

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

ANA FLÁVIA MORAIS DA SILVA

A SUCESSÃO DOS CONCEBIDOS POR FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA  
POST MORTEM DO AUTOR DA HERANÇA

SOUSA

2013

ANA FLÁVIA MORAIS DA SILVA

A SUCESSÃO DOS CONCEBIDOS POR FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA  
POST MORTEM DO AUTOR DA HERANÇA

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

Orientador(a): Prof. Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior

SOUSA

2013

ANA FLÁVIA MORAIS DA SILVA

A SUCESSÃO DOS CONCEBIDOS POR FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA  
POST MORTEM DO AUTOR DA HERANÇA

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

Orientador(a): Prof. Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior

BANCA EXAMINADORA:

DATA DE APROVAÇÃO: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

---

Orientador: Prof. Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior

---

Examinador Interno

---

Examinador Externo

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por sempre se fazer presente em minha vida, me dando forças para lutar pelos meus objetivos sem nunca desistir. Por sua presença divina no mais íntimo do meu ser, por me dar abrigo na tempestade, por endireitar o que está torto, por criar saídas onde parece não haver escapatória. Obrigada por sua compaixão, graça e bondade.

À minha mãe, Ana, pelo amor infinito, dedicação, carinho e apoio doados. Por ter construído em mim valores que levarei por toda a vida

A meu padrinho, Djacy, pelo exemplo de pessoa e profissional que é para mim. Por se ter feito presente na minha vida como um verdadeiro pai e me mostrar que nunca é tarde para correr atrás dos nossos sonhos.

À minha madrinha, minha segunda mãe, Amanda, pelo exemplo de vida. Por essa dedicação imensa, por ser o meu suporte em todos os momentos de dificuldade.

À Brennda e Bianka, por serem as melhores irmãs do mundo.

A Diogo, Dallison, Thaysinha, Thalyta, Daliana, Danayane, Alanna, Acassio Filho e Yasmin por serem mais do que primos, e sim, verdadeiros irmãos.

A todos os meus familiares, por todo o apoio dedicado.

À Polyanna, Palloma, Lala, Déa, Cássio e Bárbara pela amizade sincera de tantos anos. Por me mostrarem que apesar da distância, sempre que nos encontrarmos a sensação de nunca termos nos afastado sempre estará lá.

À Arielly, por toda amizade, cumplicidade, companheirismo. Por ter emprestado o ombro amigo sempre que precisei. Por ter proporcionado momentos de enorme felicidade que jamais serão esquecidos. Obrigada por ser a amiga de todas as horas, de todos os momentos.

À Monique, por sua sinceridade, doçura e dedicação. Por ser o exemplo de ser humano que quero me tornar. Sempre lembrarei de ti com o coração cheio de felicidade.

À Morgana, pela amizade, carinho, incentivo e paciência nos momentos em que as nossas diferenças insistiam em se fazer presente.

A Edson, Everton, Dário, Valdir, Matheus pela amizade e companheirismo dedicados ao longo desses anos. Vocês tornaram essa jornada um tanto mais agradável.

Ao Professor Admilson Leite de Almeida Júnior, pela orientação, confiança e comprometimento dedicados na realização desse trabalho.

Aos Professores do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da UFCG, pois foram essenciais na minha formação, compartilhando os seus conhecimentos.

A todos vocês o meu mais sincero agradecimento.

“Assim, você já não é mais escravo, mas filho; e, por ser filho, Deus também o tornou herdeiro”.

Gálatas 4:7

## RESUMO

Grandes mudanças têm ocorrido nas últimas décadas em decorrência dos avanços tecnológicos, alterando o cotidiano da vida das pessoas e proporcionando a ocorrência de fatos e atos nunca antes imaginados. Em meio a isso, pode-se perceber que as relações jurídicas mudam, nascem ou se extinguem, interferindo vez por outra no tratamento jurídico que o Direito dava a um determinado fenômeno. Nesse aspecto, pode-se citar o caso da inseminação artificial, em crescente escala como alternativa de fertilização e oportunidade de pessoas realizarem o sonho de serem pais, da mesma forma que também interfere na vida da criança, ainda que minimamente. Diante disso, nasce o questionamento sobre os aspectos sucessórios das pessoas que nascem fruto do processo de inseminação artificial homóloga *post mortem*, o qual carece de uma regulação específica, principalmente no que diz respeito a sucessão legítima desses. Diante disso, o trabalho avalia a atual conjectura do ordenamento jurídico, especialmente os princípios e direitos fundamentais, com fulcro a encontrar alternativas para possíveis litígios ou lacunas que girem em torno de tal fenômeno. Desta forma, parte-se do método de abordagem dedutivo, para caracterizar o tema neste nível jurídico, ou seja, a questão sucessória, utilizando da pesquisa bibliográfica e documental, como técnicas de pesquisas. Para a construção das premissas, e logo, da tese, utiliza-se como métodos procedimentais, o método sistêmico e monográfico, analisando a atuação do sistema jurídico sobre o objeto em estudo e descrevendo os aspectos que levaram ao surgimento de tal situação sociojurídica e apontando os principais fatores atinentes a sua configuração. Nesse passo, expressa a relevância do trabalho para o discurso acadêmico, antevendo a possibilidade destas pessoas tratadas no estudo figurarem nas relações sucessórias e ter todos seus direitos garantidos.

Palavras-chave: Inseminação artificial. Sucessão. Herdeiro.

## ABSTRACT

Big changes have occurred in recent decades as a result of technological advances, changing the daily lives of people and providing the occurrence of facts and acts never before imagined. Through it, one can realize that the legal relations change, are born or become extinct, occasionally interfering in the legal treatment that the law gave to a particular phenomenon. In this respect, one can cite the case of artificial insemination increased scale of fertilization and as an alternative opportunity to realize the dream of people becoming parents, as they also interfere with the child's life even minimally. Thus, the question arises about the inheritance aspects of people born fruit of the process of homologous artificial insemination post mortem, which lacks a specific regulation, particularly with respect to these legitimate succession. Therefore, the study evaluates the current conjecture legal system, especially the fundamental principles and rights, with fulcrum to find alternatives to litigation or potential loopholes that revolve around this phenomenon. Thus, the method is deductive approach to characterize the legal issue at this level, in the other words, the question of succession, using the literature and documents, such as research techniques. For the construction of the premises, and soon, the thesis is used as procedural methods, the method systemic and monographic, analyzing the performance of the legal system on the object under study and describing the aspects that led to the emergence of such a situation and pointing sociolegal the main factors relating its configuration. In this step, expresses the relevance of the work to the academic discourse, foreseeing the possibility of these people treated in the study appearing in the relations of succession and have all their rights guaranteed.

Keywords: Artificial insemination. Succession. Heir.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. Artigo

CC – Código Civil

CF- Constituição Federal

CFM – Conselho Federal de Medicina

DNA – Ácido Desoxirribonucleico

FIV – Fecundação *in vitro*

FIVETE – Fertilização *in vitro* e transferência de embriões

GIFT – Transferência Intratubária de Gametas

IA – Inseminação Artificial

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

p. – Página

RA – Reprodução Assistida

Rel. Relator

Res. – Resolução

STF – Supremo Tribunal Federal

TRA – Técnicas de Reprodução Assistida

ZIFT – Transferência Intratubária de Zigotos

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 A SUCESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E LEGAIS.....</b>	<b>13</b>
2.1 O SISTEMA SUCESSÓRIO NO BRASIL.....	13
2.2 AS ESPÉCIES DE SUCESSÃO .....	17
2.3 A CAPACIDADE SUCESSÓRIA.....	20
<b>3 A FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....</b>	<b>25</b>
3.1 A FILIAÇÃO E SEUS EFEITOS .....	26
3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	30
3.3 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA (TRA).....	32
3.4 OS EFEITOS JURÍDICOS DA FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL NAS RELAÇÕES DE PARENTESCO.....	38
<b>4 A SUCESSÃO DOS CONCEBIDOS POR FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM DO AUTOR DA HERANÇA .....</b>	<b>43</b>
4.1 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM.....	43
4.2 A CONCEPÇÃO E O SURGIMENTO DO SUJEITO DE DIREITOS .....	47
4.3 A ABRANGÊNCIA DOS EFEITOS SUCESSÓRIOS PARA OS CONCEBIDOS APÓS A MORTE DO AUTOR DA HERANÇA .....	53
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>59</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>61</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Ciência interfere muito nas relações sociais, sendo um dos fatores que incidem na dinâmica social e a evolução da humanidade. Neste lapso, sabe-se que há uma crescente preocupação com as transformações trazidas pelas inovações científicas, principalmente quando estas envolvem o ser humano. Em meio a isso, vez por outra, as relações sociais se afiguram de uma nova maneira e exigem do Direito uma resposta adequada para garantir direitos e deveres na órbita de pessoas, bens e outros.

Nos últimos tempos, tem-se levantado algumas observações acerca dos complexos processos de inseminação artificial, método utilizado para a procriação que, em dados casos, dispensam até a presença direta de uma pessoa, haja vista que podem ser utilizados bancos de sêmens ou óvulos depositados em laboratórios. Em outros casos, voluntariamente e de acordo, são entregues os gametas femininos e masculinos para o desenvolvimento de tal processo, gerando a criança como se por processo natural fosse.

Nesse contexto, emerge no diálogo social o fato das pessoas que estão envolvidas em tal relacionamento, transpondo questionamento para o âmbito do Direito quanto aos direitos sucessórios dos indivíduos que nascem pelo processo de inseminação artificial homóloga *post mortem*, principalmente quanto a garantia dos direitos de suceder à legítima do seu genitor.

O problema que surge é justamente a possibilidade do filho, advindo após a morte do seu genitor, vir a ter os seus direitos sucessórios limitados ou até mesmo negados, em face da ausência de legislação específica que regule esse tema. Teria ele legitimidade para suceder? Seria ele um herdeiro legítimo necessário, já que tem sua filiação certa? Ou seria apenas herdeiro testamentário?

Ademais, podem surgir diversos conflitos jurídicos e sociais sobre este tema, envolvendo direitos sucessórios daquele que há de herdar em face de demais herdeiros e da própria herança. Com isso, buscou-se com a presente pesquisa analisar os dispositivos legislativos, bem como a doutrina e, nisto, visualizar a possibilidade de o filho advindo de reprodução assistida homóloga *post mortem* ser herdeiro legítimo necessário. Na mesma medida, coloca-se também o objetivo de identificar os processos e atos que envolvem a reprodução assistida e o modo em que isto repercute no Direito, de maneira a manter a adequação aos ditames principiológicos e normativos, além de apontar a necessidade de uma legislação específica que trate do tema.

Disso se retira que o trabalho será desenvolvido utilizando-se como método de abordagem o método dedutivo, partindo de uma generalidade para uma particularidade, fazendo uma análise geral sobre o direito sucessório, o direito de família e as técnicas de reprodução artificiais para então analisar a aplicabilidade dos dispositivos legais e constitucionais ao tema abordado. Quanto ao procedimento, pode-se observar a utilização do método sistêmico, visto que analisa-se a atuação do sistema jurídico sobre o objeto em estudo. No que se refere às técnicas de pesquisa, o trabalho irá desenvolver-se com base na documentação indireta, especialmente no levantamento bibliográfico e documental, utilizando de vasto material disponível sobre o assunto, bem como das leis que regulam o assunto em comento.

De início, o trabalho apresenta a estrutura jurídica que rege a relação jurídica sucessória no Direito Brasileiro, relatando os principais dispositivos sobre a sucessão, bem como as suas modalidades legais. Na mesma esteira, traça os aspectos fundamentais que estão regulando a capacidade dos sujeitos para figurarem na sucessão após a morte do instituidor da herança, seja ela legítima ou testamentária.

Adiante, há uma especial atenção para os traços elementares sobre a filiação no contexto atual, partindo de traços pertinentes ao desenvolvimento histórico e os laços gerados de tal situação jurídica entre as pessoas, perante as tratativas familiares geradas cotidianamente. Traz para a discussão os princípios norteadores do direito de família, tais como o do planejamento familiar, da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos. Especifica as principais técnicas de reprodução assistida, dando maior enfoque para o tipo homólogo, que ocorre no interior do corpo da mulher, utilizando-se dos gametas do próprio casal.

A partir disso, verificam-se os efeitos gerados desde a filiação e de que modo se entrelaça com os ditames do Direito Sucessório, especificamente em relação aos herdeiros. Fazendo uma análise pormenorizada da inseminação artificial homóloga *post mortem*, atentando para o fato de não haver legislação específica que a regule.

Enfim, juntando as arguições e fundamentos apresentados no estudo, impõe-se a exposição da possibilidade de ocorrer a proteção da sucessão das pessoas concebidas, pela técnica de fecundação artificial homóloga *post mortem* do *de cujus* instituidor da herança. Nesse passo, expressam as circunstâncias de personalidade atinentes às pessoas nascidas por este processo e as circunstâncias que as envolvem quando se fala da sucessão.

Dessa forma, o estudo que se procedeu a partir da pesquisa científica em apreço, justifica-se por seu caráter jurídico relevante, tendo em vista que o direito deve acompanhar

da forma mais plena possível as transformações sociais, de maneira que se garanta os direitos fundamentais de todos aqueles que se submetem a tal fenômeno. Por seu caráter social, haja vista que envolve diretamente o ser humano. Bem como, por sua relevante contribuição para o meio acadêmico, pois possibilitará acesso a um conhecimento mais esclarecedor sobre o tema.

## **2 A SUCESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E LEGAIS**

O contato humano na busca de relacionamentos e a integração dos anseios e necessidades estão submetidos a uma constante dinamização das relações, que sob a égide do Direito, encontra respaldo e fundamento para a regularidade e aceitação das mesmas perante a coletividade.

Em meio a esta dinâmica social, emerge no contexto do convívio e, logo, repercute no âmbito da juridicidade, diversos fenômenos que inovam (ou se renovam) na intrincada rede de relacionamentos, atingindo direitos e deveres que deverão ser devidamente adequado às normas existentes, ou ainda impulsionarem o jurista a integrar o ordenamento a estes fatos. Vez por outra, tais fenômenos se depreendem em bens jurídicos bastante relevantes para a pessoa humana, senão dizer que é este o palco das discussões em algumas querelas levantadas.

Observando os sistemas jurídicos atuais, consolidados em termos de aceitabilidade e efetivação de suas normas, ainda emergem diversas demandas que balançam os ditames pretendidos por seu sistema. É dessa maneira que torna relevante a análise do Direito das Sucessões, com especial atenção ao caso da sucessão perante o eminente contexto da fertilização artificial.

Antes de adentrar ao tema, cabe levantar a premissa dos dispositivos legais acerca da sucessão no Brasil, delimitando o debate às modalidades da sucessão e os aspectos determinantes que caracterizam a capacidade sucessória. Nesse passo, percebe-se a contingência e reflexos do problema dentro do Direito das Sucessões.

### **2.1 O SISTEMA SUCESSÓRIO NO BRASIL**

O resultado e a realidade do Direito em suas diversas formas de manifestação, por meio de institutos e variações normativas componentes dos fatores sociais, são frutos de transformações e incidências sociais que aconteceram no decorrer dos séculos.

Bem se entende que o Direito somente poderá ser totalmente compreendido atrelado à essência de seu campo, o qual detém em seu atributo, especialmente, aspectos da unicidade e harmonia das normas jurídicas. Este pressuposto do Direito ajuda a entender a completude do mesmo, ao dizer que neste complexo ordenamento não existe lacunas, ainda que se identifique em alguma modalidade de norma jurídica, como a legal.

Entretanto, enciclopedicamente, o Direito está sistematizado em grupos coesos que facilitam o estudo do jurista e, senão dizer, a identificação e aplicação da norma a um caso concreto, mediante um filtro por estes sistemas jurídicos. Cada sistema jurídico está organizado através de um conjunto de normas que detém princípios e características normativas comuns, da mesma forma que estes o diferenciam dos demais sistemas existentes no ordenamento jurídico.

Ora preponderam relações com conteúdo eminentemente privado, ora se percebe uma proeminência de normas com maior coerência de teor público. Mas o que determina realmente a formação destes sistemas normativos, também denominados de ramos do Direito, é o grupo de leis que a regulam, levando, inclusive, que sistemas se subdividam em subsistemas, que são considerados sistemas em si mesmos.

Diante disso, com esta ótica pragmática do fator Direito, pode-se visualizar a contextualização de normas e a repercussão na sociedade, desenvolvendo a avaliação no âmbito do Direito Civil, considerado por De Plácido e Silva (2006, p. 464), como o sistema do Direito que reúne:

O conjunto de leis que têm por finalidade regular os interesses dos cidadãos entre si ou entre eles e as entidades coletivas, concernentes à sua capacidade, à sua família, a seu Estado, a seus bens e às suas convenções, considerados, no entanto, como direitos e obrigações de ordem civil.

Nesse diapasão, conceitua-se por sistema jurídico a reunião de normas jurídicas que se destinam a regular certas atividades e condutas que possuem um centro social e jurídico comum. Partindo dessa definição, é possível considerar que o Direito Civil está fomentado no plano das relações privadas, sem deixar de manter o diálogo com outras normas de caráter público, como o Direito Constitucional e Penal. O sistema civil tem como principal norma legal a Lei nº. 10.406, de 2002, que institui o Código Civil brasileiro (CC), o qual aborda desde sujeitos de direitos – pessoa física e entidades jurídicas – quanto de bens jurídicos de importante valor individual e social, a exemplo da propriedade e dos direitos personalíssimos de um indivíduo.

Na própria estrutura determinada pelo Código Civil, é perceptível a organização de subsistemas já reconhecidos na jurisprudência e na doutrina, dentre eles, destaca-se o Direito das Sucessões, localizado no Livro V, nos artigos 1784 a 2027, do CC. Ressalta-se que a regulação sobre a sucessão no Brasil não se esgota no Código Civil, já que dentro do próprio sistema sucessório se percebe a existência de outras leis, tal como disposições normativas em outros sistemas.

O Direito das Sucessões aduz, como se depreende da mesma nomenclatura utilizada, sobre a substituição do direito de um titular, traçando os procedimentos necessários para a transferência em substituição da herança do *de cujus* aos seus respectivos herdeiros. Este fenômeno jurídico da sucessão cuida da substituição de um sujeito por outrem, dentro de uma linha determinada pelo parentesco ou vontade, resguardando os aspectos de determinação legal.

O referido campo jurídico regulatório parte também de uma relação sócio e jurídico ímpar diante das demais situações existentes no meio coletivo, em vista de confluir aspectos derivado do Direito de Família, Direito das Obrigações e Direito das Coisas. São os caracteres desta relação jurídica, no passo da definição de seus sujeitos e objetos, que fornecem os fundamentos para o Direito das Sucessões, quanto a isso, Rodrigues (2002, p.5) aduz:

A possibilidade de transmitir bens causa mortis constitui um corolário do direito de propriedade; caso contrário, a propriedade ficaria despida de um dos seus característicos, ou seja, a perpetuidade. Além disso, a admissão do direito sucessório constitui incentivo à poupança, pois, almejando assegurar o bem-estar de seus sucessores, o homem busca aumentar seus haveres.

Pelas lições acima expostas, constata-se que por esta substituição dos sujeitos no polo da situação real/obrigacional, favorece a continuidade e estabilidade das relações e a perpetuidade da propriedade. Para realçar o aspecto categórico deste sistema jurídico, ainda há o respaldo dos vínculos sucessórios no plano do parentesco, com proteção aos interesses desde os descendentes até os colaterais.

A partir desde pressuposto fático das relações intersubjetivas envolvendo a herança, as normas direcionadas a regular esse tema se amoldam em uma natureza toda especial, ao ponto de ganhar classificação de normas de ordem pública. Desta maneira, há um maior grau de segurança jurídica e exigibilidade das normas sobre sucessão, a exemplo, considerando a sucessão aberta como bem imóvel por determinação legal.

Com isso, ocorre a delimitação da sucessão em sentido estrito, a qual está referida no espaço legal do Código Civil, inclusive, a “terminologia Direito das Sucessões, portanto, para

os juristas, tem alcance certo e não se confunde com as sucessões operadas em vida, pelos titulares dos direitos, normalmente disciplinadas pelo direito das obrigações, embora não seja privilégio único deste compartimento do direito” (VENOSA, 2010, p. 2). Ou seja, percebe que este sistema jurídico se especifica ao mesmo tempo que se conecta com os outros sistemas, relacionando-se pelas disposições legais, valores e fatos estruturantes.

A relação com a Constituição Federal (CF/88) envolve duas vertentes em face do sistema sucessório jurídico brasileiro. A primeira delas está em ligação com a constitucionalidade das normas infralegais, ou seja, por se alocar no ápice do ordenamento jurídico pátrio, a natureza deontológica da Constituição Federal exige que as demais normas estejam em conformidade com as determinações que naquela se encontram.

Logo de início, fala-se do Direito Civil Constitucional, pensamento e posicionamento que leva à adequação das normas civilistas à Constituição de maneira a legitimar aquelas perante a normatividade jurídica e os ditames sociais, haja vista a força normativa da CF. De forma específica, o Direito das Sucessões segue este mesmo raciocínio que, aliás, decorre dessa afinidade a conveniência da sistematização de suas normas para o equilíbrio das relações sucessórias entre instituidor, herdeiros, Estado e sociedade.

Por outro lado, verifica-se a existência de outro aspecto constitucional com o Direito Sucessório, que é algumas ponderações acerca da sucessão e da herança que é tratada no texto da Carta Maior. O art. 5º, inciso XXX, da CF, trata, como matéria atinente aos direitos fundamentais individuais, a proteção ao direito de herança e, adiante, resguarda disposição na hipótese de aplicação da lei quando bens estrangeiros tiverem sendo transferidos a herdeiros filho ou cônjuge do instituidor.

Para não passar despercebido neste estudo, convém descrever a definição jurídica de herança, que segundo Guimarães (2008, p. 341), como sendo o “patrimônio passivo e ativo ou a totalidade dos bens deixados pelo *de cujus*, assim como direitos e obrigações, que se transmitem aos seus sucessores”. Processa essa transferência desde o momento da morte do instituidor, quando se considera aberta a sucessão, através do princípio da *saisine*, quando começará a gerar os efeitos pertinentes ao processo sucessório.

Outra situação atinente aos ditames constitucionais que teve grande repercussão é com relação ao art. 227, §6º, da CF/88, que derruba qualquer tipo de distinção legal ou social entre filhos adotivos e filhos nascidos do casal. A pertinência judicial envolveu aspectos da vigência da lei que regula a sucessão, onde a discussão e decisão teve posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal (1997), que teve como relator o ministro Ilmar Galvão, ao mencionar que:

A sucessão regula-se por lei vigente à data de sua abertura, não se aplicando a sucessões verificadas antes do seu advento a norma do art. 227, § 6º, da Carta de 1988, que eliminou a distinção, até então estabelecida pelo Código Civil (art. 1.605 e § 2º), entre filhos legítimos e filhos adotivos, para esse efeito. Discriminação que, de resto, se assentava em situações desiguais, não afetando, portanto, o princípio da isonomia.

Assim, vê-se que a incidência do Direito das Sucessões ganha liame com a Constituição no plano direto, quando há regulação direta por este diploma maior, e ainda quando algumas discussões se levantam e requerem resposta pela normatividade constitucional.

Os aspectos genéricos da sucessão estão prelecionados nos arts. 1784 a 1797, do CC, contendo relevo sobre procedimentos, herança e a administração dos bens. O maior destaque fica por parte do art. 1786, do CC, que diz “a sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido”. Isto ocorre, pois, a alusão do referido artigo deixa clara as modalidades de sucessão existente no Brasil, o qual será tratado mais a frente.

Os termos normativos acerca da sucessão não se esgotam no Código Civil, como dito, mas envereda disposições na Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro, no Código de Processo Civil, e em leis ordinárias afins, como a Lei nº. 8.971/94, que dispõe sobre direitos dos companheiros. Enfim, por tudo e mais do exposto, forma-se o sistema legal acerca da sucessão que, aliada aos termos sumulares e jurisprudenciais, consubstanciam o corpo fundamental do sistema jurídico sucessório brasileiro.

Nesse percalço, continuará a descrição com uma análise legal de alguns aspectos do Direito Sucessório, especificamente referente às espécies e à capacidade para suceder, de maneira a orientar a abertura para o foco principal deste estudo.

## 2.2 AS ESPÉCIES DE SUCESSÃO

A compreensão de cada instituto jurídico somente se torna cabível por meio do conteúdo decorrente de sua classificação, que pode ser dada pela lei ou doutrina, e pela sua particularidade que a localiza como tal, da qual deflui o papel destes dentro do ordenamento jurídico.

Muitas vezes, a compreensão acerca das modalidades se torna tão relevante quanto a definição em relação a alguns institutos jurídicos, e ainda vai além, no momento em que a lei fornece maior destaque às espécies de um instituto. Saber de tal fator significa conhecer motivos, fundamentos e consequências de um instrumento ou disposição na realidade,

tornando o tema pragmático e conhecido da coletividade, apesar da tecnicidade essencial ao Direito.

Conforme se depreende da exposição do art. 1.786, do CC, acima mencionado, tem-se, conforme Queiroga (2005, p. 6), que:

O Código Civil Brasileiro optou pelo sistema de dualidade de sucessões. Assim, no Brasil, se alguém morre sem deixar testamento válido, ou, se deixou testamento, este veio a caducar, a sucessão será legítima, sendo deferida, por determinação legal, a certas pessoas chamadas herdeiros legítimos. Havendo testamento, a sucessão será testamentária, sendo então chamados a suceder os herdeiros nomeados no ato de última vontade.

O diploma legal organiza todo processo da sucessão basicamente resumido a estes dois paradigmas, não obstante as ramificações de um ou de outro, mas o ponto de partida está concentrado na sucessão legítima e na sucessão testamentária. Em um determinado fato, o operador do Direito pode se deparar com apenas uma das situações sucessórias, ou se confrontar com a coexistência de ambos, deixando o Código Civil a determinação de normas convenientes para a harmonia destas modalidades e a garantia aos herdeiros necessários e credores.

Nos arts. 1.829 e ss., o legislador achou por bem expor sobre a ordem da sucessão legítima, não abandonando as considerações gerais expostas em momento anterior, a qual está aliada diretamente aos herdeiros necessários e a ordem da vocação hereditária. Aqui, realça a força da lei para proteção da porção hereditária dos ascendentes, descendentes, cônjuge e companheiro, diante de normas interpretativas que podem modular a própria vontade do *de cuius*.

Enquanto isso, a partir dos arts. 1.857 e seguintes, do CC, há abordagem jurídica da sucessão testamentária em questão ao relacionamento desta com a expressão da vontade do testador. Dada a reserva à parcela da herança indicada aos herdeiros necessários (art. 1857, §1º, do CC), caso estes existam, poderá o testador dispor livremente de seus bens, vigiando a lei para as formas e modo que isto acontece, bem como aos efeitos geradores.

Bem se vê que cada uma das modalidades está cercada de circunstâncias peculiares que os definem, em harmonia graças ao teor das normas legais e a atividade dispendida para que no caso concreto haja obediência aos ditames legais e dos princípios. Todavia, como atentamente avulta Diniz (2010, p.15) em análise à cultura jurídica e ditames legais no Brasil, pode-se assegurar que:

Predomina, na tradição do nosso direito das sucessões, a sucessão legítima, em razão da marcante influência do elemento familiar na formação desse ramo do direito entre nós. A sucessão legítima é a regra, e a testamentária, a exceção. Nosso Código Civil instituiu, a par da sucessão legítima, a testamentária; assim, o elemento familiar, definido pelo parentesco, e o elemento individual, caracterizado pela liberdade de testar, são os dois fulcros em que se baseiam as normas de sucessão.

A sucessão legítima, ou *ab intestado*, tem proeminência social devido a envolver uma ordem de vocação que remete à obediência do grau de parentesco, ou seja, chama para figurar como herdeiros aquelas pessoas que possuem forte vínculo de afinidade, ou de sangue com o extinto. Na defesa da entidade familiar, ofereceu a esta modalidade de sucessão um respaldo todo especial, levando sempre a existência dela em casos de abertura de sucessão, desde que seus agentes (herdeiros necessários) vivam e sejam capazes para suceder.

Porém, o Direito das Sucessões prevê a possibilidade de disposição patrimonial ainda em vida para *post mortem*, assim, abriga a liberdade de testar manifestada de maneira desimpedida pelo seu instituidor, seja a título singular (legado), seja a título universal (herdeiro testamentário). A sucessão testamentária é corolário deste fundamento da liberdade de testar e expresso por meio de instrumentos do testamento ou codicilo. Em consonância ao tema da sucessão testamentária, apregoa Venosa (2010, p. 117), em contribuição, que:

O testador estatui herdeiros testamentários, ao lhes atribuir uma porção fracionária ou percentual da herança, ou legatários, ao lhes atribuir bens certos e determinados do patrimônio. O herdeiro é sucessor universal, quer provenha da ordem legal, quer provenha da vontade do testador. O legatário é sucessor singular, e só virá a existir por meio do testamento.

Quando há esta cessão patrimonial testamentária, tal ato unilateral e solene deve obedecer aos requisitos legais para ter seus devidos efeitos ao tempo oportuno, pois caso contemple pessoa outra que não esteja na ordem dos herdeiros necessários, acarretará a retirada de curso do bem de toda uma família. Toda pessoa capaz, livre e sem coação, pode testar, inclusive os maiores de 16 anos de idade, desde que todos tenham pleno discernimento (art. 1.857 c/c art. 1.860, ambos do CC).

A lei civil considera a sucessão testamentária através de formas ordinárias e especiais, levando em conta a excepcionalidade da situação ou a condição pessoal do testador, de modo a reafirmar a solenidade e eficácia máxima das cláusulas contida no testamento.

Paralela a esta classificação acerca das sucessões, vale ressaltar outra ótica de agrupamento ligada à noção da herança e herdeiros, que é a sucessão a título universal e a sucessão a título singular. A primeira, não há determinação acerca do *quantum* ou objeto deixado ao herdeiro e, nesse aspecto, se menciona os casos dos herdeiros legítimos e o

testamentário estrito senso. Consideradas em um conjunto uniforme e substancial, pode-se mencionar que através desta o sujeito também responde, no limite da força da herança, por todas as dívidas.

Na outra vertente colocada, há o herdeiro a título singular, que faz remissão ao legatário, sujeito que participa da sucessão testamentária e assim se define, pois tem a indicação daquilo em que participa da sucessão, um bem especificado. Com relação à responsabilidade pelas dívidas provenientes no arcabouço do testador, o herdeiro a título singular, em regra, não o onera. Camargo (2008) diz que:

Quanto ao objeto a sucessão legítima ocorre sempre a título universal, sendo sucessor, obrigatoriamente, o herdeiro indicado por lei. Já a sucessão testamentária pode se dar a título universal ou a título singular, sendo sucessor, no primeiro caso, herdeiro testamentário e, no segundo, legatário.

Inexistem na sucessão legítima herdeiros a título singular, por incompatibilidade das normas constantes naquela modalidade de sucessão. No entanto, de uma ou de outra forma, até que haja a transferência dos legados e a determinação da quota parte de cada um, após o término do inventário, toda a herança é declarada como uma universalidade de direito indivisível.

Pois bem, aparta-se um estudo esmiuçado das modalidades em comento, a sobressair a identificação pelo instrumento e a vontade do falecido em relação aos herdeiros, sabendo de cada uma delas, de forma respectiva, pela lei ou testamento, e pela imperatividade da norma legal ou a liberdade do testador.

Como relatado, cada uma destas modalidades se compõem de fatores jurídicos diferentes e, logo, geram efeitos que recaem na forma procedimental e, também, quanto aos sujeitos de direito envolvidos na substituição operada pela sucessão. Adiante se verá algumas das semelhanças e distinções existentes, relacionados aos herdeiros, concentrando o trato no que tange à capacidade jurídica.

### 2.3 A CAPACIDADE SUCESSÓRIA

Antes de discorrer sobre a capacidade sucessória face às disposições contidas no ordenamento jurídico sobre o procedimento sucessório, cabe ver os fundamentos que ensejam

a definição deste instituto e a percepção do mesmo no meio social. Toda pessoa reúne em si uma personalidade jurídica, única e essencial para a sobrevivência no mundo jurídico e social, que a coloca dentro das relações numa situação jurídica determinada. Na personalidade, pode o sujeito deter no seu arcabouço jurídico um complexo de direitos e deveres, que se movimentam em uma sintonia em si e com as outras pessoas.

Esta possibilidade em potencial que surge com a personalidade, torna o indivíduo apto a firmar as relações para suprir as necessidades e conseguir alcançar seus interesses. Com esta aptidão se compreende a noção de capacidade jurídica, pois por meio dela são garantidos os direitos das pessoas e o seu exercício efetivo, ao ponto de o Código Civil dispor de maneira genérica em seu art. 1º que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

A capacidade jurídica é então corolário da personalidade dada pelo Direito ao indivíduo, e assim pode ser dividida conquanto a existência de uma capacidade de direito e uma capacidade de fato. Aquela toda pessoa possui somente por ser considerado ser humano, indistintamente da condição física, espiritual ou mental que este ocupe no meio; enquanto que a capacidade de fato induz ao exercício do direito por seu titular, e nem todos a possuem.

Por isso, a certas circunstâncias, a lei decide expressamente sobre as causas da incapacidade, indicando em dois patamares, relativas e absolutas, alusivas respectivamente nos arts. 4º e 3º, do CC. Exigem para tanto estas pessoas consideradas incapazes, para exercer seus direitos e cumprir seus deveres, que sejam representadas ou assistidas, seja em que polo venha a figurar, no ativo ou passivo.

Em outros momentos, a norma legal elenca novas circunstâncias para que possa agir em alguns atos, os quais requerem condições específicas para que os atos sejam válidos. Essa capacidade a mais é denominada de legitimidade, o que implica dizer que nem todo capaz é legítimo para agir ou ser acionado em conformidade com a lei.

A partir disso, parte-se para a análise da capacidade exigida para a sucessão, ou melhor, dizendo a legitimidade do indivíduo para figurar nesta relação. A capacidade dos possíveis herdeiros começa a ser desenhada e exigida desde as normas contidas no Decreto-Lei nº. 4.657/1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB).

No art. 10, §2º, da LINDB, aduz-se que é “a lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder”, constando esta determinação para o caso de vir acontecer o conflito de normas internas e estrangeiras.

Portanto, mais uma vez é o domicílio da pessoa, que receberá a herança, que indicará a lei a ser aplicada apenas quanto à capacidade; para o procedimento da sucessão, há outra regra, no *caput* e §1º do referido artigo.

Não se deve confundir a capacidade de suceder com a situação jurídica de herdeiro definida em lei. Para explicar tal distinção, o Superior Tribunal de Justiça (1997) mencionou com maestria, por meio do rel. Ministro César Asfor Rocha que:

Capacidade para suceder não se confunde com qualidade de herdeiro. Esta tem a ver com a ordem da vocação hereditária que consiste no fato de pertencer à pessoa que se apresenta como herdeiro a uma das categorias que, de um modo geral, são chamadas pela lei a sucessão, por isso haverá de ser aferida pela mesma lei competente para reger a sucessão do morto que, no Brasil, "obedece a lei do país em que era domiciliado o defunto." (art. 10, caput, da LICC). Resolvida a questão prejudicial de que determinada pessoa, segundo o domicílio que tinha o *de cuius*, e herdeira, cabe examinar se a pessoa indicada é capaz ou incapaz para receber a herança, solução que é fornecida pela lei do domicílio do herdeiro (art. 10, par. 2., da LICC) – (BRASIL, 1997).

Ou seja, por meio da vocação hereditária apresentada em lei é que se permitirá avaliar se esta ou aquela pessoa possui o status de herdeiro e, posteriormente, averigua-se a capacidade para figurar na linha sucessória pela lei de domicílio do herdeiro indicado, nos moldes da LINDB.

Em contrapartida, no âmbito interno e referente à vigência da lei, determina-se que a lei que regulará a sucessão deve ser aquela vigente ao tempo da abertura da sucessão, tanto para a legítima quanto para a testamentária.

Já no bojo do Código Civil, há o tratamento para indicar a capacidade necessária para poder figurar na sucessão para receber o monte, da mesma forma que também especifica a capacidade para testar, quando o instituidor ainda está em vida. No sentido proporcionado pelas lições de Diniz (2010, p. 45), tem-se que “a legitimação ou capacidade para suceder diz respeito à qualidade para herdar do sucessível, não disciplinando as condições de que depende a situação de herdeiro relativamente à herança do *de cuius*, tampouco à extensão dos direitos sucessórios”.

Intui-se que há na doutrina tanto a nomenclatura de capacidade quanto de legitimidade de suceder, sendo que para poder herdar em uma das três condições possíveis: por direito próprio, por representação e por direito de transmissão. Mas repita-se que na própria capacidade de suceder já esboça uma condição especial para a pessoa figurar como herdeiro e, logo, define-se por legitimação para o ato. De acordo com Dias (2011, p. 118), pode-se afirmar que:

Apesar do uso indistinto destas duas expressões, não dá para confundir capacidade e legitimidade. A falta de capacidade decorre da proibição imposta pela lei para determinada pessoa intervir em qualquer relação jurídica, enquanto a ausência de legitimidade se caracteriza pela inaptidão para a prática de determinado ato ou

negócio jurídico, devido à condição que lhe é peculiar. Assim, o autor da herança precisa ter capacidade ativa para testar. Já os beneficiários, quer na sucessão legítima, quer na testamentária, precisam ter legitimidade passiva para herdar.

E ainda neste caminho torna conveniente destacar de forma sucinta a capacidade de testar, dada de maneira ativa aquele que irá dispor de seus bens, destacado no último trecho da citação acima. Tal proposição se encontra prevista no art. 1.860, do CC, que menciona quem não são capazes de fazer testamento, assegurando a validade caso venha a ocorrer incapacidade superveniente do testador.

No dilema da sucessão, sabe-se que “tanto as pessoas naturais como as jurídicas, de direito público ou privado, podem ser beneficiadas. Só as pessoas vivas ou já concebidas ao tempo da abertura da sucessão podem ser herdeiras ou legatárias” (GONÇALVES; 2012, p. 69). Teve personalidade jurídica, é um sujeito em potencial para receber herança deixada, analisando *a posteriori* a capacidade exigida por lei para tanto, sendo tal proposição também exposta no Código Civil, em seu art. 1.798.

Para poder herdar por direito próprio, por exemplo, exige-se logicamente que o sucessor esteja vivo no momento da abertura da sucessão, pois se assim não ocorrer, estará afrontando as relações sociais quanto ao direito adquirido. Nesse aspecto, destaca o princípio da coexistência, o qual resume a ideia de que apenas em vida alguém poderá herdar de outrem, caso contrário, aparecerá outra circunstância para suceder, como o direito de representação (art. 1.851, CC).

Noutro contexto, há o entendimento jurídico uniforme de que se deve proteger também o direito aos que ainda não nasceram, mas concebidos estavam ao tempo da abertura da sucessão. Para esta situação do nascituro, a proteção está atrelada a uma condição suspensiva, que somente validará com o nascimento com vida deste, devendo-se atentar, inclusive, para os questionamentos que envolvem a concepção, seja natural ou artificial/assistida. Em conformidade com esta situação, assevera Leite (2010) que:

Portanto, não se transmite a herança para pessoa que não existe, ou já falecida, ou ficticiamente criada e imaginada. A capacidade sucessória é, portanto, a aptidão para ser herdeiro, a condição pessoal para se revestir da qualidade de herdeiro, ou seja, para receber a herança, a condição para ser titular do direito hereditário invocado.

Até então exposto, as indicações exegéticas acerca da capacidade para suceder fora vista na ótica geral para o direito das sucessões, sendo perceptível que como pressuposto a esta capacidade para suceder, deverá haver a capacidade civil apregoada na parte geral do CC., as quais geralmente coincidem. Quanto à sucessão testamentária, ocorrem algumas

peculiaridades que direcionam garantias à liberdade de testar e, algumas vezes, para até abranger os casos de capacidade para figurar na sucessão.

Um exemplo é a possibilidade de filhos ainda não concebidos ao tempo da abertura da sucessão, de certos indivíduos indicados pelo testador no instrumento de direito, na condição de que estes últimos (geradores) estejam vivos no momento da sucessão (art. 1.799, I, do CC). Todavia, a própria norma jurídica do diploma civil põe uma ressalva temporal, definindo que tal condição venha a ser efetivada, ao menos com a concepção, no prazo máximo de dois anos a contar da abertura da sucessão.

Então, pode citar que a lei, ao estabelecer quem tenha a capacidade está, ao mesmo tempo, determinando aqueles que são ilegítimos, mesmo que de maneira tácita. Em outros locais, a lei é expressa a tornar algumas pessoas, devido à função ou condição que detém, como incapazes para suceder, como é o caso do art. 1.801, do CC, que menciona “não podem ser nomeados herdeiros nem legatários”, e começa a elencar as hipóteses que, se acontecerem no testamento, serão consideradas cláusulas nulas. Esta capacidade testamentária também se denomina de facção testamentária passiva.

Quanto à capacidade eventual e a situação dos embriões excedentários ou decorrentes de inseminação artificial, não há regulamentação específica, já que a complexidade deriva das peculiaridades das relações e o grau deontológico dos princípios e do Direito de Família. Diante disso, pelos traços gerais expostos, caminha-se para um entendimento capaz de adequar o caso ao sistema jurídico atual do Direito das Sucessões, ou mesmo pela impossibilidade contida no contexto hereditário.

### **3 A FILIAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

O instituto da filiação era repleto de restrições, que vieram a cair com o advento da Constituição de 1988 e do atual Código Civil brasileiro. A legislação anterior fazia a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, a estes últimos não se reservava nenhum direito, nem mesmo o reconhecimento da paternidade. Essa situação era o reflexo da sociedade preconceituosa da época, que desejando punir àqueles que cometeram o adultério ou o incesto acabavam por prejudicar não os agentes de tais atos, mas a criança que nada teve a ver com isso. Tais dispositivos eram no mínimo injustos. Aduz Monteiro e Silva (2010, p. 425) que:

Não se pode carrear aos filhos as consequências de atos praticados pelos genitores. Por isso seus direitos devem ser iguais, sejam casados ou não os genitores. Nenhuma qualificação discriminatória deve atribuir-lhes a pecha de ilegitimidade, classificando-os como espúrios, como incestuosos ou adúlteros.

Ao passo que a sociedade evolui, o direito também o faz e aos poucos puderam ser visualizadas algumas alterações. A princípio, a legislação abriu uma brecha para que os filhos tidos fora do casamento pudessem ser reconhecidos depois do desquite dos cônjuges. Depois foi possível que qualquer dos cônjuges reconhecesse o filho ilegítimo por meio de testamento cerrado. Tais transformações prepararam o terreno para que nascesse o principal dispositivo que rege a relação entre pais e filhos.

A principal modificação ficou por parte da exclusão de qualquer denominação que trate desigualmente os filhos, sejam eles nascidos na constância do casamento/união estável ou fora dele (a), sejam eles adotivos, conforme o disposto no art. 227, §6º, da CRFB/88. Tal dispositivo é de tamanha importância que foi repetido no art. 1.596, do Código Civil, com o intuito de reforçar a absoluta igualdade entre os filhos. Alicerçado nas inovações biotecnológicas, tratou de reconhecer os filhos nascidos através das denominadas técnicas de reprodução assistida.

Neste capítulo, analisar-se-á o instituto da filiação no Código Civil e seus efeitos, bem como se fará importante a apreciação das técnicas de reprodução assistida (TRA) para melhor entender o problema central que este trabalho almeja resolver. Conceituar-se-á reprodução assistida e será feito o estudo as principais técnicas existentes dando destaque para o tipo

homólogo, a qual é interesse do presente estudo, buscando visualizar os seus efeitos nas relações de parentesco.

### 3.1 A FILIAÇÃO E SEUS EFEITOS

Para Gonçalves (2011, p. 318), “filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram ou a receberam como se a tivessem gerado”. É, portanto, nessa acepção, considerada a principal e mais importante relação de parentesco.

A legislação anterior considerava filho natural aquele tido por meio da relação sexual entre o homem e a mulher casados, gerando o vínculo biológico. Reconhecia também o filho adotivo, aquele baseado no vínculo socioafetivo. Não havia igualdade de direitos entre estes, pois somente os filhos naturais, tidos na constância do casamento eram contemplados.

Essa visão discriminatória que se tinha, com relação aos filhos nascidos fora do casamento e os adotivos, era baseado no conceito de que o pai era o marido da mulher. Neste diapasão, os que nasciam de relações que não o casamento não poderiam ser reconhecidos. A referida presunção já se encontrava anunciada no brocardo romano *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*. Dias (2011, p.361) nesse contexto, preleciona que “os filhos de pais casados têm, e de pleno direito, estabelecidas a paternidade e a maternidade”.

Embora o conceito de filiação legítima e ilegítima já tenha sido há muito ultrapassado, o atual diploma civil ainda trata separadamente dos filhos nascidos na constância do casamento/união estável, no capítulo Da Filiação (arts. 1.597 a 1.606, do CC) e dos filhos havidos fora dele no capítulo Do Reconhecimento dos Filhos (arts. 1.607 a 1.619, do CC).

Neste aspecto, o art. 1597 do Código Civil elenca em seus incisos os presumidamente concebidos na constância do casamento.

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

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

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

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

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

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

Os prazos estabelecidos nos dois primeiros incisos do artigo supracitado, segundo Gonçalves (2011, p. 321) “baseiam-se [...] nos períodos mínimo e máximo de gestação viável”. Contudo, hoje em dia, há exames clínicos capazes de dizer com total certeza quando se deu a concepção. Esse fato é importante, tendo em vista, por exemplo, o caso de uma viúva que contrai novas núpcias antes do prazo do inciso dois do aludido dispositivo e engravida no prazo do inciso primeiro. O diploma civil não traz solução para o referido caso e é aí que entra a ciência como solução desse conflito, através do exame de DNA, por exemplo. Nesse sentido, tem se, conforme leciona Dias (2011, p.358) que:

De forma quase paradoxal, a possibilidade de identificação da verdade genética alcançou altíssimos índices de certeza por meio do DNA, o que desencadeou uma corrida na busca da verdade real, em substituição a verdade jurídica, definida, muitas vezes, por presunções legais.

Porém, é fato que essa relação pai/mãe e filho caminha para o que se chama de filiação socioafetiva, que é aquela baseada exclusivamente no vínculo afetivo não levando em consideração o vínculo biológico. Pai é aquele que cria, e foi através desse cenário que passou a ser reconhecida a filiação homoparental e monoparental.

Dessa forma, Dias (Idem) expõe:

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

Os demais incisos do referido dispositivo tratam de hipóteses relativas à reprodução assistida. Dias (2011, p.357) aduz que “[...] o desenvolvimento de modernas técnicas de reprodução permite que a concepção não mais decorra exclusivamente do contato sexual. Deste modo, a origem genética deixou de ser determinante para a definição do vínculo de filiação”.

Assim, quando, por alguma razão, o casal encontra-se impossibilitado de conceber um filho a ciência se encarrega de auxiliá-los para que tenham o seu desejo realizado. Isso ocorre por meio das diversas técnicas de reprodução medicamente assistidas hoje existentes.

O inciso III, do artigo acima transcrito refere-se à reprodução homóloga. Tal técnica, que será mais bem pormenorizada à frente, consiste na manipulação dos gametas femininos e masculinos do próprio casal. Nesse ponto, o Código Civil completa dizendo em seu art. 1.597, III, “ainda que falecido o marido”, dessa forma tem-se a possibilidade da denominada inseminação post mortem, que é feita com o sêmen criopreservado do marido. Importante salientar que foram feitas algumas observações quanto à interpretação desse dispositivo, no sentido de que “[...] a mulher ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita para que se utilize seu material genético após a sua morte” (GONÇALVES, 2011, p.324).

Com a paternidade presumida, o filho teria todos os direitos inerentes à sua qualidade. A questão que nasce é em relação aos direitos sucessórios dessa prole nascida post mortem do seu genitor, problema esse que será discutido posteriormente.

A fertilização por meio de embriões excedentários ocorre quando se une o sêmen do marido ao óvulo da mulher externamente ao seu corpo, no que se denomina fertilização in vitro. Só se admitindo a espécie homóloga, sendo vedada a utilização de embrião por quem não sejam os doadores dos respectivos gametas.

Tendo em vista a referida vedação, Gonçalves (2011, p.326) expõe o entendimento aprovado durante a Jornada de Direito Civil no sentido de que:

Finda a sociedade conjugal, na forma do art.1.571, deste Código, a regra do inciso IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges, para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.

A inseminação heteróloga se dá com sêmen de um terceiro, por meio dos chamados bancos de espermas, sendo o doador um sujeito anônimo. Para tanto, o Código Civil aduz ser necessária a autorização prévia do marido. Nesse caso, concedida a autorização e realizada a inseminação o marido não pode mais voltar atrás, a presunção, para alguns autores, é absoluta, não podendo a filiação ser impugnada. Fica claro que o intuito aqui é dar segurança às relações jurídicas realizadas, pois se houve o consenso entre ambos os cônjuges em que se realizasse a inseminação com sêmen estranho é evidente que o aspecto biológico foi deixado

de lado para que prevalecesse o vínculo afetivo e social. Dessa forma, Dias (2011, p. 369) leciona:

A paternidade constitui-se, desde a concepção, no início da gravidez, configurando hipótese de paternidade responsável. Se fosse admitida impugnação, haveria uma paternidade incerta, devido ao segredo profissional do médico e ao anonimato do doador do sêmen. Assim, de nada serve a prova da inexistência do vínculo biológico.

No mesmo sentido, Diniz (2010, p.465) leciona:

A paternidade, então, apesar de não ter componente genético, terá fundamento moral, privilegiando-se a relação socioafetiva. Seria torpe, imoral, injusta e antijurídica a permissão para o marido que, consciente e voluntariamente, tendo consentido com a inseminação artificial com espermatozoides de terceiro, negasse, posteriormente, a paternidade.

Notório destacar que o vínculo social presente nessas relações prevalece cada vez mais ante o vínculo biológico, que perdeu a grande importância que possuía em tempos mais remotos. Pai é aquele que cria, que dá o nome e ainda trata como filho perante a sociedade. O verdadeiro sentido da paternidade está mais para o afeto doado do que para a simples procriação. Nessa esteira, Leite (1994 apud GONÇALVES; 2011, p. 311) preconiza que “a verdadeira filiação [...] só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independente da origem biológico-genética”.

Dessa forma, como dito alhures, o que se prioriza nas relações parentais é o afeto. O verdadeiro sentido do vínculo entre pais e filhos é o carinho, o companheirismo que dão forma a relação, muito mais do que o simples laço consanguíneo.

Finalizando, Barboza (1999 apud DIAS, 2011, p.359), aduz que “a disciplina da nova filiação há que se edificar sobre os três pilares constitucionalmente fixados: plena igualdade entre filhos, desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais e a doutrina da proteção integral”.

Adiante, passa-se a análise dos princípios constitucionais que regem as relações de família, com o intuito de visualiza-los diante das relações que surgem juntamente com o avanço biotecnológico, mormente os que dizem respeito à reprodução humana medicamente assistida.

### 3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA

A Constituição é a norma fundamental do ordenamento jurídico, encontrando-se no topo da pirâmide de Kelsen. É hierarquicamente superior a todas as outras normas que não devem desrespeitar os princípios constantes na Carta Magna.

Sabidamente, Canotilho (1991 apud MORAES, 2010, p. 6) define Constituição como “[...] a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém 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 do cidadão [...]”.

A Constituição Federal de 1988 é marcada principalmente pelos princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente aqueles referentes à proteção da pessoa humana no direito de família, tratando dessa instituição como a base da sociedade.

O princípio da dignidade da pessoa humana está estabelecido do art. 1º, III, da CF.

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:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

Referido princípio é a base de todos os demais direitos. Está associado à qualidade de vida das pessoas, ao direito que cada um tem de ter uma vida digna. Consoante assevera Moraes (2010, p. 22):

A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. [...] A dignidade 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 um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente 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.

A dignidade da pessoa humana é assegurada a todos, sem distinção e deve ser respeitada pelos operadores do direito, sobretudo nas relações que envolvem a família. Afirma-se que esse princípio é inerente à pessoa desde a sua concepção até a sua morte, desta forma estariam incluídos nessa proteção os embriões, que para os defensores das teorias

concepcionistas são equiparados aos já nascidos. Aprofundaremos no estudo das teorias da personalidade mais adiante.

O direito à igualdade presente no texto constitucional baseia-se no discurso de Rui Barbosa, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Nessa ótica, mostram-se oportunos os ensinamentos de Moraes (2010, p. 36), que acertadamente aduz:

[...] todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça [...].

Tomando como base esse princípio, e, mormente na dignidade da pessoa humana, que a Carta Magna estabeleceu a regra do art. 227, § 6º, proibindo qualquer distinção aos filhos, qualquer que seja sua origem. Como já mencionado anteriormente, esse dispositivo possibilitou que fosse excluída do ordenamento a antiga distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Referido dispositivo deve servir como balizador de todos os direitos inerentes aos filhos, sejam eles de ordem patrimonial ou não.

O planejamento familiar é um dos direitos fundamentais inerentes à constituição da família, o casal é livre para discutir sobre o seu conceito familiar, sobre se terão filhos, quantos serão, se irão utilizar de alguma técnica artificial, cabendo ao Estado auxiliar, por meio de políticas públicas.

Art. 226.

[...]

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

[...]

A Lei nº 9.263/96 dispõe em seu art. 2º, que o planejamento familiar é o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Relevante destacar que o artigo supracitado faz questão de referenciar o homem e a mulher como entidades monoparentais.

Nesse sentido Cavalcanti Filho (2006, p. 184) aduz que “não se pode negar a possibilidade de a pessoa sozinha ter um projeto parental que atenda perfeitamente aos interesses da criança, o que vem de encontro ao contido na Lei nº 9.263/96 [...]”.

Deriva do planejamento familiar, o direito à procriação, que é o direito de formar uma família. E para aqueles que estão impossibilitados de procriar, como já visto, estão disponíveis as técnicas de reprodução medicamente assistida.

Já o princípio da paternidade responsável tem referência com o dever de assistência que o pai deve ao filho, a responsabilidade dos pais para com seus filhos. Aqueles que criticam a realização da inseminação artificial *post mortem* tomam como norte esse princípio, como Gama (2003). Eles entendem que o referido princípio estaria sendo violado, já que a criança já nasceria órfã. Porém, deve ser levando em consideração, o desejo mútuo do casal, de gerar um filho, que se viu impossibilitado de levar adiante esse desejo por uma fatalidade.

A observação desses princípios nos leva a considerar que o direito à utilização das técnicas de reprodução assistida, sejam elas de qualquer espécie, faz parte dos direitos fundamentais à pessoa.

O interessante agora é entender que houve uma verdadeira constitucionalização do direito civil, principalmente no que concerne às relações de família. Assim, frente às omissões legislativas no tocante ao tema deste trabalho é mais do que necessário a análise desses princípios para buscar a resolução daquilo que as normas infraconstitucionais não disciplinam.

### 3.3 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA (TRA)

A evolução da biotecnologia permite que casais impossibilitados de conceber um filho, por possuírem algum tipo de infertilidade, possam realizar esse desejo sem que seja necessário manter relação sexual, através do auxílio das técnicas de reprodução assistida.

A infertilidade ou esterilidade, aqui utilizadas como expressões sinônimas, são consideradas doenças desde tempos remotos, quando procriar tinha o intuito de perpetuar o culto aos mortos. Aquela que não fosse capaz de procriar era repudiada pelo marido. Hoje a infertilidade é um mal que atinge tanto homens como mulheres. Como forma de contornar esse problema de infertilidade iniciaram-se estudos científicos que contribuíram em grande

escala para o avanço no campo da genética e conseqüentemente para o que conhecemos hoje como reprodução assistida ou RA.

Nesse sentido, França (2008, p. 257) conceitua a reprodução assistida como sendo “[...] o conjunto de procedimentos no sentido de contribuir na resolução dos problemas da infertilidade humana, facilitando assim o processo de procriação quando outras terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada”.

Consoante o Item 1 da primeira seção da Resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, “as técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas”.

Pois bem, esse conjunto de técnicas visa auxiliar àqueles que não podem reproduzir-se de forma natural. Essas técnicas já se encontram bastante difundidas, tendo em vista que a sua utilização popularizou-se demasiadamente desde a concepção do primeiro bebê de proveta, Louise Brown, em 1978, na Inglaterra.

No direito brasileiro ainda existe uma enorme lacuna quanto à utilização dessas técnicas e principalmente quanto aos efeitos jurídicos resultantes do seu uso. O Diploma Civil trata desse assunto, como já foi exposto, muito superficialmente, deixando margem para que seja disciplinado por meio de uma legislação específica.

Em 1992, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução 1.358/92 como um meio de regradar a utilização das variadas formas de reprodução assistida ditando normas éticas a serem observadas pelos profissionais de saúde, tendo disposições relativas ao descarte de embriões excedentes, a doação de gametas, entre outros, sempre prezando pela aplicação dos princípios da Bioética, dentre os quais se destacam o da disponibilidade do corpo, não comercialização do corpo humano, do anonimato do doador do material genético, etc. Essa Resolução foi modificada e revogada pela Res. 1.957/10, hoje vigente que conservou algumas determinações, mas também trouxe com ela algumas inovações, como demonstra Leite e Henriques (2012, p. 414):

A nova resolução, sem dúvida mais atual, se manteve igual nos principais quesitos: doações anônimas de gametas e embriões, proibição da redução fetal, proibição da sexagem fetal (procedimento que torna possível a escolha do sexo do embrião) – bem como nas normas para utilização de PGD e maternidade de substituição. Por fim, também manteve a proibição de transações econômicas envolvendo doações de gametas, embriões e maternidade de substituição. Inovou, porém, em quatro quesitos: 1) permissão para utilização de reprodução assistida por todas as pessoas que desejarem o tratamento; 2) limitação do número de embriões transferidos de acordo com a idade da paciente; 3) regularização da reprodução post mortem e; 4) a possibilidade de criopreservar apenas embriões saudáveis.

A referida Resolução traz a possibilidade de utilização das técnicas de reprodução assistida em qualquer pessoa, abrindo o espaço para àquelas pessoas que desejam ter um filho, mas encontram-se, por algum motivo, impossibilitadas de gerá-lo. Pessoas essas, sem nenhuma distinção, podendo ser solteiras, casadas, homossexuais, heterossexuais, etc. A segunda novidade ficou por parte do número de embriões que podem ser implantados no útero da mulher, variando de acordo com a idade desta. “Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões” (I, Item 6, Res. 1.957/10, do CFM).

Assim, permitiu-se a reprodução post mortem indicando apenas que haja a prévia autorização por parte do marido falecido. Esse assunto que vai ser mais bem pormenorizado à frente, ainda carece de melhor regulação, tendo em vista que a legislação vigente nada diz a respeito dos direitos sucessórios da prole advinda após a morte do seu genitor.

No inciso V, Item 3 da Res. 1.957/10, possibilita a criopreservação apenas dos embriões saudáveis, devendo os cônjuges ou companheiros expressar a sua vontade por escrito quanto a destinação dos excedentes em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. Tal dispositivo abre espaço para o descarte dos embriões, tema ainda bastante questionável.

Apesar dessa regulamentação, é evidente que o tema ainda gera bastante discussão, pois envolve áreas importantes do Direito, como o direito de família e conseqüentemente o direito sucessório.

Passa-se agora a análise das principais técnicas de reprodução assistida utilizadas no Brasil. Segundo assevera Leite (1995, p. 38):

As principais técnicas de reprodução assistida são: a inseminação artificial (homóloga, *post mortem* ou heteróloga), a fecundação *in vitro* e as chamadas "mães de substituição". Dependendo da técnica aplicada, a fecundação poderá ocorrer *in vivo* ou *in vitro*. Na inseminação artificial, a fecundação ocorre *in vivo*, com procedimentos que são relativamente simples consistentes na introdução dos gametas masculinos "dentro da vagina, em volta do colo, dentro do colo, dentro do útero, ou dentro do abdome".

No presente trabalho se dará destaque a Inseminação Artificial (IA), a Fertilização *in vitro* ou Transferência de Embriões (FIV) ou (FIVETE), a Transferência Intratubária de Gametas (GIFT), a Transferência Intratubária de Zigotos (ZIFT) e a Gestaçã de Substituição.

A Inseminação Artificial (IA) é a técnica por meio da qual ocorre a introdução do gameta masculino no útero feminino, ocorrendo a fecundação dentro do corpo da mulher, sendo conhecida por fecundação *in vivo*.

Leite (1995) revela que a inseminação artificial passou a ser mais utilizada quando se tornou possível calcular com exatidão o período fértil da mulher e com a descoberta da criopreservação dos gametas masculinos.

Os critérios bioéticos asseveram que a utilização dessa técnica seja subsidiária, ou seja, quando não mais houver outro modo de tratar da infertilidade.

A inseminação artificial pode ser homóloga e heteróloga. A primeira se dá com a utilização dos espermatozoides do marido ou companheiro da mulher que os receberá. Ela será *post mortem*, como já foi salientado neste trabalho, quando a esposa, na condição de viúva utiliza-se do sêmen criopreservado do marido falecido, tendo este consentido para isso antes do seu falecimento.

A heteróloga ocorre quando o sêmen é de um terceiro doador anônimo, podendo ainda haver a mistura do sêmen do terceiro com o do marido, sendo, nesse caso, bisseminal. Dispondo sobre essa técnica, Leite (1995, p. 37):

Na realização da inseminação artificial, primeiramente recolhem-se os espermatozoides do marido ou do companheiro ou de um doador, através da masturbação. Os espermatozoides, então, são analisados quanto à quantidade e mobilidade, separando-se os normais dos anormais. O esperma, então, é diluído em uma solução crioprotetora composta por um glicerol misturado a frutose, antibióticos e gema de ovo, a qual é distribuída automaticamente em tubos de plástico numerados, os quais estão prontos para serem conservados em azoto líquido a uma temperatura de 196 graus abaixo de zero; os capilares são colocados em botijões de estocagem cheios de azoto líquido, podendo ser conservados pelo prazo atualmente fixado de 20 anos.

A Fertilização *in vitro* (FIV) ou transferência de embriões (FIVETE) ocorre com a coleta do óvulo na mulher e sua posterior fecundação extrauterina com o sêmen do marido, do companheiro ou de um terceiro doador. Depois de ocorrida a fecundação o óvulo é transferido para o útero da mulher.

O processo de FIVETE é ilustrado sucintamente por Ferraz (2009, p. 46):

Para estimular a ovulação e garantir o sucesso da técnica, a mulher se submete a tratamento com hormônio, aumentando o número de óvulos que serão fecundados e implantados.

O bom desenvolvimento da estimulação é analisado através das dosagens de hormônio (estrogênio) no sangue e pelo crescimento dos folículos ovarianos, através de exame de ecografia.

Constatando-se que os níveis de estrogênio estão adequados e que os folículos atingiram bom tamanho, será desencadeada a ovulação, com injeção de gonadotrofina coriônica (Hcg), responsável pela maturação final do óvulo.

Após aproximadamente trinta e seis horas, será realizada a punção e o parceiro deverá doar o sêmen ou deverá ser recolhido o sêmen congelado. Os óvulos e espermatozoides são analisados e colocados em contato. Após quarenta e oito horas, verifica-se se ocorreu a fertilização. Em caso de sucesso, com auxílio de um cateter, os embriões serão introduzidos no útero. Após quatorze dias da punção, a mulher deverá realizar o teste de gravidez.

Como já mencionado anteriormente, o número de embriões transferidos para o útero feminino irá variar de acordo com a idade da receptora, sempre tendo o zelo de evitar a introdução de um número muito grande a fim de que se evite uma gestação múltipla, visto que pode acarretar problemas tanto para a mãe quanto para os seres que estão sendo gerados.

Na Transferência Intratubária de Gametas ou (GIFT), que possui essa nomenclatura porque os gametas serão introduzidos nas tubas uterinas, o que primeiro ocorre é a retirada dos óvulos da mulher dos ovários, por meio do processo de laparoscopia, que segundo o dicionário médico é um procedimento cirúrgico mediante o qual se introduz através de uma pequena incisão na parede abdominal, torácica ou pélvica, um instrumento de fibra óptica que permite realizar procedimentos diagnósticos e terapêuticos, para serem introduzidos juntamente com os espermatozoides diretamente nas tubas uterinas, onde ocorrerá naturalmente a união dos gametas masculino e feminino gerando o embrião. Dessa forma, a fecundação ocorre no corpo da mulher, diferindo-se da fertilização *in vitro*.

São apresentadas duas vantagens da utilização dessa técnica por Gonçalves (2011, p.21):

A aplicação desse procedimento tem dois grandes inconvenientes. A primeira desvantagem reside na necessidade de laparoscopia ou laparotomia, a qual, como visto, exige aplicação de anestesia geral na paciente. Além disso, não é possível precisar *ab initio* se houve, ou não, fertilização. Em verdade, a GIFT é mais um procedimento de facilitação da fecundação, inserindo-se, portanto, no conceito de reprodução humana assistida.

Ademais, outro problema é a baixa porcentagem de êxito desta técnica, figurando entre 35 a 40 %, consoante pesquisa de José Emílio Medavar Ommati (1998).

A Transferência Intratubária de Zigotos ou (ZIFT), sigla que deriva de sua nomenclatura em inglês Zygote Intrafallopian Transfer, consiste na fecundação *in vitro* do espermatozoide com o óvulo até que estes formem o zigoto que então é introduzido nas tubas uterinas da mulher para que se dê a gestação.

Essa técnica difere-se da GIFT porque nesta a fecundação se dá nas tubas uterinas, e é diferente da FIVETE, porque não há a espera para que se forme o embrião propriamente dito, formado o zigoto, dentro de vinte e quatro horas, este é introduzido nas trompas de Falópio (FERRAZ, 2009).

Assim como a transferência intratubária de gametas, esta técnica possui os seus inconvenientes, além da realização da laparoscopia que é um grande inconveniente para a mulher, Ommati (1998) aduz:

Possui a ZIFT as mesmas restrições apresentadas pela GIFT, ou seja, baixa porcentagem de êxito e sobra de vários zigotos não colocados no corpo da mulher. Esses zigotos são conservados congelados até que o casal decida o que fazer com ele, surgindo problema ético-jurídico de monta, que será analisado mais a frente.

Ainda se faz relevante algumas ponderações quanto à gestação por substituição, assim denominada pela Resolução 1.957/10 do CFM. Esse dispositivo confere algumas restrições ao uso desse modelo de reprodução assistida.

Primeiramente, só poderá fazer uso de uma “mãe de aluguel” a mulher que por alguma doença não possa levar a gestação adiante. Segundo, a cedente do útero deverá ter parentesco até o segundo grau com a doadora do material genético, e, por último, é vedado a cessão de útero que tenha algum caráter lucrativo.

Respeitados esses requisitos, o embrião, composto do material genético do casal que deseja o filho, ou ainda o sêmen de um doador com o óvulo da mãe biológica, é introduzido no útero da mãe de aluguel para que dê termo à gestação. Melhor demonstra as hipóteses em que podem ocorrer a referida técnica, Fernandes (2000, p. 57):

Na primeira, a ‘mãe portadora’ limita-se a emprestar o seu útero para que uma criança seja gestada utilizando o potencial genético dos pais que serão os pais socioafetivos da criança gerada. Na segunda, a ‘mãe gestacional’, além de gestar, empresta seu material genético para ser fecundado com o sêmen do esposo da futura mãe socioafetiva. Na terceira variante, a ‘mãe gestacional’ gesta embriões ou gametas obtidos de terceiros doadores para aqueles que serão os pais socioafetivos. Na opção seguinte, a ‘mãe gestacional’ gesta um embrião obtido com a fecundação do sêmen do homem que será o pai socioafetivo da criança e de um óvulo doado. E, por fim, tem-se a gestação sub-rogada de um óvulo da mãe que será a mãe socioafetiva com o sêmen de um terceiro doador.

A técnica de procriação supracitada ainda é bastante controversa, pois vai de encontro a diversos princípios éticos e morais, ocasionando diversos conflitos jurídicos. Sempre se perguntará quem é a mãe, se a que doou o material genético ou a que pariu. Bem salienta França (2008, p. 262):

Por isso, é preciso que a sociedade passe a refletir sobre algumas questões, até então confusas e inusitadas, sobre o que representa a maternidade, quais os direitos adquiridos pela mãe, qual o papel de cada pessoa envolvida nessa técnica, o que isso reflete sobre a vida da mulher e o que significa mais: o conteúdo genético transmitido ao filho ou o vínculo afetivo criado entre a gestante e o feto.

A tendência é que o uso dessas técnicas de reprodução assistida se torne cada vez mais comum e para que sua utilização não gere mais conflitos ou dúvidas, cabe à lei suprir a carência normativa existente no que diz respeito aos seus reflexos jurídicos. Relevante se faz a análise dos efeitos que a reprodução assistida ocasiona no mundo jurídico, tomando como foco principal as relações de parentesco.

#### 3.4 OS EFEITOS JURÍDICOS DA FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL NAS RELAÇÕES DE PARENTESCO

A família se estabelece pelas relações que envolvem todos os descendentes de um mesmo tronco ancestral, bem como pelo vínculo conjugal. Tais relações formam o que se denomina de parentesco. Com o advento do Código Civil de 2002, essas relações foram ampliadas a fim de que abrangessem os vínculos socioafetivos.

Dessa forma, o parentesco que sempre foi resultante da consanguinidade e da afinidade que liga o cônjuge aos parentes do outro cônjuge passa também a cuidar dos vínculos que surgem a partir das relações socioafetivas (MONTEIRO e SILVA, 2010). Ao tratar do tema, Gonçalves (2011, p. 309) aduz:

Em sentido estrito, a palavra “parentesco” abrange somente o consanguíneo, definido de forma mais correta como a relação que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras, ou de um mesmo tronco. Em sentido amplo, no entanto inclui o parentesco por afinidade e o decorrente da adoção ou de outra origem, como algumas modalidades de técnicas de reprodução medicamente assistida [...].

Nesse trilho, o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem (art. 1593, CC). O referido artigo teve o intuito de contemplar o parentesco adquirido através do uso das técnicas de reprodução assistida, bem como o reconhecimento da paternidade socioafetiva com o uso da expressão outra origem.

À vista disso, a doutrina estabelece que as relações de parentesco se integram por meio dos laços consanguíneos, quando se dá o parentesco natural, biológico ou consanguíneo

entre aqueles que descendem de um mesmo tronco ancestral; do vínculo conjugal, estabelecido por meio da lei, quando se terá o parentesco por afinidade; e, ainda por meio do vínculo socioafetivo, quando o parentesco será civil ou social, estabelecido tanto por meio da adoção quanto pelas técnicas de reprodução assistida heteróloga. Esses laços parentais se darão através das linhas, que podem ser retas ou colaterais, e serão contados por graus.

O estabelecimento dessas relações é de suma importância, tendo em vista que seus efeitos acabam por refletir em diversos ramos do direito, como bem aponta Diniz (2010, p. 445):

Na prática, grande é a importância dessas relações de parentesco, em razão de seus efeitos jurídicos de ordem pessoal ou econômica, que estabelecem direitos e deveres recíprocos entre os parentes, como a obrigação alimentar, o direito de promover interdição e de receber herança, com exceção do parentesco por afinidade etc. Além do mais impõe o parentesco algumas proibições com fundamento em sua existência. P. ex.: não podem casar uns com os outros os parentes da linha reta e em certo grau os da colateral; não podem os parentes testemunhar pró ou contra outro parente (CPC, art. 405, § 2º), nem mesmo um juiz pode julgar a ação em que parente seu é parte (CPC, art. 134, IV e V) No direito eleitoral o parentesco pode gerar inelegibilidades (CF, art. 14, § 7º).

Feita a rápida explanação quanto aos aspectos gerais das relações de parentesco, pertinente se faz a apreciação dos efeitos que a fecundação artificial ocasiona nessas relações.

A inseminação artificial homóloga gera um vínculo biológico, tendo em vista que se dá com a utilização dos gametas do casal que deseja gerar o filho. Dessa forma, a presunção de paternidade é estabelecida nos moldes do art. 1.597, III, do CC.

Estando a paternidade estabelecida com base na consanguinidade, estabelecer-se-ão os vínculos familiares com os demais parentes, como se estabelecem os vínculos dos filhos nascidos da relação natural do casal.

Dessa forma, os nascidos através da inseminação homóloga estão sujeitos a todos os efeitos jurídicos das relações de parentesco. Encontram-se impedidos de contrair o matrimônio com seus ascendentes, descendentes, com os seus parentes por afinidade em linha reta, com seus irmãos, os seus parentes na linha colateral até o 3º grau, etc., conforme dispõe o art. 1.521, do CC. Possuem todos os direitos decorrentes do status de filho, sem qualquer distinção. Nessa linha, Dias (2010, p. 339) alude:

[...] A identificação dos vínculos de parentesco tem reflexos nos impedimentos matrimoniais, ante a proibição de incesto: os parentes em linha reta – pais e filhos, avós e netos – não podem casar (CC, 1.521 I). Em sede de alimentos, também é fundamental identificar os graus de parentesco em face da reciprocidade da obrigação alimentar. Os primeiros convocados a prestar alimentos são os parentes mais próximos (CC, 1.696). No direito sucessório, a qualificação dos parentes

determina o modo de participar da herança, segundo a ordem de vocação hereditária (CC, 1.829).

Sendo assim, é perceptível que a inseminação homóloga não gera muitas dúvidas quanto aos seus efeitos nas relações de parentescos, tendo em vista que o filho advindo dessa técnica está ligado pelo sangue com seus familiares.

Diferentemente do que ocorre com a inseminação heteróloga, que como já apresentado, decorre da utilização de gametas de um terceiro doador, assim, criança oriunda dessa técnica não apresentará vínculo biológico com aqueles que a registraram como filho. Segundo Dias (2010, p. 340), o reconhecimento do vínculo parental dos que advieram da inseminação heteróloga ocorre com base na expressão “outra origem” presente no art. 1.593, do CC. A aludida expressão refere-se a qualquer relação que não seja proveniente do vínculo biológico.

Nesse aspecto, Monteiro e Silva (2010, p. 413) mencionam:

Presume-se a paternidade do marido que consente que sua esposa seja inseminada artificialmente com gameta de terceiro, conforme dispõe o art. 1.597, V, do Código Civil de 2002; a pessoa oriunda dessa técnica de reprodução artificial ou assistida deve ter vínculo de parentesco não só com os pais, mas, também, com os respectivos parentes.

Para tanto, a presunção de paternidade decorrente da inseminação heteróloga, só será possível com o consentimento expresso do marido ou companheiro da mulher inseminada com o sêmen de estranho.

À vista disso, reconhece-se o parentesco pelo vínculo da afetividade. Os autores supracitados aduzem, como requisito essencial para que o vínculo afetivo seja aceito, a configuração da posse de estado de filho, ou seja, que este seja tratado como tal perante a sociedade, use o nome de família e que a sociedade o reconheça como pertencente àquela família.

Nessa esteira, Dias (2010, p. 374) preleciona que:

O reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva produz todos os efeitos pessoais e patrimoniais que lhe são inerentes. O vínculo de filiação socioafetiva, que se legitima no interesse do filho, gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil [...].

Deste modo, a relação de parentesco procedente de inseminação artificial heteróloga gera direitos à sucessão, aos alimentos que porventura necessitar, podendo atuar como alimentante os parentes mais próximos, conforme a situação, tendo em vista que o vínculo

socioafetivo abrange todos os parentes, bem como estará sujeito aos impedimentos que se aplicam aos filhos de sangue.

Problema maior surge ao tratar-se dos efeitos da fecundação *in vitro* nas chamadas mães de substituição ou “barriga de aluguel”. Como exposto anteriormente, essa técnica requer que os gametas do casal que desejam o filho sejam fecundados *in vitro* e posteriormente implantados no útero de outra mulher.

O surgimento dessa técnica fez cair a presunção *mater semper certa est*, pois é inevitável não levantar questões à respeito de quem será a mãe nesse caso. Se a doadora do material genético ou a que pariu a criança. Nessa acepção, França (2008, p. 262) aponta:

Acreditam uns, mesmo em que pesem certas contestações de ordem afetiva e moral, pertencer o filho à mãe natural, ou seja, àquela que geneticamente contribuiu para esse filho. A outra, que apenas manteve o feto durante uma gestação, nada mais fez do que dar-lhes os elementos nutritivos, necessário para o desenvolvimento fetal. [...] No entanto, outros admitem que a verdadeira mãe é a que pariu, pelo indiscutível vínculo afetivo com o feto; pelas razões do direito natural, em que a gravidez e o parto marcam vincos muito fortes na personalidade da mulher e na percepção das outras pessoas; pelas exigências da burocracia cartorial no registro do filho, através de atestados do profissional que assistiu o parto, com as características do recém-nascido e da puérpera.

Por sua vez, existe a possibilidade de que a mãe que emprestou o seu útero crie um vínculo afetivo com aquela criança que está gerando, e não queira entregá-la aos doadores do material genético. Dias (2010) defende que a mãe gestacional, chamada de mãe civil, pode vir a figurar no registro da criança, bastando que pleiteie o direito em juízo. Entretanto, há que levar-se em conta o desejo do casal doador dos genes e buscar sempre a segurança das relações jurídicas.

Relevante destacar que a Resolução 1.957/10 do CFM determina que a cedente do útero seja parente em até segundo grau da mãe genética. Assim sendo, se a cedente for irmã da doadora do óvulo, será, portanto tia da criança que está gerando.

Evidente que uso dessa técnica de procriação gera conflitos quanto ao estabelecimento das relações de parentesco, visto que haverá dúvidas até mesmo quanto à presunção de maternidade, o que dirá das demais. Trata-se de uma questão complexa, ou estabelece-se o vínculo com o casal que desejou a criança e que doou o material genético e consequentemente com os demais parentes, ou estabelece o vínculo socioafetivo com a mãe que gerou, ou, ainda o vínculo se dará com ambos.

Nessa linha, não há uma solução viável para determinar o parentesco diante de uma técnica que ainda gera tantas dúvidas. O parentesco se dará, nesse caso, ou por

consanguinidade ou por afetividade ou, ainda, por ambos. Necessário que haja no ordenamento jurídico regra que disponha acerca não só dessa técnica, como de todas as demais, visto que a utilização delas geram consequências de difícil solução.

## **4 A SUCESSÃO DOS CONCEBIDOS POR FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM DO AUTOR DA HERANÇA**

A inseminação artificial é uma das técnicas de reprodução assistida mais utilizadas nos dias de hoje. Como exposto alhures, ela pode ocorrer na forma heteróloga e homóloga, sendo esta última objeto do presente estudo, mais especificamente a que ocorre após o falecimento do marido doador do sêmen.

Estudar-se-á nesse capítulo, os direitos que abrangem essa prole advinda *post mortem* do autor da herança, diante das lacunas legislativas deixadas pelo ordenamento jurídico pátrio. Sabe-se que quanto à filiação, o Direito Civil reconhece como filhos os nascidos pelo uso da referida técnica, mesmo que nascidos após a morte do cônjuge. E já que os reconhecem como tais, por que não figurarem como herdeiros legítimos necessários? Será feito o estudo dessa possibilidade, levando em consideração os princípios presentes na Constituição Federal, já que a matéria suscitada não possui legislação específica que a regule.

### **4.1 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM**

Diante da impossibilidade de um casal não gerar filhos desenvolveu-se as técnicas de reprodução assistida, popularmente conhecida como inseminação artificial. “A palavra inseminação tem origem no verbo *inseminare*, composto por *in* – dentro – e *semen* – semente, significando a colocação do sêmen na mulher” (MONTEIRO e SILVA, 2010, p. 430).

O Código Civil, numa tentativa de adequação às inovações biotecnológicas que vem ocorrendo nos últimos tempos, inseriu os incisos III, IV e V ao art. 1.597, presumindo como nascidos na constância do casamento, disposição esta que se estende à união estável, os filhos nascidos por meio das técnicas de reprodução artificial.

A inseminação artificial homóloga como mencionada anteriormente, se dá com a utilização de gametas do próprio casal, podendo ocorrer *in vivo* ou *in vitro*, sendo gênero do qual a inseminação póstuma é espécie. É póstuma porque a fecundação se dará com o sêmen criopreservado do marido, ou do embrião congelado, resultante da união dos gametas do casal, no caso de fertilização *in vitro*. Tendo como requisito essencial a autorização prévia do falecido.

Nessa conjuntura, França (2008, p. 258) aduz: “[...] o consentimento das partes interessadas passa a ser um requisito fundamental da prática de reprodução assistida. Isso ocorre da necessidade de atender ao mais essencial e irrecusável dos direitos da pessoa: o de se autodeterminar”. Sendo assim, é necessário que o marido tenha, ainda em vida, criopreservado o seu sêmen, como uma maneira de resguardar o seu direito de procriar, tendo em vista que se encontrava, momentaneamente, impossibilitado de fazê-lo.

[...] é possível que o sêmen, o embrião, e também o óvulo – quanto a este, as experiências científicas são mais recentes – possam ser criopreservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida (GAMA, 2003, p. 732).

Essa técnica tomou destaque com o famoso caso “Affair Parpalaix”, em 1981, na França, quando o casal Corine e Alain Parpalaix pouco tempo depois de contraírem matrimônio teve a notícia de que ele estava com câncer nos testículos. Alain, então resolveu guardar o seu esperma em uma clínica, pois a doença o ameaçava de ficar estéril. Alain falece e alguns meses depois sua esposa vai até a clínica a fim de ser inseminada, porém tem seu pedido negado o que acarreta em uma briga na justiça. Por fim, o Tribunal decidiu a favor de Corine, entretanto, o material genético não mais estava em condições de ser utilizado (PINTO, 2008).

Esse caso abriu discussões no mundo todo quanto à possibilidade de realização dessa espécie de inseminação. Ordenamentos jurídicos de todo o mundo iniciaram debates para decidir a respeito, como bem demonstra Coco (2012, p.3):

Alemanha e Suécia vedam a inseminação post mortem. Na França, além da proibição da inseminação post mortem, dispõe a lei que o consentimento manifestado em vida perde o efeito. Na Inglaterra, a inseminação post mortem é permitida, mas não se garante o direito à sucessão, exceto se houver documento expresso nesse sentido.

Fato semelhante ocorreu no Paraná, em 2010, quando o casal Katia Lernerneier e Roberto Jefferson Niels descobriu que este estava com câncer. Niels decidiu congelar o seu sêmen, tendo em vista que a quimioterapia poderia deixá-lo infértil. Durante todo o tempo, era sabido por amigos e familiares que o casal tinha o enorme desejo de ter um filho, mas Niels veio a falecer. Katia no intuito de dar continuidade ao sonho do casal tentou submeter-se a uma inseminação post mortem com o sêmen do seu marido, porém o laboratório não autorizou. Com um pedido na justiça, o juiz da vara competente concedeu uma liminar

autorizando que fosse realizado o procedimento. Esse caso com certeza abriu precedentes para muitos outros<sup>1</sup>.

Diante da possibilidade do uso dessa técnica, muitas questões são levantadas, inclusive quanto à filiação, se o nascimento se der depois do prazo de trezentos dias previsto no dispositivo supramencionado, mesmo com a presunção de paternidade estabelecida no art. 1.597, do CC. Contudo a solução não é simples, tendo em vista que não há na legislação pátria regra que estabeleça um período de tempo para que a mulher utilize-se do material congelado do seu marido.

Da mesma forma, o Brasil não apresenta uma legislação proibindo, tampouco permitindo que se faça uso dessa técnica, o que acarretou na divisão de doutrinadores quanto ao tema. Parte da doutrina, dentre os quais está Dias (2011), defende a realização da inseminação *post mortem*, levando em consideração a presunção da paternidade presente no art.1.597, III, do CC, e com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, do planejamento familiar e da igualdade entre os filhos.

O Superior Tribunal de Justiça no enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil (2002) indicou uma interpretação para o dispositivo supracitado:

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

Seguindo o mesmo trilha, a Resolução 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina, em sua Seção VIII dispõe que “não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.

Outros doutrinadores como Gama (2003) negam essa possibilidade, pois entendem que o uso dessa técnica fere o princípio da paternidade responsável, defendem que seria irresponsabilidade colocar no mundo uma criança que já irá nascer órfã, estaria privando-a do seu direito de ter uma estrutura familiar formada por ambos os pais. Entende-se que mesmo ocorrendo o consentimento para a criopreservação, este é revogado pela morte.

Defensor dessa corrente, Gama (2003, p. 733) aduz:

---

<sup>1</sup> Fonte: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,ERT243699-15215-243699-3934,00.html>> Acesso em: 22 mar. 2013.

[...] ao menos no estágio atual da matéria no direito brasileiro, não há como se admitir, mesmo com vontade expressa deixada em vida pelo falecido, o acesso da ex-esposa ou ex-companheira às técnicas de reprodução assistida homóloga, diante do princípio da igualdade em direitos entre os filhos.

Diferentemente, Dias (2011, p. 123) leciona:

Na concepção homóloga, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação post mortem. A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção.

Diante da celeuma existente, a necessidade de uma legislação específica que regule o uso das técnicas de reprodução assistida, mormente esta que gera tantas discussões, se revela. Por esse motivo, no ordenamento jurídico surgiram algumas tentativas de legislar acerca desse assunto, como por exemplo a o Projeto de Lei nº 90/99 que tramita no Congresso Nacional.

Em 1999, o Senador Lúcio Alcântara apresentou ao Congresso Nacional o projeto de lei nº 90/99 em que traz disposições a cerca da reprodução medicamente assistida. Esse projeto teve sua redação alterada no ano de 2001, mas até então não foi sancionado. O referido projeto traz praticamente os mesmos enunciados da Resolução 1.957/10 do CFM, com pequenas distinções. Tipifica as condutas tidas como irregulares, restringe a utilização dessas técnicas pelo casal, enquanto a Resolução supracitada identifica como sujeitos que podem utilizar dessas técnicas o casal, a mulher ou o homem e regulamenta apenas as técnicas de fertilização in vitro.

Mais de uma década se passou desde a apresentação desse projeto e o poder público continua inerte quanto a essa regulamentação. De fato, qualquer novidade no âmbito do biodireito assusta a todos, e por esse motivo as autoridades públicas atuam de forma tão cautelosa quando o assunto é este. Entretanto, as situações pedem uma regulamentação, principalmente no que tange aos direitos dos nascidos por meio dessa prática. Hironaka (2007, p. 64) bem acentua:

Às vezes, as mudanças em sociedade são tais que geram um conjunto muito amplo de inovações jurídicas. Quando essas inovações são tais e tantas que se perde a consistência do sistema jurídico original, é chegada a hora de modificar o próprio sistema. Essa regra vale tanto para a perspectiva de uma Constituição, como para a de um Código Civil: ambos pedem remodelação quando seus institutos já não correspondem diretamente à sociedade a que foram dirigidos.

O Código Civil, como já bem salientado aqui, numa tentativa de acompanhar os avanços genéticos, presumiu como filhos aqueles advindos das técnicas de reprodução assistida, incluindo aqueles provenientes de inseminação post mortem. Porém, silenciou quanto aos direitos sucessórios dos mesmos, motivo pelo qual esse assunto é objeto de constantes debates na doutrina.

A inseminação post mortem se torna ainda mais problemática, pois o filho advindo dessa técnica não estará se quer concebido no momento da abertura da sucessão, requisito essencial para que este possa figurar como herdeiro legítimo necessário. Entretanto, não há que se falar na sua exclusão no que tange aos direitos sucessórios sem que antes seja feito um estudo mais aprofundado do tema.

#### 4.2 A CONCEPÇÃO E O SURGIMENTO DO SUJEITO DE DIREITOS

Diante da análise das técnicas de reprodução humana assistida é inevitável que não surja questionamentos a respeito de quando se tem início a vida ou quando se adquire a personalidade jurídica. Nessa conjuntura, o Código Civil dispõe que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 2º, CC).

Primeiramente se faz imprescindível a compreensão do que é pessoa. Nesse sentido, Venosa (2010, p. 1) aduz:

A palavra *persona* no latim significa máscara de teatro, ou, em sentido figurado, o próprio papel atribuído a um autor, isso porque na Antiguidade os atores adaptavam uma máscara ao rosto, com um dispositivo especial que permitia emitir a voz. Pela evolução de sentido, o termo pessoa passou a representar o próprio sujeito de direito nas relações jurídicas, como se todos nós fôssemos atores a representar um papel na sociedade.

Pois bem, pode-se dizer que pessoa, na acepção jurídica, é o ser capaz de direitos e obrigações, bastando para ser considerada como tal que nasça com vida e adquira a personalidade (GONÇALVES, 2010). Dessa forma, pessoa é sinônimo de sujeito de direitos.

O nascimento com vida se dá quando a criança se separa do corpo da mãe e respira, momento no qual adquire a personalidade. Entretanto, o Diploma Civil ao proteger desde a

concepção os direitos no nascituro abriu espaço para que se questionasse a personalidade desse ente, mormente quanto aos embriões oriundos de fecundação *in vitro*.

Antes de adentrar-se nas questões relativas ao nascituro e sua personalidade, necessário destacar a distinção entre personalidade e capacidade. Aquela é a aptidão de ser titular de direitos e obrigações, sendo adquirida com o nascimento com vida, enquanto esta, segundo Venosa (2010) é uma extensão da personalidade, conferindo um limite a ela, podendo ser de direito, a qual todos possuem e de fato, que é a competência para exercer todos os atos da vida civil pessoalmente.

Dito isso, tem-se por nascituro, na lição de França (2008, p. 264) “[...] aquele que foi concebido e ainda não nasceu. É o ser humano que está por nascer, já concebido no ventre materno”. Na compreensão de Venosa (2010, p. 3), “o nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual”. Porém, Pussi (2008) diferencia prole eventual de nascituro, afirmando que aquela ainda sequer foi concebida.

À vista disso, surgiu na doutrina discussões a cerca da situação jurídica do nascituro, dividindo o debate em três teorias. A primeira delas é a Teoria Natalista, a qual assegura que a personalidade só tem início com o nascimento com vida. Nesse sentido, Pereira (2002 apud GONÇALVES, 2010, p. 103) aduz:

O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito.

Por sua vez, a Teoria da Personalidade Condicional afirma que a personalidade do nascituro está condicionada ao seu nascimento com vida, reconhecendo-o como ser humano desde a sua concepção. Entre os que se filiam a essa Teoria está Monteiro (2001, apud GONÇALVES, 2010, p. 105), o qual leciona:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional, a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida [...].

No mesmo sentido preleciona Venosa (2010, p. 55):

O já concebido poderá vir a ser sujeito de direitos no futuro. Tem um direito eventual enquanto não nascido, já protegido pelo direito (o que distingue o direito eventual da mera expectativa de direito). A situação do nascituro, pois, traça uma forma de exceção à regra da existência da pessoa quando da morte, para que isso possibilite uma sucessão em razão da morte. Não se identifica a posição de nascituro com o embrião, matéria que merece um estudo à parte.

No que diz respeito à Teoria Concepcionista, a personalidade se adquire desde a concepção, ficando ressalvados os direitos patrimoniais (GONÇALVES, 2010). Quando ocorre a fecundação, já inicia-se a formação do indivíduo, mesmo que ainda não tenha vindo ao mundo propriamente dito já se encontra no ventre materno. Sendo assim, desde a sua concepção já é considerada uma pessoa dotada de direitos inerentes à sua personalidade. O próprio Código Civil põe a salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção. Nesse trilho, aduz França (2008, p.264):

[...] Tal teoria concepcionista fundamenta-se na afirmação de que, se o nascituro é considerado sujeito de direito, se a lei civil lhe confere um curador, se a norma penal o protege de forma abrangente, nada mais justo que se lhe reconhecesse também o caráter de pessoa e o considerasse com personalidade juridicamente autônoma.

Para a referida teoria, ao mencionar os direitos do nascituro é estar reconhecendo-o como sujeito de direitos, como pessoa. Chinelato (2000 *apud* GONÇALVES, 2010, p. 105), dispõe sobre o assunto:

Mesmo que ao nascituro fosse reconhecido apenas um status ou um direito, ainda assim seria forçoso reconhecer-lhe a personalidade, porque não há direito ou status sem sujeito, nem há sujeito de direito que tenha completa e integral capacidade jurídica (de direito ou de fato), que se refere sempre a certos e determinados direitos particularmente considerados. Não há meia personalidade ou personalidade parcial. [...] A personalidade do nascituro não é condicional; apenas certos efeitos de certos direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a.

Entretanto, diante dos avanços genéticos que vem ocorrendo, a problemática que surge diz respeito aos embriões formados *in vitro*, através das técnicas de reprodução assistida. Há na doutrina a celeuma se esses embriões podem ser considerados nascituros e conseqüentemente possuidores de personalidade.

A concepção se dá quando da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, no caso da técnica de fertilização *in vitro* se dá extracorporeamente, como dito alhures, contudo, sabe-se que o que possibilitará o desenvolvimento do embrião é a sua nidação (MACHADO, 2003). É

com base nesse argumento que alguns doutrinadores, como Pereira, se mostram contra a consideração desse embrião como titular de direitos, tampouco como pessoa.

A esse respeito Machado (2003; p. 79) ainda aduz:

Assim, o embrião somente poderá ser considerado “pessoa” a partir do momento em que for implantado no útero materno. O embrião humano criopreservado, até ser transplantado para o útero materno, não pode ser considerado como nascituro, visto ser o nascituro aquele que está para nascer. Nessas condições, não é o embrião protegido nem tutelado juridicamente.

Do contrário, outros, como Diniz (1995, apud MACHADO, 2003, p. 81) defende que “embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos que na verdade o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozoide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher”.

Também na defesa da condição jurídica dos embriões, França (2008, p. 261) preconiza que “[...] o nascituro, mesmo sem ser pessoa, é detentor de direitos, resguardando-lhe a lei faculdades que salvaguardam seus interesses mais inalienáveis. Espera-se que o embrião congelado tenha as mesmas expectativas”. E diz mais:

O direito de proteção ao concebido tem dois fundamentos muito importantes: primeiro, mesmo sem a outorga de uma personalidade civil, o embrião tem personalidade especial ou provisória; depois se lhe é reconhecido algum direito, é razoável falar-se em sujeito de direito, dispensando-lhe tutela jurídica. Tem uma certa titularidade de direitos que começa desde a fecundação [...].

Diniz (2010, p. 47) preleciona que:

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

A celeuma é tanta que o Projeto de Lei nº 276/2007 propõe uma nova redação para o art. 2º, do Código Civil, qual seja, “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e do nascituro” (GONÇALVES, 2010, p. 109).

Diante de tantas discussões a cerca do nascituro e dos embriões, cabe lembrar que a Constituição Federal declara o direito à vida como um direito fundamental, sendo este pressuposto de todos os demais direitos inerentes à pessoa. O Pacto de San José da Costa Rica

(Dec. Nº 678/92), no seu art. 4º, nº 1, dispõe que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Assim sendo, o aludido Decreto assegura proteção à pessoa desde a sua concepção. Tomando em consideração que é na concepção que a carga genética do novo ser é definida, tem-se início a vida do ser humano. Fazendo uma análise do disposto no referido decreto, Andreatza (2012) dispõe:

Precipualemente, é interessante observar que o Pacto considera todo ser humano como um pessoa. Esta reflexão é interessante, para elucidar a aparentemente interminável discussão em torno da natureza jurídica do embrião humano. Reluta-se em atribuir ao excedentário o status de pessoa. Por outro lado, esquece-se que há no Brasil um norma com força constitucional que considera como pessoa qualquer membro da espécie humana, sem qualquer distinção de fase de desenvolvimento, por exemplo.

Em 28 de maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI nº 3510 apresentada pelo Procurador Geral da República Cláudio Fonteles, a qual questionava a constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/05, o qual permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, desde que atendidas algumas condições. O STF (2008) julgou a referida ação improcedente, dispondo que não existe pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. E quanto ao início da vida dispõe que esta coincide com o momento da fecundação do óvulo com o espermatozoide. Destacam-se aqui trechos da referida decisão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.[...]

(ix) Sobre mais uma vez confirmando a fonte infraconstitucional da proteção do embrião e do feto, suas distinções com a pessoa humana e o caráter metamórfico da passagem de uma a outra fase:

29. Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade

fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose. O sufixo grego “meta” a significar, aqui, uma mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos “feto”. Este é o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita.

(x) sobre o início da “vida”:

30. Por este visual das coisas, não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino [...].

Pois bem, apesar do entendimento de que o embrião não pode ser considerado uma pessoa, entendeu-se que, de fato, o início da vida se dá com a fecundação dos gametas masculino e feminino.

Problema maior diz respeito ao indivíduo oriundo de inseminação artificial post mortem, pois que nem concebido ainda foi. Se há tanta discussão a respeito dos direitos concedidos ao nascituro ou ao embrião criopreservado, o que falar da prole que ainda está por ser concebida? O Direito Pátrio somente consagrou a possibilidade de essa prole eventual vir a ter direitos sucessórios no caso de o testador dispor a respeito, consoante o disposto no art. 1799, I, do Código Civil. Entretanto, não concedeu maiores direitos aos filhos engendrados através dessa técnica de reprodução assistida, a não ser a presunção de filiação, como dito alhures.

No que tange aos direitos de ordem patrimonial, mormente os sucessórios, Fernandes (2000, p. 118) aduz:

[...] se a criança já estiver concebida quando da morte do autor da herança, sendo deste herdeiro, herdará sem qualquer problema. Agora a legislação deverá enfrentar o problema das técnicas de reprodução assistida nas quais o embrião, o esperma do autor da herança ou o óvulo da autora estiver criopreservado quando de sua morte.

À vista disso, percebe-se que mesmo com a tentativa de acompanhar os avanços da biotecnologia, as normas do direito ainda se encontram ultrapassadas em muitos aspectos, no que se chama de desfuncionalização do direito, que é o fenômeno no qual as situações da vida ficam complexas e as proposições não mudam<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Definição encontrada em Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) Aspectos Hermenêuticos. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/96778248/LICC>>. Acesso em: 22 mar. 2013.

Feito o estudo quanto às teorias que investigam a personalidade dos entes concebidos e frente a toda discussão, o presente trabalho passa à análise dos direitos hereditários dos provenientes de inseminação artificial post mortem.

#### 4.3 A ABRANGÊNCIA DOS EFEITOS SUCESSÓRIOS PARA OS CONCEBIDOS APÓS A MORTE DO AUTOR DA HERANÇA

O princípio da *saisine* consiste na transmissão imediata da herança aos herdeiros legítimos e testamentários quando da abertura da sucessão, regra presente no art. 1.784, do Código Civil. O referido princípio representa uma apreensão possessória autorizada. É uma faculdade de entrar na posse dos bens, posse essa atribuída a quem ainda não a tinha (VENOSA, 2010).

Dessa forma, Gonçalves (2012, p. 38) estabelece dois requisitos para que se dê essa transmissão, quais sejam: “[...] a) que o herdeiro exista ao tempo da delação; e b) que a esse tempo não seja incapaz de herdar”. Nesse sentido, importante se faz a distinção entre a capacidade civil e a capacidade para suceder, apresentada por Diniz (2010, p. 45) da seguinte forma:

[...] A capacidade civil é a aptidão que tem uma pessoa para exercer, por si, os atos da vida civil; é o poder de ação no mundo jurídico. A legitimação ou capacidade sucessória é a aptidão específica da pessoa para receber os bens deixados pelo *de cuius*, ou melhor, é a qualidade virtual de suceder na herança deixada pelo *de cuius*.

Dentro desse contexto, o Código Civil dispõe em seu art. 1.798, que são legitimados a suceder aqueles nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão. O referido diploma cuidou apenas em repetir a regra já existente no Código Civil de 1916.

Diante de tal dispositivo surge o problema quanto aos direitos hereditários daqueles advindos após a morte do autor da herança, pois que no momento da abertura da sucessão, estes nem ao menos se encontravam concebidos.

O legislador não visualizou o avanço biotecnológico que vinha ocorrendo nos últimos tempos, permitindo que houvesse essa lacuna na tutela dos direitos sucessórios dessa prole, que, repise-se, é legalmente e constitucionalmente tida como filha.

Seguindo na análise dos dispositivos que regulam os direitos hereditários, a sucessão pode dar-se por lei ou por ato de última vontade (1.786, CC). Assim, serão herdeiros legítimos aqueles a quem a lei denominar como tais e serão herdeiros testamentários aqueles a quem o testador nomear. Em uma atitude até paradoxal, o legislador silenciou quanto aos direitos sucessórios dos filhos advindos através da inseminação póstuma, porém contemplou com os aludidos direitos a prole eventual de pessoa designada pelo testador, ficando, assim, os filhos engendrados artificialmente à mercê de decisões judiciais para ter reconhecido direito seu que a lei deveria ter previsto.

Diante da previsão do art. 1.799, I, do CC, questiona-se a possibilidade de estender a aludida disposição à prole do próprio testador. Há aqueles que defendem essa possibilidade. Nesse trilha, Gama (2003, p. 732) assevera:

Alguns autores têm sustentado que a parte final do artigo 1.718, do Código de 1916, admite a disposição testamentária em favor de prole eventual própria quando o testador, prevendo a possibilidade de vir a falecer antes da concepção da criança, confecciona seu testamento referindo à prole dele próprio [...].

Dispondo de maneira contrária, Hironaka (2003) aduz que não seria possível, pelo fato de o Código exigir que a pessoa indicada pelo testador esteja viva, admitindo, no entanto, a possibilidade se o fizesse de maneira que indicasse a doadora do óvulo.

Entretanto, para alguns, como Dias, os nascidos por meio dessa técnica possuem capacidade para suceder à legítima do seu genitor. Como dito alhures, os filhos nascidos de inseminação artificial post mortem gozam da presunção de filiação prevista no art. 1.597, III, do Código Civil. Pois bem, com a filiação reconhecida, estes se tornam descendentes do autor da herança, passando a figurar no primeiro lugar da ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829, do CC. Sendo, dessa forma, considerados herdeiros legítimos necessários. Porém, essa regra encontra empecilho no princípio da saisine, pois o referido diploma não fez qualquer alusão quanto aos direitos sucessórios dos provenientes de inseminação póstuma. Nesse sentido, Dias (2011, p. 123) aduz que “[...] a norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários”.

Assim sendo, se houver a autorização da utilização do material genético para inseminação, bem como a genitora permanecendo em seu estado de viuvez não há que se falar

em negatória dos direitos hereditários dessa filiação póstuma, consoante aduz Hironaka (2007, p. 71):

Então, supondo que tenha havido a autorização e que os demais requisitos tenham sido observados, admitindo-se, assim, a inseminação post mortem, operar-se-á o vínculo parental de filiação, com todas as consequências daí resultantes, conforme a regra basilar da Constituição Federal, pelo seu art. 226, § 6º, incluindo os direitos sucessórios relativamente à herança do pai falecido.

Diante da omissão legislativa, há um debate quanto à aplicação dos direitos hereditários a essa prole. Para Albuquerque Filho (2006) a doutrina divide-se em três correntes distintas. A primeira corrente, conhecida como excludente, não reconhece nenhum direito a esses filhos nascidos após a morte do seu genitor, seja o reconhecimento da filiação, seja no âmbito dos direitos sucessórios, além de que defendem a proibição da realização desta técnica. Defendem essa corrente com base de que o vínculo conjugal extingue-se com a morte e o filho nascido por fecundação póstuma seria uma prole extramatrimonial. Tal disposição não encontra justificativa, tendo em vista que não mais se admite a distinção entre filhos tidos na constância do casamento ou fora dele. Filia-se a aludida corrente, Leite (1995, p. 142) ao aduzir que:

Criança concebida por inseminação post mortem, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos pela utilização de sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no do direito das sucessões.

A segunda corrente, a qual denomina relativamente excludente, reconhece a paternidade do filho engendrado artificialmente após a morte do seu genitor, baseado nos dispositivos do Código Civil e da Constituição Federal, porém não o reconhece como herdeiro. Nesse sentido, Venosa (2010, p. 1633) afirma que:

Os filhos ainda não concebidos somente podem ser aquinhoados por testamento. O ordenamento não prevê qualquer modalidade de sucessão para os nascidos ou concebidos após a morte do autor da herança se não houve previsão no ato de última vontade.

Da mesma forma Gonçalves (2012, p. 75) aduz:

Em princípio não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, uma vez que a transmissão da herança se dá

em consequência da morte (CC, art. 1.784) e dela participam as “pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (art. 1.798).

Dessa forma, percebe-se que os que se filiam a essa corrente somente admitem a possibilidade de os concebidos por meio dessa técnica virem a herdar através de testamento, fazendo uso da analogia do art. 1.799, I, do CC, devendo obedecer ao prazo de dois anos a partir da abertura da sucessão para que a prole venha a nascer, do contrário a disposição testamentária caducará, além do que a pessoa indicada no testamento deve ser a viúva do testador e estar em tal condição.

A última corrente, denominada de inclusiva reconhece direitos iguais àqueles nascidos por inseminação post mortem, tanto no que diz respeito ao direito de família quanto aos direitos sucessórios. Os que defendem tal corrente, entre eles Dias (2011) e Albuquerque Filho (2006), fundam-se nos princípios da igualdade entre os filhos, do planejamento familiar e da dignidade da pessoa humana.

Na defesa do reconhecimento dos direitos dos advindos de inseminação póstuma, Albuquerque Filho (2006, p. 184) aduz:

Assim, em um sistema jurídico como o nosso que reconhece o pluralismo das entidades familiares e a plena liberdade do planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, não se pode admitir norma ou regra restritiva à inseminação artificial *post mortem*, além disso é perfeitamente possível que o projeto parental se tenha iniciado em vida, dos cônjuges ou companheiros, e venha a se concretizar após a morte de um dos mesmos. A inequívoca manifestação de vontade, fundada no consentimento expresso que tenha deixado o falecido para utilização do material genético deixado para esse fim, legítima e legaliza a inseminação *post mortem*, fazendo com que os efeitos jurídicos sejam reconhecidos, em sua plenitude, àquele nascido mediante a utilização da pré-falada técnica.

No mesmo trilha, Gonçalves (2012, p. 76) atenta para o art. 1.597, III, do CC, retrotranscrito e para o princípio da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, § 6º, da CF/88:

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.

Sobre a questão em debate, Dias (2011, p. 123) ainda declara:

É difícil dar mais valor a uma ficção jurídica do que ao princípio constitucional da igualdade assegurada à filiação (CF 227 § 6º). Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798) e até as pessoas ainda não concebidas (CC 1.799 I), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem*. Sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, descabido afastar da sucessão quem é filho e foi concebido pelo desejo do genitor.

Diante de tais argumentações, o que se busca mostrar é que diante da lacuna legislativa quanto aos direitos sucessórios desses filhos, não se pode apenas esquecer um dos princípios basilares que regem o ordenamento pátrio, o da igualdade, previsto no art. 5º, e reiterado no art. 227, § 6º, da Carta Magna, o qual prevê que todos são iguais perante a lei, não admitindo distinção de qualquer natureza. Nesse aspecto, Albuquerque Filho (2006) aduz que não seria possível que existisse uma legislação infraconstitucional que restringisse o direito dos filhos concebidos por inseminação post mortem, pois se houvesse tal restrição estaria agindo com discriminação à igualdade com os demais filhos, seus irmãos biológicos.

No que diz respeito à fixação de um prazo para utilização do material genético criopreservado, o autor supracitado acredita que o falecido deverá estabelecer um prazo em documento escrito ou por meio de testamento, a fim de que não seja prolongada indefinidamente a perspectiva da fecundação post mortem e se preserve a segurança jurídica. De maneira contrária leciona Dias (2011, p. 124):

Mesmo quem reconhece o direito sucessório ao filho concebido mediante fecundação artificial póstuma se inclina em estabelecer o prazo de dois anos para que ocorra a concepção, fazendo analogia ao prazo para a concepção da filiação eventual (CC 1.800 § 4º). Essa limitação não tem qualquer justificativa. Não se pode discriminar o filho havido post mortem concebido com sêmen do pai pré-morto, depois do prazo de dois anos. A tentativa de emprestar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que veio a nascer, ainda que depois de alguns anos.

Os que defendem a referida corrente não visualizam a exclusão dessa prole da ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829, do CC, tendo em vista que existe o vínculo consanguíneo entre o genitor que desejou o filho e este. Assim sendo, reconhecem plenos direitos aos filhos advindos de fecundação artificial homóloga post mortem.

O que se deseja com tamanha discussão é não deixar desamparado o filho que tendo sido desejado por ambos os pais, usando da sua livre decisão baseado no direito ao planejamento familiar, por motivos maiores não nasceu enquanto um deles ainda estava vivo.

A Constituição Federal incluiu entre as garantias fundamentais o direito de herança (art. 5º, XXX). Assim, Freitas (2008) prevê que num Estado Democrático de Direito onde o se apregoa o garantismo constitucional não há que se falar em exclusão de direitos a quem quer que seja, devendo-se procurar meios para tutelar os direitos desta prole. Afirma ainda que a Constituição Federal defendendo a livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar, veda qualquer minoração deste direito, por quem quer que seja, e, se houver, estará atacando os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Por fim, Albuquerque Filho (2006, p. 191) aduz que a “possibilidade de não se reconhecer direitos à criança concebida mediante fecundação artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio familiar”.

Nessa conjuntura, não havendo no ordenamento jurídico pátrio regra proibitiva da fecundação póstuma, e com base nos princípios da igualdade entre os filhos, do planejamento familiar, da dignidade da pessoa humana, necessário se faz que se assegure os direitos da criança advinda através dessa, do contrário estaria agindo com desrespeito à princípios basilares na Carta Magna.

## 5 CONCLUSÃO

O trabalho científico em apreço propôs-se a analisar os direitos sucessórios dos advindos por meio da inseminação homóloga *post mortem*, em especial a possibilidade dessa prole figurar como herdeira legítima necessária no processo sucessório. Assim, estudou-se os dispositivos que regulam o sistema sucessório no Brasil e tomando como norte os princípios constitucionais que regem as relações de família.

Para se chegar a essa análise, o trabalho abordou no primeiro capítulo a estrutura que rege a relação sucessória no Direito Brasileiro, delimitando o debate às modalidades legais da sucessão. Igualmente traçou os aspectos fundamentais que estão regulando a capacidade dos sujeitos para figurarem na sucessão após a morte do instituidor da herança, seja ela legítima ou testamentária.

No segundo capítulo, o trabalho ateu-se a filiação no contexto atual bem como seus efeitos, principalmente em pontos como o reconhecimento dos filhos advindos por meio das técnicas de reprodução assistida trazido pelo Código Civil. Trouxe para a discussão os princípios constitucionais que regem as relações de família com o intuito de visualizá-los diante dos avanços biotecnológicos que influenciam nessas relações. Buscou especificar as principais técnicas de reprodução artificiais, com maior enfoque no tipo homólogo, bem como os efeitos que a utilização das referidas técnicas ocasionam nas relações de parentesco.

Nesse capítulo foi possível confirmar a ausência de uma legislação específica que regule o uso dessas técnicas de reprodução. Sendo assim, os princípios constitucionais exercem distinta importância no que se refere a garantir os direitos fundamentais a prole advinda através delas.

No terceiro e último capítulo foi feita uma análise pormenorizada da inseminação homóloga *post mortem*, relatando suas principais características. Assim, atestou-se com um estudo na doutrina e jurisprudência a inexistência de normas que regulem a utilização da referida técnica, bem como a grande celeuma quanto à possibilidade de sua realização. Mais adiante tratou do surgimento do sujeito de direitos, com enfoque nas teorias da personalidade do nascituro, relatando o que a doutrina, jurisprudência e a legislação trazem a respeito do assunto.

Por fim, tratou dos direitos sucessórios dos concebidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*. Expondo as posições doutrinárias acerca da possibilidade do

reconhecimento de direitos sucessórios à prole advinda após a morte do instituidor da herança, especialmente a viabilidade de figurarem como herdeiros legítimos necessários no processo sucessório. Desse modo, percebeu-se que a doutrina mais atual acredita nessa possibilidade, tendo em vista que o próprio Código Civil os reconhece como nascidos na constância do casamento.

Dessa forma, todos os objetivos aos quais se destinou o trabalho em apreço foram alcançados, uma vez que se demonstrou as principais técnicas de reprodução assistida hoje utilizadas; examinou-se os princípios constitucionais dentro das relações de família e sucessórias; e apontou-se a ausência de uma legislação específica que regule o tema.

Logo, constatou-se que por mais que o Direito tente acompanhar os avanços biotecnológicos e sociais, sempre haverá situações as quais não serão reguladas, como ocorre com o tema abordado. A falta de uma legislação específica que regule o uso das técnicas de reprodução artificiais gera situações de difícil solução, principalmente no que tange aos direitos sucessórios.

Assim, percebeu-se que se o Código Civil dispõe que na sucessão legítima são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e o próprio Diploma Civil trata os filhos advindos de inseminação homóloga póstuma, como tendo sido concebidos na constância do casamento, não há que se falar na exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário levaria a aceitar a existência no Direito Brasileiro, de filho que não possui direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

Assim, conclui-se que não havendo no ordenamento jurídico pátrio regra proibitiva da fecundação homóloga póstuma, e com base nos princípios da igualdade entre os filhos, da dignidade da pessoa humana, do planejamento familiar, necessário se faz que assegure-se a proteção aos direitos fundamentais da criança advinda através dessa técnica, do contrário estaria agindo com desrespeito a princípios basilares da Carta Magna. Dessa forma, resta-se confirmada a hipótese de que a prole advinda por meio de inseminação artificial homóloga post mortem pode vir a figurar como herdeira legítima necessária, tomando como base os referidos princípios constitucionais, bem como a presunção de paternidade estabelecida pelo Código Civil.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e dignidade humana**, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 169-191

ANDREAZZA, Gabriela Lucena. A personalidade jurídica dos embriões excedentários e a dignidade da pessoa humana . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3391, 13 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22778>>. Acesso em: 22 mar. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1998.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 10.406**, 10 de janeiro de 2002: Institui o Código Civil. Publicado no D.O.U. em: 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2013.

\_\_\_\_\_, **Resolução do CFM nº 1.957** de 15 de dezembro de 2010. Publicada no D.O.U. de 06 jan. 2011, Seção I, p.79. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm)>. Acesso em: 12 mar. 2013

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Lei 90 - Dispõe sobre a Reprodução Assistida. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=1304](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304)>. Acesso em 14 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3510**. Julgada em 29 de Maio de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em 24 Mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial 163.167**, Rel. Min. Ilmar Galvão, publicado no DJ em: 31 out. 1997. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?PROCESSO=163167&CLASSE=RE&cod\\_classe=437&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP\\_JULGAMENTO=M](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?PROCESSO=163167&CLASSE=RE&cod_classe=437&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M)>. Acesso em: 20 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 61.434/SP**, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 16.07.1997, publicado no D.O.U. em: 08 set. 1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=capacidade+sucess%3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=12>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

CAMARGO, Patrícia Lacerda Franco. **Direito sucessório do cônjuge sobrevivente: funcionalização da família**. Faculdade Autônoma de Direito – tese de mestrado. Disponível em: <[http://www.fadisp.com.br/download/turma\\_m3/Patricia\\_Lacerda\\_Franco\\_Camargo.pdf](http://www.fadisp.com.br/download/turma_m3/Patricia_Lacerda_Franco_Camargo.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2013.

COCO, Bruna Amarijo. Reprodução assistida post mortem e seus aspectos sucessórios. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3238, 13 maio 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21747>>. Acesso em: 14 mar. 2013.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**. Decreto N° 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre direitos humanos ( Pacto de São José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Manual das Sucessões**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

**Dicionário Médico**. Laparoscopia. Disponível em: <<http://www.dicionariomedico.com/laparoscopia.html>>. Acesso em 12 mar. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 6: direito das sucessões. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_, **Direito de Família**. vol. 5. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas Consequências nas Relações de Família - A Filiação e a Origem Genética sob a Perspectiva da Repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2009.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

FREITAS, Douglas Philips. Reprodução assistida após a morte e o direito de herança. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>>. Acesso em: 23 mai. 2012.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. Vol. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Direito de Família*. vol. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Direito das Sucessões*. vol. 7. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Fernando David de Melo Gonçalves. **Novos Métodos de Reprodução Assistida e Consequências Jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2011.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 10.ed. São Paulo: Rideel, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernades. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v.2, n.3, dez.2007. p. 63-72. Disponível em:<<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/98/78>> Acesso em: 25 mar. 2013

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil – parte especial: do Direito das Sucessões**. V. 20. São Paulo: Saraiva, 2003.

Lei de Introdução ao Código Civil (LICC). **Aspectos Hermenêuticos**. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/96778248/LICC>>. Acesso em: 22 mar. 2013

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

LEITE, Gisele Pereira Jorge. Esclarecimentos sobre exclusão do direito sucessório por indignidade e deserdação. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7292](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7292)>. Acesso em: 20 fev. 2013.

LEITE, T., HENRIQUES, R.. Resolução CFM 1.957/10: principais mudanças na prática da reprodução humana assistida. **Revista Bioética**, Brasília, v.20, n.3, dez. 2012. Disponível em: [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/760/813](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/760/813). Acesso em: 12 Mar. 2013.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida - Aspectos Éticos e Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2003

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 2. tiragem. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

OMMATI, José Emílio Medauar. As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 25, 24 jun. 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1854>>. Acesso em: 12 mar. 2013.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Ação Penal**. Recanto das Letras. São Paulo, 28 Fev. 2008. Disponível em:<<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 14de mar. 2013.

PUSSI, William Artur. **Personalidade Jurídica do Nascituro**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito das sucessões – vol. 7**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico – vol. 4**. 26.ed. Trad. Nagib Slaidi Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil:** direito das sucessões. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010.