

²⁶ CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da reprodução humana assistida**. São Paulo: SRS, 2008. p. 25.

²⁷ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**. Recife: ESMape, [2006?]. Disponível em: <http://www.esmape.com.br/download/mat_prof_a_maria_rita_7.doc>. Acesso em: 25 maio 2011.

Tal fato, apesar de cada vez mais comum atualmente, no Brasil ainda não existe legislação específica que o tutele, os únicos dispositivos existentes constam na Resolução n. 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina (CFM), e no Código Civil vigente no artigo 1.597, inciso III, aparato este meramente descritivo e ético. A notória complexidade deste assunto, e seu eminente desamparo legal, vêm provocando diversas discussões no meio jurídico. Com o intuito de solucionar a problemática, diversos doutrinadores tem estudado o tema a fundo, e apresentado seus entendimentos. Como todo assunto polêmico, naturalmente haverá divergências de entendimento, assim, segundo o aponta Aguiar²⁸ “[...] no que se refere aos direitos da fecundação *post mortem* a doutrina se divide em três correntes: excludente, relativamente excludente e inclusiva”. Tais correntes serão oportunamente estudadas em capítulo próprio.

Quando comparado em plano internacional, constata-se que o Brasil está atrasado em relação a tantos. Em muitos a fertilização artificial póstuma de caráter homóloga já é tutelada por suas legislações há mais de 10 anos.

Observa-se inicialmente que as normas que regem o processo sucessório no ordenamento jurídico brasileiro não foram elaboradas vislumbrando a ocorrência de uma fecundação póstuma. Por hora, fiquemos com o entendimento de que a legislação que objetiva tutelar os reflexos sucessórios da fertilização artificial póstuma encontra-se em conflito interno, tanto de princípios, textos legais, e até mesmo tratados internacionais. Existem projetos de leis visando tutelar o tema, porém, enfrentam processo burocrático e não há previsão de quando entrarão em vigor.

²⁸ AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 117.

3 DO DIREITO SUCESSÓRIO

A sucessão *causa mortis* traz em seu âmago inter-relação especial com o direito de família, na verdade, o Estado ao atribuir interesse público ao processo sucessório o fez como forma de garantir a defesa da entidade familiar.

Não é possível o afastamento daqueles dos herdeiros tratados como necessários dos benefícios da sucessão *causa mortis*, nem mesmo por expressa determinação feita em vida pelo autor da herança, ressalvada as hipóteses de exclusão e deserdação do indivíduo, tal regra trata-se, pois, de reflexo da tutela familiar no direito sucessório.

A bem pouco tempo o casamento funcionava como conceito inerente a ideia de família, contudo os novos valores e anseios sociais relativizaram o rigor desse preceito. O surgimento de núcleos tipicamente familiares separados da noção tradicional, como as uniões entre pessoas do mesmo sexo, incitaram calorosas discussões que culminaram numa verdadeira revolução de bases no Direito de Família.

Atualmente, o núcleo familiar é interpretado sob o prisma da afetividade que nutre a união entre os seus componentes, os casados, ou quem viva sob o manto da união estável (inclusive os homossexuais), portanto, estão abarcadas pelas garantias sucessórias.

Cumprido, desde logo, ressaltar a importância da atuação jurisprudencial nessas mudanças, após a “reforma do judiciário” implementada pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que conferiu ao Supremo Tribunal Federal a liberdade de complementar a lei escrita, passando a condição de verdadeira fonte do Direito, este tem executado a tarefa de articular o direito positivo com os novos reclames da justiça.

Foi através da atuação jurisprudencial que se estendeu os efeitos da união estável às relações homoafetivas, bem como a própria delimitação do conceito de união estável.

Mesmo com toda evolução no campo sucessório e familiar, o Direito brasileiro ainda está alheio às tecnologias relacionadas com a fecundação homóloga *post mortem*, nem mesmo os tribunais tem firmado posição a esse respeito,

ignorando os interesses sucessórios dos seres humanos havidos destas técnicas de reprodução, causando verdadeira perplexidade nos operadores do direito.

A rigor, o Direito de Herança é garantia fundamental presente no artigo 5º, XXX da Constituição Federal²⁹, e como todo preceito constitucional deve ser interpretado pelo seu sentido material. Levando em consideração a inegável relação de família existente entre o filho que advém após a morte do seu genitor, e o *de cujus*, surge a necessidade de se implementar, com urgência, dispositivos que supram a dita lacuna técnica na lei civil.

Nesta oportunidade, serão tecidos comentários sobre os procedimentos sucessórios adotados atualmente na legislação civil brasileira, suas vicissitudes e peculiaridades.

3.1 SUCESSÃO: CONCEITO, ABERTURA E TRANSMISSÃO DA HERANÇA

O termo sucessão, tomado em aspecto mais amplo, é empregado para caracterizar o processo em que uma pessoa transfere a titularidade de determinada situação jurídica para outra, na verdade, “a idéia de sucessão se revela na permanência de uma relação de direito, que perdura e subsiste a despeito da mudança dos respectivos titulares”, conforme ensina Gonçalves³⁰.

Pode se afirmar, sem maiores indagações, que se trata de um fenômeno corriqueiro na dinâmica das relações civis, ocorre no âmbito obrigacional, quando na compra e venda o comprador sucede o vendedor, ou na seara real, pela tradição da coisa, entre outras hipóteses no íterim dos vários ramos do Direito Civil, casos em que se registra a sucessão na modalidade *inter vivos*.

Contudo, sucessão vista sob o aspecto estrito, designa o complexo de normas que atribuem a um indivíduo, ou um grupo determinado, a faculdade de

²⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. **Vade mecum:** acadêmico de direito. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.19.

recolher os bens da herança da pessoa natural após a ocorrência do evento morte desta, compreendendo os seus direitos e encargos. Assim, a lição Bianco³¹:

A idéia de sucessão sugere, genericamente, a de transmissão de bens, pois implica a existência de um adquirente de valores, que substitui o antigo titular. Assim, em tese, a sucessão pode operar-se a título gratuito ou oneroso, *inter vivos* ou *causa mortis*. Todavia, quando se fala em direito das sucessões entende-se apenas a transmissão em decorrência de morte, excluindo-se, portanto, do alcance da expressão, a transmissão de bens por ato entre vivos.

Trata-se da sucessão *causa mortis*, fato jurídico que goza de trato em capítulo próprio do Código Civil, que discrimina as espécies de sucessão e sucessores, e a lei processual descreve de procedimento especial para o aperfeiçoamento desta modalidade de sucessão.

O interesse estatal pela sucessão *causa mortis* vem de épocas remotas, há registros de normas sucessórias na Grécia Clássica, também na Índia na mesma época, regramento este fundado em práticas religiosas e consuetudinárias. Todavia, a disciplina só ganhou traços nitidamente jurídicos a partir da Lei das XII Tábuas, vigente em Roma, aonde caso o *pater familias* viesse a falecer sem deixar testamento sua sucessão se daria segundo procedimento determinado pelo Estado.

O direito sucessório amadureceu junto com a noção de patrimônio, que atualmente é visto como uma projeção econômica da personalidade do seu titular, e após sua morte deve cumprir com as obrigações assumidas por ele, bem como seguir sua vontade, na medida em que esta possa ser interpretada. De acordo com Gonçalves³², a sucessão sob esse prisma é uma forma de dar continuidade a vida humana através das várias gerações, contudo, é de se ressaltar que a vida humana segue independentemente da sucessão civil, pois conforme assevera Monteiro³³, esta é apenas um reflexo jurídico patrimonial dessa continuidade.

A transmissão do patrimônio da pessoa natural para sua prole é uma conseqüência lógica do direito de propriedade, que tem entre suas características

³¹ BIANCO, Tatiani. **Os direitos sucessórios na união estável**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2537>. Acesso em: 21 out. 2011.

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25.

³³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. v. 2. 36. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 3.

essenciais o fato de nascer para perpetuidade, pois conforme ensina o mesmo doutrinador³⁴, “projeta-se além da morte do autor da herança, conjugado ou não com o direito de família”, onde os vínculos de sangue e a vontade do titular é quem direcionam o destino do domínio sobre seus bens. Kipp citado por Gonçalves³⁵ entende ser necessária a sucessão *causa mortis* nesses moldes, pois, de modo diverso haveria desintegração do conceito de propriedade, convertendo-o em mero usufruto vitalício.

Os jusnaturalistas fazem duras críticas a esta forma positivada no ordenamento de sucessão *causa mortis*, atribuem a ela a pecha do enriquecimento sem causa dos beneficiários, já que estes não colaboraram com a construção das riquezas acrescidas. Críticas corroboradas pelos socialistas, que acrescentam que após a morte do titular seus bens deveriam ser revertidos em prol do Estado e utilizados para o bem de toda comunidade.

Em contrapartida às filosofias supracitadas, há a corrente amplamente majoritária, que adorna a maior parte dos ordenamentos jurídicos do mundo, inclusive o brasileiro, onde a liberdade de opinar no destino que tomarão os bens pessoais após a morte funciona como estímulo ao trabalho do ser humano, consiste no poder de propiciar bem-estar para aqueles com quem o titular do patrimônio manteve, em vida, laços de sangue e de afetividade, não podendo ser abolido.

A própria Constituição Federal cuidou em definir a natureza jurídica de direito fundamental ao direito de herança (art. 5º, XXX), regramento complementado pelo Código Civil. O novo diploma civilista, que substituiu o Código de Beviláqua, veio com uma série de modificações em relação ao Direito Sucessório.

Na verdade, mudanças foram necessárias para articular a lei aos novos costumes e valores sociais, não sendo mais crível a adoção da mesma visão estreita que emprestava o texto de 1916.

A guisa de ilustração pode ser citado a inclusão do cônjuge sobrevivente no rol de sucessores necessários, concorrendo, inclusive, com os descendentes, ou ascendentes, onde, no diploma revogado, ocupava a condição de herdeiro legítimo facultativo, no terceiro escalão da ordem sucessória. Também houve a supressão de

³⁴ *Ibid.* p. 7-8.

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27.

qualquer diferença entre filhos, sejam eles legítimos ou adotivos, tema que será retomado em momento oportuno neste trabalho.

Quanto a transmissão da herança, o Código Civil³⁶, em seu art. 1.784, aduz que os bens do *de cuius* são transmitidos aos herdeiros logo após a abertura da sucessão, abertura essa que se dá imediatamente após o término da existência da pessoa autora da herança, ou seja, que acontece com sua morte. Tal regra é tida como ficção legal, evita que o patrimônio flutue sem titular, cumpre desde logo advertir que, a sucessão *causa mortis* só ocorre com a morte natural, não se podendo falar em herança de pessoa viva.

Contudo, quando a pessoa for declarada ausente, nos termos dos artigos 26 e seguintes do Código Civil, ou por qualquer outro motivo tiver seu óbito presumido (em decorrência de situação extrema, que carregue fortes indícios que o óbito tenha ocorrido), pode vir a ser aberta sua sucessão. Salvo essas hipóteses, enquanto o autor estiver vivo, é vetada a sucessão deste. O ausente é a pessoa que abandona seu domicílio sem deixar administrador dos bens, nem registros sobre seu paradeiro, o legislador, apesar de dar abertura para sucessão do ausente, optou pela cautela, e conferiu alguma proteção ao seu patrimônio pelo período em que não se podem conferir efeitos definitivos a presunção de óbito.

Por ser interesse público a conservação dos bens do ausente, o magistrado deve determinar medidas para efetivá-la, em conformidade com os artigos 22 a 28 do diploma civil em comento³⁷, contudo, prolongando-se a ausência a proteção se volta para os herdeiros e é aberta a sucessão provisória, perdurando a ausência abre-se a sucessão definitiva.

Não existe no ordenamento pátrio o instituto da morte civil, presente em época pretérita no Direito Romano, a morte que gera efeito sucessório é estritamente a natural (que numa definição sincrética, em termos médicos, é a cessação das funções vitais) ou a presumida.

Como esclarece Gonçalves³⁸, "é indispensável, em regra, para que se possa ser considerada aberta a sucessão de uma pessoa a prova de sua morte real,

³⁶ BRASIL. Código civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum**: acadêmico de direito. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34.

mediante a apresentação do atestado de óbito”, ou que se encerre os prazos legais estabelecidos para a presunção de óbito do autor da herança.

Após o evento morte da pessoa natural, havendo herdeiros, a transmissão se dá segundo a ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829 do Código Civil³⁹, na falta de herdeiros, a universalidade do patrimônio do *de cujus* pertencerá ao município, o Distrito Federal ou a União, conforme o local onde estejam localizados os bens, conforme art. 1.844 do mesmo código⁴⁰.

Em suma, a morte do autor da herança, a abertura da sucessão e a transmissão dos bens ocorrem concomitantemente, por força da ficção legal, na prática, todavia, o beneficiário tem de aceitar a sua fração ideal do acervo hereditário (ou todo ele conforme o caso), podendo também repudiá-lo.

Abertura da sucessão e transmissão automática dos bens por força da lei é determinado pelo princípio da *saisine*, fenômeno tratado por parte dos estudiosos como simples delação ou devolução da herança, e atinge desde logo os beneficiários, regra que vale de pleno direito para os herdeiros. Os legatários, por seu turno, investem-se na propriedade dos bens infungíveis desde a abertura da sucessão, contudo, sobre os fungíveis só terá o domínio findo o processo de partilha.

Tal deferimento imediato do patrimônio em prol dos herdeiros é feito como um todo unitário, mesmo que muitos sejam os beneficiários, e regra-se, até a definição da partilha, pelas regras do condomínio, conforme o art. 1.791, parágrafo único, do Código Civil⁴¹.

Segundo as regras da *saisine* a sucessão se processará conforme a normatização legal vigente a época da abertura da sucessão, bem como o imposto *causa mortis* é devido segundo a alíquota estabelecida à mesma data, de acordo com a Súmula nº 212 do Superior Tribunal Federal⁴², o que implica dizer que se a abertura ocorreu antes da Constituição Federal de 1988, não serão aproveitadas os novos regramentos trazidos com sua promulgação, por exemplo, os filhos adotivos

³⁹ BRASIL. Código civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum**: acadêmico de direito. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² BRASIL. Súmula nº 212 do Superior Tribunal Federal. **Vade mecum**: acadêmico de direito. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

do *de cuius* que já tinha filhos naturais, na esteira da lei revogada, nada receberão a título de sucessão legítima.

Outro fundamento relevante que se extrai do princípio da *saisine* é que, o herdeiro que sobrevive depois da morte do *de cuius*, ainda que por um instante, vindo logo depois a falecer, aproveita os efeitos da transmissão do acervo hereditário, e mesmo sem aceitá-lo, poderá transmitir a seus sucessores.

3.2 DA LEGITIMAÇÃO PARA SUCEDER: REGRA GERAL E EXCEÇÕES

A regra diz que basta estar vivo ou pelo menos concebido (caso em que surge expectativa de direito), e ter o parentesco com o *de cuius*, para que se diga que a pessoa tem capacidade para sucessão, juízo este feito ao tempo da abertura da sucessão. Portanto, não se transmite a herança para pessoa que não existe, ou já falecida, ou ficticiamente criada e imaginada. A capacidade sucessória é a aptidão para ser herdeiro, a condição pessoal para se revestir da qualidade de herdeiro, ou seja, para receber a herança, a condição para ser titular do direito hereditário invocado, segundo assevera Leite, G.⁴³.

Essa assertiva é justamente o que dá interesse científico a esta pesquisa, não se pode transmitir herança para um ser não concebido. A lei civil muito embora seja atual não abarca os modernos procedimentos médicos capazes de projetar um filho após a morte do genitor, motivo pelo qual os seres humanos frutos de fecundação homologa *post mortem*, não estão amparados pelas garantias sucessórias.

Como preleciona a mesma autora "A capacidade sucessória é translativa, e verificada sempre em relação à pessoa e ao falecido, ou seja, será analisada a aptidão ao exercício do direito sucessório da pessoa em face de determinada herança"⁴⁴.

⁴³ LEITE, Gisele. **Esclarecimentos sobre exclusão do direito sucessório por indignidade e deserdação**. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/41783>>. Acesso em: 28 out. 2011.

⁴⁴ *Ibid.*

Diferente do que ocorre na deserdação e na exclusão, em que há fatos concretos que afastam os sucessores legítimos do processo sucessório, os indivíduos que são concebidos pós morte, muito embora mantenham o vínculo de parentesco indistinto dos filhos havidos durante a vida do autor da herança, estão desde o nascimento privados de sua capacidade sucessória.

3.3 ESPÉCIES DE SUCESSÃO E SUCESSORES

A lei civil⁴⁵ disciplina a sucessão *causa mortis* em quatro títulos, respectivamente: sucessão em geral, sucessão legítima, sucessão testamentária, do inventário e partilha.

A parte concernente a sucessão em geral diz respeito ao procedimento de administração da herança, trata da vocação hereditária, das formas de aceitação e renúncia do acervo hereditário, também dos excluídos da sucessão, herança jacente e por fim, petição de herança.

A herança, antes de encerrada a partilha, é transmitida aos herdeiros como um todo indivisível. O Código Civil⁴⁶ no art. 80, inciso II eleva o direito à sucessão aberta ao status de bem imóvel, não importando se o patrimônio em seu ínterim for composto por bens móveis.

Quanto à ordem de vocação hereditária, tratada na sucessão em geral, aduz o Código que, estão legitimadas a suceder as pessoas nascidas, ou pelo menos já concebidas no momento da morte do autor da herança, contudo, só lhe será deferida a parte que lhe cabe no acervo (incluindo frutos e rendimentos) se chegar nascer com vida.

Podem ser chamados a suceder, por ato de última vontade, os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo *de cuius* em testamento, desde que estas estejam vivas quando da abertura da sucessão. Casos em que, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

⁴⁵ BRASIL. Código civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum**: acadêmico de direito. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

⁴⁶ *Ibid.*

Decorridos dois anos contados a partir da morte do autor da herança, e não sendo concebido o herdeiro esperado, os bens reservados a eles caberão aos herdeiros legítimos, salvo o testador tenha determinado o contrário.

Ainda podem vir a serem chamadas a suceder pessoas jurídicas, inclusive aquelas cuja organização for determinada pelo autor da herança em testamento, sob a forma de fundação.

Não podem ser beneficiadas como herdeiros ou legatários as seguintes pessoas: aquele que a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos, as testemunhas do testamento, nem o tabelião seja o civil ou o militar ou o comandante ou o escrivão, assim como aquele que fizer ou aprovar o testamento especial. Determina o Código Civil de 2002⁴⁷, ainda, em seu Art. 1.802, que “São nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa” e complementa com o parágrafo único “Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder.”.

Não pode ser contemplado o concubino do autor da herança, quando casado (salvo estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos). Contudo, é possível testar bens ao filho do concubino, desde que também seja do testador.

A aceitação da herança é o ato que torna definitiva a transmissão aos herdeiros. Transmissão esta que não se verifica caso o herdeiro venha a renunciá-la. A aceitação pode ser expressa ou tácita, a renúncia será sempre expressa. A renúncia ou a aceitação são atos irrevogáveis.

A aceitação expressa perfaz-se através de declaração escrita; quando tácita resulta de atos próprios da qualidade de herdeiro, como por exemplo, ensina Sander⁴⁸ que o herdeiro “intervém no inventário habilitando-se ou manifestando-se sobre os atos processuais, administrando os bens da herança, ou promovendo melhoria em imóveis”, contudo, os atos oficiosos (funeral do finado, e ações meramente conservatórias, ou os de administração e guarda provisórias) não

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ SANDER, Tatiane. **Considerações sobre a aceitação da herança**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=705>>. Acesso em: 27 out. 2011.

qualificam a aceitação, também não importa aceitação, a cessão gratuita, pura e simples, da herança aos demais co-herdeiros.

A renúncia da herança deve, necessariamente, constar de instrumento público ou termo judicial. Os demais herdeiros, ou qualquer interessado, poderão requerer ao juízo onde tramite o processo de inventário que determine um prazo razoável não superior a trinta dias, para que se pronuncie o herdeiro silente, caso não acuda ao apelo judicial, haverá por aceita a herança.

O ato de aceitar ou renunciar a herança não pode ser feito parcialmente, sob condição ou a termo, contudo, o herdeiro que, na mesma sucessão, é chamado a mais de um quinhão hereditário, sob títulos diversos, pode escolher qual aceita, ou renuncia. Cumpre advertir, desde logo que, uma vez praticada a renuncia, os sucessores do renunciante não poderão representá-lo.

Do mesmo modo, quem for beneficiado por legados e herança na mesma sucessão, poderá aceitar o primeiro, repudiando a segunda, ou vice versa, a vedação diz respeito a aceitar ou renunciar mero percentual de quinhão ideal.

Quando se trata de sucessão legítima, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da mesma classe hereditária, sendo ele o único de sua classe, passa aos herdeiros pertencentes a classe subsequente.

Se a renuncia é praticada com o intuito de prejudicar credores, os interessados poderão se habilitar no processo e, com autorização do juiz, praticar a aceitação em nome do renunciante. Cumpridas as suas obrigações civis, prevalecerão os efeitos da renúncia quanto ao que restar de seu quinhão hereditário, que será devolvido aos demais herdeiros, segundo as regras suso tratadas.

O legislador enumerou situações em que o herdeiro ou legatário deixará de figurar como beneficiário da herança, por ser considerado indigno, devendo ser excluídos do processo sucessório por meio de sentença judicial, onde uma vez reconhecida a indignidade do sucessor, é como se morto estivesse.

O Código coloca como causa de indignidade as seguintes situações: a) se for comprovada autoria ou coautoria, ou mesmo mera participação em homicídio doloso, consumado ou tentado, contra o autor da herança, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; b) o cometimento de crime contra a honra do de cujus, ou de seu cônjuge ou companheiro; c) ainda, quando restar provado que o herdeiro fazendo uso de violência, ou qualquer meio fraudulento,

tenha obstado o testador de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Os efeitos da exclusão não afetam os descendentes do herdeiro excluído, como já dito supra, estes irão perceber a parte do acervo hereditário do excluído como se morto estivesse a época da aberturada sucessão, e fica vedado ao excluído a administração ou o usufruto dos bens que forem percebidos pelos seus sucessores, vedada também a sucessão eventual desses bens no futuro.

A parte geral das normas concernentes a sucessão define, também, o que é herança jacente: situação em que o falecido não deixou testamento, nem possui herdeiro legítimo notoriamente conhecido onde depois de arrecadados os bens da herança, ficarão sob a guarda de um curador, até que se determine sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância, conforme art. 1.819, CC⁴⁹.

Uma vez arrecadada toda a universalidade do patrimônio do *de cujus*, finalizado o inventário, devem ser convocados seus herdeiros por editais, na forma da lei processual, para no prazo de um ano habilitarem-se na sucessão, sob pena de ser decretada a herança vacante. Nesta oportunidade faz-se imprescindível destacar a redação do art. 1.823: "Quando todos os chamados a suceder renunciarem à herança, será esta desde logo declarada vacante"⁵⁰.

Depois de decorridos cinco anos da morte da pessoa sem habilitação de sucessores, os bens arrecadados passam para esfera de domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nestas circunscrições, ou para a União, se situados em território federal.

A petição de herança corresponde a última sessão da sucessão em geral, é a forma de reclamar o direito de recolher a parte cabível da herança, contra quem (herdeiro ou não) esteja na posse dela.

A Sucessão Legítima é uma forma encontrada pelo legislador de proteger os elos familiares, inclusive do próprio autor da herança, de forma que nem este possa restringir as benesses hereditárias de seus descendentes. Interessa diretamente a este trabalho, pois a lei, como se verá adiante, restringe o direito hereditário a quem

⁴⁹ BRASIL. Código civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Vade mecum*: acadêmico de direito. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

⁵⁰ *Ibid.*

já esteja concebido no momento da abertura da sucessão, não contemplando os filhos havidos após a morte do autor da herança.

Trata o título referente à sucessão legítima da ordem de vocação hereditária, complementado a disciplina feita na parte geral, além dos herdeiros necessários e do direito de representação.

A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem de preferência, segundo o artigo 1829 do Código Civil, e seus incisos: primeiro são contemplados os descendentes, em seguida aos ascendentes, ambos em concorrência com o cônjuge sobrevivente, em seguida é citado o próprio cônjuge sobrevivente (só cabe direito hereditário ao cônjuge se na data da abertura da sucessão o casal não estivesse separado judicialmente, ou separado de fato a mais de seis anos), e por fim, os colaterais.

Segundo o art. 1.845, CC⁵¹, são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge sobrevivente, a quem são reservados, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

O calculo desta parcela é feito sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação. Cumpre ressaltar que é vedado o estabelecimento de cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, que eventualmente possa surgir do testamento do autor da herança, que só serão valerão se demonstrada justa causa para tanto.

Ressalvado o cônjuge que concorre com os as demais classes de sucessores, a existência de um sucessor preferencial exclui os demais na legítima. Isso quer dizer que, havendo descendentes mais próximos vivos a época da abertura da sucessão, excluem os mais remotos, da mesma forma com os ascendentes.

É assegurado ao cônjuge sobrevivente, em qualquer regime de bens, o direito real de habitação no imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar, e caberá a este quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça. Se concorrer com os ascendentes do de cujus, sua quota não poderá ser inferior ao equivalente a um quarto da herança.

⁵¹ *Ibid.*

Quando se tratam de transferência da herança para os descendentes, estes herdam por cabeça ou por estirpe. Quem herda por cabeça diz-se que o faz por direito próprio, a lei contempla o próprio beneficiário no processo sucessório. Contudo, quem herda por estirpe, substitui herdeiro originário, funcionando como seu representante, por tal razão são também chamados de herdeiros por representação, cumpre, desde logo, alertar que direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente.

Quando a transmissão se dá apenas para um grupo de descendentes da mesma classe, que afastam os demais, por exemplo, apenas os filhos do de cujus recolhem a herança, diz-se que herdam por cabeça, a todos cabem quinhões iguais.

Já no caso em que, no momento da abertura da sucessão, um dos filhos do autor da herança já tenha falecido, deixando sucessores na linha reta descendente (filhos ou netos, por exemplo), estes herdarão o que cabia ao herdeiro originário por estirpe, representando seu ascendente.

Caso inexistam as linhas de herdeiros preferenciais (descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente), serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau, se de forma diversa o autor não tenha disposto em testamento, onde os colaterais mais próximos excluem os mais remotos, ressalvados os filhos de irmãos, que herdam por representação. Caso concorrerem à herança somente filhos de irmãos falecidos, estes herdarão por cabeça.

O Código Civil dá tratamento diferenciado a irmãos bilaterais e unilaterais, onde cada dos primeiros herdará metade do que os segundos herdar, em não concorrendo irmão bilateral na sucessão, herdarão em partes iguais os unilaterais. A concorrência entre filhos de irmãos bilaterais com filhos de irmãos unilaterais se dará com os segundos herdando a metade do que herdarem os primeiros.

A sucessão testamentária é aquela cuja transmissão dos bens da herança se dá por disposição de última vontade, obedecendo as formalidades legais, observadas as normas *ius cogens*, tais como a Lei que vigora ao tempo da abertura da sucessão, que rege a capacidade testamentária ativa e passiva, bem como a eficácia jurídica nas disposições testamentárias.

A sucessão testamentária está limitada a metade do patrimônio do de cujus, caso existam herdeiros necessários no momento da abertura da sucessão, a não ser que sejam deserdados ou excluídos por indignidade, e são válidas as disposições

testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

O ato de testar é personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável, aonde se pode dispor, total ou parcialmente, do patrimônio para depois da morte, sendo exigida do testador capacidade testamentária ativa, sob as seguintes condições: ser maior de 16 anos, estar em seu juízo perfeito, além de poder exprimir com clareza sua vontade (os surdos-mudos que não puderem exprimir sua vontade, por exemplo, não tem capacidade testamentária ativa).

A incapacidade superveniente a feitura do testamento não invalida seus termos, da mesma forma que a aquisição da capacidade ativa para testar, em momento posterior a feitura ato nulo pela incapacidade, não o convalida.

Fala-se também de capacidade testamentária passiva, são incapazes para recolher herança os não concebidos até a morte do testador (salvo se a disposição testamentária se referir à prole eventual), também as pessoas jurídicas do direito público externo, também os deserdados, situação que surge do testamento através da expressa declaração da causa pelo de cujos.

Para o aperfeiçoamento da deserdação é exigido testamento válido, fundamentação em causa prevista em lei e comprovação da veracidade do motivo alegado pelo testador, e gera a substituição do deserdado pelos seus descendentes, como se ele morto fosse.

A não comprovação do motivo determinante da deserdação mantém o herdeiro entre os beneficiados pela legítima, além de não afetar o restante das disposições testamentárias válidas. O testador pode, perfeitamente, perdoar o deserdado, desde que revogue o testamento que contem a determinação e seus motivos.

Existem várias formas de testamento admitidas em lei, que não cabe uma análise aprofundada por oportunidade deste trabalho, serão comentados sumamente. A lei divide as ditas formas em dois gêneros, os ordinários, e os especiais, respectivamente subdivididos nas espécies, público, o particular e cerrado; e marítimo, o militar e aeronáutico.

Há também a previsão de um instrumento que tem efeitos similares ao testamento, mas que não compartilha das mesmas solenidades exigidas na lei, o chamado codicilo.

Testamento público é lavrado em livro próprio de notas, contendo as disposições de última vontade do testador, tomadas a termo verbalmente, em língua nacional, perante escrivão oficial na presença de cinco testemunhas idôneas ou desimpedidas.

Testamento cerrado é elaborado em sigilo, assinado pelo testador ou por alguém a seu rogo, acompanhado por instrumento de aprovação emitido por oficial público na presença de cinco testemunhas.

Testamento particular, por sua vez, é confeccionado e assinado pelo próprio testador, devendo ser lido em voz alta perante cinco testemunhas, que, ato contínuo, também o assinam.

Testamento marítimo é espécie de testamento especial, consistindo no ato de última vontade feita a bordo dos navios de guerra ou mercantes, em alto-mar, contendo solenidades próprias, similares as do testamento público ou ao testamento cerrado.

Testamento militar funciona nas situações em que o testador estando a serviço do exército em campanha, dentro ou fora do país, ou em praça sitiada ou com as comunicações cortadas, passa a dispor de seu acervo hereditário disponível caso venha a falecer.

O testamento aeronáutico é confeccionado no interior de aeronave de guerra, mercantes, ou mesmo de transporte, vedada sua feitura caso a aeronave esteja no solo, funciona quando houver fundado risco que a aeronave chegue a cair.

O codicilo, segundo Lima⁵²:

É um ato de última vontade pelo qual o disponente traça diretrizes sobre os assuntos pouco importantes, despesas e dívidas de pequeno valor. Contém disposições especiais sobre o próprio enterro, esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou de forma indeterminada, aos pobres de certo lugar legado de móveis, roupas ou jóias, não muito valiosas, de uso pessoal do codicilante (art.188 NCC). O critério avaliatório é subjetivo e leva em consideração ao status sócio-econômico do codicilante.

Para as tratadas espécies de sucessão, correspondem certas categorias de herdeiros relevadas pela doutrina em geral. Quanto a sucessão legítima surge a

⁵² LIMA, Aline Barbosa Garcia de. **Codicilo**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5073>. Acesso em: 28 out. 2011.

figura do herdeiro universal, que é o indivíduo que tem direito a fração ideal dos bens, ou que recolhe sozinho toda o acervo hereditário.

O sucessor, nesse caso, funciona como substituto direto do *de cujus*, devendo destinar o patrimônio ao cumprimento dos encargos assumidos pelo titular originário como se vivo estivesse, para só depois acrescer, de fato, o acervo hereditário a seu patrimônio, dele podendo dispor livremente.

A cessão da alíquota hereditária pelo herdeiro a título universal é possível, todavia, este não pode negociar bem determinado, haja vista ser indeterminado a parte do acervo que irá recolher, até que seja findo o procedimento da partilha.

Quando o autor da herança nomeia sucessor por meio de ato de última vontade, os beneficiários são chamados de sucessores singulares, justamente por estar identificados pelo próprio testador quais são os benefícios deverão ser recolhidos nesta espécie.

Os beneficiados pela sucessão singular são divididos em duas espécies: o testamentário e o legatário, o primeiro é contemplado por fração ideal da parte disponível da herança, sem individualização de bens; o segundo é aquele que percebe coisa ou valor determinado.

Quando o bem legado for infungível é imediata a incorporação deste ao patrimônio do beneficiário, quando fungível o recolhimento só ocorre finda a partilha, em relação a posse, em um ou em outro caso, o legatário pode requerê-la aos herdeiros, quando aberta a sucessão, mas só será garantida a sua imissão após a verificação da solvência do espólio.

E, por fim, o herdeiro aparente é aquele que ostenta a qualidade de herdeiro, mas, na realidade, não o é. Os atos praticados pelo herdeiro aparente são válidos quando dirigidos a terceiro de boa-fé, é a regra do art. 1.817 do CC. O herdeiro aparente fica obrigado a indenizar os demais herdeiros pelos prejuízos causados com seus atos.

4 FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA PÓSTUMA E O DIREITO SUCESSÓRIO

Em decorrência dos avanços médico-científicos, é notória a iminente difusão da Reprodução assistida e de suas diversas técnicas, que gradativamente tornam-se mais seguras e efetivas. Esta constante evolução vêm trazendo a tona uma preocupação cada vez maior no tocante aos aspectos éticos, culturais, filosóficos e religiosos que envolvem o tema. Diante da magnitude do problema, é inadmissível não haver até a presente data um disciplinamento tutelar legislativo que proteja a sociedade de eventuais problemas que possam ocorrer em virtude da utilização de tais métodos.

No Brasil, é considerável o número de notícias vinculadas na imprensa acerca dos abusos que vêm ocorrendo com a utilização das técnicas de reprodução assistida. A tutela superficial feita pela resolução do CFM acarreta efeitos apenas em via administrativa, e quanto à previsão legal contida no CC e na lei de biossegurança, constata-se uma insuficiente disciplinar, haja vista a importância e extensão da problemática. Logo, observa-se que estão à mercê da vulnerabilidade as pessoas que enfrentam ou irão enfrentar problemas que envolvam o procedimento de reprodução medicamente assistida.

As poucas tentativas de sanar o problema do disciplinamento legal, mais especificamente os Projetos Lei que serão mencionadas a diante, enfrentam problemas de cunho burocrático para sua entrada em vigor e, muitos já caducam, logo, encontram-se incompletos e ou já desatualizadas. E, como já mencionado, ainda são escassas as obras jurisprudenciais e doutrinárias esclarecedoras desta questão.

Enfim, é notório que a temática permanece sem disciplina e, portanto, sem solução, sendo de suma importância a reformulação e complementação das normas existentes com a criação de uma lei especial ou com a inserção de novos dispositivos no Código Civil.

4.1 REPRODUÇÃO ASSISTIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil Brasileiro de 1916 elencava somente duas formas de reprodução concernentes à filiação. Logo, como se observa a seguir, a limitação era somente taxativa:

Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento: I – os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339); II – os nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação⁵³.

Foi mantido pelo Código Civil de 2002 o inciso I do artigo supracitado, porém, as demais disposições que completam o art. 1597 referem-se à presunção de paternidade de filhos resultantes de fecundação artificial e até mesmo de fecundação artificial homóloga póstuma, sendo ampliando significativamente o rol de presunções. Resta observar que, mesmo com o esforço do legislador, foi insuficiente a adição dos incisos III, IV e V do mencionado artigo, acabando por aditar dúvidas sem respostas quanto aos direitos produzidos pela inovação legislativa, haja vista a amplitude do tema e a velocidade em que vem se desenvolvendo.

É notório que os últimos três incisos do art. 1597 do CC tentam disciplinar especificamente as formas de reprodução artificial, tratando primeiro da reprodução de caráter homóloga, mesmo que falecido o cônjuge. A posteriori, trata dos embriões excedentários, caso que só pode ocorrer se tiver havido anteriormente a fertilização *in vitro*, e dessa fertilização restado alguns embriões, que posteriormente ficariam a disposição de alguma técnica de fecundação artificial. Por último, trata da forma de reprodução artificial heteróloga, realizada com sêmen de terceiro, mediante prévia autorização do marido.

Insta salientar que, por mais que o dispositivo em tela não se refira ao casamento, por força do disposto no art. 226 da Constituição Federal, as regras devem ser adotadas também às hipóteses de união estável, reconhecida como

⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Novo código civil**: texto comparado: código civil de 2002, código civil de 1916. p. 412.

entidade familiar. O CC de 2002 não tratou também da problemática nas hipóteses de gestação por substituição, mesmo sendo previsto na Resolução n. 1.358 do Conselho Federal de Medicina, que disciplina a matéria desde 1992.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma significativa alteração no Direito de Família, estatuidando uma nova nomenclatura a entidade familiar, isto para fins de proteção Estatal. O disciplinamento legal de âmbito familiar está previsto no título VIII, capítulo VII da Carta Magna, e sua principal inovação foi a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Compreendia-se por "legítimo" a consanguinidade entre filhos de pessoas unidas pelos laços do casamento, e "ilegítimo" quando resultante de relações extramatrimoniais.

Importante frisar também que na Constituição Federal de 88 também é reconhecido o direito à reprodução, quando trata do respeito ao direito à vida, o incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento científico, além de ainda, no título VIII, capítulo VII, estabelecer que compete ao casal a livre decisão quanto ao planejamento familiar.

4.2 A FILIAÇÃO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA PÓSTUMA EM RELAÇÃO AO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Quando se fala em filiação, a primeira coisa que se tem em mente é a existência de laços sanguíneos. Contudo, esse critério não é exclusivo para determinação da filiação. Prova disto é que há bem pouco tempo, antes da promulgação da atual Constituição, havia diferenciação quanto ao reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, mesmo perante a existência da consanguinidade. A filiação, de forma genérica pode ser conceituada como sendo o laço que liga um indivíduo a suas origens. Em um primeiro momento, entendia-se a filiação como sendo restritamente a estabelecida entre pais e filhos. Rodrigues⁵⁴ a conceitua como sendo uma relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que une alguém àqueles que o conceberam, ou o receberam como

⁵⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. v. 6. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 321.

se o tivesse concebido. Nesse conceito, observa-se a existência de filiação tanto pelas vias naturais, ou seja, quando um casal tem um filho através da relação sexual quanto pela via adotiva, haja vista a ideia de que a filiação se estabelece também quando se recebe outrem como se este houvesse sido concebido por si mesmo. Dias⁵⁵ inclui um novo conceito para a filiação, atentando para os novos princípios pelos quais se deve interpretar o direito de família, qual seja, a presença do elo afetivo entre as partes, definindo que a filiação existe sempre que houver tal elo.

Tais conceitos servem de respaldo à disciplina que o Código Civil dá a matéria. Este tema é abordado pelo ordenamento cível em seus artigos 1.596 à 1.606. Já no art. 1.596⁵⁶ a lei determina que não haverá discriminação entre os diversos tipos de filiação, devendo se estabelecer os mesmos direitos para todos. Dessa forma, há de se presumir que independentemente da origem da filiação, os filhos não poderão sofrer qualquer forma de diferenciação em virtude dela, seja a filiação oriunda da adoção, seja das técnicas de reprodução assistida.

Face tal impossibilidade de diferenciação, deveria o diploma civil ter tratado detalhadamente da filiação decorrente da reprodução medicamente assistida, contudo não é o que se observa. No que pesem todas as inovações trazidas pelo Código de 2002, a matéria continuou lacunosa no que tange a disciplina dos filhos decorrentes de reprodução assistida seja homóloga, seja heteróloga *post mortem*. Sobre tal matéria dispõe o art. 1.597⁵⁷:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. [grifo nosso]

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 296.

⁵⁶ BRASIL. Código civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum**: acadêmico de direito. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

⁵⁷ *Ibid.*

Observa-se que o próprio ordenamento reconheceu a filiação quando fruto de técnicas de reprodução independentemente de serem homólogas ou heterólogas. Esse mesmo é o entendimento esboçado por Diniz⁵ quando aduz:

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 ente pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga.

O reconhecimento dessa modalidade de filiação por parte do ordenamento e da doutrina significa um avanço no meio jurídico, necessário para adequação do Direito aos ditames sociais. De fato, não se pode privar casais que não podem ter filhos de constituir uma família nos parâmetros sonhados, subjugando-os a uma adoção, impossibilitando-os de vivenciar os momentos pertinentes a uma gestação ou de ter um filho com características genéticas semelhantes.

Portanto, é indiscutível o reconhecimento da filiação quando se trata de prole advinda de métodos de reprodução assistida. Especialmente no caso da reprodução assistida homóloga, não existe nenhum fundamento que justifique seu não reconhecimento, haja vista que a filiação nesses casos se dá, não por simples critério de afetividade, mas por questões genéticas, havendo parentesco consanguíneo tal qual aquele existente nos casos de filiação natural. A única questão a ser discutida nos casos de reprodução assistida homóloga é o consentimento dos pais, ou seja, a filiação existirá sempre que ambos consentiram na junção dos gametas para criação de uma nova vida.

A discussão, contudo, torna-se mais complexa quando se fala da reprodução medicamente assistida *post mortem*. Observe-se que o próprio código civil faz presunções quando a criança vem a nascer após o falecimento do genitor. A compreensão acerca desse tema deve ser feita sob a ótica dos dispositivos do diploma civil exarados nos incisos II, III e IV do art. 1.597 supratranscrito. Quando se trata de embriões excedentários resultantes de reprodução homóloga, ou seja, o organismo resultante da junção dos gametas feminino e masculino que não foi

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 437.

utilizado para inseminação, no momento que são inseminados, a criança tem sua filiação presumida, independentemente de qual seja o momento da inseminação.

Contudo, quando não há embrião excedentário, mas apenas o sêmen do *de cujus* surge uma problemática: a filiação será presumida ainda que a criança tenha sido concebida por fecundação homóloga após a morte do marido, e tenha nascido após os trezentos dias do falecimento? Observe-se que o inciso II determina que só haverá presunção de filiação se o nascimento ocorrer após trezentos dias da dissolução da sociedade conjugal, no entanto, com o material genético disponível a reprodução medicamente assistida poderá ocorrer a qualquer tempo. Considerando a procedência do material genético, a filiação não poderá encontrar óbice por tal razão. Este é o entendimento exarado por Ferraz⁶:

O dispositivo em tela, portanto, atribui a paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial homóloga ao marido ou companheiro, mesmo que o nascimento tenha ocorrido após o falecimento deste e utilizados os embriões excedentários. **Se o marido consentiu na realização da inseminação artificial com seu material genético aceitou a paternidade do filho, independentemente da época de sua concepção e de seu nascimento.** Desta feita, os filhos que resultarem de embriões com material genético do marido e da mulher gozam da presunção de paternidade, pois a procedência do material é conhecida. Realizada, pois, a inseminação artificial com sêmen do marido ou companheiro, estabelece-se a relação de filiação, que não poderá ser questionada segundo a nossa lei civil. [grifo nosso]

Desta feita, não há que se discutir a filiação decorrente da reprodução assistida homóloga ainda que *post mortem*. Seus efeitos são os mesmo de uma fecundação natural, haja vista que a criança possuirá mesmo material genético que seus pais, dando origem ao parentesco consanguíneo, sendo entendida em consonância com o art. 1.597, inciso III O lapso temporal decorrente da morte do pai, e a conseqüente extinção do casamento, não é fator suficiente para elidir a presunção, desde que, conforme salientou Ferraz, tenha havido consentimento por parte do proprietário do material genético. Aliás, não se poderia entender de forma diversa, já que ao dispor do sêmen para realização das técnicas de reprodução

⁶ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e filiação.** Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/cej/revistas/num2/Ana%20Claudia%20Brand%20E3o%20de%20Barros%20Correia%20Ferraz.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2011.

assistida o *de cuius* conhecia a finalidade para a qual se destinaria e assim consentiu, aceitando a filiação.

O reconhecimento da filiação nesses casos traria consequências para efeitos sucessórios, objeto de estudo deste trabalho, já que sendo reconhecida a qualquer tempo implicaria certa insegurança jurídica, haja vista que finda a sucessão e realizada a partilha, poderia surgir um novo herdeiro. Contudo, esta não configura justificativa capaz de elidir a filiação. Até por atendimento ao Princípio da Dignidade Humana, a criança terá sua filiação presumida, com fulcro no supra citado art. 1.597, inciso III do Código Civil, caso contrário seria entendida como um filho sem pai, ferindo de morte o mencionado princípio.

A questão pertinente à sucessão deve então ser trabalhada pela legislação, buscando solução para a situação que se aponta com o surgimento de um novo herdeiro após finda aquela. A busca de superação para tal problemática jurídica é assunto que se segue.

4.3 NECESSIDADE URGENTE DE INSERÇÃO DO TEMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como visto a filiação oriunda dos casos de reprodução assistida homóloga é inconteste haja vista o vínculo sanguíneo existente entre os genitores e a criança. Esse vínculo também não pode ser discutido nos casos do procedimento ser efetivado após a morte do proprietário do material genético, haja vista que a morte não elide a herança genética e conforme demonstrado o ordenamento jurídico brasileiro presume referida filiação. O que se discute é o fato da possibilidade ou não de reconhecimento dos direitos sucessórios do indivíduo que nasce fruto de tais procedimentos. Não se pode olvidar que o reconhecimento da filiação nesses casos, outrora estudado neste trabalho, representa uma forma de avanço para o ordenamento pátrio, já que o Direito não pode ficar alheio aos avanços sociais e científicos, sendo necessário regulamentá-los. Contudo, o Código Civil foi superficial ao tratar do tema deixando de lado a problemática da sucessão nos casos de fecundação artificial homóloga póstuma, gerando grande insegurança jurídica haja

vista a existência de casos fáticos que pela falta de regulamentação podem sofrer tratamento diverso. Ante essa problemática, a doutrina, em especial Aguiar⁵⁸ apresenta três correntes, quais seja, a excludente, a relativamente excludente e a inclusiva.

Para a corrente excludente, não existe nenhum direito a ser reconhecido nos casos de reprodução assistida *post mortem*, seja direito à filiação ou direito sucessório. Frente a esse pensamento, o filho gerado após a morte do doador a partir do material genético doado não poderá ser reconhecido seu filho, haja vista a impossibilidade de reconhecimento de filho de pessoa pré-morta, conseqüentemente não há que se falar em direito sucessório. Nestes casos só será reconhecida a filiação quanto à mãe e os direitos sucessórios relacionados exclusivamente a esta. Essa corrente se baseia no princípio da coexistência que deve haver entre o autor da herança e o filho gerado, previsto pelo Código Civil⁵⁹ em seu art. 1.798, onde afirma que ao tratar da legitimidade para suceder a concede apenas às pessoas já nascidas ou concebidas à época da abertura da sucessão. Insta salientar que, nos casos de reprodução homóloga a criança ainda não foi concebida, também não podendo ser denominada de nascituro, razão pela qual não pode ter seus direitos resguardados segundo aduz o mesmo ordenamento. Comentando a esse respeito prescreve Mário *apud* Gonçalves⁶⁰:

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. 1.784) e dela participam as “pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (art. 1.798). [grifo do autor]

Por interpretação de tal dispositivo ficaria vedado o reconhecimento dos direitos sucessórios aos filhos oriundos de reprodução assistida *post mortem*. Contudo, anteriormente já restou demonstrado que a filiação há de ser reconhecida tanto para não ferir o princípio da dignidade humana quanto por presunção do art.

⁵⁸ AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 117.

⁵⁹ BRASIL. Código civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum**: acadêmico de direito. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 291.

1.597, inciso III, CC⁶¹ e sendo reconhecida esta não se pode negar a existência dos direitos sucessórios.

A segunda corrente por sua vez, reconhece parcialmente os direitos relativos aos filhos oriundos de reprodução assistida *post mortem*. Para a corrente da exclusão relativa o direito de filiação é garantido, haja vista a presença de parentesco consanguíneo já que a criança possui mesmo material genético do pai e descende diretamente dele, ainda que pré-morto, com fundamento no dispositivo supracitado, no entanto os direitos sucessórios não são reconhecidos, até porque a norma em comento presumindo a filiação não prevê direito à herança, não incluindo a criança gerada por tais técnicas em ordem de vocação hereditária. Tal corrente tem embasamento no mesmo dispositivo da corrente já comentada. A doutrina entende que nesses casos a criança terá direito a ser indenizada pela mãe em virtude desta ter-lhe cerceado tanto o direito de conhecer, conviver e ser educada pelo pai quanto o direito potencial à herança deste. A esse respeito ensina Gama⁶²:

Poderá ser estabelecida a paternidade após a morte, com base na verdade biológica, mas sem qualquer efeito patrimonial relativamente ao espólio ou aos herdeiros do falecido. Diante do dano que será acarretado a criança, por ser excluída da sucessão de seu pai, pode-se considerar a alternativa por lucros cessantes, de caber ao filho uma indenização, a título de reparação do dano sofrido diante de prática espúria realizada por sua mãe.

Assim, o autor defende o reconhecimento da paternidade haja vista entendimento já exarado no transcorrer desse estudo de que não se pode negar a filiação do gerado por meio de técnica de reprodução assistida homóloga póstuma em virtude do próprio vínculo biológico existente, mas como o nascimento nem a concepção ocorrem no momento da abertura da sucessão não haverá direito sucessório a ser reconhecido, cabendo apenas uma ação de indenização contra a mãe por haver suprimido da criança o direito de participar da vocação hereditária

⁶¹ BRASIL. Código civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum**: acadêmico de direito. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

⁶² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação, o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 938.

como sucessor legítimo. Aliás, a negativa feita pela corrente em comento é ilógica já que reconhece a filiação. Nesse sentido, aponta Cahali⁶³:

Ora, como descendente que é, ele não será, também sucessor do falecido? Onde a segurança jurídica? Onde a estabilidade das relações jurídicas? Registre-se, aqui, a proposta de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka no sentido de se proceder à ruptura do testamento eventualmente existente ou da sobrepartilha dessa herança, como se fosse um filho desconhecido e posteriormente declarado como tal.

Nesse ponto, cabe frisar que há pensamento no sentido de reconhecer direito sucessório desde que este seja conferido pelo autor da herança através de testamento, sendo entendimento praticamente unânime entre a doutrina. Tal ideia tem fundamento no art. 1.799, inciso I do CC⁶⁴ que aduz que os filhos não concebidos de pessoa indicada poderão ser chamados a suceder se já nascidas com vida antes de aberta a sucessão. Melhor regulamentando tal mandamento, o código segue no art. 1.800 e parágrafos determinando que se não nascido o filho quando do momento da abertura da sucessão será nomeado curador para resguardar o quinhão pertencente àquele que irá nascer, concedendo prazo de dois anos a contar da abertura da sucessão para que a criança seja gerada e nasça com vida, caso contrário a parte testamentária que lhe era destinada será repartida entre os herdeiros legítimos.

Reconhecendo que o testador poderá deixar herança para prole futura de um terceiro, há que se admitir que também possa fazê-lo para sua própria prole, haja vista que quem pode o mais, poderá também o menos. Contudo, reconhecer que um filho legítimo só venha a ter direito sucessório se decorrente de herança fere o dispositivo constitucional já analisado, que determina tratamento igualitário aos filhos, haja vista que os demais filhos herdarão por sucessão legítima e não testamentária.

Por fim, tem-se a corrente inclusiva para qual tanto a filiação quanto os direitos sucessórios são passíveis de reconhecimento quando se trata de crianças geradas através de métodos de reprodução assistida homóloga *post mortem*. Este

⁶³ CAHALI, Francisco José. Sujeitos da sucessão: capacidade e legitimidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das sucessões e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 15-23.

⁶⁴ BRASIL. Código civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum**: acadêmico de direito. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

posicionamento é respaldado na interpretação constitucional da garantia dada ao planejamento familiar, nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável bem como no reconhecimento do pluralismo das entidades familiares e na igualdade de todos os filhos, todos já tratados no decorrer deste estudo. Esse é o entendimento de Gonçalves⁶⁵ ao afirmar que:

Não há como esquivar-se, todavia, do disposto nos arts. 1.597 do Código Civil e 227, § 6º, da Constituição Federal. [...] Se, assim, na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata dos filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido "*concebidos na constância do casamento*", não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, § 6º, da Constituição Federal.

Como se percebe da posição adotada pelo supramencionado autor, o não reconhecimento dos direitos sucessórios da criança gerada pela técnica de reprodução aqui tratada causaria descompasso dentro do ordenamento jurídico pátrio, haja vista criar exceção que não encontra respaldo legal nem lógico, já que a criança não poderá arcar com as consequências de um ato que não praticou. Ela como incapaz não escolheu nascer após a morte de seu genitor e não interferiu em nenhuma parte do processo, não pode ser prejudicada em razão dele, necessitando das consequências patrimoniais que decorrem de seu nascimento por razões de subsistência.

Com o nascimento desse novo herdeiro legítimo uma solução apontada seria a ação de petição de herança, conforme assevera Diniz⁶⁶:

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

Por outro lado há que se concordar que o fato de ser possível o nascimento de um herdeiro a qualquer momento, mesmo finda a sucessão, causa insegurança

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 57-58.

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v. 5. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47.

jurídica para os herdeiros e até mesmo para terceiros de boa-fé com quem aqueles tenham praticado negócios jurídicos. Até a ação de petição de herança que culminaria na invalidação da partilha geraria o mesmo efeito. Este risco, contudo, é pertinente a qualquer espécie de sucessão, haja vista que independentemente de filho gerado *post mortem* pode-se descobrir outros herdeiros legítimos como aqueles oriundos de ação de reconhecimento de paternidade.

A única regulamentação que existe sobre o tema são resoluções do CFM, contudo, estas não se destinam à matéria em comento, mas trazem apenas disposições éticas aos profissionais da medicina, sem sequer aplicar-lhes sanção, conforme destaca Ferraz⁶⁷. Destaque-se a Resolução nº 1.957/2010⁶⁸, anteriormente citada, que regula a utilização das técnicas de reprodução assistida, restringindo-se, no que tange a R.A. *post mortem*, apenas a afirmar que não constitui ilícito sua prática desde que haja prévia e específica autorização do falecido para esse fim. Existem alguns projetos de lei em tramitação que, no entanto, em sua maioria apenas repetem as disposições trazidas pelas resoluções mencionadas.

É de se destacar, no entanto, o Projeto de Lei nº 1.184/2003⁶⁹ em tramitação na Câmara dos Deputados, encontrando-se atualmente na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Este projeto possui vários outros em apenso que visavam elucidar a matéria. Apesar de referido projeto não trazer regulamentação expressa sobre a questão sucessória, institui como crime a utilização de gametas de doares falecidos sem seu prévio consentimento através de documento ou de testamento.

Ademais, não se pode olvidar no diâmetro de tal discussão a existência ou não da boa-fé. O que se observa nos casos concretos de filhos gerados *post mortem* é que a viúva pretende dar continuidade à família que possuía, buscando naquele filho lembranças do marido falecido, caracterizando a boa-fé. Nestes casos, a técnica de reprodução assistida e a gravidez ocorrem, normalmente, pouco após a

⁶⁷ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e filiação**. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/cej/revistas/num2/Ana%20Claudia%20Brand%20E3o%20de%20Barros%20Correia%20Ferraz.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2011.

⁶⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.957/2010**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 02 mar. 2011.

⁶⁹ BRASIL. **Projeto de lei nº 1.184/2003**. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>. Acesso em: 12 out. 2011.

morte do pai. Há possibilidade também da viúva utilizar-se de tal recurso para obter vantagem patrimonial.

O fato é que há necessidade premente de regulamentação da matéria pelo Código Civil visto que, apesar do nascimento de uma criança nessas circunstâncias envolver questões atinentes não só ao campo jurídico, mas também ético, médico e mesmo religioso, e haja muitas discussões acerca da viabilidade de se conceber uma criança já sem pai, não se poder esquecer que a filiação nesses casos foi prevista pelo ordenamento já como forma de se adequar aos preceitos constitucionais e à realidade social, sendo assim, urge que o legislador ordinário busque solução para a questão sucessória aqui exposta, sugerindo-se que sejam reconhecidos os direitos sucessórios ante a análise da boa-fé, visto que a criança não pode servir como mercadoria com o fito de obtenção de vantagens patrimoniais, gerando igualdade dentro do ordenamento pátrio e segurança jurídica.

5 CONCLUSÃO

O trabalho apresentado abordou o tema do direito sucessório nos casos em que o suposto herdeiro nasceu após a morte de seu genitor, haja vista utilização de técnica de fecundação artificial homóloga *post mortem*. No primeiro capítulo, observou-se o que são técnicas de fecundação artificial, dando maior destaque à fecundação artificial homóloga. No segundo capítulo, foram vistos os elementos necessários para o reconhecimento do direito à herança, inclusive nos casos em que o herdeiro nasce posteriormente à morte do autor da herança.

Por fim, o terceiro capítulo analisou a possibilidade de reconhecimento da filiação ante os dispositivos expressos tanto na Constituição quanto no Código Civil, observando-se a regulamentação dada por essas normas à matéria em comento. Examinou-se as três correntes que dispõem sobre o tema, averiguando-se que mesmo a doutrina não possui entendimento equânime acerca da matéria, haja vista que ora não reconhece sequer a filiação dos nascidos através de fecundação artificial homóloga *post mortem*, ora a reconhecem sem direito à sucessão, ora reconhecem ambos os direitos, de sucessão e de filiação. Constatou-se ainda, a necessidade de regulamentação da referida matéria pela lei, haja vista que a Constituição, o Código Civil e mesmo os Projetos de Lei em tramitação a tratam de forma lacunosa.

Assim, após utilização do método dedutivo como método de abordagem, dos métodos comparativo, monográfico e funcionalista e ante a análise da bibliografia colacionada, examinou-se os métodos existentes de reprodução assistida e seus respectivos efeitos quanto ao reconhecimento da filiação, especialmente no que tange a fecundação artificial homóloga póstuma, verificou-se os parâmetros necessários ao reconhecimento da sucessão, especificamente nos casos de herdeiro surgido após a morte do autor da herança, identificou-se o conflito quanto à aplicação dos dispositivos constitucionais, haja vista que a Constituição Federal determina tratamento igualitário aos filhos, o que não vem ocorrendo pela falta de regulamentação da matéria, e por fim, analisou-se a necessidade de reconhecimento desses direitos sob orientação da Constituição e a urgência da regulamentação do tema por legislação própria.

Realizada a pesquisa foi possível compreender que a Ciência Jurídica não pode permanecer alheia aos avanços sociais e tecnológicos. Na maioria dos casos em que se busca a fecundação artificial homóloga *post mortem* se está buscando dar continuidade à família que existia anteriormente ao falecimento do indivíduo, objetivando concretizar o sonho de ter filhos que por algum motivo não foi possível ser realizado em vida. Nesse diapasão, faz-se mister a análise da boa-fé daquele que pretende submeter-se à prática da fecundação artificial após o falecimento de seu consorte ou companheiro, pois não se pode olvidar que poderia agir na busca de vantagens patrimoniais advindas com o direito de herança da prole futura.

Por outro lado, ante a presunção apresentada pelo Código Civil bem como a determinação constitucional de tratamento não discriminatório dispensado aos filhos, observa-se a necessidade de reconhecimento dos direitos sucessórios já que a filiação não pode ser negada. Sob esse amparo fático, entendeu-se que a melhor solução consiste em se reconhecer os direitos à filiação e a sucessão daquele concebido através de fecundação artificial homóloga póstuma, sendo a corrente inclusiva, dentre as apresentadas, a que melhor se amolda a questão, já que a corrente excludente fere a presunção da lei civil e a da exclusão relativa fere o princípio constitucional já esboçado.

O reconhecimento dos direitos sucessórios nesses casos, no entanto, esbarra em outro problema, qual seja a insegurança jurídica, já que a qualquer momento poderá surgir um novo herdeiro, mesmo após finda a sucessão. Contudo, constatou-se que esse problema é inerente a qualquer processo sucessório, já que novos herdeiros poderão advir mesmo que se exclua as possibilidades aqui estudadas quanto à fecundação artificial, não sendo, portanto, justificativa para o não reconhecimento do direito daquele que não pediu para nascer, não podendo ser responsabilizado ou sofrer as consequências da atitude de outrem.

Dessa feita, entende-se que há necessidade urgente de regulamentação do tema por parte do legislador ordinário, prevendo, em consonância com as disposições genéricas já existentes e aqui estudadas, uma solução ética e justa, firmando segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

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

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**. Recife: ESMAPE, [2006?]. Disponível em: <http://www.esmape.com.br/download/mat_prof_a_maria_rita_7.doc>. Acesso em: 25 maio 2011.

ANDROVANDI, A.; FRANÇA, D. G. de; CARRASQUEIRA, S. de A. **Reprodução assistida e as relações de parentesco**, 2004. Disponível em: <www.ufrgs.com.br>. Acesso em: 20 fev. 2005.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BIANCO, Tatiani. **Os direitos sucessórios na união estável**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2537>. Acesso em: 21 out. 2011.

BRASIL. Código civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Vade mecum**: acadêmico de direito. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

_____. Constituição (1988). Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. **Vade mecum**: acadêmico de direito. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

_____. **Projeto de lei nº 1.184/2003**. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>. Acesso em: 12 out. 2011.

_____. Súmula nº 212 do Superior Tribunal Federal. **Vade mecum**: acadêmico de direito. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

CAHALI, Francisco José. Sujeitos da sucessão: capacidade e legitimidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha

(Coord.). **Direito das sucessões e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARELLI, G. Tudo por um filho. **Revista Veja**. São Paulo. Ano 34. n. 18, 09 maio 2001.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.957/2010**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 02 mar. 2011.

CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da reprodução humana assistida**. São Paulo: SRS, 2008.

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

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e filiação**. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/cej/revistas/num2/Ana%20Claudia%20Brand%20E3o%20de%20Barros%20Correia%20Ferraz.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2011.

FREITAS, D.P. (coord.) **Curso de direito de família**. Florianópolis: Vox Legem, 2004.

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

GOMES, M. R. P. **Reprodução humana assistida**. São Paulo: Atlas, 2004.

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

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

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

LEITE, Gisele. **Esclarecimentos sobre exclusão do direito sucessório por indignidade e deserdação**. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/41783>>. Acesso em: 28 out. 2011.

LIMA, Aline Barbosa Garcia de. **Codicilo**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5073>. Acesso em: 28 out. 2011.

MACHADO, M.H. **Reprodução assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. v. 2. 36. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Classificação internacional de doenças: CID-10**. Disponível em: <[HTTP://www.cid10.hpg.ig.com.br](http://www.cid10.hpg.ig.com.br)>. Acesso em: 26 mar. 2005.

PESSINI, Leocir. **Problemas atuais de bioética**. 8. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução assistida: inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório**. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família**. v. 6. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROGER, Abdelmassih. **Tudo por um bebê**. 2. ed. São Paulo: Globo. 1999.

SANDER, Tatiane. **Considerações sobre a aceitação da herança**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=705>>. Acesso em: 27 out. 2011.

SERAFINI, et. al. **O bê a ba da infertilidade**. 2. ed. São Paulo: Serono, 2000.

SILVA, Elaine Cristina da. **Temas polêmicos de direito de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

VALENTE, Claudia Maria dos Santos. **Inseminação póstuma: complicações jurídicas**. 2007. Disponível em: <http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/artigo_default.asp?ID=389>. Acesso em: 11 set. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. v. 6. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Novo código civil: texto comparado: código civil de 2002, código civil de 1916**. p. 412.