

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

SABRINA FORMIGA DA COSTA

OS EFEITOS SUCESSÓRIOS PARA OS ADVINDOS POR FECUNDAÇÃO
ARTIFICIAL HOMÓLOGA PÓS MORTE

SOUSA - PB

2018

SABRINA FORMIGA DA COSTA

OS EFEITOS SUCESSÓRIOS PARA OS ADVINDOS POR FECUNDAÇÃO
ARTIFICIAL HOMÓLOGA PÓS MORTE

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG no Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, como requisito parcial para à obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Admilson Leite de Almeida Júnior.

SOUSA - PB

2018

SABRINA FORMIGA DA COSTA

OS EFEITOS SUCESSÓRIOS PARA OS ADVINDOS POR FECUNDAÇÃO
ARTIFICIAL HOMÓLOGA PÓS MORTE

APROVADA EM 24 DE JULHO DE 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. ADMILSON LEITE DE ALMEIDA JÚNIOR

Orientador - Unidade Acadêmica de Direito

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais

Universidade Federal de Campina Grande

Prof. GILIARD CRUZ TARGINO

Membro - Unidade Acadêmica de Direito

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais

Universidade Federal de Campina Grande

Prof. ROBEVALDO QUEIROGA DA SILVA

Membro - Unidade Acadêmica de Direito

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais

Universidade Federal de Campina Grande

À minha mãe, eterna razão do meu viver,
pelo apoio e amor incondicional a mim
dedicado.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por nunca desistir de mim e ter me dado toda a força necessária para enfrentar tantas batalhas ao longo desses quase seis anos. A batalha foi árdua e a luta continua. Sem ele, que sempre me protegeu e me teve em seus braços nos momentos de angústia e medo do fracasso, e sem Nossa Senhora, minha mãe no céu, que sempre intercedeu por mim, eu não teria conseguido concretizar esse sonho. Aos meus pais Gentil e Lúcia, que cada um com seu jeito, me incentivaram e sempre acreditaram em mim, sempre disseram que eu iria conseguir, em especial a minha mãe, que é a razão da minha vida. Sim, ela, que renunciou sua vida para nos criar e educar com dignidade, eu e meus irmãos. Ela, que é uma guerreira, uma fortaleza maior do que tudo que já vi em minha vida. À ela toda a minha gratidão e amor incondicional.

Ao meu noivo Renato, um menino de ouro, que, com muita paciência, humildade, compreensão e amor, se manteve firme ao meu lado durante toda essa jornada, durante todos os momentos felizes e durante todas as provas, que não foram poucas. Renato sempre me incentivou e acreditou em mim, por isso, minha gratidão. Aos meus irmãos Luciano e Fernando que sempre me apoiaram, me protegeram e torceram por mim, e que com eles carrego a certeza que nunca estarei só.

As minhas sobrinhas, por me apresentarem um amor de mãe sem ter sido. Por me darem tanta preocupação, pois isso me dá forças para sempre buscar um futuro melhor e melhorar de vida para contribuir com a educação delas.

As minhas afilhadas Cecília e Maria Luiza, meus dois pedaços de gente mais amados do mundo. Elas me mostraram que ser madrinha é ser amiga, companheira e também mãe quando precisa. Me mostraram que amar incondicionalmente não é sinônimo de fazer todas as vontades e que cuidado não é a mesma coisa que frescura.

A minha Tia Cida por todo o apoio ao longo dessa caminhada. Sem ela, com certeza, eu não teria vivenciado esse curso e aproveitado as oportunidades de estágios como aproveitei. Tia Cida foi a minha fortaleza. Me deu alicerce durante todo o curso, não só financeiramente como moralmente também. Por me ajudar tanto, ela me incentivava mesmo sem saber, pois eu precisava retribuir, de alguma forma, o que ela fazia e faz por mim. Eu precisava orgulhá-la. A ela, toda a minha gratidão e uma dívida imensa que nem em outras vidas conseguirei pagar.

A toda a minha família que sempre acreditou em mim e me incentivou.

A minha Avó Maria (*in memoria*) por quem eu tinha tanto amor e cuidado. Ela que me ensinou a valorizar as pequenas coisas e que cada minuto pode ser o último. Embora a saudade seja grande, eu sei que ela está olhando por mim e me mandando forças para concluir esse trabalho.

A todos os meus amigos que direta e indiretamente contribuíram para concretização desse sonho.

Ao meu professor orientador Admilson, que durante todo o curso foi para mim sinônimo de competência, maestria e comprometimento. Ele que sempre foi considerado o melhor professor, que sempre me incentivou, me deu conselhos, caronas e me tirava todas as dúvidas.

A Dra. Candice, por ter acreditado em mim e me estendido a mão no momento que eu mais precisei. Pelas palavras de carinho, incentivo, força e atenção. Pela convivência e amizade constantes e principalmente por ser essa inspiração diária.

Ao meu chefe Dr. Leidimar, dono de toda a minha admiração e respeito, por ter confiado em mim e acreditado no meu potencial. Por todos os ensinamentos, por toda a calma, gentileza e humildade com que trata as pessoas que estão a sua volta. Por ter realizado um dos meus grandes e incontáveis sonhos.

A todos os meus mestres e colegas de estágios em que passei ao longo deste curso, na Defensoria Pública, nos escritórios de advocacia, no gabinete da 2ª Vara da Comarca de Pombal, no gabinete da Vara Única da Comarca de Paulista, como Conciliadora do TJPB e por fim na Promotoria de Justiça de Pombal, onde estou até hoje. A todos a minha gratidão por cada palavra, cada ensinamento, cada desafio, que sem dúvidas, contribuíram para o meu engrandecimento profissional e pessoal, me fortaleceram e me tornaram uma pessoa melhor.

Agradeço aos professores que desempenharam com dedicação as aulas ministradas e que contribuíram para o meu crescimento profissional.

Por fim, aos amigos que essa graduação me deu, especialmente e principalmente os meus amigos/irmãos de caminhada, aqueles que compartilharam cada momento desse curso comigo, que estavam comigo em todas as horas, que sempre me protegeram e me ajudaram em tudo o que eu precisei, que cuidaram de mim, que me faziam raiva, que tem um lugar especial no meu coração, que são eles: João Antônio, Elivan e Anderson, meus irmãos que o Direito me deu.

A todos o meu muito obrigada!

“Quem tem uma razão de viver é capaz de suportar qualquer coisa.”

RESUMO

Diante da constante procura por técnicas de reprodução humana assistida, onde casais e até mesmo pessoas solteiras buscam a intervenção humana, por meio de técnicas científicas, no processo de reprodução para alcançarem o sonho de ter filhos, que não pode ser concretizado pelo ato sexual (maneira tradicional), a presente pesquisa busca analisar a possibilidade de garantir os direitos sucessórios previstos na parte especial do Código Civil aos filhos advindos das técnicas de reprodução humana assistida, especialmente de inseminação artificial homóloga pós morte. Na elaboração deste estudo, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, o qual partiu da análise do tema de forma ampla, dissertando sobre os entendimentos doutrinários e acerca da regulamentação jurídica do tema no Direito Brasileiro, ante a ausência de legislação específica versando sobre os direitos sucessórios dos concebidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*, para, então, alcançar-se um ponto singular, que é a necessidade de criação de uma lei específica regulando tal matéria. O método de procedimento adotado foi o monográfico, pois o estudo foi desenvolvido com base nos entendimentos doutrinários e na análise da pouca legislação norteia as técnicas de reprodução humana assistida, que é a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que confere direito sucessório ao concebido caso tenha havido manifestação expressa e inequívoca em vida do autor da herança, quanto ao desejo de procriação, possibilitando obter um entendimento mais aprofundado sobre assunto. Quanto ao procedimento utilizado para a coleta de dados, o estudo foi desenvolvido com base na pesquisa bibliográfica, tendo em vista a utilização de doutrinas, legislação, artigos científicos e periódicos em meio eletrônico. O Código Civil de 2002, em seu art. 1.957, inciso III, disciplina que os filhos concebidos através de inseminação artificial homóloga *post mortem* serão, presumivelmente, filhos do doador do material genético utilizado, ainda que falecido. Já o art. 1.798 do referido diploma legal determina que só possuem capacidade sucessória passiva aqueles vivos ou ao menos concebidos no momento da abertura da sucessão, que se dá com a morte do autor da herança, o que induz a uma situação peculiar, em que um descendente é considerado filho, legal e biológico, mas não terá direitos sucessórios. Da conclusão deste trabalho, extrai-se que, com base nos princípios constitucionais da isonomia entre os filhos, o indivíduo gerado por meio de fecundação artificial homóloga pós morte do autor da herança terá direito sucessório, ainda que o procedimento tenha sido realizado sem autorização expressa do *de cuius*, mas tenha praticado atos em vida compatíveis com o desejo de procriar, bem ainda, que o filho concebido por tal técnica poderá usufruir das regras da petição de herança, com o fim de melhor resguardar os interesses dos outros irmãos e ainda a segurança jurídica.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida. Inseminação. Homóloga. *Post mortem*. Filiação. Coexistência. Isonomia. Direitos Sucessórios.

ABSTRACT

Faced with the constant search for techniques of assisted human reproduction, where couples and even single people seek human intervention, through scientific techniques, in the process of reproduction to achieve the dream of having children, which can not be fulfilled by the sexual act (traditional way), this research seeks to analyze the possibility of guaranteeing the inheritance rights foreseen in the special part of the Civil Code to the children coming from the techniques of assisted human reproduction, especially of homologous artificial insemination postmortem. In the elaboration of this study, the method of deductive approach was used, which started from the analysis of the subject in a broad way, discussing about the doctrinal understandings and about the legal regulation of the subject in the Brazilian Law, before the absence of specific legislation dealing with the succession rights of those conceived by homologous post-mortem artificial insemination, in order to reach a single point, which is the need to create a specific law regulating this matter. The method adopted was the monographic one, since the study was developed based on the doctrinal understandings and the analysis of the few legislation guiding the techniques of assisted human reproduction, which is Resolution No. 2.168 / 2017 of the Federal Council of Medicine, which confers the right succession to the one conceived if there was an express and unequivocal manifestation in the life of the author of the inheritance, as to the desire of procreation, allowing to obtain a deeper understanding on subject. As for the procedure used for data collection, the study was developed based on the bibliographical research, considering the use of doctrines, legislation, scientific articles and periodicals in electronic media. The Civil Code of 2002, in its art. 1.957, subsection III, discipline that children conceived through post-mortem homologous artificial insemination will presumably be the children of the donor of the genetic material used, even if deceased. Already the art. 1,798 of the aforementioned legal decree determines that only passive inheritance capacity has those living or at least conceived at the time of the opening of the succession, which occurs with the death of the author of the inheritance, which induces a peculiar situation, in which a descendant is considered child, legal and biological, but will not have inheritance rights. From the conclusion of this work, it is extracted that, based on the constitutional principles of the isonomy among the children, the individual generated by homologous artificial fertilization after death of the author of the inheritance will have succession rights, even if the procedure was carried out without express authorization but has practiced acts in life compatible with the desire to procreate, and still, that the child conceived by such technique may use the rules of the petition for inheritance, in order to better protect the interests of other brothers and sisters. legal certainty.

Keywords: Assisted human reproduction. Insemination. Homologous. Post mortem. Membership. Coexistence. Isonomy. Successory Rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUA REGULAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	15
2.1 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: CONCEITO E APLICAÇÃO.....	15
2.2 MÉTODOS E TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	17
2.3 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUA REGULAMENTAÇÃO	19
2.4 ASPECTOS ÉTICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	24
3 SISTEMA SUCESSÓRIO BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM A FILIAÇÃO.....	28
3.1 A SUCESSÃO NO BRASIL E O MOMENTO DE SUA ABERTURA	28
3.2 OS SISTEMAS SUCESSÓRIOS BRASILEIROS E A CAPACIDADE PARA SUCEDER.....	32
3.3 A PRESUNÇÃO DE FILIAÇÃO DO ART. 1.597 DO CÓDIGO CIVIL.....	37
4 OS EFEITOS SUCESSÓRIOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA PROVENIENTE DE FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA PÓS MORTE	41
4.1 A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE A PRESUNÇÃO DE FILIAÇÃO E A CAPACIDADE SUCESSÓRIA	41
4.2 OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE VONTADE DO AUTOR DA HERANÇA SOBRE O PROCESSO SUCESSÓRIO.....	44
4.3 OS EFEITOS JURÍDICOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA PÓS MORTE SOBRE O PROCESSO SUCESSÓRIO.....	49
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59
ANEXOS	63

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. = artigo

Arts. = artigos

Adin= Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF = Constituição Federal

CFM = Conselho Federal de Medicina

CJF = Conselho da Justiça Federal

CC = Código Civil de 2002

CC/2002 = Código Civil de 2002

DNA = Ácido Desoxirribonucleico

PL = Projeto de Lei

RA = Reprodução Assistida

STF = Supremo Tribunal Federal

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo dedicar-se-á a analisar se o indivíduo concebido por meio de inseminação artificial homóloga realizada após a morte do seu genitor/doador possui capacidade sucessória, uma vez que, embora seja considerado filho para a lei civilista (art. 1.597, III, do CC), não preencheria, num primeiro momento, o requisito previsto no art. 1.798, do Código Civil que é de estar vivo ou ao menos concebido no momento da abertura da sucessão. Para tanto, serão abordadas diferentes perspectivas doutrinárias acerca das técnicas de reprodução humana assistida, do direito sucessório brasileiro e da capacidade sucessória dos advindos por tal técnica, bem como serão colhidos entendimentos jurisprudenciais, far-se-á uma análise em torno dos princípios constitucionais e das normas aplicáveis.

Por ser um tema que não possui regulamentação jurídica específica, tampouco posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais uniformes, bem como por ser uma realidade cada vez mais frequente no mundo, em que por diversos motivos, a exemplo da infertilidade, várias pessoas almejam nas técnicas de RA uma maneira de alcançar seu desejo de conceber um filho, o presente trabalho surgiu como uma tentativa para aprofundar-se no tema, de modo a viabilizar a compreensão dos efeitos jurídicos decorrentes dessas técnicas, ante as manifestas discussões acaloradas entre juristas das mais variadas tendências, tanto no âmbito dos Tribunais, quanto na doutrina em geral.

Desta forma, justifica-se o presente trabalho com uma necessidade de se compreender se existem direitos sucessórios decorrentes da fertilização homóloga póstuma, quais esses direitos, seus requisitos, seus princípios norteadores e sua relevância prática para a sociedade de modo geral, até porquê a presente pesquisa é importante pois vai balizar um norte que possa fundamentar entendimentos futuros na análise de casos concretos.

Atualmente, parte da doutrina admite a possibilidade de existirem direitos sucessórios aos concebidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*, apoiando seus posicionamentos nos princípios da dignidade da pessoa humana, na igualdade entre os filhos e no direito à sucessão. Em contrapartida, parte da doutrina defende que os advindos por inseminação artificial homóloga pós morte não possuiriam direito sucessório, uma vez que não estavam se quer concebidos a época da abertura da sucessão.

O Código Civil Brasileiro foi omissivo no tocante aos direitos patrimoniais dos filhos concebidos por inseminação artificial pós morte, tratando apenas da presunção de filiação no seu art. 1.597, inciso III. Assim, o Código traz uma situação singular em que um descendente biológico e presumido de determinada pessoa, não poderá participar da sucessão dos bens deixados por esta.

Nos dias de hoje, em compensação às omissões legislativas, têm-se a guarida da Bioética, do Biodireito e da Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina. No entanto, tais fontes são insuficientes para pôr fim a controvérsia da capacidade sucessória do concebido de forma póstuma.

No tocante aos objetivos que o presente trabalho almeja alcançar, o geral será identificar os efeitos jurídicos da fecundação artificial homóloga póstuma no direito sucessório brasileiro. Já os objetivos específicos serão: compreender os métodos de reprodução humana assistida e sua regulação no direito brasileiro; analisar o sistema sucessório brasileiro, a presunção de filiação do art. 1.597, III, do Código Civil de 2002 e o momento da abertura da sucessão; e apontar os efeitos sucessórios da reprodução humana assistida proveniente de fecundação artificial homóloga pós morte à capacidade para suceder.

O presente trabalho utilizará o método de abordagem dedutivo, que partirá de uma abordagem geral sobre o tema, seus principais conceitos e regulamentos, as possíveis correntes doutrinárias acerca da existência ou não de direitos sucessórios aos concebidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*, para, então, atingirmos um ponto específico, que é a necessidade de criação de legislação própria regulamentando o tema.

A pesquisa a ser desenvolvida é qualitativa, onde através da análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência, pode-se ter uma melhor compreensão acerca da temática discutida. Os métodos de procedimentos adotados serão o histórico e o comparativo. O procedimento aplicado é a revisão bibliográfica que envolve conhecimentos já investigados, assim como já pesquisados, cuja situação é limitada por princípios e estratégias. Os objetivos gerais da pesquisa terão natureza explicativa. Dessa forma, os aspectos observados neste estudo podem ser utilizados como referências no campo da pesquisa, mas também em áreas correlatas de acordo com a conclusão de seus resultados.

Diante do cenário explanado, o primeiro capítulo deste trabalho se debruça nas questões em torno da reprodução humana assistida e sua regulação no direito

brasileiro, tratando sobre os conceitos, os métodos e as principais técnicas de RA, os aspectos éticos norteadores das técnicas, bem como faz um aparato acerca da aplicação e regulamentação de tal procedimento de reprodução no ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo capítulo se dedica a analisar o instituto do direito sucessório brasileiro disciplinado no Código Civil de 2002, versando sobre pontos singulares como o momento da abertura da sucessão, tema de especial relevância para o desdobramento da presente pesquisa, os sistemas sucessórios brasileiros, transcorrendo acerca da sucessão legítima e testamentária, trazendo os legitimados a suceder no Brasil, para ao fim explorar a presunção de filiação prevista no art. 1.597 do Código Civil.

No terceiro e último capítulo, exploramos o tema central da pesquisa, com o fim de esclarecer a controvérsia acerca dos direitos sucessórios dos advindos por inseminação artificial homóloga pós morte. Iniciamos tratando da relação jurídica existente entre a presunção de filiação do art. 1.597 do CC e a capacidade sucessória, uma vez que estamos diante de uma prole que, embora seja presumidamente filho do autor da herança, não possui capacidade sucessória por força do que preconiza o art. 1.798 do referido diploma. Em seguida, perpassamos pela necessidade de manifestação de vontade expressa do autor da herança em vida para utilização do seu material genético, isso porque o Enunciado 106 do CJF coloca a manifestação de vontade expressa do *de cuius* como requisito essencial para a fecundação.

Ao final, procurar-se-a analisar especificamente o direito sucessório do filho concebido por meio de técnica de reprodução humana assistida homóloga realizada após o falecimento do genitor, abordando-se as posições doutrinárias sobre o tema, os pontos divergentes, diante da ausência de legislação específica delimitando a matéria.

2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUA REGULAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Ao longo do tempo, a ciência avançou muito e com ela a tecnologia tem proporcionado aos seres humanos coisas até então inimagináveis. Exemplo disso é a evolução no campo da biomedicina, amparada pela Bioética e pelo Biodireito, que proporciona aos humanos, através de técnicas de reprodução assistida, a possibilidade de concretizarem seu sonho de maternidade/paternidade não alcançado da maneira tradicional, por meio da relação sexual entre o homem e a mulher.

O que se abordará no presente capítulo serão os conceitos e linhas gerais acerca da reprodução humana assistida e sua regulação no ordenamento jurídico brasileiro, considerando a ausência de legislação específica versando sobre a matéria.

2.1 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: CONCEITO E APLICAÇÃO

Desde a existência da humanidade, procriar sempre foi um objetivo da grande maioria das famílias. Nessa perspectiva, o conceito de família – para muitas pessoas – parece atrelado a possibilidade de ter filhos. Embora nos dias de hoje o conceito de família tenha sido modificado, o qual passou a ter por base a afetividade e a solidariedade familiar ao invés da mera perpetuação da espécie, várias pessoas, enraizadas ainda ao referido conceito, ou apenas considerando uma vontade ardente de poder gerar uma criança, aspiram nas técnicas de reprodução humana assistida um meio de saciar esse desejo.

Por diversos problemas, como infertilidade ou outras enfermidades que possam vir a tornar homens ou mulheres incapazes de procriarem pela via tradicional, nos deparamos com casais e até mesmo pessoas solteiras que buscam incessantemente as diversas possibilidades que a medicina ora nos apresenta, a exemplo das técnicas de reprodução humana assistida.

O sonho de ter um filho é inerente à raça humana. Esse sonho pode se tornar ainda mais intenso se essa pessoa for acometida por uma enfermidade que a deixe estéril e seja aparentemente incurável.

Para a psicologia, esse desejo de procriar está intimamente atrelado a um meio de nos aproximarmos da imortalidade, como possibilidade de transmitirmos nossa

herança genética para os nossos descendentes.

Marina Ferreira da Rosa Ribeiro (2004, p. 53) afirma que “a experiência da infertilidade pode ser desestruturante, podendo até levar alguns casais à separação após tentativas frustradas de gerar um descendente”. O objetivo nesses casos é ter filho próprio, como resultado de seu material genético, tornando as técnicas de reprodução assistida, muitas vezes, como o único caminho a seguir, sendo o alicerce do seu maior desejo que é gerar uma vida.

Assim, vale transcrever a seguinte observação de Valter Nilton Felix (2009, p.4):

“O que o torna possível uma verdadeira família não é a maneira pela qual ela se constituiu, mas o amor, o respeito e a alegria pela vinda do outro. Em todas as doenças humanas, a incapacidade de reproduzir-se naturalmente é uma das que mais nos torturam. E, para curá-las, o homem criou a medicina reprodutiva. E esta, por sua vez, criou a reprodução assistida.”

Roberto Senise Lisboa (2013) conceitua fertilização humana assistida como sendo o procedimento de introdução artificial e provocada de espermatozoide em um óvulo, para a formação da célula zigoto.

A reprodução humana assistida nada mais é do que a intervenção humana, por meio de técnicas científicas, no processo de reprodução que não pode ser concretizado pelo ato sexual (maneira tradicional).

De acordo com os preceitos defendidos por Adriana Maluf (2010, p. 153), “a reprodução humana assistida é, basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural”. Trata-se da reunião de procedimentos médicos que substituem o ato sexual na reprodução biológica, capazes de oportunizar o processo de procriação.

Diante da ausência de legislação prevendo a reprodução humana assistida, o tema deve ser analisado em conjunto com o estudo da Bioética e do Biodireito, disciplinas que aspiram uma compatibilidade moral da conduta humana no campo das ciências da vida.

Na compreensão de Maria Helena Diniz (2009), o Biodireito (associado à Bioética) se encarregará de estudar a relação entre o direito e a evolução científica que abrange a medicina e a biotecnologia, buscando sempre uma integração que atenda a dignidade da pessoa humana.

Já de acordo com os ensinamentos de Roberto Senise Lisboa (2013), a bioética encontra-se indissolúvelmente relacionada com os direitos da personalidade,

realçando uma série de problemas que chegam ao próprio sentido da vida e à discussão sobre as práticas de eutanásia. Sobre as relações familiares, o autor entende que a maior ingerência da bioética diz respeito à inseminação artificial e ao uso de embriões, problemas esses relacionados com a fertilização humana assistida.

Nesse contexto, a reprodução humana assistida surgiu como uma forma, até então inalcançável, de perpetuar a espécie humana, até mesmo para aqueles que jamais poderiam concretizá-las sem a ajuda da medicina.

2.2 MÉTODOS E TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Os principais procedimentos de reprodução assistida são: a fecundação *in vitro*, a inseminação artificial e a gestação por substituição.

A fecundação *in vitro*, popularmente conhecida como “bebê de proveta”, consiste em uma técnica extracorpórea, isto é, o material genético do casal é colhido e a manipulação dos gametas é realizada em laboratório, onde só após a fecundação é que o embrião vem a ser implantado no útero materno.

Roberto Senise Lisboa (2013) esclarece que na fertilização *in vitro*, o procedimento se inicia com a retirada de óvulos por aspiração, para os fins de sua separação individual e transferência a um disco plástico que serve de ambiente de contato com os espermatozoides. Ocorrendo a fertilização, principia-se a formação de pré-embriões, que poderão ser transferidos para o útero em até uma semana.

Na inseminação artificial, o material genético do homem é introduzido no corpo da mulher onde irá ocorrer a fecundação, de maneira intracorpórea. Tal técnica é classificada em homóloga e heteróloga. Naquela, o material genético utilizado pertence ao casal, enquanto que nesta o material genético utilizado pertence a um doador (terceiro).

No âmbito da gestação por substituição, também conhecida como “barriga de aluguel”, tem-se o fato de uma terceira pessoa ceder o seu útero para gerar o feto concebido por meio da fertilização artificial do material genético do casal ou do espermatozoide do marido com o óvulo da mãe de substituição.

Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.402) expõe que no caso da gestação de substituição temos a maternidade dividida ou dissociada: assim, a mãe genética, por impossibilidade física recorre a outra mulher, que será a mãe gestacional, para que esta leve a termo a gravidez que é impossível para a mãe genética. Nesse contexto,

a mãe que gera o filho abdica à sua maternidade em favor da pessoa que cedeu o material genético.

A gestação por substituição deve acontecer de maneira gratuita, sem nenhuma finalidade lucrativa ou comercial, sendo recomendado pelo Conselho Federal de Medicina que a pessoa efetue a doação temporária do seu útero. Roberto Senise Lisboa (2013) defende que para o nosso direito parece de melhor dicção a expressão cessão de uso, pois a doação importa em transferência de um bem patrimonial, conforme nossa tradição jurídica.

É permitida, ainda, a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade.

A Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina preleciona que: “Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação dos oócitos de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira”.

Outro método para procriação utilizado pela medicina e regulado pela Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina é a doação de gametas, que deve ser voluntária, anônima e sem nenhum fim lucrativo ou comercial, através da qual pessoas doam seu material genético para um banco de sêmen, e este material será utilizado por outra pessoa para procriação.

Com relação à modalidade de inseminação artificial homóloga, cerne deste estudo, afirma Rolf Madaleno (2013, p. 524), ser “a técnica pacificamente aceita pela sociedade, pois proporciona à união conjugal a alegria da procriação que não seria alcançada sem a intervenção médica”.

Paulo Lobo (2009) esclarece que a inseminação artificial homóloga é a que manipula gametas da mulher (óvulo) e do marido (sêmen). A manipulação, que permite a fecundação, substitui a concepção natural, havida por meio da cópula. O meio artificial resulta da impossibilidade ou deficiência para gerar de um ou de ambos os cônjuges.

Gustavo Tepedino (2004, p.475) explica que a procriação homóloga ocorre normalmente mediante a introdução do sêmen diretamente na cavidade uterina da mulher ou por meio de inseminação in vitro, nesse caso a fecundação irá ocorrer fora do corpo da mulher e posteriormente o embrião será implantado no útero feminino.

Quanto a fecundação artificial heteróloga, Maria Berenice Dias (2009) afirma que esta ocorre por meio de doação de sêmen de um homem que não seja o marido, contando com a sua concordância.

Roberto Senise Lisboa (2013) frisa que dá-se a inseminação homóloga, também chamada de autoinseminação, quando o sêmen utilizado advier do próprio cônjuge ou convivente. Já a inseminação heteróloga ou heteroinseminação é realizada a partir do esperma de terceiro.

O procedimento da reprodução humana assistida pode, ainda, ocorrer após o falecimento do genitor, sendo assim denominada, inseminação artificial homóloga *post mortem*.

A inseminação artificial homóloga *post mortem* se dá quando um consorte congela o seu material genético ainda em vida, por diversas razões, sendo a mais comum a infertilidade, e vem a falecer antes de concluída a inseminação. Diante disso, a consorte sobrevivente utiliza o material congelado do falecido marido para conceber um filho do casal por meio das técnicas de reprodução assistida.

Nesse sentido registra Guilherme Calmon (2003, p. 732):

“(...) é possível que o sêmen, o embrião, e também o óvulo – quanto a este, as experiências científicas são mais recentes – possam ser criopreservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida”.

A inseminação artificial homóloga pós morte é o cerne deste estudo, na medida que se busca compreender o procedimento adotado e a sua regulação no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUA REGULAMENTAÇÃO

O mundo evoluiu, a tecnologia e a ciência estão alcançando lugares até então inalcançáveis. E mesmo diante de tantas evoluções, o direito, como ciência, parece estar cego para as implicações decorrentes dessas evoluções, principalmente no campo da reprodução humana assistida e sua regulação jurídica.

Estima-se que, a cada ano, 500.000 mulheres no mundo, 25.000 delas no Brasil, submetem-se a tratamentos de fertilidade (Adriana Dias Lopes, 2009). A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) emitiu o 10º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões, informando que o número de embriões congelados para reprodução assistida dobrou de 2012 para 2016. O relatório indica que em 2017, há a estimativa de que mais de 66 mil embriões foram congelados no

Brasil nos Bancos de Células e Tecidos Germinativos, mais conhecidos como clínicas de Reprodução Humana Assistida.

Assim, no cenário jurídico do mundo, reconhece-se plenamente o direito à criopreservação e a procriação, este como inerente à espécie humana e, nessa ótica, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da resolução da III Sessão Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, disciplina o direito de fundar uma família. No mesmo sentido, a Constituição Federal Brasileira de 1988, nos artigos 5.º, caput e incisos VI e XI, 218 e 226, parágrafo 7.º, trata indiretamente sobre o direito à procriação, quando disciplina a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade de expressão, o incentivo à pesquisa e desenvolvimento científico e a liberdade de consciência e crença, dedicando ainda um capítulo inteiro à família, no qual prevê o planejamento familiar como de livre decisão do casal.

Ocorre que, embora sejam técnicas cada vez mais utilizadas pelos humanos, no Brasil inexistente diploma jurídico específico regulando a reprodução humana assistida, delimitando seus pontos controvertidos e seu campo de aplicação, bem como os direitos dos advindos pelas técnicas de reprodução, não há se quer uma doutrina ou jurisprudência uniformes para melhor garantir e oferecer segurança jurídica aos possuidores desses direitos, acaso existentes.

Diante disso, as orientações básicas relativas a esses procedimentos, atualmente, são garantidas pela Resolução nº 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina que versa sobre as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, a qual preleciona no tópico 1 do inciso I que as técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.

Quanto à possibilidade de realizar o procedimento de inseminação artificial após a morte do genitor, o tema é quase pacífico, tem inclusive previsão no Código Civil de 2002, em seu art.1.598, inciso III.

Doutrina e jurisprudência divergem, no entanto, quanto a possibilidade do indivíduo, gerado por meio de inseminação artificial homóloga póstuma, possuir direito sucessório ou não, e se tendo, quais os requisitos para que esse indivíduo possa ser parte legítima na sucessão do autor da herança, tendo em vista a omissão legislativa quanto ao tema.

Parte da doutrina brasileira admite a possibilidade de existirem direitos

sucessórios, apoiando seus posicionamentos nos princípios da dignidade da pessoa humana, na igualdade entre os filhos e no direito à sucessão, a exemplo de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (2006, p. 06), ao expor que:

Não se pode excluir da participação nas repercussões jurídicas, no âmbito do direito de família e no direito das sucessões, aquele que foi engendrado com intervenção médica ocorrida após o falecimento do autor da sucessão, ao argumento de que tal solução prejudicaria ou excluiria o direito dos outros herdeiros já existentes ou pelo menos concebidos no momento da abertura da sucessão.

Em contrapartida há os que defendem a impossibilidade argumentando que só estariam legitimados a suceder as pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão, conforme preleciona o art. 1.798 do Código Civil, dentre eles destaca-se Silvio de Salvo Venosa (2015, p. 57), ao considerar que os não são herdeiros aqueles gerados a partir de inseminação artificial realizada após a morte do autor da herança.

Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 110) expõe que:

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

O referido autor ainda entendeu que: “solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*” (Eduardo de Oliveira Leite, 2003, p. 110).

A criopreservação de gametas está prevista na Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, onde no item V.1. consta que as clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, oócitos, embriões e tecidos gonádicos.

Com o objetivo de preencher a lacuna normativa, o Conselho da Justiça Federal editou o Enunciado 106 que determina que:

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

Acerca de tal procedimento, dispõe a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina:

VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM: É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

No Brasil, não se tem lei proibindo a inseminação *post mortem*, tão pouco lei admitindo. O que temos em nossa legislação versando sobre o tema é o art. 1.597, III, do CC/2002, que trata da presunção de filiação e dispõe que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 7591/2017, proposto pelo Deputado Carlos Bezerra (PMDB-MT), que busca acrescentar um parágrafo único ao art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para conferir capacidade para suceder aos concebidos com o auxílio de técnica de reprodução assistida após a abertura da sucessão.

Em suas razões, o Deputado Carlos Bezerra traz um trecho da obra de Rosenvald e Farias, no qual o autor defende que se o indivíduo não estiver ao menos concebido ao tempo da abertura da sucessão, não possuirá direito sucessório, veja:

“[...] se não havia concepção, ou seja, em se tratando apenas de sêmen congelado, sem que tenha ocorrido a concepção laboratorial, não há que se falar em direito sucessório, exatamente pelo princípio da isonomia porque as situações são absolutamente distintas e a igualdade substancial consiste em tratar desigualmente quem está em situação desigual.”

O Parlamentar defende posicionamento contrário ao do referido autor, fundamentando suas razões no Princípio da Igualdade entre os filhos, asseverando que:

“[...] o parâmetro jurídico para se aferir a igualdade ou a desigualdade da situação não deve repousar sobre o método de reprodução assistida utilizado, mas sim sobre o claro parâmetro constitucional: a condição de filho. O texto constitucional impõe a igualdade de direitos e qualificações entre os filhos (artigo 226, § 6º), não se admitindo que o legislador ou o aplicador da lei se valha de critérios outros para promover a distinção de situações jurídicas. [...] Creemos que se a filiação é reconhecida, segue-se de consequência o direito de suceder, independentemente do período decorrido entre a abertura da sucessão e a concepção.”

Utilizando como fundamento a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, Carlos Bezerra ainda argumenta que:

“Considerando a atual exigência de as clínicas de reprodução assistida de colherem termo de consentimento informado a respeito da utilização dos gametas ou embriões após a morte, divórcio, parece razoável compreender que, pretendendo exercer a paternidade, o falecido tenha também a intenção de garantir direitos sucessórios ao concepturo.”

Em data de 06 de fevereiro de 2018, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA) determinou que o referido projeto fosse apensado ao PL-9403/2017.

Ao contrário do Brasil, países como Alemanha e Suécia proíbem tal prática. Na França, veda-se inseminação *post mortem* e dispõe que o consentimento externado em vida perde o efeito, no entanto uma proposição de lei preconiza complementar o artigo 725 do “Code Civil” a fim de reconhecer a capacidade sucessória da criança concebida *post mortem*, nos seguintes termos:

“Para suceder, é necessário existir no momento da abertura da sucessão, salvo nos casos de inseminação *post mortem* quando o marido defunto expressou inequivocamente a sua vontade, por ato notarial e sob a condição que a inseminação tenha sido feita nos 180 dias após a sua morte”. (Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, 2006, p. 4)

José Carlos Teixeira Giorgis (2005) afirma que:

“A possibilidade de aproveitamento do material depositado para uso depois da morte do doador é procedimento vedado nas legislações alemã, sueca, francesa; as regras espanholas também a proíbem, embora garanta os direitos do nascituro, desde que haja declaração feita em escritura pública ou testamento; as normas inglesas a aceitam, mas sem direitos hereditários, salvo documento expresso; a lei portuguesa também o interdita, seja no casamento ou na união de fato”.

Quanto a regulamentação do tema, nos dias de hoje, em compensação às omissões legislativas, tem-se, ainda, a guarida da Bioética, do Biodireito e da Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina. No entanto, tais fontes são insuficientes para pôr fim a controvérsia da capacidade sucessória do concebido de forma póstuma.

2.4 ASPECTOS ÉTICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

No universo científico, as técnicas de reprodução humana assistida não ensejam maiores dúvidas. No entanto, tal afirmação não condiz com a realidade jurídica e social que reveste o tema. As intervenções genéticas incitam várias questões bioéticas e jurídicas, direcionando-se para o ambiente discursivo onde surgem argumentos religiosos, psicológicos, filosóficos, sociológicos, políticos, científicos e jurídicos. O ordenamento jurídico brasileiro não versa sobre questões pontuais que emanam de uma análise mais profunda do tema, a exemplo da identidade genética de cada indivíduo e do anonimato do doador na doação de gametas.

O direito ao anonimato do doador de material genético utilizado em inseminação heteróloga decorre de motivações filantrópicas de homens a fim de auxiliar mulheres que, por variadas razões, desejam conceber um filho e ou não possuem um parceiro ou possuem problemas de fertilidade entre o casal. Nesse contexto, quem doa não busca, portanto, ser pai, mas sim busca tão somente agir solidariamente ao próximo. É exatamente essa ausência de desejo paterno que faz com que o doador opte pelo anonimato, desincumbindo-se, desse modo, de todos os encargos decorrentes da paternidade. Em contrapartida o direito à identidade genética é de mais complexo e possui uma série de consequências sociais e jurídicas que precisam ser minuciosamente discutidas antes de se chegar a alguma conclusão.

A identidade genética possui ampla afinidade com os questionamentos sobre a dignidade humana e os direitos fundamentais, isso porque ambas são consideradas um bem jurídico constitucional. A dignidade humana é considerada como um valor intrínseco, originariamente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética, e que tem como base uma obrigação geral de respeito da pessoa, traduzida num elenco de deveres e direitos correlatos. Já a identidade genética vem associada a ideia de integridade, que corresponde ao que é intangível, isto é, o que não pode ser tocado, diz respeito a identidade biológica do ser humano, o código genético de cada indivíduo, é o que diferencia uns dos outros, é a expressão da dignidade do ser humano, é o direito de cada pessoa ser como é, com suas próprias características, é a prerrogativa de todo cidadão de, independentemente de possuir um “pai”, ter acesso à sua origem genética.

Assim como a dignidade humana, o direito à identidade genética é direito

fundamental de todo ser humano, caracterizando-se por ser personalíssimo, indisponível e intransferível. Tal caráter personalíssimo faz com que o seu exercício seja de prerrogativa exclusiva do indivíduo concebido.

As discussões à volta do tema têm levado a questionamentos quanto aos limites das intervenções genéticas, de modo que o entendimento predominante é de que a constituição genética individual pode ser alterada exclusivamente para fins de prevenção, terapia ou diagnóstico de enfermidade, bem como práticas científicas que não têm a finalidade da alteração genética da descendência.

Pensando nisso, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução 2.168/2017 que determina que as técnicas de reprodução assistida não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças no possível descendente, bem como que é proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

Assim, a referida resolução protege a identidade genética do indivíduo, de modo que as técnicas de reprodução humana assistida só podem alterar sua identidade para prevenir doenças.

Em relação a doação de gametas, é indiscutível que a inseminação artificial, ao modificar a natureza da reprodução humana, acabou por trazer mudanças também no mundo sócio jurídico, principalmente diante da impossibilidade de um ser humano gerado por inseminação artificial realizada com sêmen de doador anônimo conhecer a sua origem biológica paterna. Isso porque se presume que quem doa um sêmen para uma clínica de reprodução, onde outra pessoa irá conceber um filho utilizando o material genético doado, não possui o elemento volitivo de querer ser “pai”, de querer criar e conviver com a prole advinda da inseminação. Nessa conjuntura, é protegido o anonimato do doador, fato que, por si só, pode ocasionar inúmeras situações jurídicas, como a possibilidade de ocorrer relações incestuosas entre irmãos, filhos de mães diferentes, mas que utilizaram o sêmen do mesmo doador, ou até mesmo entre pai/doador e filha.

A multiplicidade de efeitos que surgem diante de uma prole oriunda de inseminação artificial heteróloga leva a questionar se o sigilo das informações decorrentes da doação de gametas é a opção mais acertada para enfrentar o processo de pós-nascimento do indivíduo. Está-se diante de um antagonismo entre o direito do concebido em conhecer a sua origem genética e o direito da manutenção do

anonimato por parte do doador.

No momento da doação do sêmen, o doador não possuía qualquer espécie de vínculo com a mãe ou com o que viria a ser concebido, não possuía qualquer compromisso com a criação e educação da criança, o doador encara o processo de reprodução apenas como um colaborador na concretização do sonho de uma mulher em conceber um filho sem a presença de uma figura paterna, ou, ainda, com o intuito de ajudar em problemas de fertilidade que permeavam o casamento do casal.

Quanto a doação de gametas à determinada família, onde se tem uma mãe e um pai e um deles foi acometido de uma doença que causou uma esterilidade, ainda se cogita o anonimato do doador, uma vez que a criança crescerá sabendo que possui um pai e uma mãe, não haverá, portanto, maiores complicações psicológicas ao longo do crescimento da criança. Porém, se estivermos diante de uma família monoparental, formada a partir de inseminação heteróloga, o inciso IV da Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que trata da doação de gametas ou embriões, com objetivo de evitar dubiedades e posicionamentos contrários ao anonimato do doador, impede que doadores e receptores venham a conhecer reciprocamente suas identidades e prima pelo sigilo das informações sobre a criança nascida a partir do material doado, além de assegurar igualmente que o material genético doado seja gratuito e que as informações sobre pacientes e doadores pertencem, exclusivamente, às clínicas ou centros que mantêm serviços de reprodução assistida.

Assim, tem-se que o dever de sigilo é inerente à reprodução humana assistida, apenas se admitindo em caráter excepcional a transmissão das informações para outro médico, com finalidade exclusivamente profissional. Ambos os médicos, contudo, terão de guardar sigilo acerca da identidade do cedente do material genético. Responsabiliza-se a unidade coletora do material pela escolha dos doadores e, ainda, pela garantia, na medida do possível, de uma maior semelhança fenotípica e imunológica e da máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora, sendo vedado que algum profissional da própria equipe seja o doador ou cedente do material, devendo as clínicas manterem de forma permanente um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com legislação vigente.

Com o objetivo de prevenir relações incestuosas, o mencionado diploma estabelece que na região de localização da unidade coletora do material genético, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de

duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes, especificando, ainda, que um(a) mesmo(a) doador(a) poderá contribuir com quantas gestações forem desejadas, desde que em uma mesma família receptora.

Assim, de acordo com a referida resolução, a relação afetiva torna-se inexistente, tendo em vista que a legislação opta pelo sigilo das informações, impedindo que as partes conheçam suas identidades reciprocamente. Com isso, buscou-se resguardar, inclusive, o elemento volitivo do doador do material genético, de modo que este jamais poderá ser chamado a auxiliar materialmente o filho biológico e vice-versa, ele apenas doa o seu material genético para proporcionar o sonho de outra pessoa, mas não tem nenhuma relação jurídica, social ou econômica com isso.

De mais a mais, considerando o conceito atual de família, baseado no afeto e solidariedade familiar, onde a condição de pai ou mãe não é caracterizada pelo aspecto genético que vincula os indivíduos, mas sim pelo aspecto afetivo que os une voluntariamente, no caso em estudo, impossível parece se falar em afeto entre filho e genitor pela razão óbvia de que o anonimato do último não permite a sua ocorrência. Assim, se a atual ideia de família está baseada preponderantemente no afeto, sua consequência lógica é a de que o doador anônimo do material utilizado na inseminação artificial não pode ser considerado “pai” do concebido, mas apenas seu genitor, eis que inexistente qualquer relação fraterna ou emocional entre ambos. Afinal, no momento em que o genitor dispõe de seu sêmen, realiza a mesma operação daquele que doa um filho, sendo-lhe destituído qualquer poder de ingerência sobre a vida do menor.

Naturalmente que se o pai biológico preferiu doar anonimamente seu material genético é porque não possui interesse em arcar com o encargo emocional decorrente da condição de “pai”, de forma que inviável parece impor-lhe esse ônus, o qual é exatamente o fator determinante para que ele se utilize do anonimato para doar.

A doutrina, de maneira ainda arredia, vem se unindo a esse entendimento, concluindo que o acesso às informações do doador não gera o dever deste de sustentar o filho, defendendo que a criança somente será registrada em nome da mãe, mas poderá no futuro requerer o reconhecimento de seu vínculo de filiação biológica sem que isto acarrete ao doador quaisquer obrigações ou direitos relativos à criança, uma vez que ao doar seu sêmen ele abdica voluntariamente de sua paternidade da mesma forma que o faz quem entrega uma criança para adoção.

3 SISTEMA SUCESSÓRIO BRASILEIRO E A RELAÇÃO COM A FILIAÇÃO

Quanto a possibilidade de realizar o procedimento de inseminação artificial após a morte do genitor, o tema é quase pacífico. A doutrina e jurisprudência divergem, no entanto, quanto aos direitos sucessórios dos advindos por esse tipo de procedimento. Diante disso, é necessário que se entenda o instituto do direito sucessório no direito brasileiro, disciplinado na parte especial do Código Civil, a fim de melhor compreender o tema e saber se há espaço neste campo do direito brasileiro para os filhos concebidos através da inseminação artificial homóloga pós morte.

3.1 A SUCESSÃO NO BRASIL E O MOMENTO DA SUA ABERTURA

A sucessão vem do latim *succedere*, que significa vir no lugar de alguém, sempre ligada à ideia de perpetuidade da religião e da família.

Clóvis Beviláqua (1945, p.44) conceitua o direito das sucessões como sendo “o complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir”.

Já segundo Eduardo de Oliveira Leite (2005. p. 24), o direito sucessório “é o conjunto de normas jurídicas que disciplinam a transferência do patrimônio (ativo e passivo) de uma pessoa que morreu a seus sucessores”.

Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 19), conceitua a palavra “sucessão” como sendo “o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens.”.

Embora a palavra sucessão possa ter inúmeros outros significados, como no direito das obrigações, no direito sucessório, todavia, o termo é utilizado tão somente para indicar a morte de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*.

Não obstante remeta-se à mais nobre antiguidade, a evolução histórica do direito sucessório restou mais latente com o direito romano, mais precisamente na Lei das XII Tábuas, a qual concedia absoluta liberdade ao *pater familias* de dispor dos seus bens para depois da morte.

No Brasil, o direito das sucessões encontra-se reverenciado no Livro V do Código Civil de 2002, entre os artigos 1.784 ao artigo 2.027 e em matéria processual, no Código de Processo Civil em seus artigos 610 ao artigo 673, além de encontrar

amparo, ainda, na Constituição Federal de 1988, na qual versa em seu artigo 5º, XXX, que a herança é um direito fundamental, e no artigo 227, § 6º, que assegura, inclusive, a paridade entre os filhos.

Seu fundamento repousa na continuidade da vida humana, através das várias gerações.

O beneficiário da sucessão denomina-se herdeiro. O Código Civil estabelece que estes podem ser legítimos ou testamentários, sendo aqueles os indicados pela lei, em ordem preferencial, enquanto que estes são os beneficiados pelo testador no ato de última vontade com uma parte dos bens, sem individuação (Carlos Roberto Gonçalves, 2016).

Quanto a abertura da sucessão no direito brasileiro, esta dar-se-á com a morte do autor da herança, momento em que se transmite, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários todos os bens e obrigações que pertenciam ao *de cujus*, conforme preleciona o art. 1.784 do CC/2002.

Nos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2016, p.33):

“Na impossibilidade de se admitir que um patrimônio permaneça sem titular, o direito sucessório impõe, mediante uma ficção jurídica, a transmissão da herança, garantindo a continuidade na titularidade das relações jurídicas do defunto por meio da transferência imediata da propriedade aos herdeiros.”

Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite (2005, p. 34):

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

Esse fenômeno de transmissão da posse é reconhecido pela doutrina como o princípio da *saisine* (Maria Helena Diniz, 2010. p. 1264). Esse princípio norteia basicamente todas as relações do direito das sucessões, uma vez que, segundo esse princípio, o *de cujus* transmite aos seus herdeiros a posse e a propriedade de toda a sua herança no momento de sua morte.

Como se vê, a morte, além de pôr fim à existência da pessoa natural (art. 6º do CC/2002), também é o componente decisivo para a transmissão da herança, uma vez que é a partir de sua ocorrência que se inicia a abertura da sucessão.

Nas palavras de Arnaldo Rizzardo (2011, p. 21):

“A morte, que é fato natural, transforma-se em fato jurídico, ao desencadear tal gama de efeitos, porquanto dela advém, dentre outras consequências, a mudança na titularidade dos bens. Ao mesmo tempo em que põe termo aos direitos e obrigações do *de cujus*, faz emergir direitos e obrigações relativamente aos herdeiros.”

Em regra, a sucessão no Brasil se dá com a morte natural do autor da herança. Ocorre que, além da morte natural, a lei ainda prevê a morte presumida do ausente como uma exceção, conforme dispõe o art. 6º do CC/2002. Ausente é aquele que some, desaparece, sem, contudo, dar notícias do seu paradeiro a sua família ou a qualquer pessoa.

Nesses casos, com o objetivo de proteger os bens e direitos do ausente, bem como os direitos dos herdeiros acaso essa ausência se prolongue no tempo, o Código Civil prevê a possibilidade de os herdeiros ingressarem, a priori, com o pedido de sucessão provisória, regulada entre os artigos 26 e 36 do Código Civil de 2002, e posteriormente, se passados dez anos da abertura dessa sucessão provisória, com o pedido de sucessão definitiva (CC, art. 37). Pode-se requerer a sucessão definitiva, também, provando-se que o ausente conta oitenta anos de idade, e que de cinco datam as últimas notícias dele (CC, art. 38).

Arnoldo Wald (2007, p. 10) entende que, em se tratando de abertura da sucessão, por tratar-se de pessoa ausente, cuja morte é presumida, devem:

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

A sucessão que aqui importa, portanto, é exatamente essa, a que tem como fundamento a morte da pessoa, sinalizando o momento cronológico que determina a abertura da sucessão, quando se opera a divisão entre o patrimônio do *de cujus* e sua personalidade.

Assim, da leitura da lei, tem-se que a herança do falecido é transmitida automaticamente aos herdeiros legítimos e testamentários no mesmo momento em que é aberta a sucessão (morte), ou seja: “a morte, a abertura da sucessão e a transmissão da herança aos herdeiros ocorrem num só momento” (Zeno Veloso, 2003, p. 1.598).

Nas palavras de Arnoldo Wald (2007, p. 12), a transferência da herança opera-se desde logo, uma vez que:

[...] dentro do sistema legal pátrio, a propriedade e a posse dos bens herdados transferem-se automaticamente, *ipso jure*, pelo simples fato da morte do *de cuius*, aos herdeiros, independentemente da abertura do inventário, que é mera formalidade, e da sentença homologatória da partilha, que tem caráter declaratório. O mesmo não acontece em relação aos legatários. A estes se transfere apenas o direito, cabendo aos herdeiros entregar aos legatários a posse dos objetos legados.

Malgrado a herança se transmita aos herdeiros no momento da morte do *de cuius*, os herdeiros têm que aceitá-la para então torná-la definitiva (CC, art. 1.784). Se os herdeiros renunciarem a herança, a transmissão prevista no mencionado artigo não se concretiza, afinal, ninguém pode ser beneficiário de algo contra o seu desejo.

É necessário estabelecer ainda uma significativa distinção entre a abertura da sucessão, a qual se dá com a morte, seja ela real ou presumida, e a abertura do inventário, que apenas ocorre após o óbito, podendo ser realizada por via judicial ou extrajudicial, visando promover a partilha dos bens deixados pelo falecido, conforme leciona Arnaldo Rizzardo (2011, p. 23) “o inventário representa apenas a formalização da sucessão [...]. Não passa o mesmo de exteriorização administrativa da transmissão.”.

Ainda em relação a abertura da sucessão, urge tratar do local de sua abertura e da lei que regula os direitos sucessórios nesse momento.

Nos termos do artigo 10, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a sucessão deve obedecer à lei do país em que era domiciliado o falecido, qualquer que seja a situação dos seus bens. Nessa esteira, o último domicílio do falecido é que define onde se abrirá a sucessão e, conseqüentemente o inventário, conforme dispõe o artigo 1.785 do Código Civil de 2002, “A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido”. Compreende-se por domicílio o local onde se tem a residência com ânimo definitivo. Se o autor da herança não possuía domicílio certo, aplicar-se a regra contida no artigo 48, parágrafo único e incisos do Código de Processo Civil: “É competente: I – o foro de situação dos bens imóveis; II – havendo bens imóveis em foros diferentes, qualquer destes; III – não havendo bens imóveis, o foro do local de qualquer dos bens do espólio.”.

Para tanto, a herança a ser transmitida compreende os direitos e as obrigações, todo ativo e o passivo aos sucessores do *de cuius*, conforme assevera Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 32):

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

Imperioso destacar que o momento em que se abre a sucessão hereditária também é extremamente relevante pois “a lei que regula a sucessão e a legitimação para suceder é a lei vigente ao tempo da morte do autor da herança” (Silvio de Salvo Venosa, 2015) conforme dispõe o art. 1.787, do Código Civil.

Assim, diante de tal regramento, verifica-se que uma novel lei sucessória não pode retroagir para abranger sucessões que se abriram anteriormente a ela, sob pena de afrontar a garantia de proteção ao direito adquirido, disposta no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

3.2 OS SISTEMAS SUCESSÓRIOS BRASILEIROS E A CAPACIDADE PARA SUCEDER

Conforme visto, a sucessão que interessa ao presente estudo é a por ato *mortis causa*, através da qual a transmissão de bens do autor da herança para seus herdeiros opera-se com a morte daquele, onde estes o substituem na titularidade de determinados bens.

O art. 1.786 do CC/2002 disciplina que a sucessão se dá por lei ou por disposição de última vontade, podendo esta se dar de três formas, quais sejam: legítima, testamentária ou mista.

A sucessão legítima ocorre quando o falecido não deixar testamento, ou se deixar, este caducar, for julgado nulo ou quando for expressamente revogado, ou, ainda, quando o testamento não compreender todos os bens do falecido, conforme dispõe o art. 1.788 do Código Civil. Assim, no momento em que uma pessoa morre, seu patrimônio deverá ser transferido às pessoas indicadas pela lei, de acordo com a ordem de vocação hereditária do art. 1.829 do referido diploma legal.

Na sucessão legítima, o cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes no regime da separação convencional de bens, no regime de participação final dos aquestos e, se houver bens particulares do falecido, na comunhão parcial. Também haverá a concorrência do cônjuge se ao tempo da morte do *de cujus*, não estava dele separado judicialmente nem separado de fato há mais de dois anos e não seja casado

no regime da comunhão universal ou no da separação obrigatória de bens.

Por sua vez, a sucessão testamentária é oriunda de manifestação de última vontade do autor da herança, expressa por meio de testamento ou codicilo, na forma da lei. Francisco Cahali e Giselda Hironaka (2014, p. 45) afirmam que neste tipo de sucessão, “não é a lei, mas a pessoa que elege seus sucessores”.

No Brasil, por força do art. 1789 do Código Civil, o autor da herança não poderá dispor em testamento de mais da metade de seus bens, quando houver descendentes, ascendentes ou cônjuge, tendo em vista que estes são os herdeiros por excelência e necessários. Nesse sentido, embora o autor da herança seja livre para deixar por testamento seus bens a qualquer pessoa, essa liberdade sofre a limitação da lei, de modo que ele só poderá dispor da metade dos seus bens, com o fim de proteger a legítima.

A última forma de sucessão admitida no ordenamento jurídico brasileiro é a sucessão mista, na qual o testador não abrange a totalidade dos seus bens no testamento, o que faz com que os bens não incluídos no testamento sejam transmitidos para os herdeiros legítimos, na ordem de vocação hereditária. Assim, tanto herdeiros testamentários quanto herdeiros legítimos concorrem à herança.

A sucessão *causa mortis* pode ainda ser classificada quanto aos efeitos, a qual pode ser principalmente a sucessão a título universal e a título singular.

No direito das sucessões brasileiro, possui capacidade ativa o autor da herança e capacidade passiva o sucessor, sendo este a pessoa convidada para dar seguimento aos negócios jurídicos do finado. O sucessor pode ser herdeiro ou o legatário.

Em relação aos herdeiros, o Código Civil de 2002 estabelece que legítimo é o herdeiro que a própria lei determina que seja, estes seguem a ordem preferencial do artigo 1.829 do CC/2002. Já os herdeiros testamentários são aqueles contemplados pelo autor da herança em testamento, sem individualização de bens (Carlos Roberto Gonçalves, 2009, p. 28).

O Código Civil de 2002 prevê ainda duas modalidades de herdeiros: os necessários, os facultativos e os legatários.

Os herdeiros necessários são aqueles que têm em seu benefício a proteção da sucessão legítima, são os que necessariamente devem herdar, ou seja, pertence a eles, no mínimo, metade do patrimônio do falecido; são estes os descendentes, ascendentes e o cônjuge, conforme os artigos 1.845 e 1.846 do Código Civil. Os

facultativos, porém, não gozam da referida proteção.

Já os legatários, também chamados de herdeiros a título singular, são assim denominados porque são contemplados no testamento do *de cuius* com um bem certo e determinado (Carlos Roberto Gonçalves, 2009, p. 28).

Francisco José Cahali (2014) defende que:

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

Herdeiro universal é aquele que sozinho recebe a totalidade da herança, assumindo a responsabilidade do seu ativo e passivo, seja em virtude de lei, renúncia dos demais herdeiros ou de testamento. Assim, pode haver herdeiro universal tanto na sucessão legítima, quanto na testamentária.

Carlos Roberto Gonçalves (2016, p.45), explica que:

“A sucessão legítima é sempre a título universal, porque transfere aos herdeiros a totalidade ou fração ideal do patrimônio do *de cuius*. A testamentária pode ser a título universal ou a título singular. Será a título singular quando envolver coisa determinada e individualizada, conforme a vontade do testador.”

Vale frisar, que o ordenamento jurídico brasileiro proíbe outras formas de sucessão, a exemplo da sucessão contratual, sendo terminantemente proibidos os pactos sucessórios, com exceção da partilha feita pelos pais, por ato entre vivos ou de última vontade, aos filhos, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários (CC, art. 2.018).

Nesse sentido disciplina o art. 426 do CC/2002, ao prever que não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

Considerando a análise dos tipos de sucessão existentes no direito brasileiro, é necessário compreender os legitimados a suceder, ou seja, as pessoas que a lei concede capacidade para herdar os bens do *de cuius*.

No direito sucessório brasileiro vigora a máxima de que todas as pessoas possuem capacidade sucessória, exceto as excluídas pela lei. Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 69) explica no Brasil: “a legitimidade passiva é a regra e a ilegitimidade, a exceção.”.

Nessa trilha, o art. 1.798 do CC preleciona que: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”.

Assim, de acordo com a lei, a regra geral é que possuem capacidade sucessória para receber a herança ou o legado todos aqueles que estavam vivos ou ao menos concebidos no momento da morte do *de cujus*.

A lei coloca a existência humana como requisito indispensável à legitimidade sucessória. Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 99) explica que o referido preceito legal passa a reger toda a matéria sucessória.

Embora a referida regra seja geral, esta comporta exceções, como no caso do nascituro. O art. 2º do mencionado diploma legal ressalva os direitos do nascituro ao dispor que: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Na definição de Silvio Rodrigues (2002, p. 36):

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.

Nessa linha de raciocínio, em nascendo com vida o nascituro tem resguardados os seus direitos a partir da concepção. Por outro lado, se nascer morto o feto, não haverá aquisição de direitos, como se nunca estivesse existido (Carlos Roberto Gonçalves, 2016, p. 71).

De acordo com o entendimento decorrente de maioria de votos do Pleno do Supremo Tribunal Federal na Ação de Direta de Inconstitucionalidade 3.510, disponível no site da própria Corte de Justiça, proposta pelo Procurador Geral da República, a vida inicia-se com a nidação, ou seja, com a implantação eficaz do zigoto (ou ovo) no útero da mulher.

Outro princípio que norteia as espécies de sucessão é o Princípio da Coexistência, o qual determina que no momento da morte do autor da herança o herdeiro precisa estar vivo, ou seja, o(s) herdeiro(s) deve(m) estar vivo(s) para receber(em) a herança. Para Carlos Maximiliano (1942, p.130):

Herdar é adquirir a propriedade do espólio; ora o nada não pode adquirir. A sucessão transmite-se no momento da morte; logo nesse momento é preciso haver sucessor, coexistirem hereditando e herdeiro, testador e legatário. Não

basta que no momento da morte do *de cuius* o sucessor já viva; é indispensável, também, que ainda viva. Continua de pé a mesma regra – da coexistência necessária do hereditando e do herdeiro, deve este sobreviver àquele.

Na sucessão testamentária ainda existem exceções à regra geral, e estas encontram-se previstas no art. 1.799 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;
II - as pessoas jurídicas;
III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Na referida hipótese, ao contrário do determinado no art. 1.798 do mencionado diploma, outras pessoas podem ser chamadas a suceder. Ocorre que, essas pessoas só são legítimas para suceder por disposição de última vontade.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2007, p. 213):

A capacidade testamentária passiva se reveste de alguns contornos bastante particulares, permitindo, por exemplo – sob a modalidade de instituição testamentária condicional -, a disposição em favor de ente que sequer tem existência física e, simultaneamente, jurídica, como na hipótese envolvendo o filho eventual de pessoa determinada existente por ocasião do falecimento do testador.

Na sucessão legítima designada por lei, somente podem suceder as pessoas humanas. Já na sucessão testamentária, tanto pessoas físicas quanto jurídicas tem capacidade passiva sucessória.

No inciso I do art. 1.799 do CC que trata da denominada “prole eventual” e do fideicomisso, a lei nos traz duas condições necessárias para que os filhos da pessoa indicada pelo testador possam herdar, qual seja: os filhos têm que nascer com vida e a pessoa indicada pelo testador precisa estar viva no momento do seu falecimento. Assim, se o filho nascer morto ou se a pretensa mãe falecer antes da abertura da sucessão que se dá com a morte do testador, a disposição testamentária que o contempla caducará.

De acordo com o parágrafo 4º do artigo 1.800 do CC, para que a prole eventual venha a ter direito sucessório, deve ser concebida no prazo máximo de 02 (dois) anos. Se após esse prazo o herdeiro eventual não for concebido, a herança

destinada por testamento retornará ao monte partível se não houver direito de crescer de nenhum outro herdeiro e nem substituição testamentária prevista.

Diante da referida disposição legal, o legislador optou por atribuir capacidade sucessória passiva a quem não era sequer concebido no momento da abertura da sucessão quer através da prole eventual quer pela substituição fideicomissária, porém não tratou dos direitos patrimoniais dos advindos por meio das técnicas de reprodução humana assistida pós morte no âmbito da sucessão legítima.

3.3 A PRESUNÇÃO DE FILIAÇÃO DO ART. 1597 DO CÓDIGO CIVIL

Desde o surgimento da humanidade as pessoas sempre se uniram umas com as outras com o objetivo de constituir uma família. Embora com o passar dos anos o conceito de família tenha se modificado, sempre se presumiu a paternidade do filho nascido na constância do casamento como sendo do patriarca da família.

A lei brasileira, desde o Código Civil de 1916, sempre estimulou um sistema de presunções com o objetivo de dirimir quaisquer dúvidas em relação a paternidade dos filhos. Caio Mário Pereira (2012, p. 324) assevera que:

[...] Não se podendo provar facilmente a paternidade, a civilização ocidental, em sua maioria, assenta a ideia de filiação num “jogo de presunções”, a seu turno, fundadas numa probabilidade: O casamento pressupõe as relações sexuais dos conjugues e fidelidade da mulher; o filho que é concebido durante o matrimônio tem por pai o marido de sua mãe. E, em consequência, “presume-se filho o concebido na constância do casamento dos pais.”

Assim, desde a mais remota antiguidade, filho concebido durante o casamento era considerado fruto da união entre o marido e a sua esposa. Nesse sentido, “[...] independente da verdade biológica, a lei presume que a maternidade é sempre certa, e o marido da mãe é o pai de seus filhos.” (Maria Berenice Dias, 2007, p. 323).

Nos ensinamentos de Luiz Edson Fachin (2003, p. 225):

O antigo Código Civil não abria as portas à paternidade, fundada na paternidade jurídica decorrente da força da presunção pater is est. O critério nupcialista vai mudando progressivamente para propiciar a declaração da verdade biológica. Francamente admissível a investigação, então, da paternidade contra o pai casado com outra mulher que não seja a mãe do investigando, como também o pai biológico pode reconhecer a paternidade do filho tido com outra mulher que não aquela com quem está casado.

Dessa forma, tem-se que a referida presunção de paternidade se limitava tão somente ao fator biológico, não abrangendo qualquer outra forma de paternidade ou de filiação. Este entendimento, com o passar dos anos e diante do progresso e evolução da tecnologia e da ciência, que proporcionou aos seres humanos outras formas de procriação, se tornou insuficiente e arcaico.

Diante disso, o Código Civil de 2002 manteve a presunção de paternidade presumida, entretanto, ampliou consideravelmente as hipóteses, até porque essa presunção nunca se mostrou suficiente e eficaz, principalmente porque o casamento não é sinônimo de fidelidade. A fidelidade é um dever do matrimônio, porém não é sinônimo deste. Nessa linha de raciocínio, pode-se verificar que:

Com a Codificação vigente, a presunção passou a incidir não apenas nas filiações decorrentes de fecundação sexual (incisos I e II do art. 1.597), alcançando, também, aquelas oriundas de fecundação artificial assistida (incisos III, IV e V do citado dispositivo legal). (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 590)

A legislação civilista de 2002 trata da filiação nos artigos 1.596 até o 1.606, especialmente no artigo 1.597, que trata da presunção de filiação dos filhos concebidos na constância do casamento, e assim dispõe:

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

No mesmo sentido, atualmente não há mais discriminação entre os descendentes legítimos e os “ilegítimos”, uma vez que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, § 6º, pôs fim a discriminação entre filhos até então existente, princípio que foi consagrado, inclusive, pelo Código Civil em seu art. 1.596 que disciplina que: “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à

filiação”.

Com relação a presunção de filiação, é necessário atentar para o fato de que esta presunção não é absoluta ante os mecanismos científicos de determinação da origem da filiação, a exemplo do exame de DNA. Estas presunções podem ser refutadas porque são relativas. Inquestionável é o pensamento de Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 322), qual seja:

A ciência moderna, com seus constantes avanços, autoriza, todavia, outras soluções, uma vez que consegue determinar com precisão a data em que se deu a concepção, com pequenas e desprezíveis diferenças. Por outro lado, o exame de DNA possibilita definir a paternidade com a certeza necessária.

A evolução da ciência, especialmente no campo da medicina, tem colaborado consideravelmente para a melhoria na qualidade de vida e melhores condições em tratamentos de saúde para os seres humanos. Magnífico avanço se deu no campo da reprodução humana e da genética, a qual possibilitou soluções revolucionárias e capazes de erradicar a infertilidade de muitos casais.

O progresso na reprodução humana assistida, notadamente na manipulação genética, causou largo impacto no Direito Civil brasileiro, uma vez que desajustou a realidade contemporânea diante da ausência de legislação própria prevendo o tema. Isto posto, a filiação tomou outras nuances, não mais se restringindo aos elementos naturais da reprodução sexual, para Maria Berenice Dias (2007, p. 321):

A identificação dos vínculos de parentalidade não pode mais ser buscada exclusivamente no campo genético, pois situações fáticas idênticas ensejam soluções substancialmente diferentes. As facilidades que os métodos de reprodução assistida trouxeram permitem a qualquer um realizar o sonho de ter um filho. Para isso não precisa ser casado, ter um par ou mesmo manter relação sexual. Assim, não há como identificar o pai com o cedente do espermatozoide. Também não dá para dizer se a mãe é a que doa o óvulo, a que cede o útero ou aquela que faz uso do óvulo de uma mulher e do útero de outra para gestar um filho, sem fazer parte do processo procriativo. Submetendo-se a mulher a qualquer desses procedimentos, torna-se mãe, o que acaba com a presunção de que a maternidade é sempre certa. Porém, sendo ela casada, surge a presunção de que seu marido é o pai.

Atento a essa evolução, o legislador ampliou o rol de presunção da paternidade do Código Civil de 2002 acrescentando a presunção de paternidade aos filhos concebidos pelas técnicas de reprodução humana assistida.

Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 201) aduz que:

As procriações artificiais vieram revelar ao jurista um dado negligenciado e

que está a exigir sua real avaliação; a paternidade não se estabelece exclusivamente sobre um suporte biológico, como sempre se entendeu, mas também sobre um suporte psicossocial.

O inciso III do artigo 1.597, dispõe que a presunção de paternidade se estende aos filhos advindos da fecundação artificial homóloga, ainda que tenha falecido o marido. Por se tratar de concepção homóloga, o material genético utilizado pertence ao próprio casal. Ressalte-se que a referida presunção é válida mesmo em relação ao marido falecido, ou seja, trata-se de uma hipótese de presunção “post mortem”.

Já o inciso IV do mencionado artigo se refere à presunção dos filhos concebidos a qualquer tempo em relação aos embriões excedentários, desde que se originem da concepção artificial homóloga. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo (2003, p. 52):

Apenas é admitida a concepção de embriões excedentários se estes derivarem de fecundação homóloga, ou seja, de gametas da mãe e do pai, sejam casados ou companheiros de união estável. Por consequência, está proibida a utilização de embrião excedentário por homem e mulher que não sejam os pais genéticos ou por outra mulher titular de entidade monoparental.

Em relação ao tema, é necessário volver os olhos ao que define o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). Segundo o dispositivo os embriões excedentários deverão ser preservados com o prazo mínimo de 03 (três) anos, contados a partir da data do congelamento. Caso esses embriões não sejam implantados no útero da mulher, será permitido, então, o seu uso para fins de pesquisas terapêuticas, desde que haja o necessário consentimento dos genitores.

Por fim, o inciso V do artigo 1.597 versa sobre a presunção de paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, a qual se realiza com a utilização do material genético de um terceiro doador, desde que tenha a autorização do marido. Com a autorização do marido, este será considerado o pai da criança, independentemente do vínculo biológico.

Apesar da clareza da redação, o referido artigo, especialmente o seu inciso quarto acima mencionado, representa um dos cernes deste estudo, à medida que deixa claro o reconhecimento da filiação do concebido por inseminação homóloga póstuma, contudo, não trata dos direitos dos advindos por tal técnica.

4 OS EFEITOS SUCESSÓRIOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA PROVENIENTE DE FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA PÓS MORTE

Diante da omissão legislativa sobre o tema abordado nesta pesquisa, o presente capítulo abrangerá as perspectivas doutrinárias a respeito da matéria discutida, correlacionando os entendimentos dos renomados juristas brasileiros com a jurisprudência nacional para então delimitar a existência dos direitos sucessórios aos advindos por inseminação artificial homóloga pós morte, quais os requisitos e as consequências práticas e jurídicas oriundas desses direitos.

4.1 A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE A PRESUNÇÃO DE FILIAÇÃO DO ART. 1.597 DO CÓDIGO CIVIL E A CAPACIDADE SUCESSÓRIA

Como se sabe, na sucessão testamentária, o *de cujus* pode em vida manifestar sua vontade deixando um testamento, no qual contempla qualquer pessoa que desejar, até a porção de 50% (cinquenta por cento) da sua herança acaso tenha herdeiros necessários, podendo, até mesmo, deixar sua herança ou legado para pessoas nem mesmo concebidas à época da abertura da sucessão, é o que ocorre com o Fideicomisso.

No Fideicomisso, o fideicomissário (testador) deixa em vida seus bens para os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas por ele. O art. 1.799, inciso I do Código Civil preleciona que: “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; [...]”.

Na verdade, “o testador poderá atribuir bens a filhos eventuais de pessoas vivas, ficando, então, a herança destes dependentes de condição suspensiva, que consiste no seu nascimento [...]”. (Arnoldo Wand, 2007, p. 19):

De acordo com o parágrafo 4º do artigo 1.800 do referido diploma, para que a prole eventual venha a ter direito sucessório, deve ser concebida no prazo máximo de 02 (dois) anos. Se após esse prazo o herdeiro eventual não for concebido, a herança destinada por testamento retornará ao monte partível se não houver direito de acrescer de nenhum outro herdeiro e nem substituição testamentária prevista.

Assim tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro prevê a hipótese de ser beneficiária da herança pessoa ainda nem concebida. A única condição que a lei exige é que a mãe desta pessoa viva quando do tempo da abertura da sucessão.

Com o referido dispositivo, resta nítido o desejo do legislador em conferir legitimidade sucessória passiva a quem não era sequer concebido no momento da abertura da sucessão.

Diferentemente da sucessão testamentária, na sucessão legítima, só estão legitimados a suceder aqueles que a lei determina. O rol de legitimados é taxativo e encontra-se previsto no art. 1.829 do CC que disciplina que:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

No âmbito da sucessão legítima, onde só estão legitimados a suceder aqueles que a lei determina, conforme a ordem de vocação hereditária prevista no supramencionado artigo legal, a lei ainda estipula como condição legal para possuir capacidade sucessória, ou seja, para possuir legitimidade para receber o patrimônio deixado pelo *de cujus*, a coexistência. Diante disso, segundo a lei civilista brasileira, só possuirá capacidade sucessória o indivíduo que já estiver nascido ou ao menos concebido no momento da morte do autor da herança. A referida norma legal está prevista no art. 1.798 do CC/2002.

Eduardo de Oliveira Leite (2005, p. 69) classifica a capacidade para suceder em três formas, quais sejam:

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

A problemática da presente pesquisa surge exatamente na referida controvérsia, uma vez que embora o art. 1.597 do CC, em seu inciso III, deixe claro

que é presumivelmente filho aquele concebido por inseminação artificial realizada após a morte do genitor, o art. 1.798 do mencionado diploma disciplina que só são legitimados a suceder aqueles vivos ou ao menos concebidos no momento da abertura da sucessão. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro diz no mesmo diploma jurídico legal que o concebido por inseminação artificial homóloga pós morte é filho, porém não é legitimado a suceder pois não estava se quer concebido à época da abertura da sucessão.

Trata-se de dois institutos jurídicos distintos. De um lado tem-se a presunção de filiação, na qual o concebido por inseminação artificial homóloga mesmo que já tenha falecido o marido. De outro temos a capacidade sucessória, cuja regra geral é a de que só possuir capacidade para herdar aquele vivo ou concebido ao tempo da abertura da sucessão. Assim, o direito civil brasileiro nos traz a hipótese de um descendente legítimo que não possui direito sucessório.

Importante lembrar que, na inseminação artificial homóloga pós morte o material genético utilizado para a fecundação é proveniente do casal, ou seja, o marido, antes de falecer, colhe o seu sêmen em uma clínica de reprodução, e após vem a óbito. Com isso, a esposa/companheira do falecido usa o seu material genético para conceber um filho do casal, filho esse que possui uma presunção legal de filiação.

Acerca dessa presunção, o Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal na I Jornada de Direito Civil trouxe dois requisitos para sua validade, quais sejam: 1 - que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva; e 2 - que o marido tenha deixado autorização escrita para que se utilize seu material genético após sua morte.

Diante do exposto no art. 1.798 do CC, sucedem ao autor da herança os nascituros e as pessoas físicas dotadas de personalidade civil. Entretanto, diante da evolução das técnicas de RA, bem como da possibilidade de congelamento de embriões, a insegurança jurídica que norteia o tema diz respeito aos direitos sucessórios.

Em relação a omissão existente no CC no que tange aos direitos do concepturo, José Luiz Gavião de Almeida (2003, p. 103-104) revela:

[...] aberta a sucessão, as pessoas apenas concebidas poderão recolher a herança desde que venham a nascer com vida, pois a lei só põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro que nasça vivo. Não tratou o novo Código dos direitos do concepturo, na sucessão legítima. Foi lacunoso o Código, em época na qual a existência de personalidade do embrião, ou de

proteção a sua situação jurídica, ou a direitos que de futuro ser-lhe atribuídos, é das mais controvertidas.

No mesmo sentido, assevera Caio Mário da Silva Pereira (2012, p. 326):

[...] Questão controversa há de ser solucionada pela doutrina e jurisprudência no que concerne aos direitos sucessórios dos filhos oriundos de reprodução assistida e nascidos após a morte do marido. [...] Não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*; reforma legislativa deverá prever tal hipótese, até mesmo para atender o princípio constitucional da não discriminação de filhos.

Como se vê, diante da omissão existente no código civil, parte da doutrina defende a necessidade de uma reforma legislativa que regule tal matéria.

Já Maria Helena Diniz (2009, p. 550) entende que essa presunção de paternidade do art. 1.597, III é inaplicável, uma vez que o casamento se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao concebido por inseminação “post mortem”, já que não estava gerado por ocasião da morte de seu genitor.

Em contrapartida, baseado nos princípios constitucionais da isonomia entre os filhos, do livre planejamento familiar e da dignidade da pessoa humana, defende Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 57):

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

Como se vê, os temas ainda são conflitantes e a doutrina brasileira divergente. Diante disso é necessário analisar os argumentos que fundamentam as referidas teses para então encontrar um posicionamento que melhor abarque os direitos dos advindos por tal técnica, sem, no entanto, macular o nosso ordenamento jurídico, relativizando a regra geral pertinente à capacidade sucessória e quem sabe delimitando requisitos para a obtenção desses direitos.

4.2 OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE VONTADE DO AUTOR DA HERANÇA SOBRE O PROCESSO SUCESSÓRIO

O Conselho da Justiça Federal através do Enunciado 106, entende que para

que seja válida a presunção de filiação do concebido por inseminação artificial pós morte, o marido/doador deve formalizar uma autorização escrita para utilização do seu material após a morte. Assim, para a Justiça Federal Brasileira, as clínicas de reprodução humana assistida só podem utilizar o material genético do *de cujus* se existir manifestação expressa nesse sentido.

No mesmo sentido, a Resolução nº. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina determina em seu item V.3 que no momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. Não obstante o referido regulamento não possua força normativa, é utilizada pelos profissionais da saúde como referência ética na realização de eventual procedimento de inseminação *post mortem*.

Quanto a exigência de manifestação de vontade, doutrina e jurisprudência no Brasil ainda se dividem. Parte defende a imprescindibilidade do consentimento expresso para realização do procedimento após a morte, como Maria Berenice Dias (2009, p. 334) ao declarar que “apesar do marido ter fornecido o sêmen em vida não significa que ele queria consentir que essa fecundação viesse a ser realizada após o seu falecimento”.

A autora fundamenta o referido posicionamento no princípio da autonomia da vontade, uma vez que para esse princípio é necessário o expresso consentimento para a utilização do material genético. Nessa rota, deduz-se que a viúva não poderá se quer pleitear junto a clínica a realização da inseminação, caso não haja a autorização expressa do falecido doador.

Nesse sentido, Paulo Lôbo (2003, p. 51) defende que se a inseminação pós morte for realizada sem o consentimento expresso de ambos os consortes, esta teria status de inseminação por doador anônimo, observem:

O princípio da autonomia dos sujeitos, como um dos fundamentos do biodireito, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que tenha deixado para esse fim. Assim, não poderá a viúva exigir que a clínica de reprodução assistida lhe entregue o sêmen armazenado para que seja nela inseminado, por não ser objeto de herança. A paternidade deve ser consentida, porque não perde a dimensão da liberdade. A utilização não consentida do sêmen deve ser equiparada à do doador anônimo, o que não implica atribuição de paternidade.

De igual modo, para Rolf Madaleno (2008, p. 387-388) “o uso do sêmen do marido somente é permitido diante de sua expressão de vontade e enquanto estiver vivo, porque é só sua a titularidade de partes destacadas de seu corpo”.

Embora a doutrina brasileira seja tendenciosa a existência do consentimento expresso para realização do procedimento, não há um posicionamento jurisprudencial uniforme versando sobre a matéria. Tanto é, que no ano de 2010, em Curitiba no Paraná foi concedida uma liminar judicial autorizando a realização de procedimento de inseminação *post mortem* mesmo sem a existência de autorização expressa do marido/doador falecido.

O caso narrado diz respeito ao processo nº. 27862/2010, em que uma professora, a Sra. Kátia Lenerneier, ajuizou uma ação de obrigação de fazer perante a 13ª Vara Cível de Curitiba em desfavor da clínica de reprodução humana assistida, uma vez que esta se negou a realizar a inseminação artificial com o material genético deixado pelo seu falecido marido Roberto Jefferson Niels, alegando a inexistência de consentimento expresso pelo falecido quanto a utilização do seu sêmen acaso viesse a falecer. O casal convivia a cinco anos e já haviam tentado várias formas de engravidar pela via tradicional, não conseguindo concretizar o desejo de ter filhos.

Tudo começou quando em janeiro de 2009 Roberto foi diagnosticado com câncer de pele, ocasião em que os médicos o aconselharam a depositar seu sêmen em clínica de fertilização para que ficasse congelado, antes que este iniciasse a quimioterapia, em razão do alto risco de esterilidade provocado por esses tipos de tratamento.

O casal se dirigiu a uma clínica de fertilização, colheu o material, porém não assinou nenhum documento tratando da utilização do material após a morte.

Em julho de 2009, após o casal ter iniciado o tratamento de reprodução, este foi interrompido pois Roberto teve um novo diagnóstico: o câncer havia se espalhado para os ossos. Em fevereiro de 2010, Niels não resistiu e faleceu.

Diante do óbito do marido, Kátia decidiu realizar a inseminação artificial com o material genético congelado na clínica. Ocorre que a clínica se negou a realizar a inseminação, posto que não existia consentimento expresso do doador falecido. Assim, com o objetivo de concretizar o desejo do casal em conceber um filho, Kátia ajuizou a referida ação.

Em sede de antecipação de tutela a liminar foi deferida, entendendo o juiz Alexandre Gomes Gonçalves que a manifestação de vontade não deveria

necessariamente ser escrita nos termos do enunciado nº.106 do Conselho da Justiça Federal, mas deveria ser manifestada por atos do falecido em vida de forma inequívoca, o que foi feito pelo ato inquestionável de depósito de seu sêmen, bem como o incentivo ao tratamento da esposa para que a fertilização pudesse ser realizada, interrompido pelo grave estágio da doença.

Assim sendo, o magistrado proferiu a decisão interlocutória, pois considerou preenchidos os requisitos necessários à antecipação de tutela, concluindo que a verossimilhança restou comprovada através dos atos do falecido marido em vida, bem como diante da anuência da família deste para a realização do procedimento. No tocante ao perigo do dano irreparável ou de difícil reparação o juiz entendeu que este foi configurado a partir de relatório médico pelo qual a demora da prestação jurisdicional prejudicaria o sucesso na fertilização.

O juiz ainda se refere ao princípio do livre planejamento familiar na decisão, contemplem:

A autora, portanto, além da provável legitimação, como sucessora para realizar a vontade do marido, parece ter também o direito de concretizar os planos feitos com eles, utilizando-se dos meios que deixou notadamente, porque, segundo prescrevem os §§ 5º e 7º do art. 226 da Constituição Federal, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo os direitos referentes à sociedade conjugal “exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Normas que não por sua redundância, mas por sua importância, estão reafirmadas no art.1.565 do Código Civil vigente e o art.2º da Lei nº.9.263/96. (Trecho da decisão interlocutória à folha a qual consta anexa a este trabalho. Processo nº. 27862/2010. 13º Vara Cível da Comarca de Curitiba.)

A referida decisão vai de encontro aos posicionamentos doutrinários supramencionados, na medida que considera desnecessário o consentimento expresso do falecido marido, desde que este tenha praticado atos em vida que manifestassem, de forma inequívoca, seu desejo de procriar. Dito isso, a referida decisão abriu um precedente de que há a possibilidade da concretização da vontade do casal ainda que um dos consortes tenha falecido, com base no princípio do livre planejamento familiar, o qual poderá ser aplicado extensivamente aos direitos sucessórios.

A respeito da inexistência de autorização expressa do marido para a fertilização pós morte, Nelson Farias e Cristina Chaves de Rosenvald (2010, p. 576) asseveram que:

Apesar de não ter a expressa autorização do marido que faleceu para a realização da fecundação, e caso tenha ocorrido o nascimento da criança, não há incidência da presunção da paternidade, mas será caso de determinação biológica da filiação, sendo assim, apesar de não incidir nessa hipótese de presunção legal, faz-se assim, necessário ingressar com a ação de reconhecimento de paternidade *post mortem* e requerer que se proceda a análise do exame de DNA. Dessa forma, essa criança não ficará sem pai.

Os referidos autores, defendem que se uma criança é concebida por meio de inseminação artificial pós morte sem que tenha havido a autorização expressa do marido, esta não terá direito a presunção de filiação contida no Código Civil, mas terá direito de pleitear o reconhecimento da paternidade através de uma ação de investigação de paternidade pós morte. Assim, aplicando extensivamente o referido posicionamento, tem-se que essa prole após ser reconhecida judicialmente como filho, poderá se valer do instituto da petição de herança, previsto no artigo 1.824 do CC, uma vez embora não fosse reconhecida como descendente à época da abertura da sucessão, possuíra o direito de pleitear o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possuía.

Assim, a doutrina brasileira defende que a vontade do *de cuius* deve operar, no entanto, como visto em retrospecto, parte dos juristas defendem que essa vontade deve ser expressa, em contrapartida existe aqueles que defendem que essa vontade pode ser tácita, manifestada através de atos em vida praticados pelo falecido que demonstrem o seu desejo em procriar.

Em torno dos desdobramentos que envolvem tal discussão, é necessário mencionar ainda a hipótese da sucessão testamentária, em que o elemento volitivo opera, e no caso do fideicomisso, em que o falecido pode beneficiar até mesmo prole que nem sua é. Assim, há quem defenda que se uma pessoa que, segundo a lei, nem filha do *de cuius* é possui capacidade sucessória passiva, sendo a única condição o seu nascimento com vida, aquele concebido por inseminação artificial homóloga pós morte também possui capacidade sucessória, independente do consentimento expresso, uma vez que é presumidamente filho de acordo com o art. 1.597, III, do CC.

Diante do exposto, passaremos a análise dos efeitos jurídicos da inseminação artificial homóloga pós morte no âmbito do direito sucessório, frente à omissão legislativa imposta pelo ordenamento jurídico brasileiro.

4.3 OS EFEITOS JURÍDICOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* SOBRE O PROCESSO SUCESSÓRIO

O ponto nodal deste estudo diz respeito a possibilidade de atribuir direitos sucessórios aos advindos por meio de inseminação artificial homóloga realizada após a morte do genitor/doador e quais os efeitos jurídicos daí decorrentes. Inseminação artificial homóloga pós morte é uma das técnicas de reprodução humana assistida, onde é utilizado o material genético do próprio casal para fertilização, com o objetivo de procriação.

No Brasil não existe legislação específica normatizando a matéria, nem posicionamentos doutrinário e jurisprudencial uniformes. Diante disso, várias perspectivas doutrinárias serão abordadas no presente tópico, principalmente porque a doutrina brasileira se divide em várias correntes. Há os que defendem a concessão de direitos sucessórios, baseados nos princípios da isonomia entre os filhos, do livre planejamento familiar e na presunção de filiação do art. 1597 do CC; há os que condicionam a extensão de tais direitos à autorização expressa do falecido marido; há, igualmente, os que se possuem entendimento favorável à concessão dos efeitos patrimoniais, desde que seja fixado um termo para realização da inseminação; há os que defendem que o filho inseminado só terá direitos na sucessão testamentária, e, claro, há os que defendem a vedação expressa na lei de tal prática. Assim, observem as nuances de cada posicionamento:

O primeiro posicionamento compreende que o concebido por inseminação artificial “post mortem” não possui direitos sucessórios, nem na sucessão legítima e nem na testamentária. A referida corrente defende que deveria haver disposição expressa no Direito Civil Brasileiro vedando tal procedimento. É o que defende Guilherme Calmon (2003, p.1000):

No estágio atual do direito brasileiro não há como se admitir a legitimidade do acesso da viúva ou da ex-companheira (por morte do ex-companheiro) à técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*, diante do princípio da igualdade de direitos entre os filhos. Contudo, se a técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e no pressuposto do risco, mas não para fins sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear reparação dos danos materiais que eventualmente sofrer. [...]

Nessa ótica, denota-se que a referida posição é a favor da vedação expressa da realização de tal técnica e conseqüentemente da aplicação de direitos sucessórios aos advindos, sob alegação de que estes não preenchem o requisito da coexistência, previsto no art. 1.798 do CC. Sobre o tema se manifesta o aludido autor:

No que tange ao embrião ainda não implantado no corpo humano, ausente a gravidez, a questão se coloca em outro contexto. Deve-se considerar, de acordo como o sistema implantado pelo vigente Código Civil, que o embrião não implantado não pode ser considerado no bojo do art. 1.798 do Código Civil [...] (Guilherme Calmon Nogueira da Gama, 2003, p.1002).

No tocante ao embrião ainda não implantado, o CC não possui nenhum dispositivo conferindo direitos sucessórios a ele. O referido diploma apenas protege os direitos do nascituro e da prole eventual indicada pelo autor da herança no seu art. 1.799, inciso I, o qual confere capacidade sucessória testamentária aos filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador. Registre-se que essa vontade deve ser formal e expressa em um testamento, com o fim de beneficiar a prole futura. Nessa rota, entende o Tribunal de Justiça de São Paulo:

INVENTÁRIO. TESTAMENTO. INSTITUIÇÃO DE FIDEICOMISSO. OCORRÊNCIA. CLÁUSULA TESTAMENTÁRIA AMBÍGUA. **PREVALÊNCIA DA INTERPRETAÇÃO QUE MAIS SE APROXIMA DA VONTADE DO TESTADOR.** INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.899 DO CÓDIGO CIVIL. ELEMENTOS CONSTANTES NOS AUTOS QUE EVIDENCIAM QUE A INTENÇÃO DO DE CUJUS ERA, MESMO, A DE INSTITUIR O FIDEICOMISSO EM RELAÇÃO AOS BENS DA HERANÇA. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (TJ-SP 20900660220178260000 SP 2090066-02.2017.8.26.0000, Relator: Vito Guglielmi, Data de Julgamento: 05/10/2017, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/10/2017)

Filiada ao referido posicionamento, argumenta Maria Helena Machado (2003, p. 107):

Na forma em que se encontra estruturada atualmente a relação sucessória, não é possível permitir, na sucessão legítima, a filiação surgida *post mortem* decorrido o prazo legalmente previsto. Diante da impossibilidade sucessória do nascido do esperma ou embrião criopreservado depois da morte do progenitor, a fixação da filiação tem um significado limitado, não constituindo um vínculo familiar que tenha como conteúdo o poder paterno.

Já a segunda corrente defende que o concebido por inseminação artificial pós morte possui capacidade sucessória passiva, tanto na sucessão legítima quanto na testamentária. Esse é o posicionamento de José Luiz Gavião de Almeida (2003, p. 104), vejam:

Os filhos nascidos de inseminação artificial homóloga *post mortem* são sucessores legítimos. Quando o legislador atual tratou do tema, apenas quis repetir o contido no Código Civil anterior, beneficiando o concepturo apenas na sucessão testamentária porque era impossível, com os conhecimentos de então, imaginar-se que um morto pudesse ter filhos. Entretanto, hoje a possibilidade existe. O legislador, ao reconhecer efeitos pessoais ao concepturo (relação de filiação), não se justifica o prurido de afastar os efeitos patrimoniais, especialmente o hereditário. Essa sistemática é reminiscência do antigo tratamento dado aos filhos, que eram diferenciados conforme a chancela que lhes era aposta no nascimento. [...].

A terceira corrente doutrinária sustenta a possibilidade de concessão de efeitos sucessórios aos provenientes da técnica em comento, com a condição de que seja fixado um prazo para realização do procedimento. Os defensores do referido posicionamento argumentam que o legislador deve estipular um prazo legal para que essa implantação do sêmen do marido falecido ocorra, com o fim de salvaguardar a segurança jurídica dos herdeiros já nascidos no momento da morte do autor da herança.

No mesmo raciocínio encontra-se Eduardo de Oliveira Leite (2005, p. 71), que, inclusive, ainda propõe uma mudança no artigo 1.798 do Código Civil, observem:

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

Desse modo, Leite defende a inclusão dos filhos inseminados no rol de legitimados a suceder, defendendo, para tanto, apenas a fixação de um termo para realização da inseminação, que, para ele, deve ser de dois anos.

A quarta posição possui afinidade com a terceira, no entanto, embora defenda a fixação do prazo previsto no art. 1.800, §4º do CC, afirma que os efeitos sucessórios concedidos só serão válidos a título de herança testamentária. Essa corrente argumenta que se decorrido dois anos após abertura da sucessão, não sendo concebido o filho esperado, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos, nos termos do artigo acima decantado. Ao lado desta corrente, encontra-se Débora Gozzo (2004) ao se manifestar favoravelmente à concessão dos direitos patrimoniais, justificando seu posicionamento empregando analogia, uma vez que considera a possibilidade de conferir efeitos sucessórios ao concebido por inseminação artificial

post mortem do mesmo modo que se confere à prole eventual como herdeiro testamentário ou legatário.

No mesmo sentido, entende Maria Helena Diniz (2009, p.550):

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

Em contrapartida, sustenta Maria Berenice Dias (2011, p. 124):

Mesmo quem reconhece o direito sucessório ao filho concebido mediante fecundação artificial póstuma se inclina em estabelecer o prazo de dois anos para que ocorra a concepção, fazendo analogia ao prazo para a concepção da filiação eventual (CC 1.800 § 4º). Esta limitação não tem nenhuma justificativa. Não se pode discriminar o filho havido *post mortem* concebido com sêmen do pai pré-morto, depois do prazo de dois anos. A tentativa de emprestar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que veio a nascer, ainda que depois de alguns anos. Basta lembrar que não há limite para o reconhecimento da filiação por meio de investigação de paternidade, e somente o direito de pleitear a herança prescreve no prazo de 10 anos.

Já Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2007, p. 218-219), com um entendimento semelhante ao de Berenice, defende a extensão dos efeitos patrimoniais fundamentando suas razões na ação de petição de herança. Nesse sentido, dispõe:

No entanto, sendo reconhecida a admissibilidade jurídica do recurso às técnicas de reprodução humana assistida *post mortem* (e, assim, sua constitucionalidade), a melhor solução a respeito do tema é a de considerar que o artigo 1.798 do Código Civil de 2002 disse menos do que queria, devendo o interprete proceder ao trabalho de estender o preceito para os casos de embriões já formados e daqueles a formar [...]. Deve-se admitir a petição de herança, com a pretensão deduzida dentro do prazo prescricional de dez anos a contar do falecimento do autor da sucessão, buscando, assim, equilibrar os interesses da pessoa que se desenvolveu a partir do embrião ou material fecundante do falecido e, simultaneamente, os interesses dos demais herdeiros. Assim haverá mais uma hipótese de cabimento para os casos de petição de herança, a saber, aquela envolvendo o emprego de técnica de reprodução assistida *post mortem*.

Conforme explanado no tópico anterior, no tocante a exigência de manifestação de vontade expressa do marido falecido para utilização do seu sêmen após a sua morte, parte da doutrina entende como imprescindível, já outra banda defende que embora não exista o consentimento expresso, mas se o *de cujus* praticou

atos em vida compatíveis com o desejo de procriar, o procedimento deve ser realizado.

Olga Krell (2006, p. 190) entende que o filho inseminado somente terá direitos sucessórios se a inseminação artificial após o falecimento do próprio genitor for utilizada de forma expressa.

Já Maria Berenice Dias (2011, p.123) defende a concessão dos direitos sucessórios aos concebidos por tal técnica, contemplem:

É difícil dar mais valor a uma ficção jurídica do que ao princípio constitucional da igualdade assegurada à filiação (CF § 6º). Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798) e até as pessoas ainda não concebidas (CC 1.799, I), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem*. Sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, descabido afastar da sucessão quem é filho e foi concebido pelo desejo do genitor.

Berenice (2010, p. 363) em outra oportunidade, trata da concessão dos referidos direitos, contudo, explica que a existência dessa autorização expressa do genitor/doador solucionará muitos questionamentos e evitará maiores controvérsias em torno do tema, uma vez ao autorizar sua esposa ou companheira a usar o material genético colhido após sua morte, esse direito se estenderá potencialmente aos efeitos patrimoniais à prole *post mortem*. Nas palavras da referida autora:

Ainda que não tenha havido a concepção ao tempo da morte do proprietário do sêmen, o filho terá direito sucessório na hipótese de ter o genitor expressamente manifestado seu consentimento para que a fertilização pudesse ocorrer depois de sua morte. [...] (Maria Berenice Dias, 2010, pg. 363)

Por fim, a jurisprudência brasileira ainda não tem um posicionamento uniforme quanto ao tema, de modo que nossos Tribunais têm decidido de modo diverso quando o assunto é a necessidade de consentimento expresso do doador para utilização do seu material genético acaso venha a falecer.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por ocasião do julgamento dos embargos infringentes de nº. 20080111493002, decidiu no sentido da imprescindibilidade do consentimento, observem:

DIREITO CIVIL. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA

DO DOADOR. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. RESOLUÇÃO 1.358/92, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. 1. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 2. "No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-lo" (a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina) 3. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF - EIC: 20080111493002, Relator: CARLOS RODRIGUES, Data de Julgamento: 25/05/2015, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 18/06/2015. Pág.: 82)

Em sentido diverso, já decidiu 13ª Vara Cível de Curitiba no caso da professora Kátia Lenerneier que conseguiu uma decisão liminar autorizando a realização de procedimento de inseminação *post mortem* mesmo sem a existência de autorização expressa do seu marido falecido, conforme narrado no tópico 3.2 deste trabalho.

De igual modo, na obra de Anna Moraes de Salles Beraldo (2012), *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação "post mortem"*, encontra-se um caso concreto que se trata de uma decisão proferida pela 22ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP, proferida em 30/04/2008, pela MM. Juíza Dra. Carla Themis Lagrotta Germano, onde a Magistrada concedeu um alvará judicial, autorizando a autora em continuar com o procedimento de inseminação *post mortem* pelo prazo de um ano a contar da retirada do alvará, mesmo sem manifestação expressa do falecido marido.

O referido caso versou sobre um casal que tentava a doze anos ter um filho e não conseguia da maneira tradicional. Em razão disso, no ano de 2006, o casal iniciou um tratamento de reprodução assistida. O sêmen do esposo foi congelado enquanto se esperava pela coleta dos óvulos da esposa para realização do procedimento da fertilização "in vitro". Ocorre que, antes da realização do procedimento, o marido sofreu um acidente e veio a óbito e não deixou nenhuma autorização expressa versando sobre a possibilidade de utilização do seu material genético após a morte.

Ao proferir a decisão, a Magistrada afirmou que: "A intenção de Y sempre foi de se tornar pai, tanto que se submeteu à coleta de seu sêmen, para fins de engravidar sua mulher."

Assim, em ambos os casos, os Juízes entenderam a desnecessidade de consentimento expresso do falecido marido, uma vez que este, ao se dirigir a uma clínica de reprodução com o objetivo de congelar o seu material genético para ter um

filho com sua esposa, demonstrou o seu desejo de ter filhos, que não pôde ser concretizado em vida por razões alheias a sua vontade. Dito isso, tem-se que embora existam posicionamentos contrários, a jurisprudência brasileira, ao analisar o caso concreto, tende a relativizar a determinação contida na Resolução 2.168 do CFM, quando o falecido praticar atos em vida compatíveis com o desejo de procriação.

Neste cenário, diante dos entendimentos doutrinários acima mencionados, observa-se que o legislador enfrentará um grande impasse, uma vez que, além de normatizar a técnica de inseminação artificial pós morte, terá que regularizar os efeitos jurídicos dela decorrentes, principalmente no tocante aos efeitos patrimoniais. Logo, a matéria deve ser apreciada à luz dos princípios assegurados na Constituição Federal, bem como voltando os olhos ao caso concreto, de modo a proporcionar o melhor bem-estar da criança futuramente concebida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os avanços no campo da reprodução humana assistida, especialmente em relação as técnicas de inseminação artificial, tem proporcionado a alegria de muitos casais, que por algum problema, não conseguiam conceber um filho da maneira tradicional. Embora os benefícios sejam significativos, as técnicas de RA também têm gerado muitas controvérsias no direito brasileiro, principalmente no Direito das Sucessões. Isso porque o Código Civil de 2002 não regulou os direitos sucessórios dos advindos por tal técnica, se limitou apenas a presumir a paternidade desses filhos, como sendo do casal, o que fez no art. 1.597, III. Assim, o diploma civil brasileiro trouxe uma situação em que o filho legal e biológico do *de cuius* não pode participar da sucessão legítima deste.

Diante disso, o ponto nodal deste estudo foi a respeito da possibilidade de se conferir direitos sucessórios aos advindos por técnicas de reprodução humana assistida realizada após a morte do genitor/doador, especialmente na sua modalidade homóloga, onde para a fertilização é utilizado o material genético do casal.

O Conselho Federal de Medicina equipara a infertilidade humana a um problema de saúde pública. Em razão disso, editou Resolução nº 2.168/2017 que regula as técnicas de reprodução humana assistida e versa sobre a sua realização *post mortem*.

A referida Resolução explica que “no momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de falecimento [...]”, bem ainda permite a inseminação artificial pós morte desde que exista “autorização prévia específica do falecido para o uso do material biológico criopreservado”.

No mesmo sentido, o Conselho da Justiça Federal editou o Enunciado nº 106, exigindo o consentimento expresso do genitor para utilização do seu sêmen criopreservado após sua morte.

Embora o CC/2002 traga no rol dos filhos presumidamente do casal os concebidos por inseminação artificial homóloga *post mortem* e na ordem de vocação hereditária do seu art. 1.829 os descendentes, disciplina no seu artigo 1.798 que só são legitimados a participar da sucessão do autor da herança, aqueles nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão, que se dá com a morte. Com isso, parte da doutrina entendeu que, a prole advinda de tal procedimento não teria

capacidade sucessória passiva na legítima, ainda que existisse autorização expressa do *de cuius* quanto ao uso do seu material pós morte.

O requisito indicado alhures foi o grande fomentador da polêmica que permeou esse estudo, pois, como se sabe, no caso de concepção através de reprodução humana assistida póstuma, o filho concebido não estaria nascido, tampouco concebido, no momento da abertura da sucessão.

No tocante a sucessão testamentária, grande parte da doutrina reconheceu os direitos sucessórios dos advindos por tais técnicas, uma vez que se a Lei Civil dá a oportunidade de o testador deixar seus bens em vida até mesmo para filhos de terceiros, não há que se negar a possibilidade de sua prole biológica ser contemplada no testamento, até mesmo porque, na sucessão testamentária opera-se a vontade do testador, de modo que este pode beneficiar quem desejar em seu testamento.

Em relação à sucessão legítima, tem-se que, todavia, sendo esse filho, legal e biologicamente, do doador falecido, não se pode negar a ele o direito de concorrer na sucessão legítima de seu ascendente, uma vez que, assim agindo, estar-se-ia dispensando tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem, o que seria um atentado ao princípio da isonomia entre os filhos, assegurado no art. 227, §6º, da Constituição Federal. Concluir de maneira contrária acarretaria uma situação em que um descendente legítimo não poderá concorrer na sucessão do seu genitor, o que não merece guarida, pois, se os genitores edificaram um projeto parental, movidos pelo sonho de construir uma família, fato que não pode se concretizar por um fortuito, não se pode penalizar a criança que irá nascer, uma vez que o seu nascimento foi planejado pelos seus pais, que não conseguindo concretizá-lo da maneira tradicional, buscaram a ajuda da medicina. Esse planejamento familiar é protegido pela Constituição e por isso deve ser garantido pelo Estado, o qual não pode retirar do filho o direito de ser herdeiro do seu pai.

De igual modo, a exigência de autorização expressa do genitor/doador quanto a utilização do seu material após a morte, embora evitasse dubiedades acerca de sua vontade, não pode ser considerado como disposição absoluta. De acordo com as peculiaridades do caso concreto, é possível extrair a vontade do genitor de conceber um filho, quando, de forma inequívoca, praticou atos em vida que demonstrem a sua vontade. Isso ocorre, quando este se dirige à uma clínica de reprodução humana assistida e colhe seu material genético com o objetivo de realizar um procedimento de fertilização e ter um filho com sua esposa e posteriormente vem a falecer, não

concretizando o procedimento em razão do evento morte, circunstância alheia a sua vontade. Ao fazê-lo, esse pai demonstra o seu desejo de procriação, não sendo a morte, por si só, capaz de invalidar esta ação.

No mesmo sentido, a alegação de que a concessão dos direitos sucessórios aos concebidos póstumos feriria a segurança jurídica de eventuais herdeiros já vivos ou concebidos no momento da abertura da sucessão, não mereceu amparo, visto que essa segurança foi relativizada no campo do Direito das Sucessões, principalmente diante dos institutos da ação de investigação de paternidade pós morte e da ação de petição de herança. Todavia, não obstante essa segurança não sirva de argumento para obstar o direito do concebido pós morte de receber o patrimônio do seu ascendente, essa situação não pode se prolongar no tempo infinitamente. É necessário a fixação de um termo para realização do procedimento de fertilização, com o fim de evitar que essa retificação da partilha da herança seja feita a qualquer momento, o que, aí sim, geraria uma demasiada insegurança jurídica por parte dos demais sucessores.

Desse modo, concluiu-se que a melhor maneira de harmonizar a proteção dos direitos sucessórios do filho concebido por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem* com a segurança jurídica dos demais herdeiros, seria a aplicação das regras da petição de herança, observando o prazo prescricional de dez anos, contados a partir da abertura da sucessão.

Por fim, é necessário, ainda, a criação de uma legislação específica regulando o tema, a exemplo do PL nº. 7591/2017, que tramita na Câmara dos Deputados e objetiva acrescentar um parágrafo único ao art. 1.798 Código Civil, para conferir capacidade sucessória passiva àqueles concebidos com o auxílio de técnicas de reprodução humana assistida *post mortem*. Enquanto o projeto tramita, o Judiciário, amparado na Constituição, deverá se encarregar de integrar a norma, preenchendo suas lacunas através de uma interpretação que melhor se adeque ao caso concreto e proteja os interesses de todos os envolvidos.

Por todo o exposto, é notório que o filho proveniente de inseminação artificial homóloga *post mortem*, deve ter reconhecido seus direitos sucessórios, independentemente de consentimento expresso do genitor/doador, uma vez que é filho legal e biológico deste, conforme consagrado pelo princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório.** Disponível em: <www.esmape.com.br/downloads/mat_prof_a_mariarita/prof_maria_rita_7.doc>. Acesso em: 25 maio. 2018.

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

ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **10º RELATÓRIO DO SISTEMA NACIONAL DE PRODUÇÃO DE EMBRIÕES - SisEmbrião.** 2017. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33840/2817584/10%C2%BA+Relat%C3%B3rio+do+Sistema+Nacional+de+Produ%C3%A7%C3%A3o+de+Embri%C3%B5es+-+SisEmbrião/1121df4c-ab05-47e9-bae0-8dc283f36fbc>. Acesso em: 21 maio. 2018.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 217 A III.** Declaração Universal Dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm Acesso em: 10 de julho de 2018.

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

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões.** 4 ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1945.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 106.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 25 maio. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 maio. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em: 08 mai. 2018.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2001.** Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 26 maio. 2018.

_____. **Lei de Biossegurança.** Lei nº 11.105/2005, em vigor desde 24 de março de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 26 maio. 2018.

_____. **Projeto de Lei nº 7.591 de 2017.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=213648>

6 Acesso em: 10 de julho de 2018.

_____. São Paulo. **Sentença da 22ª Vara Cível do Foro Central Civil João Mendes Júnior**, no Estado de São Paulo, prolatada em 30.04.2008, pela MM. Juíza Dra Carla Themis Largotta Germano, referente à reprodução humana assistida.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

COLLUCCI, Cláudia. **Mulher pode ter filho de marido morto**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. Disponível em: <<https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2206913/mulher-pode-ter-filho-de-marido-morto>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

Conselho Federal de MEDICINA. **Resolução n. 2.168/2017**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352362>. Acesso em: 21 maio. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

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

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510**. Relator: MIN. AYRES BRITTO. Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134) Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 10/07/2018.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **EIC: 20080111493002**, Relator: CARLOS RODRIGUES, Data de Julgamento: 25/05/2015, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 18/06/2015. Pág.: 82. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/199982428/embargos-infringentes-civeis-eic-20080111493002>. Acesso em: 10/07/2018.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: Elementos Críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristina Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: 2010, Editora Lumen Juris.

_____, Cristiano Chaves; RONSENVALD Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª ed. Rio

de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FELIX, Valter Nilton. **Gravidez de substituição: aspectos técnicos, éticos e jurídicos da reprodução humana assistida**. São Paulo: Fiúza, 2009.

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

_____. Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). **Direito das Sucessões**. 2. Ed. Belo Horizonte Del Rey, 2007.

GIORGIS. José Carlos Teixeira. **A inseminação póstuma**. Disponível em <http://www.espacovital.com.br>. Acesso em 10/03/2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito das sucessões**. vol. 7, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009 7 v.

_____. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

KRELL, Olga Jubert 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, psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. 6 v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil - Vol. 5 - Direito de Família e Das Sucessões**. 8ª Ed. Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado: direito de família. Relações de parentesco. Direito Patrimonial**. Álvaro Vilaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

LOPES, Adriana Dias. **Sem medo de ser feliz**. Veja, São Paulo, n. 2.105, p.104-106,

de 25 mar. 2009. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/250309/p_104.shtml>. Acesso em: 08 ago. 2017.

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

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. I e III.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. V. 5. 20ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

RIBEIRO, Marina Ferreira da Rosa. **Infertilidade e reprodução assistida: desejando filhos na família contemporânea**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 25. Ed. Atualização de Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002. V.7; e 32. Ed. 2002. V.1.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento** 20900660220178260000 SP 2090066-02.2017.8.26.0000. 6ª Câmara de Direito Privado. Relator: Vito Guglielmi. Data de Julgamento: 05/10/2017, Data de Publicação: 05/10/2017. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/508934304/20900660220178260000-sp-2090066-0220178260000?ref=juris-tabs> Acesso em: 10/07/2018.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Renovar, 2004.

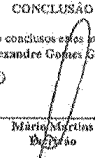
VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil – parte especial: do direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21.

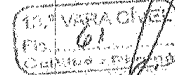
VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito das sucessões**. vol. 7. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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

ANEXOS

ANEXO A – LIMINAR DO PROCESSO Nº. 27862/2010

CONCLUSÃO	
Nesta data faço conclusos estes autos ao MM. Juiz Dr. Alexandre Gomes Gonçalves	
Carilões	<u>2010</u>
 _____ Maria Marcelina Defensora	

Autos nº 27862/2010

I.

Katia Adriana Lenerneier pretende compeli-la a Androlab – Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia a submetê-la a procedimento de inseminação artificial com o sêmen congelado de seu falecido marido Roberto Jefferson Niels. Argumenta que essa era a vontade do esposo e que tem a autorização de família do falecido para concretizá-la, ao que se opõe a Androlab sob o argumento de que no termo assinado por Roberto quando da coleta do sêmen não consta disposição a respeito da destinação do material após seu óbito. Invoca fundamentos de fato e de direito em prol de sua pretensão e, afirmando o *periculum in mora*, pede antecipação de tutela.

II.

Registro, inicialmente, que não se podem confundir o sêmen e a vida com ele eventualmente gerada. A decisão não terá por objeto senão exclusivamente o material orgânico confiado à guarda do laboratório. E não se trata de amesquinhar a importância da questão trazida à apreciação deste juízo – hoje inusitada, mas que certamente será corriqueira com o evoluir da ciência médica e das técnicas de fertilização artificial. Pretende-se simplesmente repelir a idéia de que venha este juízo a decidir sobre a vida.

Quanto à pretensão em si, penso que não devesse impedi-la a preocupação com a paternidade. A preocupação não seria maior do que a inspirada pelos casos de inseminação artificial feita com sêmen de doador anônimo, eventualmente identificado, estando o caso em questão, em princípio, albergado pelo Direito, a partir da interpretação do art. 1.597, inciso III, do Código Civil vigente, que trata da presunção de paternidade nos casos de fecundação artificial homóloga (gametas provenientes dos pais da criança a ser gerada).

O dispositivo não restringe a presunção somente à hipótese de concepção na constância do casamento (inseminação/fecundação antes do falecimento do pai, dado que a sociedade conjugal extingue-se pela morte do cônjuge), admitindo que também se presume a paternidade no caso de concepção fora da constância do casamento. A redação dada pelo legislador parece pretender justamente regular casos como o presente, notadamente quando inequívoca a vontade do pai, apta a sustentar a presunção mesmo nos casos de fecundação heteróloga (um ou outro dos gametas, ou ambos, provenientes de terceiros, distintos dos pais), como prescreve o inciso V.

(a)



Já se sustentou que "para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte" (Enunciado nº 106 aprovado na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>). Não parece, porém, que essa manifestação de vontade deva ser necessariamente escrita; deve ser, sim, inequívoca e manifestada em vida, mas sendo também admissível a vontade não expressada literalmente, mas indiscutível a partir da conduta do doador – como a do marido que preserva seu sêmen antes de submeter-se a tratamento de doença grave, que possa levá-lo à esterilidade, e incentiva a esposa a prosseguir no tratamento.

Aliás, também se entendeu que, "no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento" (Enunciado nº 104 aprovado por ocasião dos mesmos estudos). Se a vontade implícita do pai é admissível nos casos de inseminação artificial heteróloga, com muito maior razão haverá de ser admitida para a inseminação homóloga, se inequívoca.

Constituindo a vontade do pai o elemento-chave a amparar a pretensão, não se pode senão entender estarem os sucessores do doador falecido autorizados a dispor do material genético, coletado como garantia do propósito frustrado pelos tratamentos químico e radioterápico e pela morte prematura, nunca esperada em razão da célere evolução da enfermidade que acometeu o esposo da autora, que esses tratamentos não puderam evitar. Em outros termos, podem os sucessores, ante o contido nos arts. 1.829, II, 1.836, 1.837 e 1.845 do Código Civil, pretender autorizar a utilização do esperma congelado, desde que para concretizar a vontade de Roberto Jefferson Niels, sendo essa pretensão exercitável isoladamente pela autora, segundo os arts. 1791, parágrafo único, e 1.314, *caput*, do mesmo Código.

O caráter personalíssimo do direito ao próprio corpo e, pois, ao próprio material genético, parece não impedir que se aborde o tema na óptica do direito sucessório. A doutrina já reconhecia a disponibilidade de partes destacadas do próprio corpo quando destinadas a fins altruísticos ou científicos, estando a matéria hoje regulada expressamente no art. 14 do Código Civil vigente, que ressalva a intransmissibilidade dos direitos da personalidade prescrita pelo art. 11 do mesmo Código. O disposto no art. 199, par. 4º, da Constituição Federal não repele essa idéia, por não dirigir-se ao tratamento de situações como a de que cuidam estes autos, mesmo por estar a doação de esperma excluída da disciplina e das limitações impostas pela regulamentação da norma constitucional (Lei nº 9434/97, art. 1º, parágrafo único) e, ainda assim, por não parecer afrontá-la a pretensão ora analisada.

Importante também esclarecer que essa abordagem não pretende tratar o esperma coletado como herança deixada pelo *de cuius*. Prefere-se entrever, no tratamento da matéria sob o aspecto sucessório, simplesmente a busca de algum regramento, diante da lacuna da lei, para a transmissão de um aceitável direito de levar a cabo a vontade do falecido, sem que se deixe de reconhecer à autori

(a)

exercício de um direito próprio, mais forte do que o direito de "fazer cumprir", eventualmente transferido por sucessão.

Realmente, Carlos Alberto Bittar, tratando do direito à disposição sobre o próprio corpo, e fazendo referência ao Código de 1916, considera-a "essencial para a consecução dos fins do matrimônio (Código Civil, arts. 229 e 231), definido exatamente como comunhão espiritual e material entre os cônjuges para a realização dos objetivos pessoais de cada um dos filhos e para a perpetuação da espécie. Daí têm os cônjuges direitos e deveres recíprocos quanto aos respectivos corpos" (Os direitos da personalidade. 4. ed. rev. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 80).

A autora, portanto, além da provável legitimação, como sucessora, para realizar a vontade do marido, parece ter também o direito de concretizar os planos feitos com ele, utilizando-se dos meios que deixou, notadamente porque, segundo prescrevem os §§ 5º e 7º do art. 226 da Constituição Federal, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo os direitos referentes à sociedade conjugal "exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". Normas que, não por redundância, mas por sua importância, estão reafirmadas no art. 1565 do Código Civil vigente e no art. 2º da Lei nº 9.263/96.

Eis o *fumus boni iuris*, a verossimilhança do direito invocado na petição inicial, que se respalda nos documentos de fls. 48/52, quanto à finalidade do material coletado, quanto à vontade do esposo e quanto à anuência dos familiares à concretização do plano traçados em vida pela autora e por seu marido.

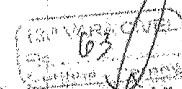
Quanto ao *periculum in mora*, deve ser aceito como indicativo da urgência do provimento jurisdicional o relatório médico de fl. 54, segundo o qual haverá, com o passar dos meses, diminuição da perspectiva de sucesso no procedimento de fertilização pelo envelhecimento ovular e pela deterioração das condições necessárias à gravidez segura. No dizer do Dr. Edison Luiz Almeida Tizzot, "somando-se as tentativas anteriores frustradas de gravidez, o sucesso em sua obtenção, assim como a possibilidade de evolução segura da gravidez e de bom prognóstico fetal, são hoje inversamente proporcionais à demora", a qual pode, de fato, trazer danos irreversíveis ao direito invocado pela autora.

Acresça-se que a possível irreversibilidade fática da liminar pretendida não deve obstar a sua concessão. O que o § 2º do art. 273 pretende evitar é a eventual irreversibilidade da lesão ao direito eventual do réu. No caso em questão não se entreve de que forma a irreversibilidade venha a afetar o laboratório, cujos interesses parecem já estar resguardados pela só postura responsável manifestada no documento de fl. 46, de exigir o suprimento judicial de omissões da lei ou do termo de fl. 38. O risco de irreversibilidade não obsta o provimento antecipatório se o indeferimento vier a tornar o direito do reivindicante inviável (STJ, AgRg no Ag 502.173/RJ, DJ 29.08.05, p. 247).

III.

Sendo assim, defiro a antecipação de tutela e determino à Androlab – Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia que realize o procedimento de inseminação artificial em Kátia Adriana Lenerneier com o sêmen armazenado pertencente a seu marido Roberto Jefferson Niels.

(a)



Cite-se o réu, com as advertências dos arts. 285 e 319 do CPC, para que ofereça contestação em 15 dias.

Intimem-se.

Curitiba, 14 de maio de 2010.

Alexandre Gomes Gonçalves
Juiz de Direito

RECEBIDOS nesta data com
o duplo original
Cunha JS. de 05 de 10
ESCRIVENTE JURAMENTADA