



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD**

THAISSA PESSOA RIBEIRO

O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO
ARTIFICIAL POST MORTEM À LUZ DO CÓDIGO CIVIL E DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL.

SOUSA
2017

THAISSA PESSOA RIBEIRO

O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO
ARTIFICIAL POST MORTEM À LUZ DO CÓDIGO CIVIL E DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL.

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. MSc. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

SOUSA
2017

THAISSA PESSOA _____

O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO
ARTIFICIAL POST MORTEM À LUZ DO CÓDIGO CIVIL E DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL.

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. MSc. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Data de aprovação: _____/_____/_____

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. MSc. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Banca Examinadora

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Ao meu maravilhoso Deus, pelo dom da vida, da sabedoria, da perseverança, da fortaleza e da resiliência. Por ter me iluminado e me abençoado em toda essa árdua trajetória. Sem Ele nada teria sido possível.

Aos meus pais, Teófanês e Tarcísio, por todo o carinho e educação que me deram durante minha vida inteira e me fizeram ser a pessoa que sou hoje. Por toda a compreensão, apoio e paciência no tempo que precisei estar longe para realizar este sonho. Por todas as vezes em que cai e eles foram lá e me ajudaram a levantar. Por todos os dias e noites que rezaram por mim para que tudo desse certo.

Aos meus pequenos e amados filhos, Miguel Bisneto e Maria Luísa, que nasceram no decorrer do meu curso, que chegaram para darem sentido a minha vida. Por serem o motivo de todo o meu esforço e sacrifício, por serem a causa da minha felicidade diária. Por me ensinarem o que significa amar alguém e fazer tudo por esse alguém sem esperar nada em troca. Tudo por eles, tudo para eles. Amo vocês além do que seja possível imaginar.

A minha irmã, Tacyanne, pelo imenso apoio que me deu do início ao fim. Pelas inúmeras vezes que precisei dela e ela sempre esteve a postos para me ajudar independente do motivo. Por ajudar a me reerguer e seguir em frente todas as vezes que fui fraca e pensei em desistir.

Aos meus avós, Francisco e Luísa (in memoriam), por terem rezado todos os dias por mim, pelos meus estudos, pelo meu futuro e pela minha família. Tenho certeza que lá em cima minha vizinha está bastante orgulhosa de mim, pois também era seu sonho.

As meus amigos de Sousa, Fransuênia Bezerra, Bruna Aoki, Andréia Pordeus, Jéssica Matias, Débora Moraes e Tadeu Ribeiro, pelo extraordinário apoio que me deram em Sousa em todos os aspectos. Pelas incontáveis vezes que precisei de vocês para estudar, para cuidar dos meus filhos quando eu não pude, para ir fazer prova, para ir ao hospital, para apenas fazer companhia. Pelo ombro amigo, pelo carinho, pelo companheirismo, pela atenção, pelo abrigo, pelas risadas, e por me mostrarem diariamente que eu seria e sou capaz de realizar tudo que

desejo em meu coração. Pela amizade, meus amigos, que eu sei que permanecerá pelo resto de nossas vidas.

As minhas amigas de Fortaleza, Thais de Melo, Natália Macêdo, Rayanne Guimarães e Lana Castelo Branco, por toda a compreensão que tiveram durante minha ausência e por todo o apoio que me deram mesmo eu estando tão longe. Vocês me mostraram que não importa distância e nem tempo, mas sim a intensidade da nossa amizade.

Aos meus amigos e companheiros de sala, por todas as ajudas que me foram prestadas dentro de sala e quando precisei me ausentar das aulas. Pelo apoio, pela amizade, pelo companheirismo. Essa conquista também é de vocês.

Ao Grupo Verde, grupo e amigos de coração, com quem compartilhei todos os momentos vividos na Universidade do início ao fim.

As minhas amigas e da minha família, Rosângela e Oene, que torceram e rezaram por mim, pelo meu crescimento, pelo meu sucesso. Por me mostrarem que eu sou capaz de realizar tudo que almejo.

Ao meu querido orientador, Prof. MSc. Eduardo Jorge. Me faltam palavras para agradecer tudo o que fizestes por mim. Por toda a ajuda na universidade, por todos os conselhos, por todo o apoio, por todos os ensinamentos, por tudo. Acredite, sem você essa vitória não teria se concretizado.

Ao meu namorado, Pedro Dias, por toda a paciência e compreensão que teve comigo durante a criação deste trabalho de conclusão de curso. Por todo apoio que me deu para que eu cumprisse todas as minhas metas e alcançasse todos os meus objetivos. Por todo amor e carinho que teve e tem por mim.

*Confia no SENHOR e faze o bem; habita na terra e alimenta-te da verdade.
Agrada-te do SENHOR, e ele satisfará os desejos do teu coração.
Entrega o teu caminho ao SENHOR, confia nele, e o mais ele fará.
Fará sobressair a tua justiça como a luz e o teu direito, como o sol ao meio-dia.
Descansa no SENHOR e espera nele, não te irrites por causa do homem que prospera em seu caminho, por causa do que leva a cabo os seus maus desígnios.
Deixa a ira, abandona o furor; não te impacientes; certamente, isso acabará mal.
Porque os malfeitores serão exterminados, mas os que esperam no SENHOR possuirão a terra.
(Salmos 37, 3-9)*

RESUMO

Com os avanços tecnológicos que vem ocorrendo na biomedicina, em especial nas técnicas de reprodução assistida, e com a possibilidade de criopreservação de sêmen e embriões humanos, a geração de filhos após a morte tornou-se viável. Contudo, ao solucionar o desejo de mulheres de gerarem filhos de seus falecidos maridos, essas técnicas trouxeram grandes problemas para o Direito Sucessório do filho concebido. O presente trabalho apresenta a possibilidade do filho concebido por inseminação artificial *post mortem* ser considerado sucessor de seu genitor. O estudo sobre o tema é de suma importância devido a sua relevância, aos avanços tecnológicos e a necessidade de regulamentação jurídica. O desenvolvimento do tema é dividido em três partes, nos quais são: uma abordagem sobre o direito sucessório no ordenamento jurídico brasileiro, discorrendo sobre noções introdutórias e históricas do direito sucessório, abordando, ainda, sobre a transmissão da herança, além de citar as espécies de sucessões e espécies de sucessores; relata sobre os aspectos gerais da Reprodução Humana Assistida, sua evolução histórica, conceito, espécies, distinções e peculiaridades; e, por fim, o conteúdo versa sobre os aspectos constitucionais, familiares e sucessórios do filho concebido por inseminação artificial *post mortem*, e a possibilidade deste ter direitos sucessórios sobre os bens do genitor falecido à luz da Constituição Federal e do Código Civil Brasileiro. Não há proibição, mas também não há regulamentação sobre os direitos sucessórios do filho concebido *post mortem*, sendo assim, os julgadores deverão, até a regulamentação, basear-se nos princípios constitucionais, não havendo, assim, como vedar um filho de receber de seu pai falecido seus direitos sucessórios. A partir do trabalho desenvolvido é possível concluir que, mesmo havendo algumas contradições entre Constituição Federal e Código Civil Brasileiro, a criança concebida *post mortem* deve ter os meus direitos de seus irmãos nascidos enquanto o pai era vivo, inclusive os direitos sucessórios.

Palavras chave: Inseminação Artificial *Post mortem*; Direito Sucessório.

ABSTRACT

With the technological advances that are happening in biomedicine, especially in assisted reproduction techniques, and with the possibility of cryopreservation, the children generation children after death has become viable. However, solving the woman desire to give birth to a child of their deceased husbands, these techniques have brought big problems to the Law of Succession of the conceived son. This study shows a possibility of the conceived son by artificial insemination *post mortem* to be considered successor of its parent. The study on this topic is so important due to its relevance, technological advances and the need for legal regulation. The development of this theme is divided into the following parts: an approach on Law of Succession in the Brazilian legal system, discussing introductory and historical notions of this law, also addressing the transfer of inheritance and citing the species of successions and the species of successors; it reports about the general aspects of Assisted Human Reproduction, its historical evolution, concept, species, distinctions and peculiarities; and, finally, the content deals with the constitutional, family and succession of the conceived child by artificial insemination *post-mortem* aspects and the possibility of this son has succession rights of the property's deceased parent in light of the Federal Constitution and the Brazilian Civil Code. There is no prohibition, but there is also no regulation on the succession rights of the conceived child *post mortem*, so that the judges must be based on constitutional principles, so there is no way to prohibit a child from receiving from his deceased father his succession rights. From this developed study, it is possible to conclude that, even though there are some contradictions between the Federal Constitution and the Brazilian Civil Code, a conceived child *post mortem* must have the same rights of his brothers born while his father was alive, including succession rights.

Keywords: Artificial Insemination *Post-mortem*; Law of Succession.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO...14	
2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	14
2.2 TRANSMISSÃO DA HERANÇA.....	15
2.3 ESPÉCIES DE SUCESSÃO.....	17
2.3.1 Sucessão Legítima.....	17
2.3.2 Sucessão Testamentária.....	19
2.3.3 Sucessão Universal.....	21
2.3.4 Sucessão Singular.....	21
2.4 ESPÉCIES DE SUCESSORES.....	22
2.4.1 Herdeiros Legítimos.....	22
2.4.2 Herdeiros Testamentários.....	23
2.4.3 Herdeiros Necessários.....	24
2.4.4 Legatários.....	25
3 ESPÉCIES DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....25	
3.1 EVOLUÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA.....	26
3.2 CONCEITO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL.....	28
3.3 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA.....	29
3.3.1 Inseminação Artificial Homóloga Post mortem.....	30
3.4 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA.....	32
3.5 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	33
3.5.1 Fecundação Intracorpórea ou IN VIVO.....	33
3.5.2 Fecundação Extracorpórea ou IN VITRO.....	34
3.6 MÃES SUBSTITUTAS.....	35
4 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS, FAMILIARES E SUCESSÓRIOS DO CONCEBIDO <i>POST MORTEM</i>.....37	
4.1 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS.....	37
4.1.1 Supremacia da Constituição.....	38
4.2 PRINCÍPIOS.....	39

4.2.1 Princípios Constitucionais.....	39
4.2.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	41
4.2.1.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do adolescente.....	43
4.2.1.3 Princípio da Igualdade entre os filhos.....	45
4.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	46
4.3.1 Direito à Vida.....	47
4.3.2 Direito à Liberdade.....	49
4.3.3 Direito à Segurança.....	50
4.3.4 Direito à Propriedade.....	51
4.4 DIREITO DE FAMÍLIA DO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL	51
4.4.1 Direito de Filiação.....	51
4.4.2 Direito à Alimentos.....	52
4.4.3 Direito quanto ao uso do nome.....	53
4.5 DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO <i>POST MORTEM</i>	54
4.5.1 O direito sucessório do filho concebido post mortem no Código Civil.....	55
4.5.2 O Código Civil frente a Constituição Federal.....	67
4.6 A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA.....	59
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

A reprodução humana assistida tem sido assunto de grande repercussão dos avanços científicos e tecnológicos da medicina. Novas técnicas de reprodução humana estão dando aos casais novas oportunidades de terem filhos por um método que não seja o tradicional, seja por opção ou por estes não poderem ter filhos. Essa evolução na seara da medicina reprodutiva, surgiu a possibilidade do nascimento da prole mesmo após o falecimento do seu genitor, sendo este método chamado de inseminação artificial *post mortem*. Este procedimento representa técnica de reprodução humana medicamente assistida, em que a criança será concebida após o falecimento do seu genitor, cujo material fecundante se encontrava criopreservado e foi posteriormente introduzido no útero da receptora.

O presente trabalho volta-se à análise desta questão polêmica que tem enfrentado omissões no ordenamento jurídico brasileiro: o direito sucessório do filho concebido por inseminação artificial *post mortem*. O aspecto mais controverso no que tange à temática reside no direito sucessório, alimentando várias discussões com o propósito de confirmar ou negar por completo capacidade sucessória à pessoa concebida após a morte do autor da herança, uma vez que, não há em nosso país legislação que regulamente de maneira específica as técnicas de reprodução humana assistida e seus desdobramentos .

O filho concebido *post mortem* gera incertezas jurídicas no âmbito das sucessões pela ausência de norma regulamentadora, procurando serem sanadas por princípios constitucionais, onde se preserva o direito do filho *post mortem*, bem como a proteção para que não sejam tolhidos tais direitos. Assegura-se a proibição de limitar o direito desses filhos concebidos por inseminação *post mortem*, uma vez que, o princípio da igualdade da filiação veda qualquer tipo de lastro de desigualdade e discriminação. Ainda nessa vertente, os demais colaboram com a existência do princípio da dignidade da pessoa humana, da isonomia, entre outros contemplados.

Sendo assim, buscou-se analisar as lacunas existentes na lei quando se trata de direito sucessório do filho concebido por inseminação artificial *post mortem*;

esclarecer os direitos do concebido por inseminação artificial *post mortem* na sucessão; e, expor a necessidade de regulamentação específica e atualizada para tratar da questão.

Assim, é analisada a inseminação artificial *post mortem* na égide do direito sucessório, percorrendo um assunto não pacífico na doutrina, na Constituição Federal e no Código Civil Brasileiro, estabelecendo, assim, diversas interpretações. O artigo 1.597 do Código Civil de 2002, em seu inciso III, dispõe que, os filhos concebidos por fecundação artificial do tipo homóloga, são abarcados pela presunção de paternidade, ainda que falecido o cônjuge ou o companheiro. Em contrapartida, o artigo 1.798 do atual Código Civil, assegura que se legitimam a suceder as pessoas já nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão, tratando, dessa forma, em seu inciso I, que podem ser chamados a sucessão, os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas no testamento, desde que estejam na condição de vivas no momento da abertura da sucessão.

O desenvolvimento do tema é dividido em três partes, nos quais são: a primeira parte faz uma abordagem sobre o direito sucessório no ordenamento jurídico brasileiro, percorrendo sobre noções introdutórias e históricas do direito sucessório, abordando, ainda, sobre a transmissão da herança, além de citar as espécies de sucessões e espécies de sucessores.

A segunda parte relata sobre os aspectos gerais da Reprodução Humana Assistida, sua evolução histórica, seu conceito, suas espécies, distinções entre as espécies e peculiaridades.

E, por fim, na última parte, o conteúdo versa sobre os aspectos constitucionais, familiares e sucessórios do filho concebido por inseminação artificial *post mortem*; a possibilidade deste ter direitos sucessórios sobre os bens do genitor falecido à luz da Constituição Federal e do Código Civil Brasileiro; e a necessidade de regulamentação de tal matéria no ordenamento jurídico.

Para a elaboração do presente trabalho de conclusão foram consultadas várias fontes de conhecimentos, como leis, doutrinas, artigos, pareceres e jurisprudências, visando oferecer amparo teórico atual.

A metodologia a ser utilizada nessa pesquisa consistiu no método investigativo e descritivo, utilizando-se de uma ampla pesquisa nas leis e doutrinas

que tratavam sobre o direito sucessório do filho concebido por inseminação artificial *post mortem*.

2 DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O direito sucessório é o ramo do Direito Civil cujas normas regulam a transferência do patrimônio da pessoa falecida ao herdeiro, em virtude de lei ou testamento. O Código Civil Brasileiro de 2002 regulamenta o Direito Sucessório em seu Livro V, a partir do artigo 1784 até o artigo 2.046.

A palavra sucessão significa substituir uma pessoa pela outra, passando esta a assumir suas obrigações e adquirir seus direitos. Em seu sentido mais completo, a sucessão significa “a substituição da pessoa física ou da pessoa jurídica por outra, que assume todos os direitos e obrigações do substituto ou sucedido, pelos modos aquisitivos existentes” (LISBOA, 2004, p. 367).

O momento da abertura da sucessão se dá com a morte imediata e automática do *de cuius*. Leite (2012, p. 31) explica que: “A posse e a propriedade transmitem-se desde o momento da morte do *de cuius* aos herdeiros legítimos e testamentários, sem necessidade de qualquer manifestação dos mesmos.”. Assim, com o momento da morte do titular, aos sucessores transferem-se automaticamente os direitos, pretensões, ações e exceções, configurando, dessa forma o Princípio do Saisine (o morto transmite ao sucessor o domínio e a posse da herança).

O direito de herança é um direito que está explícito na Constituição Federal do Brasil de 1988 em seu artigo 5º, XXX, bem como o direito de propriedade que se encontra artigo 5º, XXII. O direito de herança e o de propriedade são ligados um ao outro, pois, havendo negação de um destes, como exemplo a propriedade, não haveria que se deixar aos sucessores a herança. E, se houvesse propriedade sem herança, as pessoas deixariam de trabalhar quando estivessem ricas. Mas, sabendo que há possibilidade de deixar uma herança, a sociedade trabalha, estimulando a capacidade produtiva do ser humano, em benefício da riqueza da família e da população como um todo, perpetuando, assim, através da herança.

2.2 TRANSMISSÃO DA HERANÇA

Segundo o artigo 1.784 do Código Civil Brasileiro de 2002, transmissão da herança acontece no momento da abertura da sucessão: “Aberta a sucessão a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”

A existência da pessoa natural termina com a sua morte, ainda que presumida nos termos da lei, assim aduz os artigos 6º e 7º do Código Civil. A abertura da sucessão ocorre no momento em que o titular do direito morre, e é nesse momento que a herança é transmitida aos herdeiros. Conforme o Princípio da *Saisine*, com a morte do *de cuius* a propriedade e a posse da herança são transmitidas imediatamente aos herdeiros legítimos e testamentários, independentemente da abertura do inventário. Ademais, a herança é um bem indivisível até a sentença da partilha, de modo que enquanto esta não sobrevier, os herdeiros serão co-proprietários do todo.

Segundo as palavras de Monteiro (2005, p.3):

Esse princípio vem expresso na regra tradicional do direito gaulês *le mort saisit le vif*. Quer dizer, instantaneamente, independente de qualquer formalidade, logo que se abre a sucessão, investe-se herdeiro no domínio e posse dos bens constantes do acervo hereditário. Dessa máxima *le mort saisit le vif* surgiu o termo *saisine*, pois, *saesina júris*, pelo qual os velhos práticos assinalavam a transmissão da herança.

Assim, fica claro que a abertura da sucessão não se pode confundir com a abertura do inventário, pois a primeira ocorre com a morte do titular e a segunda ocorre com a provocação judicial dando ciência da morte do *de cuius*.

O momento em que se inicia a sucessão é apenas um momento ficto jurídico do sucessor, pois é com o processo de inventário e com a definitiva partilha dos bens aos herdeiros é que se torna efetiva a transmissão da herança. Sendo assim, com a morte do autor da herança, abre-se a sucessão e, com o processo de inventário, são apurados os bens por ele deixados, para que possam pertencer legalmente a seus herdeiros e legatários.

Nesse contexto, leciona Cahali (2003, p. 44):

(...) o inventário é o processo, de jurisdição voluntária, pelo qual se promove a efetiva aquisição da herança, também chamada de *adição*, ou seja, faz-se a real atribuição do acervo aos sucessores, na proporção dos respectivos quinhões hereditários. (...). E mesmo inexistindo patrimônio a ser conferido pelos herdeiros, tem cabimento, embora não indispensável, a instauração de *inventário negativo*, por exemplo, objetivando afastar a restrição prevista para o casamento do viúvo enquanto não fizer o inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros.

Segundo o artigo 1.785 do Código Civil Brasileiro de 2002, “a sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido”, não tendo importância o local que o autor da herança faleceu. Ou seja, a determinação da competência é a do domicílio do *de cuius*, e, na falta deste, será indicado, primeiramente, pelo lugar onde encontram-se seus bens, se todos no mesmo foro, e, por segundo, o local do óbito. Mas esse assunto é controverso, pois alguns doutrinadores entendem que se trata de competência absoluta, porém, o que prevalece na jurisprudência é que a competência é relativa. A transmissão da herança, como já dito, ocorre com a abertura da sucessão, ou seja, no momento da morte do *de cuius*, integrando, assim, a herança ao patrimônio do sucessor, nascendo, também, com isto, possibilidade do sucessor de promover a transferência de seus direitos a terceiros.

A transmissão citada será por ato *inter vivos*, podendo esta ser gratuita ou onerosa, de todo o quinhão ou apenas parte dele, da integralidade do legado, ou de parcela dele. Sendo que, este ato jurídico deve seguir as exigências legais existentes na data de sua efetivação, mesmo se for relacionado a sucessão aberta na vigência de lei pretérita, se tornando, assim, de extrema importância a verificação do exato momento da morte do autor da herança, pois pode acontecer de, no mesmo momento, o falecimento do herdeiro, vindo discussão sobre comoriência.

Assim explica Cahali (2003, p. 79):

Não se trata, aqui, de direito sucessório, para o qual aplicar-se-á a lei vigente na data da abertura da sucessão, mas de ato *inter vivos*, que, como tal, submete-se ao império do Direito positivo existente quando de sua prática.

A comoriência está citado no artigo 8º do Código Civil Brasileiro de 2002: “Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes procedeu aos outros, presumir-se-ão

simultaneamente mortos.”

Encontra-se expressamente vedada na legislação brasileira⁹ a disposição contratual de herança de uma pessoa, enquanto não ocorrido o evento morte, não podendo haver herança de pessoa viva.

2.3 ESPÉCIES DE SUCESSÃO

A legitimação sucessória exige o preenchimento de alguns requisitos para ocorrer, sendo eles: a morte do titular, a exigência de uma herança e a capacidade de herdar.

Quanto a forma que se deriva a sucessão, segundo o artigo 1.786 do Código Civil Brasileiro de 2002, esta se classifica em legítima e testamentária. A primeira é a que se dá em virtude da lei; já a segunda deriva do ato de última vontade, representado por testamento. Se o testamento não abranger a totalidade dos bens do autor da herança, a parte não mencionada é deferida aos herdeiros legítimos. Assim, há a possibilidade da existência simultânea das duas espécies de sucessão.

2.3.1 Sucessão Legítima

A sucessão legítima, também conhecida como sucessão *ab intestato* ou ainda não testamentária, é aquela decorrente das disposições legais. Não havendo testamento, necessariamente a sucessão será legítima, passando o patrimônio do falecido na ordem da vocação hereditária às pessoas indicadas pela lei, chamados herdeiros (CAHALI, 2003, p. 28). Regra geral, a presença de uma classe de herdeiros mais próxima por vínculos hereditários ou legais com o autor da herança conforme enumeração legal exclui a classe subsequente da partilha.

No entendimento de Gonçalves (2004, p. 4), a sucessão legítima representa a vontade presumida do *de cujus* de transmitir o seu patrimônio para as pessoas

indicadas na lei, pois teria deixado testamento se outra fosse a intenção.

Esta sucessão segue a vocação hereditária disposta no artigo 1.829 do Código Civil:

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 de 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.

Vocação hereditária é a convocação de pessoa com direito à herança, para que receba o patrimônio deixado pelo falecido. Sua ordem é uma relação preferencial, estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder o autor da herança. Tais pessoas não podem ser afastadas pela vontade de quem deu causa a herança, exceção nos casos expressos em lei – deserdação e exclusão por indignidade.

Vale ressaltar que a ordem da vocação hereditária se dá sob a forma de exclusão, não havendo um tipo de herdeiro, aí sim, é deferida ao subsequente da ordem. Na falta de todos os herdeiros listados nos incisos do art. 1.829 ou de companheiro ou em caso de renúncia de todos eles, o direito sucessório será transmitido ao Município ou ao Distrito Federal. Os bens passam ao domínio do Poder Público por meio de sentença declaratória de vacância dos bens após cinco anos da abertura da sucessão. Esse tipo de herança é definida como *Herança Jacente*.

O artigo 2º do Código Civil Brasileiro de 2002 cita a legitimidade do nascituro em herdar, bastando, para tanto, que ele venha nascer com vida, a fim de obter os direitos patrimoniais do de *cujus*.

A legislação brasileira, além de discorrer sobre os legitimados para herdar, também cita os que não podem herdar, ou seja, são excluídos da herança, em seu artigo 1.814 do Código Civil:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

- I – que houveram sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro ou ascendente ou descendente;
- II – que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
- III – que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou do legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença, assim aduz o artigo 1.815 do Código Civil Brasileiro.

Os efeitos da exclusão são pessoais, sendo assim, os descendentes do herdeiro excluído sucedem.

2.3.2 Sucessão Testamentária

A sucessão testamentária consiste no ato de vontade do titular de transmitir seu bem ou seus bens a uma ou mais pessoas determinadas no testamento.

Testamento, na concepção de Cahali (2003, p. 268), é ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável, pelo qual alguém, segundo norma de direito, dispõe, no todo ou em parte, de seu patrimônio para depois de sua morte, ou determina providências de caráter pessoal e familiar.

Neste sentido dispõe o artigo 1.857 do Código Civil Brasileiro:

- Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.
- § 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.
- § 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

Assim, discorre o Código Civil que o testamento é o ato personalíssimo e revogável de disposição da totalidade ou de parte dos bens para depois da morte. Os atos de última vontade do falecido em relação aos bens de pequeno valor, ou até mesmo recomendações, são denominadas codicilos (GONÇALVES, 2007, p. 28).

Os casos que ocorrem sucessão testamentária geralmente são naqueles em que o autor não deixa filhos, netos, bisnetos, ascendentes ou consorte e, realiza o testamento para beneficiar pessoas diversas, ou por meio de legados.

Sendo um ato de última vontade, o testamento só tem validade após a morte do testador. Porém, precisa seguir alguns pressupostos para sua elaboração: a) pessoa capaz de dispor de seus bens para depois da morte; b) pessoa capaz de recebê-los; c) declaração da vontade de forma peculiar exigida em lei e; d) observância de limites ao poder de dispor.

Há limites ao direito de testar. O autor da herança tem grande liberdade, mas a lei impõe limites a serem observados em favor dos herdeiros necessários. E sobre alguns desses limites dispõe o texto do artigo 1.846 do Código Civil: “Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”.

É possível também que o testamento contenha cláusulas extra-patrimoniais, como é a cláusula que reconhece a paternidade ou estabelece determinações sobre o funeral via testamento, porém, a regra, é que se disponha via testamento de bens patrimoniais do autor da herança (Código Civil, artigos 1.857, 1.609, III e 1.634, IV).

Segundo o artigo 1.863 do Código Civil Brasileiro de 2002, é proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo. O testamento simultâneo ou de mão comum ocorre quando dois testadores, no mesmo ato, beneficiam, conjuntamente, terceira pessoa. No testamento recíproco, os testadores, em um só ato, beneficiam-se mutuamente, instituindo herdeiro o que sobreviver. E no testamento correspectivo, os testadores efetuam, em um mesmo instrumento, disposições testamentárias em retribuição de outras correspondentes¹³.

Uma das maiores peculiaridades do testamento é a possibilidade deste dispor de filhos não concebidos até a morte do testador que podem também adquirir parte de seu patrimônio se houver previsão, desde que o testador indique a pessoa que conceberá seu filho e esta esteja viva quando da abertura da sucessão. Integram este rol os filhos nascidos por reprodução assistida. Assim estabelece a previsão legal do Código Civil:

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;

Ou seja, não se fala em sucessão dos filhos concebidos após a morte por sucessão legítima. Sucedem, apenas, os que forem citados no testamento, sendo especificado o nome da pessoa que irá gestar o filho concebido por inseminação artificial.

2.3.3 Sucessão Universal

A sucessão universal ocorre quando se transfere ao sucessor a totalidade do patrimônio do *de cujus* ou uma fração determinada dele, abrangendo tanto o ativo quanto o passivo. O sucessor herda um bem, ou um conjunto de bens, certo e determinado. Esta porção de bens a ser recebido é chamada de legado. Por isso, o sucessor é denominado de herdeiro.

A sucessão universal induz a sub-rogação abstrata da totalidade dos direitos ou uma fração ideal deles.

Segundo Rodrigues (2002, p. 2):

Diz-se que a sucessão se processa a título universal quando o herdeiro é chamado a suceder na totalidade dos bens do *de cujus*, ou em uma parte alíquota deles, ou seja, o sucessor se sub-roga na posição do finado, como titular da totalidade ou parte da *universitas iuris*, que é o seu patrimônio, de modo que, da mesma maneira que investe na titularidade de seu ativo, assume a responsabilidade por seu passivo.

O sucessor que recebe o bem a título universal recebe, por fim, a totalidade dos bens do autor da herança ou apenas uma parte desta, sem haver especificação, apenas porcentagem.

2.3.4 Sucessão Singular

A sucessão a título singular ocorre quando o testador se dispõe a transferir ao beneficiário um bem determinado, como exemplo, na cláusula testamentária que deixa a alguém uma determinada casa, automóvel, apartamento, etc.

O sucessor herda um bem, ou um conjunto de bens, certo e determinado. Esta porção de bens a ser recebido é chamada de legado. Por isso, o sucessor é denominado de legatário.

Segundo Rodrigues (2002, p. 18), “o legatário sucede ao falecido a título singular, ou seja, determinado bem se destaca da herança, como coisa certa e individuada, para incorporar-se ao patrimônio do legatário”.

A sucessão a título singular deriva unicamente de testamento, limitando-se a objeto determinado, que pode compreender um conjunto de bens, contanto que não formem unidade na qual percam sua individualidade.

2.4 ESPÉCIES DE SUCESSORES

Sucessor é a pessoa que se sub-roga, no lugar de outra que tenha falecido, e maneira concreta ou abstrata. Sub-roga-se de maneira concreta aquele que recebe um legado; e de maneira abstrata, aquele que recebe uma herança. Estes, como já citado, podem ser herdeiros ou testamentários e, ainda, herdeiro e testamentário. Os herdeiros se dividem em legítimos, testamentários e necessários. Além destes, que são herdeiros, existe mais um tipo de sucessor, o legatário.

2.4.1 Herdeiros Legítimos

Os herdeiros legítimos são os que estão indicados na lei para serem sucessores do autor da herança após a sua morte, ou por regra especial, como ocorre na sucessão entre companheiros decorrentes da união estável (CC, art. 1.790).

Segundo Gomes (2004, p. 40), “herdeiro legítimo é a pessoa indicada na lei como sucessor nos casos de sucessão legal a quem se transmite a totalidade ou quota-parte da herança”.

A Carta Magna de 1988 traz em seu artigo 1.829 a ordem de vocação da sucessão legítima, esta sendo por exclusão, ou seja, na falta de um, sucede o próximo da ordem:

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 de 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.

A ordem do dispositivo acima é ordem de preferência e ao mesmo tempo de concorrência do cônjuge. Mesmo havendo descendentes ou ascendentes do autor da herança, o cônjuge sobrevivente concorre na sucessão, recebendo uma parte da herança, conforme a lei regulamenta.

2.4.2 Herdeiros Testamentários

Os herdeiros testamentários são aqueles que sucedem o autor da herança por ato de última vontade deste. O herdeiro testamentário pode ser legítimo, também, casos em que o autor quer beneficiá-lo mais que os outros herdeiros que estejam concorrendo.

Segundo Gonçalves (2007, p. 28), “testamentário ou instituído é o beneficiado pelo testado no ato de última vontade com uma parte ideal do acervo, sem individualização de bens”.

A capacidade passiva para ser herdeiro testamentário pode ser estendida à pessoa jurídica e pessoa física, existentes ao tempo da morte do testador. A incapacidade passiva pode ser absoluta ou relativa. Os absolutamente incapazes são os ainda não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição testamentária se referir à prole eventual de pessoas designadas pelo testador, existentes ao abrir a sucessão (CC, art. 1.799, I); e as pessoas jurídicas de direito

público externo (LICC, art. 11, §2º). Já a capacidade relativa é a que ocorre em desfavor daquele que redigiu o testamento a rogo, ou de seus parentes; da testemunha testamentária; da concubina do testador casado.

As pessoas que podem ser herdeiras testamentárias são: os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador; as pessoas salvo se o testador encontrava-se separado de fato por mais de 5 anos e; do tabelião civil ou militar, ou do comandante ou escrivão perante quem se fizer o testamento jurídicas cuja a organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação; o filho da concubina e; as demais pessoas que podem integrar a facção testamentária passiva (LISBOA, 2004, p. 460).

2.4.3 Herdeiros Necessários

Os herdeiros necessários são aqueles que não podem ser afastados da herança, salvo nos casos de indignidade e deserdação. Estes não poderão ser afastados por simples cláusula testamentária, sendo causa de afastamento apenas as causas legais já citadas.

Segundo Cahali (2003, p. 57), o herdeiro necessário é “o parente com direito a uma parcela mínima de cinquenta por cento do acervo, da qual não pode ser privado por disposições de ultima vontade, representando a sua existência uma limitação à liberdade de testar”.

O Código Civil Brasileiro de 2002 dispõe sobre os herdeiros necessários em seu artigo 1.845: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”. Ademais, conforme o artigo 1.846 do mesmo código, pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

2.4.4 Legatários

O legatário, diferentemente dos herdeiros, recebem um bem certo, a título singular, individualizado e determinado.

Conforme os ensinamentos de Monteiro (2003, p. 188):

O legatário recebe coisa determinada e precisa, isto é, porção concreta do acervo hereditário, deixada a título singular, ao passo que o herdeiro aufere todos os direitos patrimoniais do extinto, ou fração em todos esses direitos, sem discriminação de valor ou objeto.

O legatário pode ser herdeiro ao mesmo tempo. No entanto, só há legado via testamento, pois se não houver estes, só existirá os herdeiros legítimos.

3 ESPÉCIES DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A reprodução humana assistida é a aglomeração de várias técnicas médicas que possibilita a combinação/união do sêmen ao óvulo por meios artificiais, promovendo, assim, a geração de um novo ser humano.

Segundo Diniz (2001, p. 452), “a reprodução humana assistida, no que tange ao conceito, nada mais é do que o conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano”.

Sobre reprodução humana assistida, nas palavras de Genival Veloso de França (2001, p. 109):

(...) conjunto de procedimentos tendentes a contribuir na resolução dos problemas da infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada.

Em dizeres mais populares, a técnica da reprodução humana assistida é auxiliar a fertilização da mulher ao juntar os espermatozoides aos óvulos. Existem inúmeros procedimentos que podem ser utilizados e a indicação deles depende de

cada caso, sendo alguns destes: inseminação artificial homóloga e heteróloga; fecundação extracorpórea ou *in vitro* e intracorpórea ou *in vivo* (FIV), também conhecido popularmente como método do bebê de proveta, e as mães substitutas.

Esse tipo de reprodução humana foi um meio que encontraram os médicos e estudiosos de satisfazer a vontade daqueles que não podem ter filhos (esterilidade ou infertilidade) e daqueles que não tem um companheiro para procriar de forma natural.

Vale citar que o Código Civil Brasileiro de 2002, implicitamente, reconhece a utilização da Reprodução Humana Assistida ao dispor em seu artigo 1.597, incisos III, IV e V sobre a aplicação da presunção da paternidade no campo da Reprodução Humana Assistida:

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

Observado o artigo 1.597 do Código Civil, é necessário ressaltar que, mesmo dispondo sobre reprodução humana assistida e sua forma homóloga e heteróloga, nada se trata da inseminação artificial homóloga *post mortem*.

3.1 EVOLUÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA

O primeiro relato de utilização das técnicas de Reprodução Humana Assistida que se tem história ocorreu na Espanha, na Idade Média, e teve como casal interessado o rei Henrique IV e sua mulher. O rei, segundo relatos, teria sido diagnosticado como impotente razão pelo qual o levou a utilizar a inseminação artificial para ter filhos herdeiros feita por um médico muito conhecido na época chamado *Arnauld de Villeneuve*.

Assim, disserta sobre o assunto Lopes (2000, p. 585):

A literatura registra que a primeira inseminação artificial humana ocorreu na Idade Média. Diz-se que Arnaud de Villeneuve, médico da família real, teria realizado com sucesso uma inseminação artificial com o esperma de Henrique IV de Castela em sua esposa. Todavia, os históricos a respeito do tema na literatura médica habitualmente atribuem o feito da primeira inseminação artificial homóloga ao inglês John Hunter no final do século XVIII. Por outro lado, a primeira inseminação heteróloga aconteceu na Filadélfia, Pensilvânia, em 1884, conduzida por Pancoast, um ginecologista americano.

As técnicas de reprodução assistida tiveram um grande foco na Inglaterra, perto de Manchester, em 25 de julho de 1978, quando nasceu Louise Brown, o primeiro “bebê de proveta”, cuja mãe utilizou a fecundação *in vitro* (FIV) com extração e seleção de seus óvulos, e logo após contato com espermatozoides em locais para formar embriões que, após analisados, foram colocados no útero da mãe.

Em 1983 nasceu o primeiro bebê de proveta no Brasil, Ana Paula Caldeira, a partir de óvulos doados por um desconhecido. Após uma sequência de nascimentos em inúmeros países, que apontavam para a população científica o domínio da técnica, a fertilização *in vitro* se transformou em um procedimento médico comum.

Em 1984, nasceu na Austrália o primeiro bebê após descongelamento de embrião. Em 1985, nos Estados Unidos, ocorreu o primeiro nascimento de um bebê após útero de substituição. Em 1987, aconteceu o nascimento do primeiro bebê de óvulo congelado. Em 1989, em Minas Gerais, nasce o primeiro bebê de proveta. Em 2003, nasceu o primeiro bebê através do útero de substituição em Minas Gerais.

A primeira reprodução humana assistida homóloga *post mortem*, que se foi noticiado ocorreu em 1984 na França, conforme relata Pinto (2008):

A jovem Corine Richard se apaixonou por Alain Parpalaix, e o casal começou a manter um relacionamento amoroso. Semanas se transcorreram e Alain descobriu que estava com câncer nos testículos e que a doença era incurável. O amor vivido pelo casal foi tão intenso que criou em Alain o desejo de deixar herdeiros, mas a doença e o tratamento de quimioterapia, fatalmente o conduziria a infertilidade. Então Alain tomou a decisão de procurar um banco de sêmen, e deixou lá depositado o seu esperma, para futuro uso. A doença avançava assustadoramente e o casal decidiu se casar, mas apenas dois dias após a cerimônia Alain vem a falecer. [...] alguns meses depois, Corine procurou o banco de sêmen para se submeter à inseminação artificial. O banco de sêmen, por sua vez, se recusou a fazer a inseminação artificial, alegando falta de previsão legal, e começou então uma enorme disputa judicial.

O juiz proferiu uma sentença ordenando que o Centro de Estudo e Conservação do Esperma (CECOS) entregasse a Corinne Richard o sêmen de seu falecido esposo, para que ela pudesse utilizá-lo na inseminação artificial.

As evoluções das técnicas de reprodução assistida ocasionam debates intermináveis no campo jurídico, religioso, cultural, político e ético, sendo que em sua maioria os conflitos são direcionados ao Poder Judiciário como forma de resolução.

Tais avanços, com as influências culturais e religiosas na vida da sociedade, contribuíram para o surgimento de alternativas que pudessem satisfazer as necessidades do ser humano em relação à constituição da família, por conseguinte, a procriação. E foi através de tal fato que a medicina acrescentou a isso, um dos tipos de reprodução assistida, sendo duas delas, a inseminação artificial: homóloga e heteróloga. (LOPES, 2000, p. 585).

3.2 CONCEITO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

A inseminação artificial, desde que feita pela primeira vez no Brasil, gerou debates que serviram para torná-la mais conhecida. Essa inseminação é uma técnica de reprodução assistida em que a fertilização acontece dentro do corpo da mulher, assim como ocorreria naturalmente após uma relação sexual, não sendo necessária a retirada de seus óvulos.

Conforme os ensinamentos de Silva (2002, p. 54), “A fertilização, neste caso, é obtida sem o relacionamento sexual, tão somente com o auxílio de recursos mecânicos, e se perfaz com a introdução do sêmen no interior do organismo da mulher”.

Nakamura (1984, p. 17) também conceitua a inseminação artificial, distinguindo o termo inseminação do termo fecundação, relatando que, alguns doutrinadores erram ao igualar estes dois termos:

Inseminação ocorre artificialmente toda vez que, total ou parcialmente, prescindindo-se do normal emparelhamento dos sexos, se faz chegar o líquido seminal ao encontro de possível óvulo que vem caminhando pelos órgãos femininos ou que deles foi retirado. (...) Vê-se, pois, que nem

sempre, quando a fêmea é inseminada artificialmente, assim como acontece com a cópula natural, ocorre a fecundação. (...) A fecundação é, portanto, decorrência da inseminação artificial, e não pode ser confundida com esta. (...) Prefiro chamar de inseminação artificial todo auxílio que se preste para que o sêmen atinja os órgãos femininos internos ou para que ele seja colocado na presença de um óvulo, de fecundação artificial quando inseminação é feita com sucesso. (...) Fecundação artificial é, portanto, espécie do gênero inseminação artificial.

Por fim, a Inseminação artificial é a fecundação do óvulo (gameta feminino) sem a cópula com o macho, que ocorre através da coleta, manipulação, introdução e colocação do sêmen no trato genital da fêmea, com técnica e instrumentos apropriados, visando a fecundação.

3.3 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA

A inseminação artificial homóloga é aquela que contém material genético proveniente dos próprios cônjuges interessados em ter filhos. Na inseminação homóloga o material genético pertence ao casal interessado, pressupondo que a mulher seja casada ou mantenha união estável com homem. É utilizada nas situações onde o casal possui fertilidade, mas não é capaz da fecundação por meio do ato sexual.

Conceitua Venosa (2006, p. 240), que “denomina-se homóloga a inseminação proveniente do sêmen do marido ou do companheiro; e heteróloga, quando proveniente de um estranho”.

Na visão de Lopes (2000, p. 585), o mesmo denomina a inseminação artificial homóloga como sendo a que:

[...] consiste na introdução de espermatozoides do esposo de qualquer segmento do aparelho genital feminino. Tal procedimento é feito após preparo laboratorial do sêmen. Pode ter lugar em um ciclo espontâneo ou após estimulação da função ovatoriana com indutores da ovulação.

O especialista no assunto, Valeriano (2016), explica detalhadamente como ocorre esta modalidade e o porquê em um simples texto:

A técnica de inseminação artificial homóloga consiste em ser a mulher inseminada com o esperma do marido ou do companheiro, previamente colhido através da masturbação. O líquido seminal é injetado pelo médico, na cavidade uterina ou no canal cervical da mulher, na época em que o óvulo se encontra apto a ser utilizado. Entre as indicações para a inseminação artificial homóloga, destacam-se: a incompatibilidade ou a hostilidade do muco cervical; a oligospermia, quando é baixo o número ou reduzida a motilidade dos espermatozoides; e a retroejaculação, quando, embora a taxa de espermatozoides seja normal, eles ficam retidos na bexiga, ao contrário do que ocorre na ejaculação normal.

O Código Civil Brasileiro de 2002, em seu artigo 1.597, incisos III e IV, traz proteção aos filhos concebidos por inseminação artificial homóloga, uma vez que o dispositivo traz a presunção de concepção durante o casamento, quando já falecido o marido, e/ou a qualquer tempo quando se tem embriões em excesso.

Sendo assim, não há que se falar em discussões jurídicas sobre a inseminação artificial homóloga, tendo em vista que, tanto o espermatozoide quanto o óvulo são dos pais biológicos vivos.

3.3.1 Inseminação Artificial Homóloga *Post mortem*

A legislação brasileira não tem dispositivos sobre a inseminação artificial homóloga *post mortem*. O Código Civil Brasileiro de 2002 dispõe sobre a inseminação artificial homóloga na constância do casamento em seu artigo 1.597, mas não aprofunda o assunto citando a inseminação artificial após a morte do marido.

Como já explicado, na inseminação artificial homóloga, é utilizado o material genético dos cônjuges ou companheiros interessado em ter filhos. Porém, quando a inseminação é realizada após a morte do marido, é chamada de *post mortem*, onde são utilizados os embriões que foram congelados criopreservados para posterior utilização.

Pela falta de legislação específica no Brasil sobre a reprodução assistida, as clínicas onde são realizados os procedimentos de reprodução, exigem que um documento seja assinado pelos pacientes declarando o conhecimento deles sobre os benefícios e malefícios do procedimento a ser utilizado.

A necessidade de legislação sobre a inseminação artificial homóloga *post mortem* é tamanha que Sérgio Ferraz (1991, p. 12) elucida:

A interferência do jurídico revela-se aqui necessária, [...], não só para compatibilizar o controle da atuação científica (evitando inaceitáveis abusos) com a necessidade da investigação biológica (da genética e de certas doenças) mas também para solucionar conflitos gerados por questões ainda não resolvidas por uma ordem civil insuficiente diante dos novos fatos familiares.

Ainda sobre a falta de dispositivo que regulamente o presente assunto, Gama (2003, p. 40) explica que “o direito brasileiro se ressentia, a exemplo de outros países, de um tratamento legislativo adequado e em conformidade com as polêmicas e exigências que os avanços científicos em matéria de reprodução assistida têm suscitado”.

O Código Civil Brasileiro de 2002, no artigo 1.798, dispõe que: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, o que, em tese, excluiria o nascido após a morte do autor da herança, mediante fecundação artificial, sem que tenha havido prévia concepção, à participação na sucessão.

Já o artigo 1.797, inciso IV, do mesmo código, há a presunção dos concebidos na constância do casamento os filhos “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”. Trata-se dos embriões excedentários que não haviam ainda sido implantados, passando a ser considerada a existência de um ser já concebido que está no aguardo *in vitro* ou na crioconservação da implantação no ventre materno.

Os casos de reprodução assistida *post mortem* causam grandes divergências doutrinárias. Nesse contexto, vale ressaltar que existem três correntes doutrinárias que englobam a reprodução homóloga *post mortem*: a primeira entende que o filho nascido após a morte do genitor não faz jus ao direito da filiação, tampouco da sucessão; a segunda corrente doutrinária entende que o concebido tem direito à filiação, mas não à sucessão e; a terceira corrente entende que a criança terá tanto o direito à filiação, quanto à sucessão.

3.4. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

A inseminação artificial heteróloga é a técnica de reprodução pela qual o material genético introduzido na mulher é de uma pessoa estranha ao cônjuge. Sendo assim, o filho concebido não recebe o material genético de um dos cônjuges, por ter que receber de pessoa alheia. Ou seja, o material genético, espermatozoide ou óvulo, terá como origem um doador estranho à pessoa a ser fecundada, podendo ser chamado também de doação. Na maioria dos casos, indivíduos que procuram optar pela inseminação artificial heteróloga são aqueles que sofrem de esterilidade ou incompatibilidade sanguínea.

Ainda sobre o conceito dessa técnica ensina Silva (2002, p. 27):

A inseminação artificial heteróloga é a combinação da chamada terapia da infertilidade com o moderno método de eugenia positiva (a criação de seres humanos de pretensa qualidade superior através do recurso a material genético masculino selecionado). Também nesse contexto surgem os chamados “bancos de sêmen”, para a conservação no tempo do material genético masculino. O primeiro “banco de sêmen” brasileiro encontra-se instalado no Hospital Albert Einstein, em São Paulo, desde o ano de 1993.

Para que possa ser realizada a inseminação artificial heteróloga é necessário que sejam obedecidos três requisitos, sendo estes as características fundamentais para o acontecimento: a gratuidade, não podendo ter fins lucrativos; a licitude, que advém da gratuidade e; o anonimato dos doadores e receptores.

Proveniente da última característica, o doador ou doadora não poderá ter relação de maternidade ou paternidade com o filho concebido. Ademais, o médico que for realizar essa técnica não poderá escolher qualquer doador, e sim um doador com características semelhantes às daquele que seria o pai biológico.

O Código Civil Brasileiro de 2002 traz em seu artigo 1.597, inciso V, a presunção de filiação nos casos de inseminação artificial heteróloga, desde que exista o consentimento do cônjuge, assim dispõe:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
(...)
V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

3.5 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Com os inúmeros casos de infertilidade e esterilidade, impossibilitando, assim, a procriação natural, foram criadas duas técnicas de reprodução assistida: a fecundação *in vivo* e a fecundação *in vitro*. Essas técnicas são as mais modernas e ocorrem fora do corpo da mulher.

Ambas as técnicas podem ser diferenciadas em homóloga e heteróloga. A fecundação será homóloga quando forem utilizados os espermatozoides do marido ou companheiro. E, heteróloga, quando o material utilizado para a fecundação deriva de uma terceira pessoa, que é o doador ou doadora; cujo o embrião poderá ser implantado no útero da esposa ou de terceira pessoa, conforme já citado em tópicos anteriores.

3.5.1 Fecundação Intracorpórea ou *in vivo*

A fecundação intracorpórea ou *in vivo* é a técnica pela qual se obtém a fecundação artificialmente dentro da cavidade uterina, mediante processo mecânico e intervenção médica, com a introdução de um ou de ambos os gametas no interior do canal genital feminino.

A fecundação *in vivo* é utilizada visando contornar a infertilidade decorrente de perturbações psíquicas, como a infertilidade de origem psicogênica, ou de deficiências físicas, como impotência *coeundi*, má formação congênita do aparelho genital externo, oligospermia, astenospermia.

Nesta modalidade, destacam-se as seguintes técnicas: a inseminação artificial e a transferência de gametas.

Sobre essas duas modalidades destaca Silva (2002, p. 53):

(...) a primeira, inseminação artificial, e a segunda, transferência de gametas, por sua vez, a inseminação artificial se subdivide-se em

inseminação clássica, inseminação intraperitoneal direta e intrafolicular direta; e a transferência de gametas se subdivide em transferência intratubária de gametas (GIFT), intrabdominal e intra-uterina.

A primeira fecundação *in vivo* é a inseminação clássica, e esta se subdivide em intravaginal, intracervical e intra-uterina. Esta inseminação é a considerada mais comum, ou seja, nos casos em que a inseminação é intravaginal, o sêmen é colocado no fundo da vagina mediante uma seringa; já a inseminação intracervical ocorre quando parte do útero é colocado em contato com a secreção cervical no interior do colo do útero e outra parte é colocada em uma espécie de tampão cervical; e, a inseminação ultra-uterina ocorre quando o sêmen é colocado dentro da cavidade uterina mediante em delgado cateter que atravessa o canal cervical.²⁸

A segunda é a transferência de gametas. Nesta, os óvulos são retirados dos folículos ovarianos e logo reintroduzidos no organismo feminino junto com os espermatozoides. Esta transferência ainda se subdivide em intratubária, intrabdominal e intra-uterina,, assim ensina discorre Silva (2002, p. 48):

A primeira ocorre logo depois de colhidos os óvulos que serão reintroduzidos com o esperma, através de um fio cateter e depositados em uma ou até duas trompas de falópio. (...) Na segunda, os óvulos são aspirados via transvaginal e colocados no interior do abdômen da mulher (...) junto com os espermatozoides previamente coletados e preparados. (...) Já na transferência intra-uterina de gametas, ocorre diretamente no útero, ao contrário das outras técnicas que se dão nas trompas de Falópio, nesta os óvulos são aspirados via transvaginal e colocados juntos com os espermatozoides coletados e preparados, diretamente no útero da mulher com a ajuda de um cateter.

3.5.2 Fecundação Extracorpórea ou *in vitro*

A técnica consiste na coleta dos gametas para que a fecundação seja feita em laboratório e depois na transferência desses embriões de volta para o útero materno. Neste tratamento realiza-se a fecundação do óvulo com o espermatozóide no laboratório de embriologia. É um processo *in vitro* que requer o cultivo em laboratório para permitir a observação do correto desenvolvimento dos embriões e posterior transferência ao útero materno para a confirmação da gravidez.

Sobre o tema ensina Fernandes (2000, p. 57):

A fertilização *in vitro* trata-se de um processo mais elaborado, pois tanto os gametas femininos como os gametas masculinos são retirados dos respectivos organismos e a fecundação ocorre em laboratório, de forma extra-uterina, em meio onde é produzido artificialmente o ambiente da trompa de falópio, onde a fertilização ocorre naturalmente e a clivagem prossegue até o estágio em que o embrião é transferido para o útero.

Existem quatro hipóteses para a utilização da fertilização *in vitro*: a doação de óvulo; a doação de espermatozoides; a doação de embrião; e o empréstimo de útero³¹. A doação de espermatozoides já é técnica comum e conhecida. A doação de óvulos seria semelhante à de espermatozoides, contudo, a medicina ainda não domina a técnica de congelamento necessária para garantir a integridade dos óvulos. A doação de embriões se dá da mesma forma de as outras duas hipóteses. Já a última hipótese importa na necessidade de uma terceira pessoa emprestar o útero devido à incapacidade de gestação da futura mãe.

Existem duas técnicas de fecundação *in vitro*. Em ambas as técnicas se requer uma estimulação prévia dos ovários da mulher de forma a obter um maior número de folículos. O crescimento dos folículos é monitorizado mediante ecografia e análises serológicas, e no dia em que for programada a extração dos ovócitos (punção ovárica), o sêmen é preparado também em laboratório.

A fecundação *in vitro* convencional (FIV) é utilizada nas situações em que a concentração dos espermatozoides é elevada. Consiste em colocar os ovócitos em meio de cultura com espermatozoides e estes vão competir entre si para fecundarem os ovócitos. Já a microinjeção espermática (ICSI) é uma técnica muito utilizada nos casos em que existe baixa concentração de espermatozoides ou fraca mobilidade. É o biólogo quem seleciona os espermatozoides baseando-se na sua mobilidade e morfologia, e com a ajuda de uma pipeta vai injetar esse espermatozoide num ovócito. Esta técnica é muito mais complexa uma vez que requer um aparelho de microinjeção e um microscópio.

3.6 MÃES SUBSTITUTAS

As mães substitutas ou maternidade de substituição, ainda que não diferente das técnicas anteriormente citadas, é uma prática que pode envolver qualquer uma

das técnicas de reprodução assistida, com a diferença fundamental que a gravidez se relaciona à outra mulher que não àquela que resolveu programar seu projeto parental, normalmente em consenso com seu marido ou companheiro.

Na mãe de substituição a maternidade é dividida ou dissociada: a mãe genética, por impossibilidade física recorre à outra mulher, mãe gestacional, para que esta leve a termo a gravidez impossível daquela.

Rizzardo (2006, p. 745) explica que no campo jurídico tal técnica se revela na prática impossível na legislação, uma vez que esta sempre se fundou no brocardo *mater sempre certa est*, devido à convicção humana quanto à maternidade diante da coincidência entre a verdade biológica e a verdade jurídica verificada através da gravidez e do parto.

Dentre as várias possibilidades de mãe de substituição, existem três tipos principais: a) a maternidade-de-substituição que envolve o embrião resultante de óvulo e espermatozoide do casal, com sua implantação no corpo de outra mulher que não aquela que deseja a maternidade e forneceu seu óvulo; b) a maternidade-de-substituição que se relaciona ao óvulo e a gravidez da mulher que não quer ser mãe da criança, mas empresta seu corpo, gratuitamente, para gestar o embrião, e se compromete a entregar a criança ao casal solicitante, sendo sêmen utilizado na procriação o do marido que, juntamente com sua esposa, resolveu efetivar o projeto parental; c) a maternidade-de-substituição que consiste no embrião formado a partir da união de óvulo da mesma mulher que engravida e de espermatozoide de doador, com o compromisso da mulher de entregar a criança ao casal que, por sua vez, não contribui com o material fecundante.

No Brasil, esta forma de reprodução humana está prevista na Seção VII da Resolução nº 1358/92, que estabelece que a sua utilização só poderá ocorrer desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética; que a doadora temporária do útero deve ser parente até segundo grau da doadora genética; e que a substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Ressalta-se, que a regra no Brasil é que “o aluguel do útero” não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, e que a ideia de contrato da mãe de substituição deve ser rejeitada, pois pessoas não podem ser objeto de contrato.

Pelo direito vigente, conforme ensinamentos de Rizzardo (1991), a mãe sub-rogada será considerada mãe (mesmo que não tenha nenhum vínculo genético com a criança), pois a gestação e o parto determinam a maternidade. Porém, esta premissa não é mais totalmente verdadeira, pois considera que quem dá a luz necessariamente é aquela que deu o óvulo.

Parte da doutrina acredita que no caso da mãe portadora, a maternidade deverá ser estabelecida pelo vínculo biológico e sócio-afetivo, e não o vínculo gestacional, vedado qualquer direito de filiação a mãe sub-rogada.

4.0. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS, FAMILIARES E SUCESSÓRIOS DO CONCEBIDO POST MORTEM

4.1 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição é a Lei Maior de uma sociedade politicamente organizada. É o modo pelo qual se forma, se estabelece e se organiza uma sociedade.

A Constituição Federal é a norma superior de todo o ordenamento normativo brasileiro que determina como devem ser produzidas as demais normas e que limita o conteúdo das mesmas, condicionando-o ao seu texto às suas determinações. Sendo estas normas representadas em forma de pirâmide, é indiscutível que a Constituição Federal ocupa o topo dessa pirâmide legal.

Conforme Canotilho (1991, p. 41) dispõe:

(...) Constituição deve ser entendida como a *lei fundamental e suprema de um Estado*, que contem normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. (grifou-se)

A ordem jurídica essencial do Estado é a sua Constituição Federal. Esta, sendo uma norma fundamental, é rígida e suprema, sendo a base da ordem jurídica e a fonte de sua validade. Sendo assim, todas as leis a ela se subordinam, não

persistindo, assim, atos que lhe forem contrários, isto é, dela resulta a inconstitucionalidade dos atos que a contrariem.

A reprodução humana assistida, tema abordado neste trabalho, ainda não tem uma regulamentação sobre suas técnicas, portanto, a Constituição Federal Brasileira de 1988 deve ser o alicerce utilizado para se resolver possíveis questões relacionadas aos direitos individuais e coletivos quanto a essas técnicas, além de servir de base no momento da criação de uma regulamentação.

4.1.1 Supremacia da Constituição

A Constituição é a mais alta expressão jurídica da soberania popular e nacional. É o instrumento seguro para a manutenção do Estado de Direito. Daí este significar a submissão de todos os indivíduos e dos próprios órgãos do Estado ao Direito, à lei, remontando, em última instância, à submissão à Lei Magna.

A Carta Magna é a lei fundamental, o meio mediante o qual uma sociedade se organiza e restringe atos ou exige prestações estatais, seja prescrevendo direitos, deveres e garantias, seja conferindo o fundamento de validade de todas as leis e atos normativos.

Neste sentido explica José Afonso da Silva (1992, p. 47):

A constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas, etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e; finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo.

As normas posteriores a Constituição Federal, sendo criadas baseadas nesta, nascem de uma forma de não desorganizar o sistema positivado, obedecendo as diretrizes constitucionais, configurando, assim, a Constituição como norma base e lei suprema, com o status de superior a todas as outras do ordenamento jurídico.

Segundo Hans Kelsen (2006, p. 246), uma norma jurídica para ser válida necessita buscar seu fundamento de validade em uma norma superior. Sobre este

assunto percorreu largamente o Mestre da Escola de Viena, de forma a assentar a sua teoria escalonada do ordenamento jurídico. Da sua Teoria Pura do Direito destaca-se o trecho a seguir:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental—pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, no artigo 1º dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias, estabelece que, “o Presidente da República, o Presidente do Supremo Tribunal Federal e os membros do Congresso Nacional prestarão o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, no ato e na data de sua promulgação.”.

Assim, a supremacia constitucional se manifesta, por um lado, na determinação formal de como devem ser criados e funcionar os poderes públicos, que deverão ater-se em suas funções, aos mandamentos constitucionais. Isto significa que a Constituição Federal regula os poderes do Estado, mas não pode ser por eles afetada.

4.2 PRINCÍPIOS

4.2.1 Princípios Constitucionais

Os princípios constitucionais são as principais normas fundamentais de conduta de um indivíduo mediante as leis já impostas, além de exigências básicas ou fundamentos para tratar uma determinada situação e podem até ser classificados como a base do próprio Direito. São o alicerce para qualquer indivíduo. É indispensável tomar nota dos assuntos que rodeiam os seus direitos e deveres. A

Constituição Federal de 1988 é o livro que está hierarquicamente acima de todos os outros, em nível de legislação no Brasil.

Os princípios, ao lado das regras, são normas jurídicas. Os princípios, porém, exercem dentro do sistema normativo um papel diferente das regras. As regras, por descreverem fatos hipotéticos, possuem a nítida função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadrem nas molduras típicas por elas descritas. Os princípios consagrados constitucionalmente, servem, a um só tempo, como objeto de interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa, como guias a nortear a opção de interpretação.

Serve o princípio como limite de atuação do jurista. No mesmo passo em que funciona como vetor de interpretação, o princípio tem como função limitar a vontade subjetiva do aplicador do direito.

Além da Constituição Federal, a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (LICC) dispõe sobre procedimentos a serem utilizados nos casos de lacuna da lei. A LICC, em seu artigo 4º, diz que, havendo omissão, deverá o juiz decidir conforme analogia, costumes e princípios gerais do direito; e, ainda em seu artigo 5º, dispõe que com o conhecimento de técnicas jurídicas e o bom senso, o jurista deverá atender aos fins sociais visando o bem comum.

Diante do presente tema, DINIZ (2003, p. 498) ensina:

Enquanto não advier a legislação regulamentadora da reprodução humana assistida, prevaleceria segundo alguns autores, o princípio de que *tudo aquilo que não está proibido está permitido*, deixando os cientistas da área biomédica com grandes possibilidades de ação na área da embriologia e da engenharia genética. Entretanto, entendemos que, ante a ausência daquela norma, dever-se-á aplicar o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, freando, assim, a atividade jurisdicional, que, então, só poderá utilizar-se dos princípios gerais do direito comparado ante a complexidade dessa temática, sempre levando em conta o respeito à dignidade humana (CRFB/88, art. 1º, inciso III).

Os princípios constitucionais estão contidos nos artigos 1º ao 4º da Constituição Federal:

Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

(grifo nosso)

Com todas as divergências e lacunas existentes no ordenamento jurídico, o que não pode deixar dúvidas é o fato de que a Constituição Federal deverá sempre servir de pilar fundamental para as questões de bioética e, principalmente, no tocante à reprodução humana assistida, pois a Carta Magna traz, entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, fundamento este que não poderá de deixar de ser o fim último do ordenamento jurídico.

4.2.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal embasa todo nosso ordenamento jurídico, sendo que os princípios nela consagrados permitem uma interpretação constitucional homogênea, cuja finalidade é realmente a unicidade, tentando evitar desta forma o

livre arbítrio por parte dos interpretes e aplicadores da Lei. A violação de um princípio constitucional implica em desrespeito a todo o ordenamento jurídico, sendo desta forma muito mais grave do que a infração de uma lei infraconstitucional. A reprodução assistida é um direito de quarta geração, haja vista que consagra avanços científicos, como a evolução médico-biológica que, conseqüentemente, ocasionou o surgimento do biodireito. A evolução na medicina acarretou no surgimento da Bioética, e sobre o tema dispõe Ferraz (2010, p. 24):

A ética da vida, como é chamada a bioética, por alguns, surge no contexto de imprevisibilidade dos resultados das experimentações nas pesquisas com geneterapia, novas formas de procriação com profundas conseqüências nos conceitos de maternidade e paternidade, sendo premente a necessidade de proteger a espécie humana em face de avanços médicos, tendo como base os princípios éticos, visando sempre buscar os benefícios para o ser humano, dentro dos limites da dignidade humana.

A bioética tem por fundamento o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal trata do princípio da dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, inciso III, e constitui ao mesmo a condição de fundamento da República Brasileira, ou seja, devido ao respeito a tal princípio é que se elaborou todo o sistema constitucional. Plácido e Silva (1967, p. 526) consigna que:

Dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.

A Constituição Federal trata do princípio da dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, inciso III, e constitui ao mesmo a condição de fundamento da República Brasileira, ou seja, devido ao respeito a tal princípio é que se elaborou todo o sistema constitucional, Nesse sentido, Moraes (2003, p. 128) pontua que:

[...] A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico

deve assegurar, de modo que às pessoas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

O referido princípio visa assegurar a dignidade do homem, em razão da sua própria existência.

4.2.1.2. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

O artigo 227, *caput*, da Constituição Federal prevê diversos direitos à criança e ao adolescente, sendo que a partir deste diploma legal pode-se extrair o Princípio do melhor interesse da Criança e do Adolescente:

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

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do poder público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

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

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

Tal princípio também pode ser extraído do Decreto-Lei nº 99.710/90, o qual atribuiu vigência à Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que tem por escopo resguardar o interesse, direitos e necessidades da criança e do adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 3º, 4º e 5º evidenciam a proteção que é devida às crianças e aos adolescentes, senão vejamos:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

De acordo com tal princípio, devem-se preservar ao máximo, aqueles que se encontram em situação de fragilidade. A criança e o adolescente encontram-se nesta posição por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade. O menor tem, assim, o direito fundamental de chegar à condição

adulta sob as melhores garantias morais e materiais, assim como preceituado pelo artigo 227 da Constituição Federal.

Vê-se, portanto, que o princípio do melhor interesse do menor vem, senão, para garantir os direitos inerentes ao menor, assegurando-lhe o pleno desenvolvimento e sua formação cidadã, impedindo os abusos de poder pelas partes mais fortes da relação jurídica que envolve a criança, já que o menor a partir do entendimento de tal princípio ganha status de parte hipossuficiente, que por esse motivo, deve ter sua proteção jurídica maximizada.

Assim, para que tal direito fundamental seja resguardado, faz-se necessário realizar uma análise nas condições de vida da criança e do adolescente, de modo a permitir um desenvolvimento sadio, moral, social, assim como uma boa formação psíquica.

4.2.1.3. Princípio da igualdade entre os filhos

A Constituição Federal em seu artigo 227, parágrafo 6º, estabelece que os filhos havidos na constância do casamento ou fora deste devem ter os mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação:

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

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

Esses comandos regulamentam especificamente a isonomia constitucional, ou igualdade em sentido amplo, constante do art. 5º, caput, do Texto Maior, um dos princípios do Direito Civil Constitucional. Em suma, juridicamente, todos os filhos são iguais, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange também os filhos adotivos e aqueles havidos por inseminação heteróloga (com material genético

de terceiro). Diante disso, não se pode mais utilizar as expressões filho adúltero ou filho incestuoso, as quais são discriminatórias. Também não podem ser utilizadas, em hipótese alguma, as expressões *filho espúrio* ou *filho bastardo*.

Assim sendo, é possível afirmar que não mais existe qualquer tipo de diferenciação entre os filhos, ou seja, não importa se eles são advindos ou não do casamento, uma vez que com a promulgação da Carta Política de 1988 foi reconhecida a família gerada pelo matrimônio, pela união estável, pela homoafetividade, pela adoção e pela sócio-afetividade, quando em seu artigo 226, §4º estatuiu que: “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por seus pais e seus descendentes.

4.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos fundamentais são uma das previsões absolutamente necessárias a todas as constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade da pessoa humana, garantir a limitação de poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade da pessoa humana.

Os direitos humanos fundamentais têm por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e de desenvolvimento da personalidade humana.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, estabelecendo cinco espécies. A espécie que interessa destacar no momento é o Capítulo I, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, que “correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como exemplo: vida, dignidade, honra e liberdade”.

Os direitos humanos fundamentais são uma das previsões absolutamente necessárias a todas as constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade

Os direitos humanos fundamentais são uma das previsões absolutamente necessárias a todas as constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade

da pessoa humana, garantir a limitação de poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade da pessoa humana.

Os direitos humanos fundamentais têm por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e de desenvolvimento da personalidade humana.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, estabelecendo cinco espécies. A espécie que interessa destacar no momento é o Capítulo I, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, que “correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como exemplo: vida, dignidade, honra e liberdade”.

Preceitua o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal Brasileira de 1988⁴⁴, *in verbis*:

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

Todos os seres humanos estão sujeitos ao direito de família, o que faz decorrer daí inúmeros direitos humanos. Os direitos humanos com os poderes-deveres interagindo nos grupamentos familiares protegem a humanidade desde o nascituro até aos mais idosos dos sujeitos. A igualdade, a fraternidade, a solidariedade, a segurança, o trabalho, a saúde, a educação, enfim, os valores humanos, são objetos do direito fundamental, como o Princípio da Dignidade Humana, já citado anteriormente.

4.3.1 Direito à vida

Na Constituição Federal de 1988⁴⁵, no artigo 5º, *caput*, tem-se o direito à vida a todos os brasileiros e estrangeiros no Brasil residentes.

O direito à vida se inicia com o nascituro, surgindo, daí, o direito do nascituro

(artigo 20, LICC) e, também, no artigo 2º do Código Civil Brasileiro de 2002, na previsão contida na lei penal, que prevê sanção à prática do homicídio, do aborto, do infanticídio, dentre outros crimes que tem como objeto jurídico “a vida”.

No campo da bioética e, evidentemente, com influência no biodireito, pode ser apontado o Princípio da Defesa da Vida Física, conforme ensina Correia (1996, p. 44):

Esse princípio abrange o respeito a vida, à sua defesa e à sua promoção, já que a vida do homem tem um valor em si mesma e por si mesma, independentemente de qualquer enfoque religioso. (...) Cada pessoa é dona de sua própria vida e é chamada a administrá-la com liberdade. A coletividade, enquanto tal tem a função de assegurar a cada pessoa os bens necessários para desenvolver todas as potencialidades.

A vida é muito anterior ao direito regulamentado, ela é um direito natural do homem. Entretanto, nas últimas décadas, com o avanço das técnicas de reprodução humana artificial, o homem adquiriu certos conhecimentos, como o de propiciar, a casais inférteis a realização do sonho de procriar. Porém, pelo motivo de que o bem maior do homem é a vida, e esta é ligada as técnicas de reprodução humana assistida, torna-se essencial que ela seja definida, bem como, seja determinado o momento de seu início, para que se possa dimensionar a partir de que momento ela necessita de proteção garantida constitucionalmente.

A palavra “vida” segundo o dicionário online Michaelis (1998 p. 259) significa:

1. Atividade interna substancial por meio da qual atua o ser onde ela existe; estado de atividade imanente dos seres organizados. 2. Duração das coisas; existência. 3. União da alma com o corpo. 4. Espaço de tempo compreendido entre o nascimento e a morte do ser humano. 5. Espaço de tempo em que se mantém a organização dos seres viventes. 6. Animação em composições literárias ou artísticas. 7. Maneira de viver no tocante à fortuna ou desgraça de uma pessoa ou às comodidades ou incomodidades com que vive. 8. Estado da alma depois da morte. 9. Ocupação, emprego, profissão. 10. Alimentação, subsistência, sustento, passadio. 11. Condições para viver e durar; vitalidade. 12. Princípio de existência de força; condições de bem-estar, vigor, energia, progresso. 13. Expressão viva e animada, animação, entusiasmo. 14. Causa, origem. 15. Sustentáculo, apoio principal, fundamento, essência. 16. O que constitui a principal ocupação, o máximo prazer, a maior afeição de alguém”.

Portanto, vida é uma palavra com muitos significados, mas podemos dizer que vida é o processo pelo qual os seres vivos são com uma parte, ao lapso de tempo entre a concepção e a sua morte, é uma entidade que nasceu e ainda não morreu, e é isto que faz com que este ser esteja vivo.

Quanto ao conceito biológico da vida, Coletti (2003, p. 34) leciona que:

Teorias existem que procuram determinar que a partir do momento em que ocorre a fusão do material genético feminino com o masculino forma-se um pró-embrião que neste estado permanecerá até o momento em que ocorrer o processo biológico denominado nidadação. Esta concepção tem na atualidade o seu valor decorrente do avanço tecnológico da medicina, o que proporcionou a inúmeros casais inférteis a possibilidade da fertilização *in vitro* e outras técnicas para fertilização do óvulo fora do corpo da mulher. Decorrente da indução da ovulação e estes, fecundados, são posteriormente selecionados, e, os não implantados, congelados para posterior utilização. Caso esta utilização não ocorra, serão, após algum tempo, descartados, como ocorreu na Inglaterra há alguns anos, tendo sido esta situação por demais comentada e investigada devido ao crescimento no planeta da Bioética e do Biodireito.

Assim, como os significados sobre a vida são inúmeros, o conceito que mais interessa no presente trabalho é o conceito biológico da vida, a qual se inicia quando da união do material genético masculino com o feminino, como ocorre na fecundação.

4.3.2 Direito à liberdade

Liberdade é o estado no qual se supõe estar livre de limitações ou coação, sempre que se tratar de agir de maneira lícita, de acordo com princípios éticos e legais cristalizados dentro da sociedade.

O conceito de liberdade no ramo do Direito, para o qual citamos é que o ser humano é eminentemente social e, vivendo desta forma, suas atitudes interferem na vida de outros homens. Para que esta interferência tivesse um caráter construtivo, foi necessário criar-se algumas regras que preservassem a paz nesse contexto, assim, de forma escrita ou não, algumas normas de comportamento foram

formando-se ao longo do tempo, tornando-se hoje um grupo de regras as quais chamamos Direito.

Segundo Lôbo (2005, p.22), esse direito se funda ainda no:

Livre poder de constituir uma comunhão de vida familiar por meio de casamento ou união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado, na livre decisão do casal de planejamento familiar, intervindo o Estado apenas em sua competência de propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito; na convivência conjugal; na livre aquisição e administração do patrimônio familiar e opção pelo regime patrimonial mais conveniente; na liberdade de escolha de formação educacional, cultural e religiosa da prole; e, na livre conduta, respeitando-se a integridade físico-psíquico e moral dos componentes familiar.

A liberdade ainda, além de constar no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, foi incluída no rol dos objetivos fundamentais da República Federativa para o fim de caracterizar, nos termos do artigo 3º, inciso I, da CRFB/88, uma sociedade livre, justa e solidária, devendo, assim, ser considerada a liberdade como um dos bens jurídicos fundamentais. No entanto, assim como ocorre no direito à vida, o direito à liberdade sofre limitações, que incidem em razão de sanções previstas nas legislações em geral, privativas da liberdade dos que praticam atos condenados pelo direito.

4.3.3 Direito à segurança

O direito de segurança é um conjunto de ações estatais destinadas a preservar a ordem e a tranquilidade das pessoas mediante duplice aspecto: preventivo e repressivo de condutas ilícitas.

O direito à segurança refere-se à necessidade de assegurar a todos o exercício dos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade pessoal, à integridade física, à inviolabilidade da intimidade, do domicílio e das comunicações pessoais, à propriedade, o direito à legalidade, à segurança das relações jurídicas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos cita em seu artigo 3º o direito à segurança: “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Sobre o direito à segurança, Silva (2003, p. 532) leciona:

A segurança dos cidadãos é uma obrigação de ordem interna dos Estados, não se confundido com a defesa externa. Materialmente, significa mais do que a jurídica manutenção da lei e da ordem: traduz a manutenção de um conjunto de circunstâncias sem as quais o bem-estar, a harmonia social e outros direitos não poderiam ter eficácia e efetividade.

Com extensão ao direito da família, pode-se dizer que, primeiramente, esse direito tem influência na guarda dos pais para com os filhos e na proteção que ambos têm entre si, desde o afeto, o amor, o carinho, além, do poder familiar procurar sempre assegurar ao seu núcleo a proteção material de acordo com a existência digna.

4.3.4 Direito à propriedade

Os direitos fundamentais acima citados se relacionam diretamente ao direito da família e concentrando-se no instituto “lar” (sinônimo subjetivo de “propriedade”). No entanto, o lar sem o afeto não dá certo. Por isso, o direito o afeto constitui o primeiro dos direitos humanos da família seguido pelo direito ao lar, cuja essência é o afeto.

Portanto, o direito à propriedade, ou o direito ao lar, associa-se aos direitos que garantem a infra-estrutura física da entidade familiar, como o direito à moradia e ao bem de família.

4.4 DIREITO DE FAMÍLIA DO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

4.4.1 Direito de filiação

Atualmente, todos os filhos, não importando se nascidos do casamento ou não, têm assegurada uma série de direitos, previstos no artigo 227 da Constituição Federal Brasileira de 1988.

De acordo com o dispositivo legal mencionado, constata-se, que os direitos decorrem do simples fato da filiação, e não da circunstância de se nascer em determinado momento. A distinção outrora existente, não mais poderia perdurar, uma vez que a CRFB/88 veda qualquer designação que leve à desigualdade. Todo filho é filho, seja qual for a natureza do relacionamento dos seus pais

No Código Civil Brasileiro de 2002, na parte de família, apenas um artigo faz menção aos filhos concebidos por técnicas de reprodução humana assistida:

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

Entretanto, torna-se cada vez mais necessário a regulamentação das técnicas de reprodução assistida, para que o direito fundamental de dignidade humana seja protegido da maneira mais pormenorizada possível.

Constata-se que os filhos provenientes de Reprodução Humana Assistida, através da inseminação artificial heteróloga, são planejados, em tese, após um breve acordo entre o casal, uma vez que conta com a participação de um doador. Dessa forma, não deve existir diferença dessas crianças para aquelas que são fruto de uma concepção natural.

Considerando o bem estar da criança, principalmente no que tange à filiação, o artigo 227, § 6º, da Lei Maior, reconhece a igualdade entre os filhos, bem como proíbe qualquer discriminação. Portanto, aquelas pessoas oriundas da Reprodução Assistida não podem ser discriminadas, uma vez que perante a lei a condição de filho é igual para todos, não importando como esses seres foram concebidos.

4.4.2 Direito a alimentos

Quanto aos alimentos, pode-se dizer que é uma forma de uma pessoa prestar à outra, o necessário para sua manutenção e, em certos casos, para a educação,

criação, saúde e recreação; em suma, para atender às necessidades fundamentais; que, quando existe uma relação jurídica entre as partes, essa prestação se torna obrigatória.

De acordo com os artigos 1.694 e 1.695 do Código Civil Brasileiro, os alimentos serão fixados de acordo com o binômio necessidade/possibilidade, a fim de suprir as necessidades básicas do alimentado, sem desfalque do necessário a existência do alimentante.

Ainda, pode ser levada em consideração, a possibilidade do artigo 1.700 do Código Civil, em que prevê a transmissão da obrigação de prestar alimentos, aos herdeiros do devedor.

Quanto a esse dispositivo, Rizzardo (2003, p. 45) esclarece que, “é a sucessão que recebe o encargo, dentro das forças da herança, pois a matéria regula-se pelo disposto no artigo 1.997, o qual limita a responsabilidade proporcionalmente à porção da herança que couber ao herdeiro”.

Portanto, independente da técnica de reprodução humana assistida, seja inseminação homóloga ou inseminação heteróloga, bem como a concepção natural, todos os filhos são iguais perante a lei, devendo, também, ter direito a receber alimentos dos pais, parentes ou dos herdeiros, quando for o caso.

4.4.3 Direito quanto ao uso do nome

Outro direito que os filhos concebidos por reprodução humana assistida tem é o direito ao uso do patronímico materno ou paterno, tendo em vista que a Constituição Federal regularizou esta situação, colocando todos os filhos no mesmo patamar, podendo estes ter os mesmos direitos dos filhos concebidos de forma natural.

A Lei nº 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), em seu artigo 54, prevê os elementos necessários que deve conter o assento de nascimento, dentro os quais constam o nome e o prenome que forem postos criança. É a partir desses elementos que se tem uma pessoa natural para o mundo jurídico, constituindo-se, assim, uma nova personalidade jurídica, sujeito de direitos e obrigações.

Assim, explica Pereira (1998. p. 171):

Um dos elementos constitutivos e integrantes da personalidade é o nome, elemento designativo da pessoa, fator de sua identificação na sociedade, intimamente ligado ao Estado. De modo geral, é pelo nome que se individualiza uma pessoa, pelo nome que, grosso modo se verifica a filiação e a procedência familiar.

Outra parte relevante, diz respeito à vontade do pai que reconhece o filho e da família paterna, que não poderá impedir o uso do nome, tendo em vista, que pai, por vontade própria, ou por presunção não contestada, teve o filho como seu, dando-lhe, assim, o direito ao uso do patronímico paterno.

Assim, sendo, constata-se que uma vez estabelecido o parentesco dos filhos gerados através das técnicas de Reprodução Humana Assistida, estes terão todos os direitos inerentes ao estado de filho, inclusive a adoção do patronímico paterno e materno, tendo-se em vista que a paternidade nos casos dos filhos gerados com as técnicas heterólogas, por exemplo, será presumida, o que em nada interferirá na posse deste estado, já que os pais devem ter consentido na utilização desta técnica.

4.5 DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO *POST MORTEM*

Com o advento das técnicas de reprodução medicamente assistida e com a possibilidade de criopreservação de sêmen e embriões humanos, a geração de filhos após a morte tornou-se viável. Contudo, ao solucionar o desejo de mulheres de gerarem filhos de seus falecidos maridos, essas técnicas trouxeram grandes problemas para o Direito Sucessório.

O sêmen, ao contrário do óvulo ou ovócito, pode ser congelado, sem perda da sua capacidade geratriz. De tudo isso, resulta o questionamento pertinente à inseminação artificial, por sêmen do marido, após a morte deste, objeto do presente trabalho.

Os principais questionamentos que surgem quanto à concepção após a morte do genitor, através da inseminação artificial, diz respeito ao direito sucessório dos concebidos.

4.5.1 O direito sucessório do filho concebido *post mortem* no Código Civil

São legítimos a suceder apenas as pessoas já nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão (art. 1798, do Código Civil de 2002). Assim, segundo o Código Civil, a criança concebida após a morte de seu pai não tem direito a receber parte da legítima que teria direito se tivesse sido concebida em momento anterior à morte do autor da herança.

Uma única solução foi trazida no art. 1.799 do Código Civil:

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.
(grifo nosso)

Com a atual redação do Código Civil, o filho concebido *post mortem* poderá herdar caso seja contemplado em testamento. Ou seja, pode ser apenas herdeiro testamentário, não se encaixando dentre os herdeiros legítimos.

O Código Civil determina ainda um prazo para a concepção da prole eventual no art. 1800, §4º: “Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos”.

O mencionado §4º do art. 1800 provoca uma questão paralela, que é a admissibilidade, ainda que por breve tempo, da existência de direitos sem sujeitos. O Código de 2002 manteve a sistemática anterior, no sentido de que as pessoas que devem existir quando da abertura da sucessão são os pais do beneficiado, não este, que nem precisa estar concebido. Com isso, não se dá solução à questão da titularidade dos bens enquanto não recolhidos pelo concepturo, apenas determinando-se que fiquem confiados a curador nomeado pelo juiz.

Para muitos autores, o falecimento do pai torna inviável qualquer pretensão quanto a direitos hereditários por parte de prole eventual.

Devido ao grande número de problemas que trás, a inseminação artificial e a implantação de embriões excedentários *post mortem* é proibida em muitos países, como na Alemanha, na Suécia, na França e na Espanha. Neste último país, os direitos do nascituro são resguardados se houver manifestação expressa do *de cuius* neste sentido, por escritura pública ou testamento. Na Inglaterra, estes procedimentos são permitidos, porém os direitos sucessórios não são garantidos, a não ser que o falecido manifestar expressamente sua vontade em documento.

No Brasil, este assunto não está pacificado, um dos motivos, talvez o principal, é a falta de legislação que regule as técnicas de reprodução medicamente assistida.

Mas qual seria então, a solução hermenêutica apta a compatibilizar a regra da legitimação sucessória com as relações de filiação decorrentes dos diversos tipos de reprodução assistida, sobretudo em se tratando de inseminação artificial ou transferência tubária *post mortem*?

Delgado (2004, p. 55) explica:

Poderíamos principiar diferenciando as hipóteses em que a fertilização se deu quando já estava morto o doador do material fecundante, daquelas em que a fertilização se deu anteriormente, *in vitro*, tendo, tão somente, a implantação, do embrião se dado após a morte do pai. Na primeira hipótese, a solução lógica seria a de que o filho havido não teria direito sucessório algum, porquanto ainda não “concebido” à época da abertura da sucessão. Na segunda hipótese, considerando que a concepção já teria e verificado, ainda, que fora do útero, ao filho assim havido deveriam ser assegurados todos os direitos sucessórios em igualdade de condições com os demais filhos. Poder-se-ia, ainda, sustentar que, também na primeira hipótese, o filho teria direito à herança, face ao estado de filiação reconhecido pelo Código Civil em seu art. 1.597 e ao imperativo de igualdade posto no art. 227, § 6º da Constituição Federal.

A estrutura atual da relação sucessória não permite, na sucessão legítima, consequências sucessórias ao nexo de filiação que porventura venha a ser tardiamente estabelecido (LEITE, 1995. p. 94).

Sobre o assunto corrobora Oliveira⁵⁷ que a “inseminação artificial *post mortem* do marido não traz maiores problemas, pois a concepção se dará após o falecimento do pai, o que impossibilitará qualquer pretensão quanto aos direitos hereditários”.

Leite (2003, p. 390) entende que “autorizada a introdução do embrião em mulher para sua gestação ou fecundação de óvulo pelo esperma crioconservado,

para que haja o reconhecimento dos direitos sucessórios do novo ser humano será necessária a utilização de testamento por parte do doador.”

Explica Leite (2003, p. 393), ainda:

Deverá a futura legislação promover a mudança do teor dos artigos 1.717 e 1.718 do Código Civil, autorizando que possam ser herdeiros testamentários os filhos do próprio testador, mesmo que não estejam concebidos no momento de sua morte. (...) que (...) o material genético do de *cujus* somente poderá ser utilizado, reconhecendo-se sua paternidade e direitos sucessórios, naquela mulher.

Caso contrário, a ausência de testamento em favor da prole futura e eventual implicará ausência de consentimento para utilização do sêmen, óvulo ou embrião crioconservado após a morte, logo, desaparecendo a necessária autorização para que aquele material genético seja aplicado após a morte e o bem como, vínculo de filiação, por via de consequência, o direito sucessório.

Ressalta-se, entretanto, que o reconhecimento da paternidade conferindo direito sucessório ao concebido após a morte, através de testamento deixado pelo doador do sêmen, não deve ser confundido com a prole eventual, (art. 1.799, inciso I, CC/02) possibilidade de deixar em testamento um bem para um ser que ainda será concebido, mas que tem como requisito essencial a sobrevivência dos genitores da futura prole, ao testador.

Todavia, de breve análise aos direitos sucessórios dos filhos concebidos por inseminação artificial *post mortem*, conclui-se, que a legislação vigente no ordenamento jurídico brasileiro não é suficiente pra a preservação dos direitos das pessoas que se utilizam das técnicas de reprodução assistida, nem tampouco daquelas que serão geradas através das mesmas, sendo necessário que a questão seja urgentemente apreciada pelo legislador.

4.5.2 O Código Civil frente à Constituição Federal

Na parte da sucessão da prole eventual, ou seja, filho concebido *post mortem*, o Código Civil entra em contradição com a Constituição Federal. Esta prescreve a igualdade plena entre os filhos, proibindo qualquer tipo de distinção ou

discriminação, e o melhor interesse da criança. Enquanto o Código Civil dispõe que o filho concebido após a morte de seu pai somente pode sucedê-lo se contemplado em testamento.

Não se pode esquecer também que o próprio Código Civil dispõe que são considerados concebidos na constância do casamento os filhos havidos mediante inseminação artificial, mesmo após a morte do marido, ou decorrente de implantação de embrião excedentário a qualquer tempo.

Assim, sendo considerado filho do falecido, a criança concebida *post mortem* deve ter os meus direitos de seus irmãos, nascidos enquanto o pai era vivo, inclusive os direitos sucessórios.

Sobre o tema dispõe Gonçalves (2007, p.58):

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

Toda e qualquer prática agressiva aos direitos de qualquer um, em qualquer estágio da vida atinge todos os homens em suas dignidades. É inconcebível uma norma que contrarie o princípio da dignidade.

Plausível a preocupação do legislador de assegurar a paternidade nos casos de utilização de técnicas de reprodução assistida. Contudo, o mesmo cuidado não foi tomado quanto ao direito sucessório. O legislador do atual Código Civil deixou, em algumas partes, lacunas sobre o assunto e, em outras, o disposto entra em contradição com a Constituição Federal.

Sendo assim, frente a contradição apresentada entre o Código Civil e a Constituição Federal, e pela omissão de legislação específica sobre as técnicas de reprodução medicamente assistida, são as normas e os princípios constitucionais que prevalecem.

Norma alguma pode ser contrária à Constituição Federal. Se for, sua eficácia é nula, uma vez que a norma é considerada inconstitucional. Então, a exclusão de qualquer filho, concebido antes ou após a morte de seu genitor, não é válida, salva os casos de deserção ou exclusão por indignidade.

4.6 A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA

De uma rápida análise dos dispositivos de direito sucessório do ordenamento jurídico brasileiro sobre o filho concebido após a morte do seu genitor, pode-se concluir que a legislação vigente não se mostra suficiente para segundo ensinamentos de Delgado (2004 p. 43):

Qualquer solução que viesse a assegurar direitos sucessórios a filho oriundo de inseminação artificial (ou transferência de embriões) *post mortem* esbarraria em questões de ordem prática e correria o risco de infringir diretamente os princípios constitucionais da segurança jurídica e da irretroatividade.

Para evitar situações como esta, parte da doutrina leciona pela proibição do emprego de práticas de reprodução medicamente assistida *post mortem*. Contudo, isto não solucionaria do problema no ramo sucessório.

Atualmente, não há uma expressa proibição, mas também não há regulamentação. Assim, mesmo com a proibição, se uma criança é concebida por alguma técnica de fertilização artificial, “ainda que ilícita a conduta da clínica que promoveu a inseminação, esta em nada poderá subtrair os direitos da criança a nascer. Não há como vedar juridicamente, o acesso do filho ao nome e a herança do pai finado”. Sendo utilizados, para resolver a questão, os preceitos constitucionais.

É preciso uma legislação que seja capaz de assegurar os direitos sucessórios do concebido *post mortem* e, ao mesmo tempo, de resguardar o princípio da segurança jurídica.

O Projeto de Lei nº 90/99 apresentado pelo Senador Lúcio Alcântara foi uma tentativa para regulamentar a utilização de técnicas de reprodução medicamente assistidas.

O projeto resolve, em parte, os problemas advindos do uso de tais práticas. No parágrafo primeiro do art. 2º, o projeto de lei dispunha que somente cônjuges ou casais vivendo em união estável poderiam ser beneficiários das técnicas de procriação assistida. E no art. 15, §2º, III, prescrevia a obrigação de descarte dos gametas depositados no caso de falecimento do depositante. A interpretação

conjunta destes dois artigos leva à interpretação de ser proibida a procriação após a morte do genitor.

Contudo, a simples proibição pode não dar muito resultado. Assim, o Senador Lúcio Alcântara propôs na seção VII do seu projeto de lei a imputação como crime de prática que contrariasse o disposto no projeto, entre elas a utilização de gametas de depositantes falecidos, salvo autorização deixada em testamento.

Além disso, no art. 38 dispunha que “a prática de qualquer uma das condutas arroladas nesta seção [seção VII] acarretará a perda da licença do estabelecimento de procriação medicamente assistida, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis”.

Outra solução é dada por Eduardo de Oliveira Leite. O autor sugere a modificação da redação do art. 1798 do Código Civil para: “Legitima-se suceder as pessoas nascidas, as já concebidas no momento da abertura da sucessão, ou as que nascerem por concepção artificial, até dois anos após a abertura da sucessão”.

Esta opção parece ser a melhor solução ao problema, uma vez que garante o direito sucessório da prole eventual e a segurança jurídica, determinando um prazo para a concepção deste filho. Porém, mesmo com a mudança da redação, medidas para coibir a prática da procriação assistida posterior a este prazo devem ser dispostas.

É mais que necessário a adequação das normas infraconstitucionais sobre o tema do direito sucessório do filho concebido *post mortem* mediante técnicas de reprodução assistida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre os avanços tecnológicos que aconteceram nas últimas décadas, certamente, um dos que mais se destacou foi a biomedicina e nesta matéria, em especial, as técnicas de reprodução humana assistida. Essas técnicas ajudam casais que tem dificuldades ou não tem a possibilidade de procriar de forma natural, maneira, que, contudo, pode ser revertida com tais avanços tecnológicos. Essas dificuldades ou impossibilidades afetam o psicológico dos casais que sonham em serem pais e construir uma família com filhos.

As técnicas de reprodução humana assistidas utilizam métodos simples e não necessitam de muitos recursos materiais e financeiros para sua realização, porém, a problemática não ocorre na área científica, mas sim na área social e jurídica.

Com o surgimento dos bancos de criopreservação de gametas e embriões, a possibilidade de inseminação artificial *post mortem* tornou-se viável. Entretanto, é um procedimento que traz muitas problemáticas ao direito, em especial Direito das Sucessões que, no caso, seria o direito de sucessão do filho concebido após a morte do genitor. No Direito das Sucessões há uma grande divergência, pois não há regulamentação certa sobre o assunto.

Grande parte da doutrina nega o direito do filho concebido post mortem de suceder os bens do doador do sêmen. O fundamento alegado é o que está disposto no artigo 1.798 do Código Civil Brasileiro, “são legitimados a suceder aqueles já nascidos ou concebidos ao tempo da abertura da sucessão”. E, no caso, como este filho só será concebido após o falecimento do genitor, há a negativa do direito sucessório deste. Assim, para esta corrente, não há que se falar em direito sucessório do filho concebido por inseminação artificial após a morte do pai.

A legislação brasileira não traz uma solução clara e adequada sobre este tema, sendo necessário, então, a análise do ordenamento jurídico como um todo, incluindo, desse modo, o Código Civil Brasileiro e os princípios constitucionais.

Assim, se o diploma civil for interpretado conjuntamente com a Constituição Federal, a possibilidade de concepção artificial após a morte do genitor se torna completamente viável. A observação de princípios constitucionais, como a igualdade plena entre os filhos, a proibição de qualquer forma discriminatória e o melhor

interesse da criança, torna possível a habilitação do filho concebido após a morte se habilitar a sucessão de seu genitor.

A proibição total da utilização de técnicas de reprodução assistida pela viúva não se mostra a melhor solução para o problema, tampouco a liberação irrestrita. O que é necessário é a criação de uma legislação específica que regule a utilização de tais técnicas de reprodução humana assistida, bem como todos os direitos do filho concebido após a morte do doador do sêmen.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado: direito das sucessões**. v. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003.
- BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 jun. 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 jun. 2017.
- CAHALI, José Francisco; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil**. 2003.
- CANOTILHO, J.J. GOMES; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra editora, 1991. p. 41.
- CORREIA, Francisco de Assis. **Alguns desafios atuais na bioética**. São Paulo: Paulus, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 6. Direito das Sucessões, 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERNANDES, Cleander César da Cunha. **Inseminação Artificial e seus Aspectos Jurídicos**. Disponível em: <<http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Artigos&file=display&jid=113>>. Acesso em: 26 jun. 2017.
- FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões**. 2000.
- FERRAZ, Sérgio. **Manipulação biológica e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- GAMA, Guilherme C. N. da. **Direito civil: sucessões**. São Paulo: Atlas, 2006.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro VII: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2006.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Procriações artificiais e o direito: aspectos religiosos, psicológicos e médicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil.** 3. ed. rev., atual e amp. São Paulo: RT, 2004.

LOPES, Joaquim Roberto Costa; FEBRASGO. **Tratado de Ginecologia: 63.** Aspectos Éticos da Inseminação Artificial. Rio de Janeiro: Revinter, 2000.

MICHAELIS: **moderno dicionário da língua portuguesa.** São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998-(Dicionários Michaelis).

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões.** 2003.

NAKAMURA, Milton. **Inseminação artificial humana.** São Paulo: Roca, 1984.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução Assistida: Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório.** São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Fecundação Artificial.** Revista Ajuris nº 52, RS, 1991.

SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização assistida. Questão aberta. Aspectos científicos e legais.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

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

SOEIRO, José Manuel. **Bioética e Direito (a procriação assistida).** Disponível em: <www.informac.gov.mo/aam/portuguese/boletim/2/art2-4.html>. Acesso em: 10 jun. 2017.

VALERIANO, Gabriele Cristine. **Inseminação artificial “post mortem” e seus aspectos segundo o direito sucessório brasileiro.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49786/inseminacao-artificial-post-mortem-e-seus-aspectos-segundo-o-direito-sucessorio-brasileiro>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões.** v.4. São Paulo: Atlas, 2011.

WALD, Arnold. **Reprodução humana assistida: regulamentação jurídica e suas polêmicas.** Disponível em: <<https://arnoldopwald.jusbrasil.com.br/artigos/246730237/reproducao-humana-assistida-regulamentacao-juridica-e-suas-polemicas>>. Acesso em: 01 jul. 2017.