



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – EDVALDO DE SOUZA DO Ó
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO**

IVANILDO ANÍZIO DE ASSUNÇÃO JÚNIOR

**Fecundação artificial realizada *post mortem* e suas repercussões no âmbito
jurídico**

**CAMPINA GRANDE – PB
2011**

IVANILDO ANÍZIO DE ASSUNÇÃO JÚNIOR

Fecundação artificial realizada *post mortem* e suas repercussões no âmbito jurídico

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação do Curso de Graduação **de Direito** da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Henrique Mota Feitosa

CAMPINA GRANDE – PB
2011

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

A851f Assunção Júnior, Ivanildo Anízio de.
Fecundação artificial realizada post mortem e suas repercussões no âmbito jurídico / Ivanildo Anízio de Assunção Júnior.– 2011.
30 f.
Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2011.
“Orientação: Prof. Esp. Henrique Mota Feitosa, Departamento de Direito Privado”.

1. Direito familiar. 2. Reprodução assistida póstuma. 3. Direitos sucessórios. I. Título.

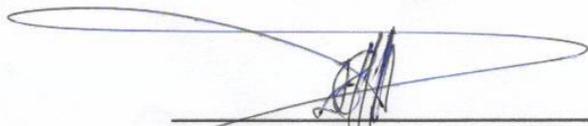
21. ed. CDD 346.015

IVANILDO ANÍZIO DE ASSUNÇÃO JÚNIOR

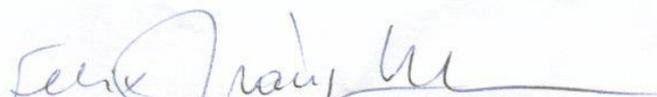
Fecundação artificial realizada *post mortem* e suas repercussões no âmbito jurídico

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação do Curso de Graduação **de Direito** da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

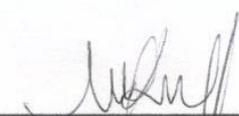
Aprovada em 30/11 /2011.



Prof. Esp. Henrique Mota Feitosa/ UEPB
Orientador



Prof. Dr. Félix Araújo Neto / UEPB
Examinador



Profª. Esp. Marília Daniella Freitas Oliveira Leal/ UEPB
Examinadora

Fecundação artificial realizada *post mortem* e suas repercussões no âmbito jurídico.

Ivanildo Anízio de Assunção Júnior¹

RESUMO

A possibilidade de criopreservação de material genético humano tornou viável a geração de filhos, após a morte do pai, através de técnicas de reprodução assistida póstuma. A viabilidade de utilização desses procedimentos inovadores ocasionou um espaço amplo para discussão e questionamento para a ciência jurídica com o reconhecimento, ou não, de direitos sucessórios a uma criança concebida após a abertura da sucessão, decorrente unicamente de auto-fecundação da viúva. O assunto é controvertido na doutrina e o Código Civil apesar de dispor acerca da presunção de paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial *post mortem*, é omissos quanto ao tema no campo das sucessões. Não existe legislação própria que delimite a prática dessas técnicas e ante esta ausência, compete aos aplicadores do direito discutir e julgar com o escopo de efetivar os princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, em especial o princípio da igualdade entre os filhos, (art. 227, § 6º, CF), o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF) e o princípio do superior interesse da criança (art. 4º, ECA). A omissão legislativa e judiciária não pode ser aparato para promover injustiças e impedir a concretização dos direitos dos menores. Este trabalho se desenvolveu por meio de uma metodologia descritivo-analítica, utilizando legislações e bibliografias pertinentes à matéria abordada.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução assistida póstuma. Direitos sucessórios. Igualdade entre filhos.

¹Discente do curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

1 INTRODUÇÃO

A dinâmica da ciência médica é ininterrupta à medida que apresenta a cada dia novas técnicas e soluções para questões antes tidas como irreversíveis. Essa característica também está presente nas técnicas de reprodução humana assistida as quais surgiram para resolver os problemas de infertilidade, como a *impotência generandi* - incapacidade do homem para gerar prole de maneira natural, por ausência ou escassez de espermatozóides no sêmem.

O desenvolvimento médico-tecnológico por vezes é contido pela rigidez jurídico-legislativa. O Direito não consegue acompanhar os avanços da medicina e das realidades sociais emergentes, gerando diversas situações carentes de um sistema normativo que as regulem. Dessa forma explicam NERY JUNIOR & NERY (2008, p.1067), que embora seja evidente que as empresas médicas desenvolvem técnicas de manipulação extraordinária de material humano e obtêm significativo avanço e sucesso no campo experimental dessa prática médica, é notório que a ciência do direito – na maioria dos casos – ainda se põe diante desse fenômeno como mera espectadora. .

Além da reprodução humana assistida não ter normatização própria no campo do Direito Sucessório, poucos temas causam tanta polêmica na sociedade quanto a possibilidade de manipulação de material humano. A técnica é tão complexa que exige um cauteloso estudo e faz-se imperiosa uma aprofundada discussão doutrinária e uma minuciosa posição legislativa. Nesse sentido:

Não há nenhum fato, entre tantos da fenomenologia jurídica, que desperte tanta perplexidade e desafie tanto a ordem jurídica quanto este ligado à possibilidade de manuseio técnico-científico de substâncias do corpo humano, em geral e de material genético, em especial, por médicos e por empresas de prestação de serviços médicos na atualidade. (NERY JUNIOR e NERY, 2008, p.1067)

Por ser matéria de grande impacto, talvez seja esse o motivo da omissão legislativa e da prostração do Direito frente às novas realidades propostas pela medicina. O presente artigo visa tratar da situação jurídica do sucessor havido por

reprodução assistida realizada após a morte do cônjuge varão. Leve-se em consideração a real possibilidade da geração de vida humana com a manipulação de material genético criopreservado do defunto e a ausência de aparatos legais que assegurem ao concepturo direito sucessório.

Este artigo objetiva identificar e expor problemas que eventualmente surgirão em virtude da utilização de técnicas de reprodução humana assistidas homólogas *post mortem* com relação à filiação e ao direito sucessório. Deve-se reconhecer ao concebido postumamente os mesmos direitos hereditários atribuídos aos irmãos concebidos de forma natural? Pode o aplicador do direito ignorar os princípios da dignidade humana, igualdade entre os filhos e superior interesse do menor, negando direitos sucessórios a um filho do *de cujus*? Em ato contínuo, buscará a solução das contendas que podem advir das situações vislumbradas, além de trazer posicionamentos doutrinários a respeito destas problemáticas:

2 TÉCNICAS DE PROCRIAÇÃO ASSISTIDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A legislação brasileira, na tentativa de acompanhar as transformações trazidas pelas técnicas de reprodução humana assistida na sociedade, trouxe no art. 1.597 do Código Civil hipóteses de presunção de filhos concebidos na constância do casamento que estão ligadas a tais procedimentos.

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

[...]

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

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

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

Ainda acerca do artigo supra, MANO (2011, p.03) explicita que o referido diploma legal reconhece diversas espécies de filiação além da decorrente da adoção

e da relação sexual, então, acolhe, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo proveniente de técnicas de reprodução medicamente assistida. Nesse contexto, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade juridicamente qualificada, que irá gerar presunção de paternidade, presunção esta que não poderá ser contestada com base em simples exame de DNA.

Em contrapartida, embora haja a previsão da concepção na constância do casamento dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido e dos havidos, a qualquer tempo, de embriões excedentários decorrentes, também, de fecundação artificial homóloga, o Código Civil nada dispõe em relação ao direito sucessório desses filhos, apesar de tal situação apresentar-se cada dia mais presente na sociedade brasileira. Conforme saliente RIBAS (2008, p.08) é imprescindível que estejamos atentos a todas as mudanças pelas quais nossa sociedade passa e ainda passará para que sejamos capazes de aderir a novas concepções, deixando de lado dogmas antes irrefutáveis.

Parte da doutrina brasileira se inclina no sentido de negar legitimação sucessória aos filhos havidos através da implantação de embriões após aberta a sucessão. Conforme PEREIRA (2004, p. 318), é impossível o reconhecimento de direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte (CC, art. 1784) e dela participam as 'pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Corroborando com este entendimento DINIZ (1995, p. 91) considera impossível o reconhecimento de direitos sucessórios a quem não foi sequer concebido no momento do óbito do pai genético.

O Código Civil, em seu artigo 1.798, reconhece somente o direito sucessório ao nascituro, ou seja, ao embrião implantado no útero materno; a transmissão da herança ocorre, ao nascituro (já concebido no momento do falecimento), desde o momento da morte do ascendente (artigos 2º e 1.784 CC); porém, nada disciplina quanto à prole concebida *post mortem*.

No entanto, estes podem classificar-se nos chamados "filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador", termo utilizado pelo art. 1.799 do CC, e serem beneficiados por este dispositivo. A leitura deste artigo dá ensejo a uma

interpretação tendente a viabilizar a disposição testamentária em favor do concebido postumamente. Débora Gozzo e Sílvio Venosa não têm dúvidas quanto à adequação dos embriões criopreservados obtidos através de reprodução assistida como a prole eventual citada pelo art. 1.799 do Código Civil, equiparando-os, inclusive, à situação dos filhos adotivos:

Pode ser considerada prole eventual, no sentido desse inciso [inciso I do artigo 1.799 do Código Civil Brasileiro de 2002], o caso do embrião que tenha sido congelado para posterior gestação? Da mesma maneira que se admite que o filho adotivo pode ser incluído na hipótese legal que se examina, tem-se de aceitar que o mesmo ocorra no caso de embrião congelado, a ser gerado posteriormente ao falecimento do testador, porque se trata, num primeiro momento, diferentemente do caso da adoção, de filhos naturais das pessoas indicadas pelo testador. (GOZZO & VENOSA, 2004, p.82-83)

Apesar da possibilidade da interpretação extensiva em benefício dos embriões inseminados *post mortem*, na falta de disposição em testamento o concepturo, embora seja reconhecidamente filho, fica sem o amparo legal dado aos irmãos concebidos de maneira “natural”. Esse desamparo do direito das sucessões fere princípios basilares do Estado Democrático de Direito estatuídos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, como o princípio da isonomia, da dignidade humana e do superior interesse do menor.

Para não ferir os princípios do ordenamento jurídico, a prole oriunda de técnicas de procriação artificial póstuma deve ter direito também à vocação hereditária legítima. No Brasil é vedada qualquer forma de discriminação entre filhos, portanto o direito de toda a prole deve ser igual, não se justificando a exclusão de nenhum herdeiro de seus direitos sucessórios. Nesse sentido leciona Carlos Roberto Gonçalves:

Não há como esquivar-se, todavia, do disposto nos arts. 1.597 do Código Civil e 227, § 6º, da Constituição Federal. O primeiro afirma que se presumem “concebidos” na constância do casamento “os filhos havidos por fecundação artificial homóloga mesmo que falecido o marido” (inciso III). O segundo consagra a absoluta igualdade de direitos entre os filhos, proibindo qualquer distinção ou discriminação. (GONÇALVES, 2010, p.76)

Para concretização da justiça a doutrina e jurisprudência devem posicionar-se com o fim de amparar todos os herdeiros de forma igualitária tendo em vista a inércia do Poder Legislativo. Esta inibe a utilização da técnica artificial de procriação, torna-a temerosa, visto que a criança concebida será tolhida do direito à herança, direito fundamental assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, XXX.

3 CLASSIFICAÇÕES E TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A Reprodução Humana Assistida é a intervenção do homem no processo de procriação natural, possibilitando que pessoas com problemas de infertilidade alcancem a maternidade ou a paternidade. (RIBAS, 2008, p.1). A incapacidade para procriar apresenta-se como um problema na vida de casais que almejam ter filhos naturais. Porém, na atualidade, a medicina disponibiliza algumas técnicas que facilitam a fecundação, por meio de manipulação em laboratório de pelo menos um dos gametas, óvulo ou espermatozóides.

As técnicas de reprodução humana assistida são basicamente de duas ordens, tomando como parâmetro o local onde foi realizada a fertilização: aquelas realizadas *in vivo*, ou seja, no próprio organismo feminino – a fecundação se dá dentro do corpo da mulher após a implantação do sêmem – e aquelas pelas quais a reprodução acontece *in vitro*, fora do organismo feminino, em laboratórios após o recolhimento dos gametas femininos e masculinos; depois de formado o embrião, este é implantado no corpo feminino.

Quanto aos procedimentos para a realização das supramencionadas fertilizações podem ser utilizadas três técnicas, quais sejam: Inseminação artificial, Transferência intratubária de gametas e fertilização *in vitro*. A primeira, segundo LEITE (1995, p. 153), é a introdução do esperma na vagina ou no útero de uma mulher por meios outros que não a relação sexual. A técnica é utilizada por casais que não poderiam conceber de outra forma, mas nos quais o homem não é de todo estéril. Significa inserir o sêmem no corpo da mulher por meio de uma transferência feita artificialmente, mediante uma seringa, por via transabdominal ou mediante um

catéter, por via transvaginal (SGRECCIA, 1997, apud NERY JUNIOR e NERY, 2008, p.1067)

Já a transferência intratubária de gametas (GFIT – pela sigla em inglês *Gamete Intra Fallopian Transfer*), consiste na transferência dos gametas masculino e feminino diretamente na tuba uterina da mulher.

Depois de provocar a ovulação, usa-se uma seringa para aspirar dois óvulos; em seguida aspira-se uma bolha de ar e, então os espermatozoides previamente preparados, usando a mesma seringa. Separados pela bolha de ar, os dois óvulos, as vezes três, são inseridos numa trompa e se encontram com os espermatozoides dentro do corpo da mulher (SGRECCIA, 1997 apud NERY JUNIOR e NERY, 2008, p. 1067).

Esta técnica é semelhante à Fertilização *in vitro*, sendo que neste caso o processo de fertilização se dá dentro da tuba uterina e não na estufa. Por sua vez, a fertilização *in vitro* é uma técnica de fertilização extracorpórea, realizada em laboratório que pode se dar pelos métodos FIVETE (Fecundação *in vitro* com transferência de embriões) ou ZFIT (*Zibot intra Fallopian Transfer*). (LUCA, 2010, p.09)

O método FIVETE é o popular “bebê de proveta”. Trata-se, basicamente, na retirada de óvulos da mulher seguida da fecundação em laboratório com o sêmem do marido (homóloga) e posterior transferência dos embriões resultantes para o útero materno. Vejamos:

Primeiramente, a mulher é submetida a estimulação hormonal maciça para que produza de uma só vez entre oito a dez óvulos. [...] Depois, preservam-se esses óvulos [...] Eles são levados para o laboratório em uma pequena bacia que deve conter um líquido semelhante ao que se encontra nas trompas da mulher. [...] no meio de cultura, os óvulos são aproximados dos espermatozoides. Eles são aquecidos a 37°C que é a temperatura do corpo e aproximados dos óvulos. Então ocorre a fecundação fora do corpo humano. [...] Depois de feita a fecundação os embriões são transferidos para as trompas. (SGRECCIA, 1997 apud NERY JUNIOR e NERY, 2008, p.1068)

Em torno de 48 horas depois desse procedimento, até 04 desses embriões poderão ser transferidos para o útero através de um cateter. A comprovação da gravidez pode ser feita em duas semanas por meio de exame de sangue. (AGUIAR, 2009, p. 24)

A diferença entre o FIVETE e o ZFIT encontra-se apenas no local em que são introduzidos os gametas. No primeiro, como foi dito, estes são introduzidos no útero, enquanto que no segundo são colocados nas tubas uterinas. (LUCA, 2010, p. 09)

Além de diferenciar-se nas técnicas procedimentais, a reprodução assistida classifica-se com observância aos gametas utilizados no processo de reprodução. São consideradas homólogas quando é utilizado apenas o material genético do próprio casal, e heterólogas, quando realizada com o material genético de um doador estranho ao casal (RIZZARDO, 2009, p. 510). Para optar entre uma fertilização homóloga ou heteróloga levar-se-á em conta a causa da impossibilidade de procriação pelos meios naturais, observar-se-á qual é o problema e se há necessidade ou não de utilização de gametas de doadores.

Quando é viável e opta-se pela reprodução assistida homóloga, não há muitos questionamentos jurídicos quanto à filiação tendo em vista que nesta situação, a filiação será sempre natural, sangüínea, não suscitando nenhuma controvérsia para o direito em relação ao parentesco. (LUCA, 2010, p. 10). A prole derivada de uma reprodução assistida homóloga terá, necessariamente, genótipo do par paciente.

No Brasil, a única regulamentação existente acerca do tema é do Conselho Federal de Medicina publicada em 1992 - Resolução 1.358/92 - que estabelece algumas normas éticas para a utilização da reprodução medicamente assistida. Todavia, cabe ressaltar que esta resolução não tem força de lei. Acerca dessa regulamentação, Eduardo Oliveira Leite tece o seguinte comentário:

No Brasil, como se sabe, o Conselho Federal de Medicina baixou a Resolução nº 1.358/92, passando a adotar um conjunto de normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida e, dentro de seu campo de atuação, agiu corretamente. No entanto, tal corpo de regras não possui caráter vinculante, especialmente no sistema jurídico brasileiro, em respeito ao disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, daí mais uma vez a premente necessidade da edição de lei referente ao tema. Há, no entanto, alguns reflexos das normas previstas na Resolução não na topografia normativo-legal do sistema jurídico, mas como fonte de norma consuetudinária. (LEITE, 2003, p. 649).

Dentre as regras éticas pode-se destacar que o emprego das técnicas de procriação artificial, por serem procedimentos de risco, somente devem ser utilizadas

quando constatado por médicos especialistas os riscos de transmissão de doença. Também dispõe a respeito do termo de consentimento esclarecido, que vem a ser a autorização para a manipulação de seu material genético dada pelos que se submetem a estes procedimentos.

4 FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL REALIZADA *POST MORTEM* E SUAS REPERCUSSÕES NO ÂMBITO JURÍDICO

Um dos temas mais polêmicos, com relação à utilização das técnicas de reprodução humana assistida, é o da fecundação artificial realizada após a morte do cônjuge varão. É uma técnica de procriação que se tornou viável devido à possibilidade de criopreservação dos gametas ou do embrião anteriormente fecundado com o material genético do casal. (LUCA, 2010, p. 11)

Acerca desse tema GAMA (2003, p. 732) frisa a possibilidade do sêmen, o embrião, e também o óvulo, ante as recentes experiências científicas, serem criopreservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida.

O Código Civil brasileiro reconhece no art. 1.597 a presunção de que foram concebidos na constância do casamento, aqueles que nascem por inseminação artificial homóloga, mesmo que esta seja realizada após a morte do marido. Desse modo, não resta dúvidas quanto à filiação dos filhos gerados em tal circunstância, visto que o material genético fornecido é oriundo do próprio casal interessado no projeto parental.

Porém deve-se levar em consideração que o Código Civil apresenta a possibilidade de utilização destes mecanismos, mas não os regulamenta, o que ocasiona uma grande insegurança jurídica. Senão vejamos:

Advirta-se, de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Com esses dispositivos na lei passamos a ter, na realidade, mais dúvidas do que soluções, porque a problemática ficou absolutamente capenga, sem a ordenação devida, não só quanto às possibilidades de o casal optar pela fertilização assistida, como pelas conseqüências dessa filiação no direito hereditário. É urgente que tenhamos toda essa matéria regulada por estatuto específico. Relegar temas tão importantes aos tribunais traz desnecessária instabilidade social (VENOSA, 2005, p.256)

Deve-se ponderar que o inciso III do artigo 1.597 não fixa um prazo para a realização da fecundação artificial homóloga após a morte do homem, bem como, não exige a prévia autorização deste no caso de eventual ocorrência. *Ipsi litteris*:

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

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

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

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

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

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

Na 3ª jornada de Direito Civil, realizada no Superior Tribunal de Justiça no mês de junho de 2002, aprovou-se proposição para que se interprete o inciso III do art. 1.597 do CC, no sentido de ser obrigatório, para que se presuma a paternidade do marido falecido, que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver também autorização escrita do marido para que se possa utilizar seu material genético após sua morte. Sobre o tema, DINIZ (2009, p. 459) adverte que:

[...] O filho concebido *post mortem* terá, por ficção jurídica, um lar, possibilitando a sua integração familiar e social, tendo em vista que a família monoparental é protegida constitucionalmente. Mas, por outro lado, o uso do material fertilizante depende de anuência prévia do doador, uma vez que tem propriedade sobre as partes destacadas do seu corpo.

Ratificando este entendimento:

O princípio da autonomia dos sujeitos, como um dos fundamentos do biodireito, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que tenha deixado para esse fim. Assim, não poderá a viúva exigir que a clínica de reprodução assistida lhe entregue o sêmen armazenado para que seja nela inseminado, por não ser objeto de herança. A paternidade deve ser consentida, porque não perde a dimensão da liberdade. A utilização não consentida do sêmen deve ser equiparada à do doador anônimo, o que não implica atribuição de paternidade. (LOBO, 2003, p. 50-51)

A problemática surge, mormente, no campo sucessório. Questiona-se a capacidade sucessória da criança concebida postumamente, levando-se em consideração que esta foi concebida após a morte do pai e, conseqüentemente, após a abertura da sucessão. Em face da carência de regulamentação a questão é controvertida, ocorre o conflito entre a determinação da presunção de paternidade dos filhos concebidos a qualquer tempo e a norma na qual se estabelece que a abertura da sucessão se dá com a morte; quando os direitos e deveres são transmitidos aos herdeiros - os quais já devem estar nascidos ou concebidos - pelo princípio da *saisine*. Acerca de tal princípio Carlos Roberto Gonçalves aponta que “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros. Nisso consiste o princípio da *saisine*, segundo o qual o próprio defunto transmite ao sucessor a propriedade e a posse da herança” (GONÇALVES, 2010, p 37-38).

O artigo 1.798 do Código Civil dispõe que as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão estão legitimadas a suceder, afastando, portanto, o concebido após a morte do *de cuius*. Segundo PINTO (2008) e GONÇALVES (2010, p. 76), respectivamente:

O legislador ao elaborar a regra contida no art. 1.798 do Código Civil, não cogitou os avanços científicos aplicados à reprodução humana, apenas reproduziu o art. 1.718 do antigo código, referindo-se apenas as pessoas já concebidas, não fez previsão do futuro filho ainda não ter nascido ou sequer ter sido concebido no momento da abertura da sucessão.

Em princípio não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, uma vez que a transmissão da herança se dá em conseqüência da morte (CC, art. 1784) e dela participam “as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (art. 1798).

Não conformada com a previsão do código, Maria Helena Diniz questiona se há possibilidade da herança se transmitir à prole que não havia sido concebida, nem nascida por ocasião da abertura da sucessão, já que a referida sucessão inicia-se no instante do óbito. “Teria ele, de *lege data*, direito à sucessão legítima?” (DINIZ, 2009, p. 460)

Como visto e ressaltado por DINIZ, PINTO e GONÇALVES, são legítimos a suceder apenas as pessoas já nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão (art. 1798, do Código Civil). Assim, de acordo com o Código Civil, a criança concebida após a morte de seu pai estaria inapta a receber parte da legítima, parte esta a qual teria direito se ela tivesse sido concebida em momento anterior à morte do autor da herança.

Desse modo, uma das lacunas encontradas, para que estas crianças não fiquem desamparadas pelo direito, foi adequá-las à disposição do art. 1.799,I do Código Civil, que trata da sucessão testamentária de filhos ainda não concebidos, correspondente ao instituo da prole eventual do código de 1916.

Assim dispõe o *Codex* de 2002:

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

Portanto, o concebido postumamente pode ser herdeiro desde que esteja contemplado no testamento do defunto. Todavia, no artigo seguinte o legislador, estabelece um limite temporal para o surgimento do herdeiro esperado.

Art. 1800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.
§ 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá a pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e , sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775;
§ 2º Os poderes deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber;
§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador;

§ 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.

Em seus comentários a respeito do § 4º do artigo retromencionado MACHADO (2011, p.1502) afirma que foi fixado, pelo legislador, um limite temporal para o surgimento do herdeiro esperado. Afirma, ainda, que esse prazo é de dois anos e refere-se à concepção do herdeiro e não ao seu nascimento. Acredita, pois, que se o herdeiro for concebido no prazo de dois anos, prevalecerá a deixa testamentária, mas o herdeiro só terá a titularidade do direito sobre a herança se nascer com vida. Se isso não ocorrer, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos, se outra não for a vontade do testador. Na visão de GONÇALVES:

O mencionado §4º do art. 1800 provoca uma questão paralela, que é a admissibilidade, ainda que por breve tempo, da existência de direitos sem sujeitos. O Código de 2002 manteve a sistemática anterior, no sentido de que as pessoas que devem existir quando da abertura da sucessão são os pais do beneficiado, não este, que nem precisa estar concebido. Com isso, não se dá solução à questão da titularidade dos bens enquanto não recolhidos pelo concepturo, apenas determinando-se que fiquem confiados a curador nomeado pelo juiz. (2010, p. 74)

Porém para beneficiar o herdeiro concebido postumamente, devem ser tomadas algumas precauções. HIRONAKA (2003, p. 96) entende ser lícito ao testador apontar como sucessor a prole eventual de uma única pessoa, no entanto não poderia indicar a sua própria prole eventual, visto que a lei exige que a pessoa esteja viva no momento da abertura da sucessão. Assim, ou a pessoa está morta e é aberta a sua sucessão, ou está viva, não havendo o que se falar em sucessão, o que a impossibilita beneficiar sua prole eventual. Como consequência disso, para favorecer seus próprios herdeiros vindouros, o autor da herança deverá fazer por via reflexa, ou seja, deve indicar a dona do óvulo.

Embora os aplicadores do direito tenham encontrado essa lacuna para amparar os frutos de inseminação *post mortem* no âmbito sucessório, a situação destes seres ainda é temerária. Mesmo havendo a possibilidade de não deixá-los fora da sucessão, é certo que estes, caso venham a existir, estarão em situação desfavorável frente aos herdeiros concebidos de forma natural, os quais, pela legislação civil vigente, estavam legitimados a suceder no momento de abertura da sucessão.

Mesmo que os doutrinadores e juristas tentem suprir a ausência legislativa com a interpretação extensiva do art. 1799 do CC, é certo que o procedimento de inseminação artificial póstuma é perfeitamente viável e que com o surgimento dessa prole se configurará o processo hereditário. O problema surge quanto à sucessão legítima. Poderia esta criança ser preterida de seus direitos sucessórios em virtude de sua origem? Se este direito lhe fosse negado estaria o ordenamento brasileiro descumprindo a norma constitucional de não discriminação entre os filhos?

Frente ao exposto não se pode deixar de mencionar o art. 227, § 6º da Constituição Federal que proíbe a distinção entre os filhos. Princípio também estabelecido no art. 1.596 do Código Civil. Respectivamente:

Art. 227 [...]

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

Art. 1.596. Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Desta forma, a negatória de direitos sucessórios àqueles concebidos tardiamente violaria o princípio da igualdade entre os filhos, consectário do princípio da isonomia. Na visão de GONÇALVES (2010, p. 77) se, na sucessão legítima, os direitos sucessórios dos filhos são iguais, e se o Código Civil trata o filho oriundo da fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido concebido na constância do casamento, não existe justificativa para a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento divergente conduziria ao consentimento da existência, no direito pátrio, de filho destituído de direitos sucessórios, em situação incompatível com o disposto no art. 227, § 6º da Carta Magna.

A omissão do ordenamento jurídico brasileiro leva a tutela da existência de uma anomalia jurídica: a possibilidade de negar a algum indivíduo, direitos fundamentais garantidos pela Lei Maior. Esta situação vai de encontro aos princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana e do superior interesse da criança.

No art. 1º, III, a Constituição Federal preleciona que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. A dignidade da

pessoa humana dá suporte axiológico ao ordenamento jurídico para que este seja harmônico e coerente. Este princípio manifesta-se como abalizador dos outros princípios e direitos tidos como superiores (RIGO, 2009). Deve-se compreendê-lo como instrumento superior e norteador das relações jurídico-sociais, expresso na Constituição Federal (CF) de 1988. (RIOS, 2007, p.31)

Toda pessoa é portadora de dignidade e titular de direitos inatos, inalienáveis e imprescritíveis aos quais, o Estado, assim como os outros cidadãos, deve respeito, pois são estes direitos os meios naturais para o cumprimento do próprio fim estatal. Portanto, a dignidade não é criação do Direito, uma vez que é preexistente a toda experiência especulativa, como a própria pessoa humana. (SILVA, 2002, p. 191)

Também sancionado pela Carta Magna está o princípio da isonomia, contemplado como direito fundamental no *caput* de seu art. 5º. Por tal princípio todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Como consequência desse princípio, temos, como disposto anteriormente, o princípio da igualdade entre os filhos, disposto no art. 227, § 6º da CF e reiterado pelos arts. 1.596 do CC e 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, em obediência a tais dispositivos, não pode haver distinção entre os filhos, independentemente de sua origem; esse regramento deve valer, também, para o direito das sucessões.

O conceito de igualdade empregado como princípio de interpretação às normas de direito de família resgata a idéia de isonomia, isto é, apenas corrobora com a existência da vedação legal de que o essencialmente igual seja tratado de forma díspar. (RIGO, 2009). O referido conceito apareceu no ordenamento jurídico brasileiro para afastar o tratamento desigual dado aos filhos de acordo com sua origem: se oriundos da relação matrimonial ou extramatrimonial, ou ainda se filhos biológicos ou adotados, distinções constantes no Código Civil de 1916. Existiam àquela época os chamados filhos legítimos, provenientes de justas núpcias e ilegítimos, quando não havia casamento entre os pais. Os filhos ilegítimos podiam ser naturais ou espúrios. Naturais quando não havia impedimento para o casamento entre os pais e espúrios quando a lei proibia a união. Os espúrios podiam ser adulterinos, quando decorriam de adultério ou incestuosos quando os pais eram parentes próximos, como pai e filha ou irmão e irmã. Sobre o tema, GONÇALVES (2008, p. 281):

A Constituição de 1988 (art. 227, § 6º) estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima e ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que existia no Código de 1916. Naquela época, dada a variedade de conseqüências que essa classificação acarretava, mostrava-se relevante provar e estabelecer a legitimidade.

Da mesma forma (RIGO, 2009) entende que, se não pode haver diferenciação entre filhos conjugais e extraconjugais, bem como entre os naturais e os adotados, também não deve haver discriminação entre os filhos concebidos antes e após a morte de seu genitor. Ainda nesse sentido, (LUCA, 2010, p. 31-32):

O princípio da igualdade entre os filhos, consagrado na Constituição Federal, não admite exceções, sendo que aquele concebido através de inseminação artificial *post mortem* é presumidamente filho do casal, e considerado concebido na constância do casamento, de acordo com o artigo 1.597, inciso III do Código Civil. Deste modo, devem ser garantidos a ele os mesmos direitos que possuem os outros filhos, inclusive o de ser considerado herdeiro legítimo do seu falecido pai. A legislação infraconstitucional não pode fazer exceções ou estabelecer diferenças quando a própria Constituição não o faz.

Ainda demonstrando que a criança gerada pela inseminação *post mortem* deve ter direito ao patrimônio dos pais temos as previsões do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), principalmente no que tange ao superior interesse do menor. A proteção da criança deve ser orientada de acordo com o interesse superior da criança, com os princípios da sua liberdade e dignidade. Atendendo ao que já vinha sendo previsto em Tratados e Convenções internacionais a CF e o ECA trouxeram em seus textos dispositivos que consagram em nossa legislação o princípio do superior interesse do menor.

A Constituição Federal de 1988 adotou a premissa da Proteção Integral, constituindo-se em um avanço legislativo muito importante para o ordenamento jurídico pátrio. A Carta Magna, em seu artigo 227, proclama essa proteção integral, determinando e assegurando os direitos fundamentais relativos aos menores, proclamando, sobretudo, a igualdade e a supremacia do interesse do menor.

O artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente praticamente transcreve o artigo 227 da CF, dispondo que, precipuamente a família e, de maneira suplementar o estado e a sociedade, têm o dever de assegurar ao menor com

absoluta prioridade, todos os direitos inerentes à constituição de um homem civilizado. (BIRMAN, 2006, p. 07)

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

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas.

O princípio do superior interesse da criança, como direito fundamental constitucionalmente previsto é parâmetro a ser respeitado pelo legislador ordinário.

Analisando os princípios supramencionados, pode-se perceber que afastar os direitos sucessórios daquele concebido e gerado mediante fecundação artificial *post mortem* viola, de forma gritante, os princípios da dignidade humana e do melhor interesse da criança, pois esta, já privada da convivência paterna, será preterida também economicamente, o que poderá prejudicar seu desenvolvimento.

Mesmo provando que a legislação brasileira, ainda que de forma não expressa, se inclina no sentido de reconhecer os direitos sucessórios dos descendentes concebidos *post mortem*, cabe ressaltar diversos entendimentos de outros Estados nesse mesmo sentido.

A legislação espanhola exige que o sêmem do marido já se encontre no útero materno no momento de sua morte, com o intuito de garantir o direito à filiação, salvo se, em testamento, deixar autorização para o uso de seu material genético, hipótese em que a fecundação deve se dar no prazo de seis meses. A Alemanha proíbe expressamente a prática, punindo com prisão de até três meses ou multa quem se utilizar de forma consciente de gameta de doador morto. Posição tomada também pelo ordenamento jurídico da Suécia, onde embora haja regulamentação acerca da reprodução assistida sua realização *post mortem* é expressamente vedada. O direito francês segue a mesma tendência proibindo a fertilização póstuma, além de dispor que o consentimento dado pelo marido em vida, torna-se

sem efeito com o seu óbito. Sob a influência da escola francesa, LEITE (1995, 312-313) assevera que:

Realizada "inter vivos", a inseminação artificial pelo marido ou pelo concubino não cria nenhum problema, mesmo no plano ético. A criança está juridicamente vinculada a seu pai e a sua mãe (e sem possibilidade de contestação, porque ele se encontra vinculado a ambos biologicamente). . [...] . A inseminação artificial "*post mortem*" é [...] proibida, por se tratar de inseminação de uma mulher só, diante da qual, o projeto parental se extingue.

Já no Reino Unido, a prática é permitida, todavia o reconhecimento de filiação entre a criança concebida postumamente e o *de cujus* não é possível. Os direitos sucessórios da criança serão garantidos caso o falecido deixe documento expresso nesse sentido.

Malgrado a produção legislativa desses e de outros países, tenham se mostrado eficiente na constatação da problemática e na tentativa de se disciplinar a prática da inseminação *post mortem*, visando dissolver as controvérsias que possam surgir, nota-se que, no âmbito internacional, a matéria não é uníssona, revelando a complexidade do tema em questão, seja em relação à filiação, seja em relação aos direitos sucessórios (PINTO, 2008, p. 07). Frente à delicadeza do assunto, é imprescindível que o ordenamento jurídico brasileiro regule de forma clara a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, sobretudo no tocante à necessidade de autorização escrita pelo marido e prazo para que seja realizado o procedimento com o propósito de preservação da segurança jurídica.

Dada a ausência de legislação específica e a magnitude do tema, a doutrina brasileira apresenta diferentes posicionamentos, dividindo-se basicamente em duas vertentes.

A primeira defende a ausência de direitos sucessórios daqueles concebidos postumamente, tendo como fundamento a necessidade de que o herdeiro deve, ao menos, estar concebido por ocasião da abertura da sucessão. Estes admitem apenas a sucessão testamentária fundamentada no art. 1.799, I do Código Civil. De acordo com DINIZ (1995, p. 91) não há como conferir direitos sucessórios ao que nascer por fecundação *post mortem*, por este não estar gerado no momento da morte de seu pai genético. Na visão da doutrinadora é necessário que se

proíba legalmente a reprodução assistida póstuma, e, caso haja permissão legal, deve-se prescrever quais são os direitos do filho, principalmente os sucessórios. Ainda nesse sentido VENOSA (2005, p. 219) salienta que nas inseminações após a morte o Código Civil não enfocou de forma direta o Direito Hereditário dos seres havidos por estas técnicas, pois, para a sucessão, continuam sendo herdeiros aqueles vivos ou concebidos quando da morte. Ainda segundo ele, tendo a concepção acontecido somente após o óbito do pai por meio da técnica da reprodução assistida, ele não preencheria o requisito legal do "estar vivo", ou, já ter sido concebido, antes da morte daquele de quem seria herdeiro.

Porém, apesar de posicionar-se de forma a negar veementemente os direitos sucessórios do concebido postumamente, Silvio Venosa, juntamente com Débora Gozzo, em seus comentários ao Código Civil, ao tratar do direito hereditário da prole eventual, assumiu posicionamento mais flexível, admitindo que o herdeiro possa por meio da ação de petição de herança, alcançar seus direitos sucessórios. Perceba-se:

[...] há de se entender que, se a viúva vier a ser inseminada com o sêmen de seu marido falecido, ele poderá tê-la autorizado a essa prática. Não é à toa que o novel Código Civil entende como filho matrimonial aquele nascido por meio de reprodução assistida (art. 1.597, III, IV e V). Conseqüentemente, nada mais correto que se aceite, por analogia, no momento adequado, a propositura da ação de petição de herança, a fim de que esse filho, concebido e nascido após a morte de seu pai biológico [...] possa exercer seus direitos sucessórios. (2004, p. 41-42)

No entendimento de MOREIRA FILHO (2007) por ter sido a concepção efetivada após a morte do *de cuius*, não há que se falar em direitos sucessórios àquele oriundo desta circunstância. Ao tratar do tema, GAMA (2003, p. 733) prevê a disparidade existente entre os filhos havidos por fertilização póstuma e os filhos concebidos de maneira natural. O doutrinador afirma que ao se admitir a possibilidade de disposição testamentária em favor da prole eventual oriunda das técnicas de reprodução assistida homóloga, deve ser ressaltado que o tratamento é diferenciado, no campo sucessório, entre os filhos, já que os filhos concebidos após a morte do pai somente poderão herdar na sucessão testamentária, e não na sucessão legítima.

A inseminação *post mortem* para LEITE (2004, p. 155) constitui uma prática desaconselhável. O autor entende que além de contra-indicações de natureza ética e psicológica, existe também a consideração de ordem jurídica a dissuadir esta tentativa. A fecundação póstuma, em sua visão, poderia provocar vários problemas na herança e sucessão. O direito precisaria levar em consideração a possibilidade de nascimento de potenciais descendentes anos depois da morte do marido. Por isso, o doutrinador entende que a criança concebida por inseminação artificial homóloga póstuma não herdará: “solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*. Sem aquela previsão não há que se cogitar a possibilidade de eventuais direitos sucessórios.” (LEITE, 2003, p.110)

A segunda vertente posiciona-se no sentido de garantir os direitos sucessórios ao herdeiro advindo de fertilização assistida póstuma, admitindo que este figure na sucessão legítima. Para esta corrente doutrinária, negar o direito do filho à sucessão legítima viola a determinação de não discriminação entre os filhos e o princípio da dignidade humana. Nesse sentido:

Ignorar o fato dos rebentos gerados *post mortem* serem filhos e terem direito à herança acarretaria em violações gravíssimas a preceitos constitucionais, como os prelecionados no art. 227, § 6º, o qual declara a igualdade da filiação e veda discriminações, e, no art. 1º, III, que atribui, como um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana. A violação a tais ditames atacaria, inclusive, a função social da herança, que consiste na possibilidade de prover a sobrevivência dos herdeiros. (HENRIQUES, 2009, p. 28).

Também filiado a esta corrente, ALMEIDA (2003, p. 104) entende que existe a possibilidade do concebido postumamente figurar como herdeiro nas sucessões legítimas. O autor aduz que o legislador apenas repetiu o conteúdo do antigo Código Civil em relação à prole eventual na sucessão testamentária, código este estabelecido em uma época onde era impossível a previsão de que seria praticável uma pessoa ter um filho mesmo depois de morta. Ainda nas lições do retromencionado doutrinador:

[...] reconhecendo o legislador efeitos pessoais ao concepturo (relação de filiação), não se justifica o plurido de afastar os efeitos patrimoniais, especialmente o hereditário. Essa sistemática é reminiscência do antigo tratamento dado aos filhos, que eram diferenciados conforme a chancela que lhes era aposta no nascimento. Nem todos os ilegítimos ficavam sem direitos sucessórios. Mas para os privados desse direito também não nascia

relação de filiação. Agora, quando a lei garante o vínculo, não se justifica privar o infante de legitimação para recolher a herança. (ALMEIDA, 2003, p. 104).

Ainda no sentido de garantir o direito sucessório à criança concebida após aberta a sucessão, HIRONAKA (2006) defende que, se observados a autorização e os demais requisitos, a inseminação *post mortem*, opera o vínculo parental de filiação, com todas as conseqüências daí resultantes, devendo-se respeitar a regra fundamental da Constituição Federal, pelo seu art. 227, § 6º, incluindo os direitos sucessórios relativamente à herança do pai falecido. Sobre o tema, vale destacar as palavras de PISETTA (2011, p. 87):

A regulamentação firme e específica da matéria, seja com a inserção de novos dispositivos legais no Código Civil Brasileiro de 2002, seja através de legislação especial, é medida que se impõe. As questões da filiação e do direito sucessório dos filhos oriundos de inseminação artificial ou fertilização *in vitro* homólogas póstumas não são temas apenas para mera discussão, mas sim, a serem efetivados diante da realidade atual vivenciada e futura – não se pode deixar de cogitar –, em que muitas outras questões poderão surgir diante do intenso avanço médico e biotecnológico, especialmente na área da reprodução assistida. Destarte, entende-se que negar esta realidade e a necessidade de disciplina a respeito da filiação e do direito hereditário daqueles havidos por inseminação artificial ou fertilização *in vitro* homólogas póstumas equivaleria ao abandono da busca e da efetivação da justiça, escopo constante do Estado que deve primar pelo bem comum da sociedade.

Compartilhando deste entendimento GONÇALVES (2010, p. 77) assevera que se os filhos havidos por fecundação póstuma homóloga são presumidamente concebidos na constância do casamento, garantindo, portanto seu direito à filiação e se na sucessão legítima são iguais os direitos sucessórios dos filhos, não existe justificativa para a exclusão do direito à herança a esta prole. Entendimento contrário, leva à aceitação de descumprimento do princípio da igualdade entre os filhos, proclamado pelo art. 227, § 6º da Carta Magna.

A segunda corrente possui argumentos mais atuais e condizentes a realidade social hodierna. Não se pode admitir no ordenamento jurídico situações que desobedeçam a princípios constitucionais sobre os quais são construídos o Estado Democrático de Direito. Porém é imperioso que o legislador brasileiro acorde para as novas relações sócio-jurídicas e ofereça aparato legal para garantir a todos os cidadãos acesso aos seus direitos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como as relações sociais e as ciências, a ciência do direito deve ser dinâmica, a fim de tornar as decisões jurídicas justas e aplicar as normas dando-lhes eficácia material, instrumentalizando-as em prol da sociedade. Situações dantes não imaginadas hoje são perfeitamente viáveis ante a evolução médico-tecnológica.

O uso das técnicas de reprodução humana medicamente assistidas provocam uma turbulenta transformação social que ainda clama por tutela legislativa. A possibilidade de se realizar uma fecundação mesmo após a morte do pai da criança ainda é uma questão polêmica e controvertida no ordenamento brasileiro, em virtude da ausência de legislação específica.

O legislador reconheceu no art. 1.597 do Código Civil a presunção de paternidade aos filhos havidos por inseminação artificial *post mortem* homóloga. Segundo o dispositivo retro, presumem-se concebidos tais filhos na constância do casamento. E, como o processo de fecundação é homólogo, ou seja, utiliza-se material genético apenas do próprio casal, não há controvérsias quanto ao reconhecimento da filiação.

A grande celeuma surge na seara do direito das sucessões, mormente no tocante à sucessão legítima, visto que em relação à sucessão testamentária o *codex* em seu artigo 1.799, I dispõe sobre prole eventual - filhos ainda não concebidos quando da abertura da sucessão. Contudo, existe um limite temporal de dois anos para a concepção dessa prole, previsão do art. 1.800 do CC.

Já em relação à sucessão legítima, não existe pacificação na doutrina, esta se manifestando em duas correntes. Uma influenciada pelas Escolas alemã, sueca e francesa no sentido de negar qualquer direito sucessório à prole oriunda de procriação artificial póstuma, com fundamento no art. 1.798, CC, que dispõe ser condição para suceder estar vivo ou ao menos concebido no momento da abertura da sucessão.

A segunda corrente, com argumentos mais concisos e condizentes com o Estado Democrático de Direito, entende ser perfeitamente possível garantir aos

filhos havidos por inseminação *post mortem*, direitos hereditários. Com fulcro nos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, onde o não reconhecimento de direitos sucessórios à prole póstuma caracteriza um tratamento desigual dado aos filhos e uma conseqüente ofensa à Constituição Federal.

O próprio Código Civil reconhece a filiação do concebido por inseminação artificial póstuma, portanto, não faz sentido que o mesmo admita a existência de uma pessoa preterida de direitos fundamentais, como o direito a herança. A própria Constituição previu a não discriminação entre os filhos, logo não pode a legislação civil realizar tal prática levando em consideração a origem da criança. Se o rebento é considerado filho do casal, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da CF não seria razoável discriminá-lo pelo simples fato dele não ter sido gerado da maneira tradicional. Afinal, isso violaria o direito de igualdade de filiação, previsto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, devendo, portanto, o filho concebido postumamente ser considerado herdeiro legítimo assim como qualquer outro filho do casal.

Sabe-se que a legislação civil deve ser interpretada visando à promoção do que é ditado pela Carta Magna. A regulamentação clara e específica da matéria é urgente e imprescindível, no entanto enquanto houver essa omissão os juízes não poderão se escusar de julgamento e as decisões devem estar limitadas pelo texto constitucional. Diante da possibilidade real de concepção póstuma não se pode olvidar que a criança oriunda deste processo é um ser humano e devem ser garantidos a ela todos os direitos e garantias fundamentais expressos na CF.

É necessário que o legislativo estabeleça os limites e as condições para a realização dos procedimentos de reprodução assistida, para que sejam mitigados esses dissensos doutrinários. Em nome da segurança jurídica, é fundamental que a mulher ainda encontre-se na condição de viúva para que não exista controvérsia quanto à presunção de paternidade e que se defina um limite temporal para que a concepção realizada pela inseminação artificial produza efeitos sucessórios aos herdeiros gerados.

ABSTRACT

The possibility of cryopreservation of human genetic material has made possible the generation of children after the death of their father, through posthumous assisted reproduction techniques. The feasibility of using these innovative procedures resulted in a large space for discussion and questions to the legal science with the recognition or not of inheritance to a child conceived after the opening of the succession right, resulting solely from self-fertilization of the widow. The subject is controversial in the doctrine and the Civil Code, despite legislating about the presumption of paternity of the children by post mortem artificial insemination, it is still silent about the topic in the field of the succession rights. There is no specific legislation that establishes the practice of these techniques and with this absence, the responsibility of the executors of the law becomes discussing and judging with the scope of effecting the basic principles of Brazilian law, specifically the principle of equality among the children (art. 227, § 6, CF), the principle of human dignity (art. 1, III, CF) and the principle of best interests of the child (art. 4, ECA). The omission of legislative and judicial apparatus cannot be to promote injustice and prevent the realization of the minor's right. This work was developed through a descriptive-analytical methodology, using bibliographies related to the matter addressed.

KEYWORDS: Posthumous assisted reproduction. Inheritance rights. Equality between children.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Thábata Heidemann. **Direito sucessório do embrião crioconservado**. In: Unisul, Tubarão – SC, 2009. Disponível em:

<http://portal2.unisul.br/content/navitacontent/userFiles/File/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/Monografias_2009-A/T_bata_Heidemann_Aguiar.pdf> Acesso em: 29 set. 2011.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código Civil Comentado: direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2003.

BIRMANN, Sidnei Hofer. **O direito a filiação frente à inconstitucionalidade do art. 10 do novo Código Civil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 2006.

Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1553> Acesso em 07 set. 2011.

BRASIL, **Código Civil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 30 ago. 2011.

_____. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 30 ago. 2011.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 02 set. 2011.

_____. Conselho Federal de Medicina (CFM). **Resolução 1.358, de 11 de novembro de 1992**. Adota as normas éticas para as técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm> Acesso em: 02 set. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. Vol. 5. Direito de Família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Civil brasileiro**. Vol. 6. Direito das Sucessões. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **A ectogênese e seus problemas jurídicos.** São Paulo: Max Limonad, 1995.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** Vol. 6. Direito de família. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito civil brasileiro.** Vol. 7. Direito das Sucessões. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio de Salvo. Do direito das sucessões: arts. 1.784 a 1.911. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). **Comentários ao código civil brasileiro.** Forense, 2004.

HENRIQUES, Fernanda de Borges. **A repercussão da reprodução assistida post mortem e o direito de herança.** Porto alegre: PUC, 2009. Disponível em <http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccl/trabalhos2009_1/fernanda_henriques.pdf> Acesso em: 29 set. 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões,** v.. 20 (arts. 1.784 a 1.856). São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões.** IBDFAM 24/04/07 Palestra proferida no I Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro "Interpretação do Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional", sob a coordenação científica do Professor Gustavo Tepedino (UERJ), em 23 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290>>. Acesso em: 15 out. 2011.

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

_____. **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003

LUCA, Catarina Medeiros de. **O Concebido *post mortem* no Direito das Sucessões**. In: EMERJ, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/caterinaluca.pdf> Acesso em: 14 out. 2011.

MACHADO, Costa. **Código Civil interpretado**. 4. ed. São Paulo: Manole, 2011.

MANO, Luís Paulo Suzigan. **Da personalidade no novo Código Civil: Aspectos jurídicos da clonagem e da reprodução medicamente assistida**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 21, 31 Maio 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=570> Acesso em 28 ago. 2011.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>>. Acesso em: 16 out. 2011.

NERY JUNIOR & NERY, Nelson & Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 6. Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

PINTO, Carolos Alberto Ferreira. **Reprodução Assistida: Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório**. Recanto das Letras. São Paulo, 28 Fev. 2008. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>> Acesso em: 05 set. 2011

PISETTA, Francieli. **A filiação e o direito sucessório dos filhos havidos por inseminação artificial e fecundação in vitro homólogas post mortem frente ao Código Civil brasileiro de 2002**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3000, 18 set. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20022>>. Acesso em: 8 nov. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 5. Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RIBAS, Ângela Mara Piekarski. **Aspectos contemporâneos da reprodução assistida**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 54, 30 jun. 2008
Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2985>
Acesso em: 20 set. 2011.

RIGO, Gabriella Bresciani. **O Status de Filho Concebido Post Mortem Perante o Direito Sucessório na Legislação Vigente**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 08 Jul. 2009. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849>. Acesso em: 06 out. 2011

RIOS, Roger Raupp; LOPES, José Reinaldo de Lima et al. **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: lei 10.406, de 10.01.2002. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 5. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2005.