



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO**

FLÁVIA MARIA RIBEIRO VELOSO

**O DIREITO DAS SUCESSÕES NOS PROCEDIMENTOS DE
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA “*POST MORTEM*”.**

**CAMPINA GRANDE - PB
2010**

FLÁVIA MARIA RIBEIRO VELOSO

**O Direito das Sucessões nos Procedimentos de
Inseminação Artificial Homóloga “*Post Mortem*”.**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC)
apresentado à Banca Examinadora do
Curso de Direito da Universidade Estadual
da Paraíba, em cumprimento à exigência
para obtenção do título de Bacharelado
em Ciências Jurídicas, orientado pelo
Prof. Esp. Plínio Nunes Souza.

Campina Grande-PB

V441d Veloso, Flávia Maria Ribeiro.
O Direito das Sucessões nos Procedimentos de Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem [manuscrito] / Flávia Maria Ribeiro Veloso. – 2010.

56 f.

Digitado.

Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2010.

“Orientação: Prof. Esp, Plínio Nunes Souza Departamento de Direito privado”.

1. Direito privado 2. Bioética 3. Inseminação póstuma 3.
I. Título.


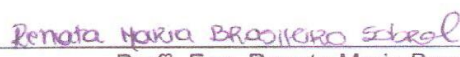

21. ed. CDD 346

FLÁVIA MARIA RIBEIRO VELOSO

O Direito das Sucessões nos Procedimentos de
Inseminação Artificial Homóloga "Post Mortem".

Aprovado em: 07 de dezembro de 2010.

BANCA EXAMINADORA:

 _____ Prof. Esp. Plínio Nunes Souza – Orientador	<u>10,0</u> NOTA
 _____ Profª. Esp. Renata Maria Brasileiro Sobral	<u>10,0</u> NOTA
 _____ Prof. Esp. Valfredo de Andrade Aguiar Filho	<u>10,0</u> NOTA

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a **Deus** pelo dom da vida e por me permitir a conquista de mais esta vitória. Não seria nada sem a fé que eu tenho.

A **minha mãe** pelo incentivo, por acreditar e investir na minha educação não medindo esforços para tanto. Meu exemplo de desafio, vitória e amor.

Ao **meu pai**, que mesmo na ausência esteve e estará sempre presente em meu coração.

A **minha querida avó Maguí**, pelo amor, dedicação, cuidado. Foram os seus valores semeados em mim, que deram base para a estrutura que tenho hoje e a certeza de que conto com ela para o que der e vier.

À **minha grande família e ao meu namorado Ricardo**, pelo amor e apoio de sempre.

Ao meu chefe e amigo advogado, **Mauro Rocha Guedes**, pelos ensinamentos que levarei ao longo da minha vida.

Ao meu orientador, Professor **Plínio Nunes de Souza**, pelo apoio e empenho na contribuição da realização deste trabalho.

À **banca examinadora** pela disponibilidade em compô-la, agradeço a atenção ofertada.

Agradeço também a todos que de alguma forma, direta ou indiretamente, contribuíram para a minha formação. A esses que me apoiaram e que continuam me apoiando, meus mais sinceros agradecimentos.

“Só se pode alcançar um grande êxito
quando nos mantemos fiéis a nós
mesmos”. (Friedrich Nietzsche)

RESUMO

O avanço científico em contraposição a estabilidade do Direito gera inúmeros debates acerca das mudanças sociais que deverão ser inseridas no ordenamento jurídico. Através da globalização e da modernidade, as novas tecnologias obrigam o operador do Direito a desencadear elementos normativos para que não permaneçam estáticos diante deste desenvolvimento mundial. Os novos procedimentos de fertilização são exemplos da falta de acompanhamento da norma para com o avanço da biotecnologia. A lacuna deixada pelo legislativo, impulsiona doutrinadores a uma análise mais específica sobre a diversidade de características que englobam polêmicas acerca de temas como os efeitos do Direito Sucessório para filhos concebidos mediante Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem. Nessa medida, foi desenvolvida uma pesquisa teórico-exploratória, caracterizando-se por meio da pesquisa bibliográfica. Analisou-se, dessa forma, o direito sucessório e a reprodução assistida, tema amplo e atual. Ademais, constatou-se que a fecundação artificial *post mortem* por não ser proibida no Direito Brasileiro é temática apta as mais diversas interpretações. O cerne da questão é precisamente o de definir qual a qualificação jurídica do nascido, mediante procriação artificial ocorrida após a morte do *de cuius*. Matéria que une perspectivas tecnológicas, éticas, filosóficas, dentre outros assuntos que norteiam a aplicação dos efeitos jurídicos.

Palavras-chave: Inseminação Póstuma – Capacidade sucessória – Princípio da Igualdade.

ABSTRACT

Scientific progress versus the stability of the law raises many debates on the social changes to be incorporated in the legal system. Through globalization and modernity, new technologies require the operator of the Right trigger for regulatory elements that do not remain static in front of this global development. New fertilization procedures are examples of the lack of monitoring of the standard to the advancement of biotechnology. The gap left by the legislature, drives scholars to a more specific analysis of the diversity of features that include controversial issues about the effects of the Succession Law for children conceived through Artificial Insemination Homologous Post Mortem. As such, we developed a theoretical and exploratory research, characterized by the research literature. Consideration was thus the law of succession and assisted reproduction, and large current issue. Moreover, it was found that post-mortem artificial insemination is not prohibited by law in Brazil is the most suitable theme interpretation. The point is precisely to define the legal status of born through artificial fertilization occurred after the death of the deceased. Feature linking technological perspectives, ethical, philosophical, among other issues that guide the application of legal effects.

Key word: Posthumous insemination – Capacity inheritance – Principle of Equality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. O DIREITO DAS SUCESSÕES	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.0
1.1 DO CONCEITO DE DIREITO DAS SUCESSÕES	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.2
1.2 DAS ESPÉCIES DE SUCESSÕES.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.3
1.2.1 A SUCESSÃO LEGÍTIMA E SUA IMPORTÂNCIA NO ÂMBITO FAMILIAR ...	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.3
1.2.2 A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA E SUAS LIMITAÇÕES	14
1.3 DA ABERTURA DA SUCESSÃO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.5
1.4 DA HERANÇA E SUA TRANSMISSÃO ..	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.7
1.5 DA CAPACIDADE PARA SUCEDER.....	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.8
2. A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL	20
2.1 DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO.....	20
2.2 AS NOVAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SUA ACEITAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	21
2.3 O PROCEDIMENTO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL.....	26
2.3.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.7
2.3.2 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA	30
2.4 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL <i>POST MORTEM</i>	31
2.5 O DIREITO COMPARADO	33
3. OS EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES DO DIREITO DAS SUCESSÕES NOS PROCEDIMENTOS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>.....	35
3.1 A INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.798 ANTE A POSSIBILIDADE DA FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>	35
3.2 O ART. 1.799 E A POSSIBILIDADE DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA PARA FILHOS CONCEBIDOS POR INSEMINAÇÃO PÓSTUMA	38
3.3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS	40
3.4 A POSIÇÃO DOUTRINÁRIA ACERCA DOS EFEITOS DA FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL <i>POST MORTEM</i> NO DIREITO	41
3.5 A POSSIBILIDADE DA SUCESSÃO LEGÍTIMA PARA FILHOS CONCEBIDOS POR INSEMINAÇÃO PÓSTUMA	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.6
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

A globalização, os avanços tecnológicos e o desenvolvimento acelerado da ciência, principalmente na área da biotecnologia, obrigam o encaminhamento da sociedade para o acompanhamento, em ritmo acelerado, da modernidade.

Diante desta atual realidade, busca-se uma integralização entre os vários ramos da ciência, evidenciando a necessidade de estudos multidisciplinares, que envolvam conhecimentos não apenas de um único ramo. Frente a este quadro de desenvolvimento científico e tecnológico, é de suma importância que os operadores do Direito não minimizem seus conhecimentos apenas no âmbito jurídico, mas, os enfoques em questões das ciências biológicas, médicas, sociológicas, dentre outras que rodeiam as relações humanas, implicarão em uma melhor compreensão do texto legal, integralizando a Legislação Pátria à realidade da modernização.

À Bioética, como elo entre a ciência e a ética, tem como objetivo alçar questões, armazenar toda e qualquer inquietação, adornar as possibilidades de acerto e de erro, de benefício e de malefício, decorrentes do desempenho indiscriminado de práticas biotecnológicas e biomédicas que possam afetar, de qualquer forma, o cerne de importância da vida humana sobre a terra, vale dizer, a dignidade da pessoa humana.

Desta correlação entre a Bioética e o Direito, nasce uma apresentação problematizada das novas situações da vida dos homens, oriundas destes avanços e conquistas de novas biotecnologias e até então não previsíveis, e que carecem da atenção e do apreço do jurista, no sentido de lhes dar os limitadores contornos legais, pois que indispensáveis à concretização da sobrevivência humana, dentro dos padrões da dignidade e da ética.

As chamadas técnicas de reproduções assistidas são exemplos da extrema necessidade do acompanhamento humano frente aos avanços científicos. Com relação a estes procedimentos, iniciou-se uma importante discussão acerca dos impactos trazidos por tais técnicas à sociedade e, por conseqüência, ao direito.

No presente trabalho, serão analisadas importantes considerações acerca do direito das sucessões nos procedimento de inseminação artificial homóloga post mortem, quando realizada após a morte do doador do sêmen, que no caso, é o

próprio marido ou companheiro da receptora. Um tema amplo e que pode ser debatido em busca de uma finalidade aplicável.

Dessa situação, iremos comprovar que decorre uma série de implicações éticas, psicológicas, e jurídicas, dentre estas, questões que interferem de forma direta no Direito das Sucessões, principalmente no que diz respeito ao patrimônio do doador.

O primeiro capítulo irá especificar de maneira ampla a conceituação do Direito das Sucessões, analisando, de forma sistemática, as duas modalidades sucessórias, bem como o disposto no art. 1.798, do Código Civil brasileiro, o qual prevê as condições e limitações existentes para suceder, enfocando as reais possibilidades de herança e a capacidade de suceder dos herdeiros, avaliando as reais possibilidades frente ao texto constitucional e ainda os seus reflexos no direito de família e sucessório.

Para tal objetivo, será abordada de forma sucinta toda a contextualização pertinente ao tema do trabalho em comento que faz referencia ao Direito de Sucessões a luz do Código Civil atual.

O segundo capítulo estará voltado especificamente para a reprodução assistida e a inseminação artificial, em seus diferentes aspectos. Serão feitas algumas considerações acerca das técnicas de reprodução humana assistida no Brasil, principalmente no que se refere ao tema central, objeto do presente trabalho, abordando ainda o posicionamento da legislação brasileira a respeito desta tecnologia.

Por fim, em um ultimo capítulo será realizada uma análise relativa ao ponto central do trabalho, a correlação entre o direito sucessório e seus efeitos perante o procedimento de inseminação artificial homologa post mortem. Assim, serão determinados os limites e possibilidades sucessórias do infante gerado a partir da reprodução assistida post mortem.

Nessa medida, o trabalho foi enquadrado, no que tange à área científica, na pesquisa teórica, posto ter como principal finalidade a expansão das generalizações, a definição e a busca pela estrutura sistêmica. Esta concepção estará baseada na legislação que disciplina o Direito das Sucessões, bem como, na doutrina civilista.

Com relação aos objetivos, será uma pesquisa exploratória, com fulcro no levantamento bibliográfico e na exploração do problema. Serão utilizados livros

encontrados em bibliotecas públicas e particulares, bem como outros materiais adquiridos com recursos próprios.

A abordagem será qualitativa, com uma pesquisa descritiva, que utilizará exemplos práticos e pesquisas bibliográficas e eletrônicas. Importante mencionar que a leitura de documentos que enfatizem o tema proposto será a peça chave para desencadear a pesquisa.

Para o desenvolvimento textual, serão determinados os pontos mais importantes a serem debatidos, separando o que será delimitado em cada capítulo da pesquisa. Também serão fichadas as idéias principais de doutrinadores que discorrem sobre o tema.

A característica de trabalho multidisciplinar fará com que o projeto não se limite aos estudantes de Direito. Assim, alcançará um público diversificado pautado no estudo das relações do homem e na proteção aos direitos humanos.

1. O DIREITO DAS SUCESSÕES

1.1 Do conceito de Direito das Sucessões

A palavra morte remete diretamente a idéia de término, final de vida. Consta no dicionário de Língua Portuguesa de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1986) a seguinte explicação acerca do significado do referido vocábulo: “acto de morrer, o fim da vida genital, animal, fim. Grande dor, pesar profundo”. No entanto, quando o assunto encontra-se designado a bens, valores ou dívidas, morrer significa transmissão, continuidade. Nesta seara é que se fundamenta o Direito Sucessório, onde herdeiros ficam sujeitos à vontade da lei ou do falecido, no que tange ao recebimento da herança.

Do exato conceito e da terminologia exposta, verifica-se que a expressão que melhor traduz o direito sucessório é transferência. Isso porque “sucessão” baseia-se no ato de substituição, onde uma pessoa irá tomar o lugar de outra, no todo ou em parte, nos direitos que lhe competiam.

Neste sentido, vejamos a preciosa lição da doutrinadora DINIZ (2007, p. 03)

“Com a morte do autor da herança o sucessor passa a ter a posição jurídica do finado, sem que haja qualquer alteração na relação de direito, que permanece a mesma, apesar da mudança de sujeito. Deveras, ressalvado o sujeito. Mantêm-se todos os outros elementos dessa relação: título, o conteúdo e o objeto. Dessa forma, o herdeiro insere-se na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém do de cujus.”

Nessa mesma linha, colhemos o ensinamento de PEREIRA (2005, p.13) que define o tema como sendo “o direito, por cuja força a transmissão dos bens do *de cujus* se dá”. Assim como Maria Helena Diniz, o autor afirma que “a sucessão é a forma de uma pessoa inserir-se na titularidade de uma relação jurídica que advém de outra pessoa, sendo a própria transferência de direitos, de uma outra pessoa”.

Nesta perspectiva, LEITE (2004, p.24) segue similar posicionamento, preestabelecendo o conceito através da substituição de direitos, deste modo aduz

“Em sentido amplo, a sucessão designa o ato pelo qual uma pessoa toma o lugar de outra, substituindo o antigo titular nos direitos que lhe competiam”.

Para VENOSA (2004, p. 12) “*suceder* é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito”.

O civilista MONTEIRO (2000, p.05) acrescenta

“O direito sucessório bem como a herança converteu-se nos institutos jurídicos mais discutidos, tendo sofrido persistentes ataques dos jus naturalistas e escritores da escola de Montesquieu e Rousseau, bem como dos socialistas, na atualidade, principalmente por procurar tutelar a família.”

Por reger todas as fases da vida humana, o Código Civil é norma reguladora desde o nascimento estendendo seus efeitos até instantes posteriores a morte. Sob os aspectos de transmissão após a extinção da vida, o Direito Sucessório, disciplinado através dos Artigos 1.784 ao 2.027 do referido diploma legal, contribui prelecionando o modo como ocorrerá a substituição do titular do direito.

O direito a sucessão está assegurado em nossa Carta Magna em seu artigo 5º, XXX, quando a norma constitucional prevê a transmissão da herança. Sua importância fundamenta-se no fato de que a garantia de transmissão de direitos gera conseqüências ao direito da família e a propriedade, refletindo em um sistema de continuidade da vida humana e garantia familiar.

1.2 Das espécies de sucessões

1.2.1 A Sucessão Legítima e sua importância no âmbito familiar

A sucessão legítima é a modalidade sucessória mais comum na atualidade, restando constituída através de um testamento presumido ou tácito do de cujus que não dispôs, expressamente, de seus bens, conformando-se com o fato de que seu patrimônio irá pertencer às pessoas enumeradas por lei. Assim, com a ausência testamentária todo patrimônio do falecido será transferido às pessoas indicadas por força de lei.

A predominância deste instituto jurídico na tradição do nosso Direito das sucessões é marcante, principalmente em razão da influência do elemento familiar na formação deste ramo do direito. Nesta seara afirma DINIZ (2007, p.17) “a sucessão legítima é regra, enquanto que a testamentária, seria exceção no Direito Brasileiro”.

O autor PEREIRA (2005, p.20) defende a idéia de tratamento isonômico entre ambos os institutos alegando que

“Inexiste superioridade de um tipo de sucessão sobre a outra, em prestígio ou importância. É apenas o meio mais freqüente, tendo em vista a menor difusão do testamento e, em consequência, da sucessão testada.”

De fato, a sucessão legítima prevalece em todos os casos, abrangendo todos os bens, quando não há ocorrência de testamento. Funda-se no caso de se ligar uma pessoa a um agrupamento familiar, pela consaguinidade ou pelo casamento, e faltando um ou outro, de sujeitar-se à Soberania do Estado. Por gerar relações jurídicas no âmbito familiar, justifica-se a predominância desta espécie de sucessão no direito brasileiro. Desta feita tamanha são as indagações no instante em que a modernidade revela o surgimento de uma nova conceituação relacionada à família e ao estado de filiação.

1.2.2 A Sucessão Testamentária e suas limitações

A modalidade sucessória oriunda de testamento válido ou de disposição de última vontade que, além da legítima, abre espaço à vontade soberana do testador quanto à cota disponível, é a sucessão testamentária. Esta reflete a vontade real do testador que se sobrepõe à proposta legal de divisão do patrimônio sucessório.

O autor PEREIRA (2005, p.13) conceitua a sucessão testamentária como “aquela que se dá em obediência à vontade do defunto, prevalecendo, contudo, as disposições legais naquilo que constitua *ius cogens*, bem como no que for silente ou omissis o instrumento.”

Neste sentido, havendo testamento irá prevalecer à sucessão testamentária ante a primazia da vontade do testador sobre a disposição da lei. Ressalva-se,

porém, a metade da herança, chamada de “legítima”, a que têm direito os herdeiros necessários, assim impõe o Código Civil de 2002

“Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.”

Pode-se comprovar com o exposto que a liberdade de testar limita-se pela sucessão legítima, isto é, pela fração ou cota da sucessão que retornava, necessariamente, aos parentes. Neste sentido informa DINIZ (2007, P. 16)

“Assim sendo, o patrimônio do de cujus será dividido em duas partes iguais: a legítima ou reserva legitimária, que cabe aos herdeiros necessários, a menos que sejam deserdados, e a porção disponível, da qual pode livremente dispor, feitas as exceções concernentes à incapacidade testamentária passiva. A porção disponível é fixa, compreendendo a metade dos bens do testador, qualquer que seja o número e a qualidade dos herdeiros.”

Nesta medida, pode-se comprovar que a sucessão testamentária esta baseada em dois fatores de tamanha importância: a vontade do falecido e a limitação legal. A partir da fração ideal reservada necessariamente aos parentes é que a outra cota da sucessão será distribuída aos testamentários. Por tal dispositivo é que se revela a necessidade do acompanhamento legal em contrapartida aos avanços científicos que implicam no nascimento de valores até então desconhecidos da humanidade, como é o caso do reconhecimento do estado de filiação aos descendentes concebidos por inseminação póstuma.

1.3 Da abertura da sucessão

A morte natural é o cerne de todo o direito sucessório. Não há, pois, a ocorrência de herança de pessoa viva. Não se reconhece direito adquirido à herança, senão depois da morte, configurando-se mera expectativa. Por este motivo, o momento do falecimento precisa ser provado biologicamente, através de recursos empregados na Medicina Legal e por meio de certidão de óbito. Neste sentido afirma MONTEIRO (2000, p.01)

“A sucessão, no questionado ramo do direito civil, tem, pois, como pressuposto, do ponto de vista subjetivo, a morte do autor da herança. Antes desse evento, o titular da relação jurídica é o de cujus. Depois dele, o herdeiro torna-se titular, sucedendo ao defunto, tomando-lhe o lugar e convertendo-se assim no sujeito de todas as relações jurídicas, que a este pertenciam.”

A legislação civil brasileira, somente em casos excepcionais permite a sucessão provisória quando a ocorrência de morte presumida do ausente. Todavia, as providências legais que se aplicam a sucessão de morte presumida não se confundem com a do falecido comprovado pela medicina. Neste contexto expõe PEREIRA (2005, P. 18)

“Por exceção, a lei reconhece a sucessão nos bens do ausente, a princípio provisória e depois definitiva, tendo em vista o inconveniente social e econômico da acefalia do patrimônio em razão do afastamento do domicílio. Não se qualifica, porém, como sucessão mortis causa, e nem os bens do ausente se consideram herança.”

Como vemos, a morte natural constitui o fato gerador da abertura sucessória. Após o óbito do autor da herança o patrimônio, imediatamente, irá ser transferido aos herdeiros legítimos e testamentários. Isto ocorre pela conservação da doutrina da transmissão imediata da posse e propriedade estabelecida no Novo Código Civil Brasileiro, que determina o conceito do *droit de saisine*, constituindo a posse de bens por alguém que ainda não a tinha, sendo estes os bens determinados na herança. Esta é a regra estabelecida no art. 1.784 do Código Civil, dispondo que a abertura da sucessão implica na transmissão imediata da propriedade e da posse.

Segundo LEITE (2004, p. 36) o princípio da *saisine* é caracterizado como “a habilitação legal, reconhecida a certos sucessores, de exercer os direitos e ações do defunto sem necessidade de preencher qualquer formalidade prévia”.

A autora DINIZ (2007, p. 23) também discorre acerca do princípio norteador da abertura sucessória afirmando que “este determina que a transmissão do domínio e da posse da herança ao herdeiro se dê no momento da morte do de cujus independentemente de quaisquer formalidades”.

Podemos verificar com isso que o domínio e a posse são os dois resultados imediatos da transmissão hereditária. A abertura da sucessão dá-se com a morte, e no mesmo instante os herdeiros a adquirem, havendo apenas a substituição do sujeito.

Com base nisso, o herdeiro que vier a falecer, ainda com a ignorância de que herdara tal patrimônio, transmitirá de imediato, a propriedade e a posse da herança aos seus sucessores. Daí constitui a importância da constatação de sobrevivência do herdeiro no instante da morte do autor da herança. Sobre o assunto preleciona DINIZ (2007, p. 27)

“Desse modo, a determinação da sobrevivência tornar-se-á um problema, se falecerem num sinistro (incêndio, desastre de automóvel, naufrágio, acidente aeronáutico, etc.) pessoas que sejam entre si parentes sucessíveis. Para se saber quem sucumbiu primeiro, recorre-se a todos os meios probatórios admissíveis em direito e cientificamente. Se não se chegar, com esses meios de prova, a um resultado concludente, o direito brasileiro socorre-se a presunção legal de simultaneidade de óbito.”

Frente ao exposto, mister se faz evidenciar que em caso de comoriência, ou seja, morte simultânea disciplinada pelo Art. 8 do Código Civil, não haverá transmissão de direitos hereditários.

1.4 Da herança e sua transmissão

Através da garantia Constitucional fundamentada no Art. 5, inciso XXX da Carta Magna, o direito a herança encontra-se caracterizado como preceito fundamental do ser humano.

Como já mencionado em tópico anterior, após o falecimento, a herança é oferecida automaticamente a quem possa adquiri-la, respeitando o *droit de saisine*. A transferência imediata da posse e propriedade será no momento da morte, exigindo fixação de dia e hora do falecimento, registrado através da certidão de óbito oficiada no Registro Civil. Assim se posiciona DINIZ (2007, p. 30)

“O domínio dos bens da herança transfere-se, portanto, ao herdeiro do *de cuius*, automaticamente no momento do passamento, e não

no instante da transcrição da partilha feita no inventário, de modo que o fisco só poderá cobrar o imposto causa mortis baseado nos valores do instante do óbito.”

Neste sentido, LEITE (2004, p. 56) define herança como sendo “uma universalidade de direito até a partilha. Da abertura da sucessão até a partilha, todos os herdeiros são condôminos face ao espólio”.

Perante tais ensinamentos, pode-se ter a conclusão de que todos os herdeiros encontram-se frente ao espólio como verdadeiros possuidores e proprietários de uma cota ideal, abstrata, que só se materializará no momento da partilha. Esta indivisibilidade, afirma LEITE (2004, p. 56), seria “o meio de assegurar o direito de todos os co-herdeiros, entre si e contra terceiros”.

Este estado indiviso, decorrente da abertura sucessória, do qual se origina a herança, desaparece através da instauração do inventário, que, minucioso e exato, faz conhecer o complexo de bens transmitido pelo de cujus ao herdeiro, estipulando a igualdade entre os quinhões, pondo fim ao estado condominial.

1.5 Da capacidade para suceder

Entende-se por vocação hereditária o chamamento de pessoa legitimada a suceder nos bens do falecido. Assim, na sucessão legítima, será obedecida à ordem hereditária, prevista no atual Código Civil, onde em primeiro lugar estão os descendentes, que são os filhos, os netos, pela ordem de proximidade; na subsequente ordem, não havendo descendentes, situam-se os ascendentes, que são os pais, avós etc., observada a preferência dos mais próximos; e, em terceiro lugar, vem o cônjuge ou companheiro decorrente de união estável.

O Código Civil, ao tratar da vocação hereditária, dispõe em seu artigo 1.798 as condições preestabelecidas para suceder, disciplinando que

“Art. 1.798: legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”

Frente a esta imposição legal, tem-se que a primeira regra a legitimar a vocação hereditária é a de que a pessoa seja nascida ou já concebida no momento da abertura da sucessão. Atende-se, portanto, ao direito do nascituro, que a lei civilista resguarda, em seu Art. 2, a partir da concepção. Frente a este assunto, aduz DINIZ (2006, p.198)

“A capacidade sucessória do nascituro é excepcional, já que só sucederá se nascer com vida, havendo um estado de pendência de transmissão hereditária, recolhendo seu representante legal a herança sob condição resolutiva. O já concebido no momento da abertura da sucessão adquire desde logo o domínio e a posse da herança como se já fosse nascido, porém, como lhe falta personalidade, nomeia-se-lhe um curador ao ventre. Se nascer morto, será tido como se nunca tivesse existido. Se nascer com vida, terá capacidade ou legitimação para suceder.”

Nesse ponto, percebe-se que o direito sucessório não se estende aos filhos concebidos “*post mortem*”. Diante disto, conclui-se que haverá situação, nesses casos, de filhos havidos após a morte do autor da herança, como tais considerados no plano do Direito de Família, porém sem o abrigo do direito aos bens no Direito Sucessório.

Frente a este dispositivo legal, faz-se verificar a complexidade da questão sucessória para filhos havidos artificialmente, após a morte do pai, evidenciando assim, a necessidade de vários debates acerca do assunto. Diante da polêmica que este tema gera e que norteia o presente trabalho, trataremos deste assunto, em capítulo posterior.

2. A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

2.1 Da bioética e do biodireito

A globalização, os avanços tecnológicos e o desenvolvimento acelerado da ciência, principalmente na área da biotecnologia, obrigam o encaminhamento da sociedade para o acompanhamento, em ritmo acelerado, da modernidade. Como consequência desse desenvolvimento e, buscando interligar os novos direitos humanos aos conflitos e controvérsias morais gerados por práticas de questões onde não existe consenso, no âmbito das ciências relacionadas à vida e saúde, surge o estudo da bioética.

A bioética atinge ao campo de estudo ético-filosófico, sobretudo, das técnicas e limites das experimentações e procedimentos médico-científicos. É, portanto, um estágio inicial ao biodireito, servindo como base deste na busca pela adequação da legislação relacionada à matéria às realidades e necessidades práticas. Em suma, a bioética é uma ciência que estuda as novas relações humanas à luz da modernidade.

O surgimento desta disciplina advém da necessidade de se exercer um controle da utilização crescente de tecnologias nas práticas biomédicas, em especial as que têm por finalidade a manipulação da vida humana. Ora, se de um lado existe avanço espantoso na esfera científica, os aspectos éticos e morais advindos desses avanços não podem ficar desnorteados e necessitam de atualização, devendo ser adequados a realidade da sociedade.

A bioética busca então, desarticular a discussão acerca dos novos problemas impostos pelo desenvolvimento tecnológico, de um aspecto técnico para um caminho focado nos direitos humanos e sociais. Ante o exposto, dentre os objetos do seu estudo encontra-se o tema do presente trabalho, assunto de grande relevância na atualidade, que é a concepção de filhos obtidos através de manipulação genética em laboratório e sua influencia nas relações humanas e no direito. Por ser uma prática já tão difundida no mundo, atinge cada vez mais

parcelas maiores e mais significativas da população, fazendo com que os princípios básicos da bioética sejam altamente observados e seguidos de maneira prática.

Assim, através do surgimento de novas regras que estabelecem parâmetros entre o avanço biológico e valores humanos, a Bioética deu origem a uma nova área de estudos no Direito denominada Biodireito, servindo como base para a positivação de suas normas.

O biodireito é um novo ramo jurídico, que objetiva um estudo detalhado entre as normas jurídicas atuais e os avanços tecnológicos referentes à medicina e à biotecnologia. Seu principal objetivo é o de estabelecer a obrigatoriedade de observância dos mandamentos bioéticos, e, ao mesmo tempo, a discussão sobre a adequação sobre a necessidade de ampliação ou restrição da legislação.

Com isso, pode-se comprovar que o estudo da bioética e do biodireito é de fundamental importância para humanidade, estando interligados aos novos conceitos gerados a luz da modernidade em contraposição a estabilidade dos direitos humanos, que por sua vez assentam-se nos princípios e valores constitucionais.

Desta correlação entre esses dois novos ramos da ciência, nasce uma apresentação problematizada das novas situações da vida dos homens, oriundas destes avanços e conquistas de novas biotecnologias e até então não previsíveis, e que carecem da atenção e do apreço do jurista, no sentido de lhes dar os limitadores contornos legais, pois que indispensáveis à concretização da sobrevivência humana, dentro dos padrões da dignidade e da ética.

As chamadas técnicas de reproduções assistidas são exemplos da extrema necessidade do acompanhamento humano frente aos avanços científicos. Com relação a estes procedimentos, iniciou-se uma importante discussão acerca dos impactos trazidos por tais técnicas à sociedade e, por conseqüência, ao direito.

2.2 As novas técnicas de reprodução assistida e sua aceitação no direito brasileiro

Todos os casais buscam a sua procriação como princípio fundamental, seja com ou sem matrimônio sabe-se que o desejo de ter um filho para perpetuação da espécie é sonho da maioria dos seres humanos. A impossibilidade de não poder

gerar este sonho, resulta em grande frustração ao casal, fato que causa várias conseqüências, resultando inclusive na extinção da sociedade conjugal.

Na busca de soluções para este problema, objetivando melhorias na formação da família e oferecendo melhor relacionamento entre os casais, a ciência desenvolveu as denominadas técnicas de reprodução assistida, proporcionando a sociedade uma escala profunda de avanço científico marcante. Conforme a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, a técnica de Reprodução Assistida tem o papel de auxiliar a solucionar os problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes.

Ante o exposto, tem-se que a melhor maneira de conceituação para Reprodução Humana Assistida é a de que é um procedimento através da intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.

É de conhecimento geral que para a ocorrência das técnicas de reprodução assistida é necessário que existam fatores impeditivos que não proporcionem a fecundação natural. Este procedimento, está inserido ao direito a reprodução que é um direito fundamental, assegurado em nossa Constituição Federal de 1988, assim como a criopreservação de gametas está prevista na Resolução n. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, que consta no item V.1. a autorização expressa para clínicas, centros ou serviços criopreservarem espermatozóides, óvulos e préembriões. Importante mencionar que a vontade de ambos os cônjuges ou companheiros é condição essencial para a realização desta técnica, principalmente o pronunciamento acerca do destino a ser dado aos preembriões criopreservados quando da ocorrência de divórcio, doação ou o falecimento de um deles, este último, tema deste presente trabalho.

As principais técnicas de reprodução assistida são: a inseminação artificial (homóloga, *post mortem* ou heteróloga), a fecundação *in vitro* seguida da transferência de embriões e as chamadas "mães de substituição" ou "mães de aluguel", em caso de impossibilidade física da mulher.

Em suma, na inseminação artificial, a fecundação se dá dentro do corpo da mulher, através da introdução do esperma no interior do canal genital feminino, por processos mecânicos, sem que tenha havido aproximação sexual.

Já a fecundação *in vitro*, também denominada como "bebê de proveta", indicada para mulheres que tem obstrução tubária, é a técnica pela qual o material genético do casal é colhido e manipulado em laboratório, e só após a fecundação o embrião é implantado no útero da mulher.

No Brasil, não temos legislação proibitiva da reprodução assistida, tampouco existe lei admitindo tal prática. Apenas no que diz respeito aos direitos de filiação, não há discussões quanto às crianças nascidas por inseminação, póstuma ou não. Pois a criança gerada através da realização da inseminação artificial, mesmo se falecido o marido ou companheiro, terá direito à presunção de filiação, como concebida na constância do casamento, nos termos do artigo 1.597, inciso III, IV e V do Código Civil de 2002, que assim preleciona

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

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

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

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

O código tentou resolver a questão da paternidade frente a uma forma de procriação que não exige relação sexual, renovando o conceito de filiação, buscando englobar não apenas a possibilidade de filiação biológica, mas também a filiação jurídica e sócio-afetiva. Todavia, os novos dispositivos acrescentados no Novo Código Civil não deixam clara a autorização ou não do uso das técnicas de reprodução assistida, apenas constatam o problema e tentam solucionar o aspecto da paternidade. Tal fato caracteriza ainda mais a necessidade de regulamentação específica para o tema.

A doutrinadora DINIZ (2002, p.478) não se mostra adepta à reprodução assistida, todavia defende a intervenção do judiciário na aplicação de tais técnicas, disciplinando que

“Apesar de sermos contrários a essas novas técnicas de reprodução humana assistida, temos consciência de que o jurista não poderá quedar-se inerte ante essa realidade, ficando silente diante de tão intrincada questão, nem o legislador deverá omitir-se, devendo, por isso, regulá-la, rigorosamente, se impossível for vedá-la”

Diferente do posicionamento de Maria Helena Diniz, para LEITE (2004, p. 39), “a sociedade tem o dever de ajudar os casais que se chocam contra o obstáculo da esterilidade, a superar essa barreira.”

A questão é que a carência total de uma legislação específica e abrangente acerca desta evolução tecnológica que hoje já é parte de nosso cotidiano, faz com que a reprodução humana artificial seja livremente praticada, explorada e consentida sem a ocorrência de nenhum controle jurídico; Nesta seara encontra-se a influência da bioética na atividade médica, a fim de assegurar os direitos humanos. Como já mencionado, foi através do CRM na Resolução n. 1.358/92, Publicada no D.O.U dia 19.11.92- Seção I, Página 16053, que foram estabelecidas normas éticas para utilização das novas técnicas de reprodução, *in verbis*

“NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.”

Conforme preleciona o Conselho Federal de Medicina, constante na Resolução nº 1.358/92, para concepção de filhos obtidos com manipulação em laboratório, devem-se respeitar regras que buscam estabelecer limites com a finalidade de preservar os direitos humanos; assim, apenas serão aceitáveis materiais genéticos de casais heterossexuais, com uma relação estável, por razões médicas, em situações de infertilidade e/ou esterilidade, sendo comprovado que a busca por tal método conceptivo só fora realizada após tentativas infundadas pelo meio natural.

O Conselho Federal de Medicina, mesmo deixando de lado os aspectos jurídicos da questão, buscou integrar o uso das referidas técnicas com os direitos civis dos cidadãos, além de regulamentar princípios de ética médica. Todavia, o papel da bioética acaba aí, apenas buscando cercear o desenvolvimento científico, sem traçar as exigências mínimas que assegurem o equilíbrio entre os avanços tecnológicos e o quadro de valores da humanidade. Este é o papel do Biodireito, que deve se ocupar em estabelecer novas normas e princípios vinculados à procriação assistida e manipulação genética em sentido amplo.

Com vistas à correção de anomalias, e a viabilização do projeto parental, a genética desenvolveu métodos artificiais que modificaram a idéia que se tinha sobre paternidade e maternidade, e, essas inovações tecnológicas deveriam receber proteção integral do Direito, desde seu início com a proteção à vida do nascituro até o seu fim.

Com fulcro a esta proteção, o Código Civil de 2002 buscou dar o primeiro passo em prol a adequação do ordenamento jurídico frente às inovações científicas. Dessa forma estimulou debates em assuntos que nunca antes tinham sido cogitados. Através de constantes inovações tecnológicas, a área da pesquisa médica, obrigatoriamente, deve ser disciplinada pelas ciências jurídicas. Isto ocorre pelo fato de que ambas as ciências possuem o mesmo objeto, a vida humana.

Todavia, a lacuna legislativa referente a muitos casos derivados de inovações tecnológicas é fator de grande problemática nas relações jurídicas no Brasil, como se constata no decorrer do trabalho.

A infertilidade afeta, um em cada dez casais em nível mundial, sendo reconhecida pela Organização Mundial da Saúde como um transtorno da saúde reprodutiva, dado que implica na importância do uso dessas novas técnicas de reprodução assistida no mundo. As implicações decorrentes da prática da reprodução assistida irão envolver todo um aparato ético, psicológico, social e jurídico. Daí a necessidade de uma regulamentação específica sobre o tema.

2.3 O procedimento de inseminação artificial

Inicialmente, mister se faz evidenciar o conceito da mais popular técnica de reprodução assistida, a inseminação artificial e seus desdobramentos. Consiste, portanto, na utilização de técnicas médicas com o intuito de facilitar o processo de reprodução humana, quando há infertilidade do casal ou de um de seus membros. Neste procedimento, não é necessário a retirada do óvulo da mulher, posto que a fertilização ocorre no organismo da paciente. Assim aduz BARBOZA (1993, p. 36) “No caso da inseminação artificial, não é necessário a retirada do óvulo da mulher, visto que a fecundação ocorre no organismo da paciente, ou seja, é feita de maneira intracorpórea.”

A inseminação artificial subdivide-se em inseminação intrauterina, em que o esperma é colocado no útero; transferência intrafalopiana de gametas, em que os espermatozoides são introduzidos nas trompas de falópio; e inseminação intraperitoneal.

É, portanto, o método mais simples da fertilização assistida, pois se fundamenta na introdução do esperma no interior do canal genital feminino, por processos mecânicos, sem a necessidade de retirada do material genético da mulher e com a incoerência da relação sexual. VENOSA (2007, p.279) afirma que “a inseminação consiste na forma de fecundação artificial, pela qual se dá a união do sêmen ao óvulo por meios não naturais”.

Na implementação desta técnica poderão ser utilizados o sêmen ou óvulo pertencentes ao marido ou a própria mulher, ou seja, quando o material genético

empregado é proveniente do casal interessado na reprodução, o que se denomina Inseminação Artificial Homóloga, ou, de outra forma, onde o óvulo ou sêmen é doado por terceiras pessoas, quando há impossibilidade, do marido ou da esposa, de utilizar o seu material genético, logo, ocorrerá a Inseminação Artificial Heteróloga.

Assim como em toda técnica de reprodução assistida, sabe-se que nem todos os óvulos fecundados serão utilizados numa única gestação. Como consequência desse fato, será formado um número excedente de embriões, que serão depositados e congelados em clínicas especializadas, podendo ou não no futuro ser utilizados.

2.3.1 A Inseminação Artificial Heteróloga e os novos conceitos de filiação

A Inseminação Artificial Heteróloga, prevista no art. 1.597, inciso V do Código Civil, como já mencionado, institui as técnicas voltadas à utilização de gametas provenientes de doador anônimo, ou seja, são utilizados o sêmen ou óvulo de um terceiro diferente ao casal, para a fecundação do óvulo da mulher. Tal técnica é bastante visada por mulheres que, apesar de não estarem casadas, almejam a maternidade, buscando as denominadas “produções independentes”. Vale lembrar que a legislação brasileira foge deste tema, porém, a Resolução 1.358/92 do CFM autoriza a inseminação artificial em mulheres solteiras desde que haja prévio e livre consentimento, vejamos

“II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e conciente em documento de consentimento informado“

Corroborando com este dispositivo o parágrafo 4º do artigo 226 da Carta Magna brasileira que admite a família monoparental. Todavia, para tal finalidade, há dúvidas preexistentes sobre a possibilidade da prática, posto que as técnicas de Reprodução Assistida têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, servindo apenas como terapia e auxílio para casais que possuem problemas na concepção por meio natural.

Diante de um quadro onde pairam dúvidas e questionamentos, principalmente no que tange a filiação, posto que a criança gerada não será criada por pais biológicos, tal modalidade de inseminação engloba um alto índice de complexidade, trazendo implicações na sociedade que afeta diretamente a família, a paternidade e a maternidade.

É de saber notório que a prática da doação de gametas é uma atividade lícita e válida, desde que não tenha fim lucrativo ou comercial, porém, assim como toda modalidade de reprodução assistida, deverá seguir os preceitos éticos e jurídicos para que evite possíveis abusos. Um exemplo desta limitação é o que versa sobre o anonimato dos doadores e receptores. Tal medida tem a finalidade precípua de proteger a criança de possíveis conflitos psicológicos, bem como de garantir a inserção dela na família, assegurando todo o laço de afetividade ao casal que a registrou, independentemente de sua origem biológica. A finalidade do anonimato busca que a influência da filiação biológica não afete a criação do filho concebido por inseminação artificial heteróloga, até porque, atualmente, a filiação sócio-afetiva é uma constante no novo conceito de família a luz da modernidade.

A doutrinadora DINIZ (2002, p. 40) defende a supremacia da afetividade nos laços familiares, alegando a prevalência da filiação sócio-afetiva afirmando que "o filho deverá ser, portanto, daqueles que decidiram e quiseram o seu nascimento, por serem deles a vontade procriacional".

Alguns estudiosos do tema, seguindo os novos preceitos de filiação sócio-afetiva, amparam a idéia de que os tribunais deverão solucionar tais conflitos utilizando-se da analogia no caso da adoção, expondo a semelhança entre os casos por inexistir relação sexual e por deixar de ser filiação biológica.

A despeito disso, o Superior Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em julgamento de recurso especial, reconheceu a existência de filiação sócio-afetiva e, reformou o acórdão que havia anulado a declaração de paternidade feita por um homem, pouco antes de morrer, em favor de uma moça

"RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. - Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula

98, STJ. – O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. - O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido. (STJ - REsp 878941 / DF RECURSO ESPECIAL 2006/0086284-0 – Ministra Relatora Nancy Andrichi, T3 – 21/08/2007)”

O caso é que, diante desta nova idéia de estado de filiação, presume-se que o conceito atual de paternidade e maternidade encontra-se pautado no ideal da construção dos laços afetivos, independentemente de material genético.

O anonimato do doador do material genético é premissa que também encontra-se inserida em um contexto conflituoso, posto que tal silêncio poderá ferir o princípio constitucional de que toda pessoa, na espécie de direito da personalidade, teria o direito de reivindicar sua origem biológica, e alcançar as suas raízes genéticas, justificando que integra o patrimônio jurídico de todo indivíduo chegar à sua origem fenotípica.

É certo que o direito ao reconhecimento da origem genética é direito personalíssimo da criança, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber a história de sua saúde, de seus parentes biológicos próximos para a prevenção da própria vida. Ante o exposto, surge mais um conflito relacionado a esse tipo de modalidade de reprodução assistida, agora referente à personalidade. Porém, é de suma importância mencionar que para garantia da tutela do direito a personalidade não há necessidade de investigação de paternidade.

Podemos constatar com isso, que, apesar de toda limitação através das normas do Conselho Regional de Medicina, reivindicando controle periódico, teste de AIDS e anonimato, bem como anotações acerca de todas as características morfológicas do doador, tal resolução é de pouca eficácia, tendo em vista que os

conflitos sociais e jurídicos estarão sempre envolvidos na aplicação de tal técnica e, em questões que envolvam relações humanas, a ausência de legislação poderá gerar conflitos e danos imensuráveis.

2.3.2 A Inseminação Artificial Homóloga

A inseminação Artificial Homóloga, também prevista no Código Civil de 2002, em seu Art. 1.597, inciso III, é uma técnica de reprodução assistida em que o material genético a ser utilizado na concepção, será aquele pertencente ao marido ou companheiro da própria paciente, assim, a obtenção da concepção humana será fruto dos gametas dos dois cônjuges unidos no matrimônio. Neste sentido conceitua BARBOZA (1993, p. 36) “Considera-se, ainda, que a inseminação artificial pode ser homóloga quando utiliza-se o sêmen do próprio marido”

Tal técnica é indicada para casais que possuem problemas na fecundação, assim explica FERNANDES (2005, p.32)

“Consiste na introdução dos espermatozoides do marido ou companheiro, previamente colhidos através de masturbação, no útero da mulher. O líquido seminal é injetado, pelo médico, na época em que o óvulo se encontra apto a ser fertilizado. É indicada para os casos de incompatibilidade ou hostilidade do muco cervical, oligospermia (baixo número ou reduzida a mortalidade dos espermatozoides), retroejaculação (retenção dos espermatozoides na bexiga), hipofertilidade, perturbações das relações sexuais e esterilidade secundária após tratamento esterilizante.”

Diferente da Inseminação Artificial Heteróloga, esta modalidade de reprodução assistida é simples e, inexistem conflitos acerca de filiação, posto que corresponde a verdade biológica, além da socioafetiva. Assim, sendo os pais casados ou vivendo em união estável, aplicam-se as regras próprias da filiação natural, sendo o reconhecimento voluntário ou judicial baseado na filiação biológica e afetiva.

É de suma relevância mencionar acerca da omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos à filiação na constância da União Estável. Ora, inexistente matrimônio, mas, há família, o que enseja também a reformulação do conceito de filiação. Neste quesito o judiciário mostra-se sensível a mudanças e segue a Constituição Federal que reconheceu a união estável entre o homem e a mulher. O reconhecimento desta união poderá se dar por via de qualquer das hipóteses legais para o reconhecimento de filhos.

2.4 A inseminação artificial homologa “*post mortem*”

A Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem é uma técnica de reprodução humana assistida onde a esposa ou companheira será inseminada após a morte do marido ou companheiro. Logo, pressupõe o emprego do material genético oriundo do próprio casal.

A Resolução 1358/92 do Conselho Federal de Medicina ao estipular normas éticas sobre o assunto, prevê que no instante da criopreservação é condição essencial a informação expressa da vontade sobre o destino que terá os pré-embriões, vejamos

“V- CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES
3- No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.”

Logo, conclui-se que para o uso de material genético crioconservado, após a morte do marido ou companheiro, é necessário que tenha autorização expressa informando o fim a que se destina aquele sêmen do doador. Outra exigência é a da condição de viúva no instante da submissão a técnica aqui reverenciada. Tais limitações auxiliam para que essa técnica não seja utilizada maliciosamente pela viúva e evite a banalização de tal prática.

A inseminação póstuma também encontra amparo no Novo Código Civil, em seu artigo 1.597, inciso III, no instante em que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homologa, mesmo se falecido o marido. Assim é assegurada a filiação à criança gerada através

da realização da inseminação *post mortem*, sem prazo estipulado para que ocorra o nascimento.

Importante observar que, apesar de mencionada no Código Civil de 2002, alguns doutrinadores se opõem fervorosamente a possibilidade de tal prática de reprodução assistida, justificando seus argumentos com base no Art. 227 da Carta Magna que dá garantia ao nascido de possuir assistência em um ambiente familiar que proteja sua dignidade humana. Assim, muitos estudiosos fundamentam seus posicionamentos alegando que a inseminação póstuma fere o princípio da dignidade humana, bem como desestrutura a formação familiar.

A doutrinadora DINIZ (1995, p. 91) defende que tal modalidade deva ser evitada, assim afirma que “É preciso evitar tais práticas, pois a criança, embora possa ser filha genética, por exemplo, do marido de sua mãe, será, juridicamente, extramatrimonial, pois não terá pai”.

Como vemos, apesar de disciplinado no Código Civil atual, e fundamentado através da filiação biológica, ainda há dúvidas sobre a possibilidade de ocorrência deste tipo de reprodução e no que tange à filiação, visto que a esposa será inseminada com os gametas de seu marido já falecido.

Em contraposição a proibição da inseminação *post mortem*, há estudiosos que defendem o uso desta prática, alegando à existência da proteção Constitucional a família monoparental. Ademais, a técnica de reprodução humana assistida homóloga pressupõe o emprego do material genético oriundo do próprio casal, tendo como fundamento a origem genética estabelecendo, assim, parentesco consangüíneo entre o casal e o filho gerado, ocasionando a filiação biológica. Desta forma, não há como evitar o vínculo de filiação originado da inseminação artificial *post mortem*, visto que o nascimento do filho não poderá ser ignorado pelo ordenamento jurídico.

Além dos mencionados conflitos derivados da prática da inseminação artificial homóloga *post mortem* concernentes à filiação, autorização e possibilidades de existência, o cerne da questão encontra-se relacionado à capacidade sucessória da criança nascida no caso de inseminação póstuma, visto que a criança será concebida posteriormente a morte do pai. Tal questionamento, que norteia o presente trabalho, é de grande relevância no mundo jurídico e, encontra-se ainda hoje, sem regulamentação.

Temos com isso que essa prática de reprodução assistida poderá gerar situações delicadas e conflitantes no que tange ao direito sucessório e seus efeitos frente à distinção de tratamentos entre filhos nascidos enquanto os pais estavam vivos e a criança fruto de inseminação artificial homóloga após a morte do pai, fato que viola o princípio da igualdade entre os filhos, assegurado em nossa Constituição Federal. Acerca do tema leciona DINIZ (1995, p. 91)

“não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o matrimônio se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que nascer por técnica conceptiva post mortem, pois não estava gerado por ocasião da morte por seu pai genético”

O fato é que com a ausência de uma regulamentação própria irá sempre ocorrer um choque entre a determinação da presunção de paternidade, estabelecida no Código Civil, dos filhos concebidos a qualquer tempo, e da norma que prevê que a abertura da sucessão se dá com a morte, quando os direitos e deveres são transmitidos aos herdeiros, pelo princípio da saisine, que obrigatoriamente já deverão estar concebidos a época. Todavia, tal debate será discutido e reverenciado em capítulo posterior.

2.5 O direito comparado

O processo de globalização pelo qual o mundo presente encontra-se inserido, ligando países com a finalidade de formação de uma aldeia global, amplia a necessidade de estudos de direito comparado, ramo da ciência jurídica que estuda as diferenças e semelhanças entre os ordenamentos jurídicos de nações distintas.

Os avanços tecnológicos possibilitaram o desenvolvimento acelerado da ciência, principalmente na área da biotecnologia e no campo da genética, obrigando a sociedade atual a modernizar-se. Como consequência desta evolução, a produção legislativa, no campo do direito, também se encontra bitolada a constante transformação.

Referente à reprodução assistida e o novo conceito de filiação, a legislação estrangeira se mostra bem mais evoluída que a nossa. Na Espanha, a possibilidade de inseminação artificial está aberta àqueles que não se encontram unidos pelo vínculo matrimonial, sem prejuízo de eventual ação de reconhecimento de

paternidade. Enquanto que na França, Suécia e Alemanha, a reprodução assistida é permitida somente a casais. Em países como a Austrália, muitos estados dos EUA, e Canadá o consentimento é fundamental e o casal, após consentir não poderá impugnar a filiação.

Com relação ao destino do material coletado para inseminação, principalmente após a morte do doador, a preocupação surgiu a partir do conhecido caso “Affair Parpalaix”, quando um casal Francês, por ocasião de doença do marido, decidiu procurar um banco de sêmen e deixou depositado o seu esperma, para uso futuro. Todavia após a morte do doador, os responsáveis pela empresa recusaram o pedido, alegando falta de previsão legal. Deste caso, iniciou uma batalha judicial que culminou na condenação da clínica de devolver o esperma congelado para inseminação. Porém já era tarde, a inseminação não teve sucesso.

A partir do mencionado caso, a inquietação acerca do tema levou países a começaram a debater o assunto, e disciplinar o uso da inseminação artificial homologa post mortem. A Alemanha e Suécia proíbem veemente a prática, ao passo que a França veda a prática de tal modalidade de reprodução assistida e dispõe que o consentimento externado em vida perde o efeito. Contudo, existe uma proposta de Lei com o objetivo de complementação ao Art. 725 do Código Civil para permissão da capacidade sucessória de filho concebido após a morte do pai. Seguindo esta linha. A lei Espanhola 35/88 não permite, mas garante direitos ao nascituro quando houver declaração escrita por escritura pública ou testamento. Em contraposição a esses países, a Inglaterra permite a inseminação post mortem, mas não garante direitos sucessórios, a não ser que haja documento expresso neste sentido.

Nos Estados Unidos, o Comitê de Ética da Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva, em 1997, decidiu que o interesse do indivíduo irá prevalecer nesse caso, logo, havendo expressa manifestação de vontade, será permitido gametas ou embriões congelados serem usados após sua morte pela esposa.

Na Austrália já houve caso de reconhecimento sucessório a filho concebido através de inseminação póstuma. Assim relata PEREIRA (2002. p. 233)

“[...] a Corte Suprema da Tasmânia – Estado insular da Austrália -, em julgamento marcado pelo ineditismo, acolheu o pedido de uma mãe que, mediante fertilização *in vitro* homologa, havia concebido cinco filhos, três dos quais transferidos para seu útero, com o nascimento de apenas um deles. Em 1994, morto o seu marido e persistindo dois filhos criopreservados, a mãe requereu que também

a eles fosse reconhecido o direito hereditário (no caso um direito patrimonial). A Corte decidiu positivamente o pedido, na medida em que declarou a igualdade entre os conceitos e o filho já nascido, apenas condicionando os efeitos da decisão à transferência daqueles ao útero materno.”

No Brasil, como não temos legislação proibitiva como fazem França e Espanha onde é vedada tal prática, vários doutrinadores abordam o tema sobre diferentes perspectivas, com base no princípio de que tudo que não é proibido é permitido.

3. OS EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES DO DIREITO DAS SUCESSÕES NOS PROCEDIMENTOS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA “*POST MORTEM*”

3.1 A interpretação do art. 1.798 ante a possibilidade da fecundação artificial homóloga “*post mortem*”

O Código Civil atual, em seu Art. 1.798, prevê a pessoa legitimada a suceder nos bens do falecido, estabelecendo que apenas os concebidos no instante a abertura sucessória terão direito ao recebimento da herança. Assim dispõe

"Art. 1.577 A capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor”.

Destarte, a lei civilista é taxativa ao expor que apenas nascidos ou já concebidos terão capacidade sucessória.

Ocorre que, com a possibilidade da prática da inseminação artificial homologa post mortem, onde é plenamente possível o nascimento de filho após a morte do autor da herança, sem que tenha havido prévia concepção, surge um conflito pertinente ao direito sucessório para o fruto concebido através da criopreservação do material genético utilizado pela esposa após a morte do de cujus. Tal litígio é temática atual, principalmente por inexistir proibição alguma na legislação brasileira acerca do uso do referido procedimento artificial.

O fato é que, a produção legislativa é lenta, ao passo que o avanço científico encontra-se cada vez mais acelerado. A leitura do referido artigo, em contraposição a possibilidade da inseminação póstuma, caracteriza a omissão do ordenamento jurídico pautada ao assunto em tese, ao afirmar que com a ausência testamentária todo patrimônio do “*de cujus*” será transferido às pessoas indicadas por força de lei, desde que já concebidas ao tempo da abertura sucessória.

Importante observar que o mesmo ordenamento que exclui da sucessão legítima filhos concebidos por inseminação artificial post mortem, assegura, em diferente artigo, a filiação à criança gerada através da realização da inseminação póstuma sem prazo estipulado para que ocorra o nascimento. Assim, o Art. 1.597, tomando como base os métodos utilizados para concepção, expõe, além do fundamento da filiação biológica, que independentemente de advir por meio de fecundação post mortem, serão considerados filhos. Nesta seara explana PEREIRA (2008, p. 34)

“Uma vez que se na sucessão legítima os direitos sucessórios dos filhos são iguais e se o Código Civil trata os filhos resultantes da fecundação artificial homóloga posterior ao falecimento do pai como se concebido na constância do casamento, não há como justificar a exclusão de seus direitos sucessórios.”

Com isso, conclui-se que esta situação irá refletir em uma forte discrepância entre filhos concebidos por meio natural e os advindos de inseminação post mortem, gerando discriminação e ferindo o principio assegurado em nossa Carta Magna da igualdade entre os filhos.

Importante constatar que a prole advinda de fecundação póstuma é, conseqüentemente, determinada prole eventual, posto que será filho que alguém ainda irá conceber. Assim, a lacuna legislativa, ao excluir o embrião fecundado post mortem da sucessão legítima, determinando apenas a possibilidade de algum direito por meio de testamento, deixará a mercê de interpretações doutrinarias a situação jurídica da prole eventual.

A doutrinadora DINIZ (2007, p. 47) tem sua opinião contemplada por uma visão bastante interessante. A referida autora defende o uso da petição de herança e seu prazo processual, vejamos

“Se, por ocasião do óbito do autor da herança, já existia embrião crioconservado, gerado com material germinativo do ‘de cujus’, terá capacidade sucessória, se, implantado num útero, vier a nascer com vida e, por meio de ação de petição da herança, poderá pleitear sua parte no acervo hereditário”.

No entanto, mesmo após a comprovação de filiação biológica, e, sabendo que a exclusão hereditária de filhos concebidos por inseminação póstuma irá ferir principio constitucional, para muitos autores o falecimento do pai torna inviável qualquer pretensão quanto a direitos hereditários por parte de prole eventual. Neste viés afirma categoricamente VENOSA (2007, p.224) “os filhos concebidos ‘post mortem’, sob qualquer técnica, não serão herdeiros”.

Para o assunto, melhor fundamentação é a do doutrinador LEITE (2004, p. 71), quando este defende uma mudança no corpo do Art. 1.798, “*in verbis*”

“E, certamente esta exegese exigirá releitura do Art. 1.798 que passaria a ter a seguinte redação: “Art. 1798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas, as já concebidas, no momento da abertura da sucessão, ou as que nascerem por concepção artificial, até dois anos após a abertura da sucessão”.

Com este posicionamento, o autor não vira as costas para a realidade e admite que, já que não há proibição da prática de inseminação post mortem, deve haver direito a sucessão legítima, sem ferir o principio da segurança jurídica, já que estará resguardado um prazo para concepção.

Pode-se constatar com isso que no Brasil, este assunto não está pacificado, um dos motivos, talvez o principal, é a falta de legislação. Neste sentido, a regra prevista no artigo 1.798 do CC deve ser repensada à luz das modernas técnicas de reprodução assistida, em especial a da inseminação artificial homóloga post mortem. Todavia, enquanto não é estabelecida nenhuma regulamentação para o assunto, devem prevalecer os princípios constitucionais para solucionar eventuais problemas decorrentes de tais procedimentos.

3.2 O art. 1.799 e a possibilidade da sucessão testamentária para filhos concebidos por inseminação póstuma

A existência física e jurídica do sucessor é pressuposto tanto como também o é a morte do autor da herança, todavia a existência de herdeiro sucessível é antes uma exigência da sucessão legítima.

O Art. 1.799 do Código Civil de 2002 tenta solucionar a problemática acerca da sucessão referente à prole eventual, estabelecendo que o filho não concebido possa ter possibilidade de direito à herança, apenas quando se tratar de sucessão testamentária, com expressa autorização do autor da herança, vejamos

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

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

II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação. **(negrito nosso)**”

Diante do exposto no referido artigo, por analogia a prole eventual, os filhos concebidos por inseminação póstuma apenas participarão da herança do de cujus através de ordem testamentária. Ante o exposto, LEITE (2004, p. 71) afirma o regramento sucessório previsto no atual Código Civil “Em assim sendo, quem ainda não foi concebido só pode ser titular de direito sucessório, na sucessão testamentária”.

Tal previsão legal buscou sanar problemas que poderiam advir com o surgimento de filhos concebidos após a morte do autor da herança, todavia, de acordo com esta premissa legal, a criança concebida após a morte de seu pai não tem direito algum ao recebimento da parte legítima que teria direito se tivesse sido concebida em momento anterior à morte do “*de cujus*”. Tal fundamentação acabou por continuar estabelecendo um tratamento diferenciado entre seres que, como já mencionado, são considerados filhos presumidos, frente ao nosso ordenamento e, por tal motivo, não podem possuir tratamentos diferenciados.

Mesmo diante da proibição constitucional dessa distinção, pode-se ainda comprovar que em casos onde não houver disposição testamentária com o intuito de proteção ao direito constitucional à herança, previsto no artigo 5º, XXX, da CF, o embrião não implantado no útero materno no instante da abertura da sucessão ficará à mercê da lacuna legislativa. Tais regramentos ilustram o quadro de atraso e lentidão, presente na formação das leis brasileiras, caracterizando a inobservância do avanço científico e da modernidade nas relações humanas.

A legislação civilista ainda estipula um prazo para a concepção da prole eventual no art. 1800, §4º, "in verbis"

"Art. 1.800 –
§4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos".

O artigo mencionado evidencia mais uma vez a possibilidade de inseminação póstuma, e, admite, em um prazo de dois anos, a existência de direitos sem sujeitos, confiando os bens a posse de um curador a ser nomeado por juiz. Sobre o assunto afirma DINIZ (2007, p. 03)

"Estipula-se um prazo de dois anos de espera em caso de *nondum conceptus* para a consolidação da herança; com o seu escoamento, sem que ocorra a concepção, a condição ter-se-á por não cumprida, e caduca estará a disposição testamentária, deferindo-se a herança aos herdeiros legítimos."

Com isso, é certo que o Código Civil de 2002 protege a realização da inseminação post mortem, estabelecendo, mesmo que indiretamente, prazos para a concepção. Por esse motivo a capacidade sucessória deve ser repensada a luz da modernidade, para que filhos concebidos mediante inseminação póstuma não sejam excluídos da sucessão legítima, restando na dependência da elaboração de um testamento.

3.3 O princípio constitucional da igualdade entre os filhos

As novas tecnologias e o avanço exacerbado da ciência são características presentes no mundo globalizado que permeia a nossa sociedade. Diante deste quadro que acarreta impactos revolucionários não só na tecnologia, como também nas relações jurídicas e sociais do homem, a segurança jurídica na qual fornece o respaldo legal às inovações trazidas ao ordenamento, vem sendo questionada.

Nesta seara, encontra-se a importância do operador do direito, com a função precípua de afastar os possíveis desvirtuamentos legislativos, utilizando o melhor método hermenêutico na interpretação da norma ao caso, com a finalidade de buscar a verdadeira justiça. E, é nesse contexto que surge a importância dos princípios constitucionais, servindo para nortear a hermenêutica na adaptação do direito posto às novas situações jurídicas que vão surgindo com o desenvolvimento da sociedade.

O autor BARROSO (1998, p.256) narrando às funções dos princípios constitucionais, expõe que sua finalidade inicial é a de nortear a interpretação do jurista e limitar sua atuação, vejamos

“Ademais, serve o princípio como limite de atuação do jurista. Explica-se: no mesmo passo em que funciona como vetor de interpretação, o princípio tem como função limitar a vontade subjetiva do aplicador do direito, vale dizer, os princípios estabelecem balizamentos dentro dos quais o jurista exercitará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto.”

Portanto, com a premissa de que sendo a Constituição a base hierárquica do sistema jurídico, seus princípios devem ser observados toda vez que um novo fato, não previsto em lei, surgir. Diante deste quadro, o art. 227, § 6º, da Constituição da República de 1988 consagra a igualdade entre os filhos, sendo inconstitucional qualquer restrição a direito de filho independente da sua origem. Vejamos

“Art. 227

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

Por esta razão, em obediência ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos, além da proteção a dignidade da pessoa humana, ao melhor interesse da criança, a liberdade de planejamento familiar, e a afetividade, não poderá haver exclusão, no que tange ao direito sucessório, do filho concebido através do procedimento da inseminação artificial post mortem.

Ora, se a Constituição Federal prevê tratamento isonômico em prol de afastar qualquer discriminação existente pela origem dos filhos, o Código Civil Brasileiro não poderá minimizar um princípio advindo da nossa Carta Magna. No mesmo sentido de que não poderá haver diferenciação entre filhos conjugais e extraconjugais, bem como entre os naturais e os adotados, também não há de haver discriminação entre os filhos concebidos antes e após a morte de seu genitor.

3.4 A posição doutrinária acerca dos efeitos da fecundação artificial “*post mortem*” no direito sucessório

No que concerne à filiação, como fora visto, a inseminação artificial homóloga não gera grandes problemas, uma vez que além de estar disposta no art. 1597, inciso III do Código Civil, o material genético utilizado no procedimento é fornecido pelo casal que se submeterá à reprodução assistida, ocorrendo, assim, conciliação entre a filiação biológica e jurídica.

Todavia, com relação aos efeitos sucessórios advindos da inseminação póstuma, há predominância de grandes divergências e discussões entre os doutrinadores, principalmente pelo fato de inexistir lei que regulamente o assunto. Por gerar conflitos e não haver entendimento uniforme, a Constituição Federal deve ser o alicerce das resoluções dos litígios levados a juízo, como também a base da regulamentação competente quando de seu surgimento.

A doutrina brasileira se inclina entre a existência de duas correntes distintas que fundamentam o assunto; a primeira afirma pela impossibilidade sucessória, já que o Código Civil condiciona a legitimidade para herdar apenas daqueles já concebidos a época do falecimento do autor da herança. Com relação a este posicionamento defende o doutrinador VENOSA (2004, p.92)

“Para a sucessão, continuam sendo herdeiros apenas aqueles vivos ou concebidos quando da morte do de cujus, permitindo que unicamente na sucessão testamentária possam ser chamados a suceder o filho esperado de pessoa indicada, mas não concebido, aguardando-se até dois anos sua concepção e nascimento, após a abertura da sucessão, com reserva de bens da herança.”

Autores que apóiam esta corrente de pensamento defendem a proibição da inseminação póstuma, amparados pela regra do Art. 1.798 do Código Civil, bem como aos valores éticos da sociedade, destacando que tal situação estaria fora da normalidade. Nesta seara, expõe LEITE (2004, p. 70) sobre seus dois pontos de vista, em que autoriza o direito à sucessão hereditária do embrião concebido *in vitro*, com sua implantação posterior ao falecimento do pai, alegando que, neste caso, já houve concepção, porém, com relação ao embrião formado a partir do sêmen preservado depois do falecimento daquele que forneceu o material fecundante, o autor segue o que dispõe o Código Civil e não legitima a sucessão, alegando inexistir concepção.

Já a segunda corrente doutrinária, à qual nos filiamos, defende a possibilidade sucessória aos filhos frutos de inseminação *post mortem*, ligando à sua fundamentação a condição de prévia e expressa concordância do cônjuge ou convivente, bem como ao princípio constitucional de igualdade entre os filhos. Diante desse quadro, existem doutrinadores como CAHALI (2000, p.70) que amparam o filho do falecido, fruto de técnica de reprodução assistida *post mortem*, defendendo que “este terá direito à sucessão como qualquer outro filho”

Conforme leciona DINIZ (2007, p. 47), “o casal que irá se submeter à reprodução assistida deve estar, ambos, vivos para que se evidencie o desejo da paternidade”. Este posicionamento é uma das limitações que emanam do Conselho Federal de Medicina, que expõe taxativamente a necessidade do consentimento para realização da inseminação.

A opinião da doutrinadora acerca da sucessão se baseia na necessidade de petição de herança para que filhos concebidos através de inseminação póstuma possam pleitear sua parte no acervo hereditário.

Os autores que defendem a sucessão legítima na inseminação *post mortem* afirmam, em sua grande maioria, que o vínculo da filiação, nesses casos, será determinado pelo consentimento deixado em vida pelo de cujus, ou seja, se ao

depositar seu líquido seminal em um Banco de Sêmen o indivíduo tinha a intenção de utilizá-lo para a reprodução, automaticamente forma-se o vínculo de filiação entre a criança daí oriunda e o pai falecido, sendo assegurado na Constituição Federal, tratamento isonômico entre todos os filhos.

3.5 A possibilidade da sucessão legítima para filhos concebidos por inseminação póstuma

Para uma análise minuciosa dos conflitos jurídicos que emanam da prática das novas técnicas de reprodução assistida é de suma importância enfatizar que a lacuna legislativa é o principal fator para a ocorrência de tais litígios. Sabe-se que qualquer ação que esteja ligada diretamente as relações humanas serão passíveis de discussões, principalmente atreladas ao campo científico, posto que vão desencadear problemas éticos, filosóficos, religiosos, bem como jurídicos. Assim, a falta de regulamentação específica para inseminação póstuma, assegura o brocardo jurídico segundo o qual o que não é proibido é permitido e mais, a evolução tecnológica que hoje integra o nosso cotidiano, faz com que a reprodução humana artificial seja livremente praticada, explorada e consentida.

Pelo fato de inexistir proibições, tacitamente a inseminação póstuma é autorizada em nosso ordenamento, e, por tal motivo, faz-se necessário um acompanhamento legislativo que possa limitar a atuação de clínicas reprodutivas, bem como, nortear o fruto deste procedimento, que será uma vida humana, e que acarretará todas as implicações jurídicas que rodeiam todos os indivíduos. Todavia, a lentidão pertinente ao processo de elaboração e aprovação de leis acaba dificultando a relação entre ciência e direito, o que, como no caso presente, trará conseqüências prejudiciais aos frutos deste avanço. Diante desta realidade, a reprodução assistida, e, principalmente, a inseminação póstuma, deverá ser temática incluída em todas as orientações jurídicas.

Não restam dúvidas de que o filho de uma pessoa, fruto de técnicas de reprodução assistida terá os mesmos direitos e deveres dos demais filhos. Embora a doutrina tenha opiniões divergentes e conflitantes, no Brasil encontra-se estabelecido o vínculo de filiação decorrente da reprodução assistida, e como conseqüência disto, os nascituros, os já concebidos, ou até mesmo a prole eventual

deverão estar legalmente assegurados a participarem da herança. A problemática ocorre no instante em que o Código Civil impõe a condição de que o filho esteja concebido ao tempo da abertura da sucessão para que possa participar da sucessão legítima. É a partir desta imposição da lei civilista que vem à tona toda problemática concernente ao direito sucessório do filho concebido por inseminação post mortem, vez que, para prole eventual é assegurada apenas a sucessão testamentária, restando desamparados àqueles concebidos através da inseminação post mortem cujo pai, antes da morte, não deixar testamento.

A discussão encontra-se baseada na premissa de que se para a coleta de material genético o casal é obrigado a deixar o consentimento expresso de que pretende ter um filho, e que, para inseminação póstuma é necessário o pronunciamento anterior a morte, no qual deverá conter o destino a que será dado o sêmen, torna-se desnecessária a condição estabelecida pelo Código Civil de manifestação testamentária. Ora, se já existe a vontade expressa do doador de ter um filho nas condições pré-estabelecidas, não restam dúvidas acerca da vontade de deferir-lhe a herança.

Outro fator que surge para possibilitar a sucessão legítima advém dos princípios constitucionais da igualdade da filiação e da liberdade do planejamento familiar, previstos nos art. 227, § 6º e 226, § 7º da Constituição Federal. O direito a reprodução é reconhecido como direito fundamental, sendo o planejamento familiar consequência direta do direito à liberdade. Que se transcreve

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

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

O filho resultante da inseminação artificial homóloga post mortem deve ter exatamente os mesmos direitos que são assegurados ao seu irmão biológico concebido ou nascido antes da morte do pai. Norma alguma poderá ser contrária à Constituição Federal.

Alguns doutrinadores, entre eles Maria Helena Diniz, defendem a petição de herança, com a pretensão deduzida dentro do prazo prescricional de dez anos a contar do falecimento do autor da sucessão, buscando, assim, equilibrar os interesses da pessoa que se desenvolveu a partir do embrião ou do material fecundante do falecido e, simultaneamente, os interesses dos demais herdeiros. Nesta seara, haveria mais uma hipótese de cabimento para os casos de petição de herança. Todavia, a necessidade de intervenção judicial, iria elevar a matéria a um grau de desconfiança acerca da filiação, o que não advém ao caso em comento, posto que a inseminação póstuma utiliza o material genético do próprio casal, restando indiscutível a paternidade.

Outra questão relevante e que, certamente deverá ser debatida, é sobre o lapso temporal para a realização da inseminação póstuma, uma vez que há possibilidade de se manter o esperma congelado por um período de tempo indeterminado, o que causaria insegurança jurídica. Neste quesito somos plenamente favoráveis ao Art. 1.800 §4º do Código Civil, no instante em que limita a prática da inseminação até dois anos após a morte do de cujus.

Por fim, estando o cônjuge sobrevivente na condição de viúva, existindo o consentimento prévio do casal envolvido no projeto parental, por documento escrito, e, estipulando um determinado prazo para que seja assegurado o princípio da segurança jurídica, a viabilização dos efeitos sucessórios para filhos de inseminação póstuma resta plenamente possível e justa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade se depara com uma imensidão de novas descobertas. O que antes era algo impensável torna-se parte do cotidiano das pessoas nos dias atuais. O processo de tecnologia de nosso tempo está remodelando e reestruturando padrões de interdependência social e todos os aspectos de nossa vida pessoal e familiar. Por este fator, aumentam consideravelmente a complexidade das relações humanas.

A integração de tais assuntos perante a humanidade, desde que sempre permeada pela Ética, deverá proporcionar um grande avanço ao Direito. Todavia, sabe-se que a tecnologia avança em uma velocidade espantosa e o direito não pode responder de imediato às mudanças que ocorrem na sociedade.

Diante deste quadro de avanços biotecnológicos que refletem conseqüências imediatas à humanidade faz-se indispensável à elaboração de normas que disciplinem e regulamentem este processo de evolução científica. A possibilidade da prática da inseminação artificial homóloga post mortem é um exemplo entre o avanço científico em contraposição a lenta produção legislativa brasileira, fator que acarreta insegurança jurídica, principalmente no direito sucessório, temática do presente trabalho.

A inexistência de uma proibição para prática da inseminação póstuma desencadeia problemas que ultrapassam o terreno da ciência propriamente dita, sendo necessária à intervenção do judiciário para impedir que o uso incontrollado dessas novas técnicas de reprodução assistida não venha violar o respeito devido à pessoa humana. O tema apresentado necessita ser normatizado e regulamentado em legislação específica. Atualmente sabe-se que a prática é incomum, todavia diante do desenvolvimento da tecnologia daqui a poucos instantes tornar-se-á uma modalidade usada em grande escala.

Importante ressaltar que o presente trabalho não teve como escopo delimitar qualquer posicionamento, favorável ou não, acerca da possibilidade da inseminação póstuma. O que se pretendeu foi buscar soluções plausíveis, baseadas em estudos doutrinários e legislativos, sobre o tema que, como dito anteriormente, é absolutamente permitido em nossa legislação.

A problemática em questão encontra-se pautada na exclusão dos filhos concebidos através de inseminação póstuma da sucessão legítima, posto que os Art. 1799 e 1800 do código civilista já asseguram a herança via testamento com prazo para concepção de até dois anos após a morte do “*de cujus*”.

A tese de que uma criança fruto de inseminação post mortem não possua capacidade para suceder baseada na justificativa do Art. 1798 do Código Civil de que apenas os já concebidos poderão herdar, contraria o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, negando vigência a um dos princípios basilares esculpidos na Constituição da República: o de que todos são iguais perante a Lei.

Além do mais, se na sucessão legítima os direitos sucessórios dos filhos são iguais e se o Código Civil trata os filhos resultantes da fecundação artificial homóloga posterior ao falecimento do pai como se concebido na constância do casamento, não há como justificar a exclusão de seus direitos sucessórios.

Deve-se levar em consideração o consentimento, a condição expressa na Resolução nº 1358 de 1992 de que é obrigatória a manifestação das partes acerca do destino do material genético em casos de morte do doador. Assim, resta tácita a vontade do “*de cujus*” de que o filho seja tratado sem qualquer discriminação.

Logo, a melhor solução a respeito do tema é uma modificação no corpo do Art. 1798 do Código Civil, estabelecendo que, com o consentimento prévio do casal no instante da criopreservação do material genético, bem como a estipulação de um determinado prazo para que seja assegurado o princípio da segurança jurídica, resta mais do que viável a sucessão legítima para filhos concebidos após a morte do autor da herança.

REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andréa e FRANÇA, Danielle Galvão. **A reprodução assistida e as relações de parentes**. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>> Acesso em 12/set./2010.

BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação – em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Gráfica do Senado Federal.

BRASIL. **Lei n.º 8.069/90**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

BRASIL. **Vade Mecum compacto**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAHALI, Francisco José & HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Moraes. **Curso avançado de Direito Civil**, vol. 6, São Paulo: RT, 2000.

Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.358/92. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 2 out. 2010.

DELFIN, Marcio Rodrigo. **As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga “post mortem”**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=12965>> Acesso em 25/09/2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 116-119.

DINIZ- MARIA HELENA, **A ectogenese e seus problemas jurídicos**, São Paulo; Max Limonad, 1995, p. 91

DINIZ, Maria Helena; **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 6; 16ª Ed; São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena; **Código Civil Comentado**. 12 ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERNANDES, Silvia Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto: **Direito Civil Brasileiro**, vol 7, São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, VI. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 4.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Dignidade Humana, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Minas Gerais: IBDFAM, 2005

PEREIRA e SILVA, Reinaldo. **Introdução ao biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002. p. 233.

Revista da ARPEN – SP. Disponível em <<http://content.yudu.com/Library/A1nh1x/JornaldaARPENSPAnoXI/resources/56.htm>> Acesso em 30/09/2010

RODRIGUES, Silvio: Direito Civil, vol. 7, **Direito das Sucessões**, São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil : Direito de Família / 7.ed.** – São Paulo: Atlas, 2007. p.224

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. Vol. I. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ANEXO – Resolução CFM nº 1358 de 1992

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.358, DE 1992

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 11 de novembro de 1992;

RESOLVE

Art. 1º - Adotar as **NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º - Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ

Presidente

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL

Secretário-Geral

Publicada no D.O.U dia 19.11.92-Seção I Página 16053.

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e conciente em documento de consentimento informado.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.

2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou

recém- nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.

2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.