

JENIFFER PEREIRA CECÍLIO

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA PÓS MORTEM E
O DIREITO SUCESSÓRIO.**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC-MG

2013

JENIFFER PEREIRA CECÍLIO

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA PÓS MORTEM E O
DIREITO SUCESSÓRIO.**

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga - FIC, como exigência parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação da professora Alessandra Dias Baião Gomes.

FIC – CARATINGA

2013

Dedico aos meus pais por se empenharem junto comigo nesse projeto, se preocupando com toda infraestrutura necessária; ao meu namorado Luiz Fernando, por acreditar em mim quando nem eu mesma acreditasse que fosse capaz e em especial ao meu Tio Simão Pereira, que mesmo de longe, sempre foi um exemplo acadêmico a ser seguido.

Agradeço a Deus, minha fortaleza ímpar. A minha professora Alessandra, pela dedicação, orientação e paciência. A todos os meus familiares que sonharam junto comigo a concretização dessa etapa.

Aos meus colegas de turma, por compartilharem o anseio dessa batalha. E a todos os meus amigos, pela paciência e conforto de sempre.

O meu sonho, o nosso sonho!

RESUMO

O assunto abordado nesse trabalho científico se dá em torno da “inseminação artificial homóloga pós morte e o direito sucessório”. Para analisarmos tal temática, primeiro vamos adentrar a conceituação da inseminação artificial homóloga pós morte, que é uma técnica de reprodução medicamente assistida, onde no momento do falecimento do cônjuge doador do material genético, não há sequer embrião formado, ocorrendo a fecundação após seu falecimento. O código civil de 2002, em seu artigo 1597, IV, prevê a presunção da paternidade dos filhos “havidos em qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”. Mas, no art. 1798 do mesmo código, já no capítulo das sucessões, são reconhecidos como legítimos a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, eliminando assim o filho nascido após a morte do autor da herança. Mediante essa lacuna legislativa, tem se a necessidade de discutir como garantir os direitos sucessórios desse filho, uma vez que a legislação vigente reconhece essa modalidade de concepção. Faremos ainda uma breve explanação dos reflexos desse reconhecimento, à segurança jurídica das relações já estabelecidas.

Palavras-chave: Inseminação artificial homóloga; presunção de paternidade; Direito sucessório.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	10
CAPITULO 1 – BIOÉTICA E O BIODIREITO	13
1.1- Conceitos	14
1.2 Inseminação artificial.....	16
1.2.1- <i>Inseminação artificial heteróloga</i>	18
1.2.2- <i>Inseminação artificial homóloga</i>	20
1.3 Biodireito e os Direitos da personalidade	21
CAPÍTULO 2 – DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÃO	26
2.1- Análise do artigo 1597, III e IV do Código Civil	27
2.2- Análise do artigo 1798 do Código Civil	29
CAPITULO 3 – INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA E O DIREITO SUCESSÓRIO	34
3.1- Inseminação artificial homóloga: Reconhecimento da filiação x Garantia do Direito sucessório.....	36
3.2 – Segurança jurídica na inseminação artificial homóloga pós morte.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objeto de pesquisa o direito sucessório e a inseminação artificial homóloga pós morte. Ela é de suma importância, pois trata da garantia sucessória dos filhos concebidos por reprodução assistida após o falecimento do autor da herança. Pretende-se analisar a lacuna presente no Direito Civil brasileiro, que presume a paternidade de filhos concebidos após a morte do cônjuge que deixou seu material genético conservado, porém não os reconhecem na sucessão, encontrando assim uma forma de garantir a esses filhos seu quinhão respectivo na herança.

A legislação Civil, no Direito de família, em seu artigo 1597, inciso III prevê a presunção de paternidade dos filhos concebidos por reprodução assistida pós morte. Como garantir direitos sucessórios a essa criança, quando concebida a qualquer tempo, prevalecendo assim a vontade do falecido, doador do material genético?

Tem-se como marco teórico da presente pesquisa as ideias sustentadas por Dimas Messias de Carvalho, em seu livro *Direito das sucessões*:

Havendo clara vontade do casal em gerar o fruto deste amor não pode haver restrição sucessória alguma, quando no viés parental a lei tutela essa prática biotecnológica. Independente de ter havido ou não testamento, sendo detectada no inventário a possibilidade de ser utilizado material genético do autor da herança (já que sua vontade ficara registrada no banco de sêmen por força da resolução do Conselho Federal de Medicina), no intuito de evitar futuro litígio ou prejuízo ao direito constitucional de herança, há de ser reservados os bens desta prole eventual sob pena de o ser realizado o procedimento, vier o herdeiro nascido depois, pleitear por petição de herança, seu quinhão hereditário, como se fosse um filho reconhecido por posterior ação de investigação de paternidade.¹

Diante da crença positiva nos âmbitos desta pesquisa, temos as vertentes que a justificam como o ganho jurídico para o direito brasileiro, que tem como uma de suas principais finalidades a pacificação de conflitos de interesse, de forma o mais justa possível. Sendo assim, o elencado estudo tende amenizar tais conflitos no campo do Direito Sucessório, buscando que a vontade do *de cuius* prevaleça, e

¹ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Sucessões*. 3ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.14.

ainda resguardar o respectivo quinhão dos filhos concebidos por reprodução assistida. No tocante ao ganho social, o ensejo de constituir uma família, muitas vezes se vê frustrado diante de complicações fisiológicas que impedem o casal de ter filhos pelas vias naturais, estes então recorrem aos recursos inovadores da medicina, para que a reprodução ocorra de maneira medicamente assistida. Assim sendo, ao garantir os direitos sucessórios desses filhos, atingimos uma isonomia social, bem como prevalecer a vontade do pai doador de sêmen. Já no ganho pessoal, ao realizar esse estudo científico pretendo me aprofundar na esfera do Direito de família, contribuindo para minha prática jurídica, e podendo ser úteis para futuros investimentos profissionais na militância do Direito.

Como metodologia de pesquisa o presente projeto utiliza-se da pesquisa teórico-dogmática, tendo em vista o manuseio de doutrina, artigos, bem como a legislação pertinente ao tema. Como setores do conhecimento a pesquisa se revela interdisciplinar, considerando o intercruzamento de informações em diferentes ramos do direito tais como o Constitucional, Civil, de Família, e Biodireito.

Esta monografia é dividida em três capítulos. O primeiro deles intitulado “Bioética e Biodireito”, que abordará a conceituação de Bioética, os princípios norteadores do Biodireito e a da personalidade civil, e ainda o processo de fertilização artificial. O segundo capítulo, sob o título “Direitos de família e sucessão”, analisará a lacuna existente no ordenamento jurídico entre o reconhecimento dos filhos concebidos por fecundação homóloga pós morte, no artigo 2597, III e IV do Código Civil, e seus direitos sucessórios já no artigo 1798 do mesmo código.

Por fim, o capítulo final, tendo por título “Inseminação artificial homóloga e o direito sucessório”, haverá uma análise acerca das consequências do reconhecimento dos direitos sucessórios do filho concebido por reprodução assistida, e o impacto sobre a segurança jurídica nas relações estabelecidas.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Diante da importância apresentada em torno da inseminação artificial homóloga, é fundamental a apresentação de alguns conceitos, que envolvem a temática a fim de facilitar a compreensão geral do trabalho.

São eles: “inseminação artificial homóloga”, “presunção de paternidade” e “Direito sucessório”.

O gênero reprodução medicamente assistida se subdivide em duas espécies- a fertilização in vitro ou na proveta, e a inseminação artificial, ambas podendo ser heteróloga ou homóloga. Conforme Nelson Rosenvald e Cristiano de Farias:

A inseminação artificial é o procedimento em que se realiza a concepção in vivo, no próprio corpo da mulher. O médico, portanto, prepara o material genético para implantar no corpo da mulher, onde ocorrerá a fecundação. A outro giro, na fertilização na proveta a concepção é laboratorial, realizada fora do corpo feminino, apenas ocorrendo a implantação de embriões já fecundados. Ambas as modalidades, técnicas podem se concretizar de forma homóloga ou heteróloga. Naquela (homóloga), utiliza-se material genético do próprio casal interessado, com a expressa anuência de ambos. Nesta, (heteróloga), há utilização de material genético de terceiro (doador de sêmen por exemplo).²

Atualmente, as avançadas técnicas de reprodução artificial têm a possibilidade da criopreservação, ou crio conservação, que se define em: “ Procedimento que consiste em conservar as células ou tecidos biológicos por longos períodos de tempo, a baixas temperaturas (-196º C), sem que eles percam sua viabilidade. ³

Conservando assim óvulos, sêmen, ou até mesmo embriões, sem que percam a qualidade para procriação.

² ROSENVALD. Nelson; FARIAS. Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p 570.

³ CRIOESTAMINAL, Ciência para a vida. *Criopreservação*. Disponível em : <http://www.crioestaminal.pt/criopreservacao/>. Acesso em: 30 de Out. de 2013.

Ademais, sobre a presunção de paternidade, instituto previsto no Código Civil de 2002, no artigo 1597, IV, temos sua definição de acordo com o autor Nilson Rosenvald:

Desde o código de Hamurabi, a ciência jurídica vêm admitindo a presunção de paternidade dos filhos nascidos de uma relação familiar casamentária. É um verdadeiro exercício de lógica aplicada: Considerando que as pessoas casadas mantêm relações sexuais entre si, bem como admitindo a exclusividade (decorrente da fidelidade existente entre elas) dessas conjunções carnis entre o casal, infere-se que uma mulher casada, na constâncias das núpcias, por presunção é do seu marido, visto o vínculo genético existente.⁴

Logo, conforme autorização expressa do cônjuge ao reservar seu material genético, os filhos concebidos por fecundação artificial homóloga, ainda que póstuma são reconhecidos e equiparados aos demais filhos que existirem.

No que tange ao Direito Sucessório, segundo as lições de Maria Helena Diniz, “o direito sucessório trata de uma transmissão de bens, direitos e até mesmo obrigações em razão da morte, sendo assim, a liberdade de testar e o parentesco são expoentes que se baseiam nas normas de sucessão.”⁵

Ainda segundo Coungales que cita Venosa:

A íntima conexão entre o direito hereditário e o culto familiar nas sociedades mais antigas. O culto dos antepassados constitui o centro da vida religiosa nas antiquíssimas civilizações, não havendo castigo maior para uma pessoa do que falecer sem deixar quem lhe cultue o altar doméstico, de modo a ficar seu túmulo ao abandono. Cabe ao herdeiro sacerdócio desse culto. Assim sendo, a propriedade familiar a ele se transmite, automaticamente, como colorário do fato de ser o continuador do culto familiar.⁶

Para melhor esclarecimento, temos ainda Carlos Roberto Gonçalves que define a palavra sucessão, em sentido amplo: é “o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens”, e que no direito sucessório essa palavra é aplicada em sentido estrito, sendo:

⁴ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das famílias*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 570.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, direito das sucessões*. Vol V, 25 ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

⁶ SILVEIRA Gabriella Nogueira Tomaz da. NETO Henrique Batista de Araujo. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessão*. Vol 32. fev/mar. 2013. Porto Alegre: Magister, 2013.

Para designar tão somente a decorrente da morte de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*. O referido ramo do direito disciplina a transmissão de patrimônio, ou seja, do ativo e do passivo do de cujos ou autor da herança e seus sucessores.⁷

Por fim, os conceitos apresentados serão necessários à compreensão dos capítulos seguintes, a começar pela noção de Biodireito.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Direito das sucessões*. vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 01

CAPITULO 1 – BIOÉTICA E BIODIREITO.

Dando início aos trabalhos de pesquisa para presente monografia, temos a necessidade de conceituar importantes temas para aprimorar entendimento desse trabalho, como o estudo da Bioética e do Biodireito, quais os objetivos dessas ciências, bem como elas se conectam diante dos direitos inerentes a personalidade jurídica.

De maneira generalizada podemos falar que a fecundação artificial é uma moderna técnica de procriação humana, mediante procedimentos laboratoriais.

Dentre esses procedimentos, temos a possibilidade de criopreservar óvulos e embriões por tempo indefinido, sem que percam sua qualidade para procriação. O gênero fecundação artificial se subdivide em duas espécies, a fertilização *in vitro* ou na proveta e a inseminação artificial, que pode ser homóloga ou heteróloga⁸, melhor descritas ao longo deste capítulo.

A constituição de uma família, é pilar para uma sociedade. E toda família se inicia com a concepção de filhos. Por isso esse avanço da medicina com as técnicas de reprodução assistida é tão importante, pois inúmeros são os casos em que complicações genéticas privam os cônjuges de realizar esse anseio, e a ausência de filhos, pode fragilizar as relações familiares. As técnicas de fecundação artificial, sejam elas homóloga ou heteróloga, trazem a possibilidade de realizar esses sonhos, e ambas modalidades trazem consequências ao mundo jurídico, de acordo com suas distinções.

Por isso se faz relevante esse capítulo ao objetivo principal de estudo desse trabalho.

⁸ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das famílias*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 570

1.1 – Conceitos

Inicialmente apresentamos os conceitos das ciências Bioética e Biodireito, justificando a conexão entre elas. Vamos conceituar também as espécies de fertilização artificial, bem como o biodireito se relaciona com os direitos inerentes a personalidade jurídica.

Morfologicamente a palavra Bioética deriva do grego (*bios*, vida + *ethos*, relativo a ética) seria a ética aplicada à ciências da vida⁹. Conceitualmente temos:

A Bioética seria, em sentido amplo, uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só de problemas éticos, provocados pelas tecnociências biomédicas, mas também a vários aspectos das pesquisas em seres humanos, como, por exemplo, a clonagem, mudança de sexo, esterilização, eugenia, eutanásia, dentre outros.¹⁰

Inovações científicas, podem ter muitas vezes uma receptividade negativa ou positiva, na sociedade em geral. Deste modo, é sumariamente relevante analisar as vantagens e desvantagens de cada descoberta, com um olhar ético acima de todo, eis a necessidade da ciência bioética, que basicamente tem seu pilar em três princípios:

- **Autonomia ou princípio da liberdade:** Se baseia no fato de que na relação médico-paciente, este último possui o direito de ser informado sobre seu estado de saúde, detalhes do tratamento a ser prescrito e tem toda a liberdade de decidir se irá ou não se submeter ao tratamento determinado. Caso o paciente não possa decidir, os pais ou responsáveis é que tomam a decisão. Em casos de experimentos conduzidos com seres humanos, os indivíduos submetidos aos testes devem receber detalhes dos procedimentos a serem adotados e dar uma autorização, por escrito, de que deseja participar da pesquisa. Na medicina veterinária, como o animal não pode tomar essa decisão, cabe ao médico veterinário fornecer todas as informações sobre o animal e possíveis tratamentos e obter a autorização do proprietário para a realização dos procedimentos.¹¹

⁹ MARTIM, Pierre. *Dicionário Jurídico*. Terminologia Jurídica e Forense Brocardos Latinos. 4 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 5 ed. Revista e atualiza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p. 10-11.

¹¹ MELDAU, Débora Carvalho. Professora pós graduada. Bioética. Disponível em: <http://www.infoescola.com/medicina/bioetica/> Acesso em: 06 de Nov. de 2013.

E continua o autor:

- **Beneficência ou princípio da não-maleficência:** toda e qualquer tecnologia deve trazer benefícios para a sociedade e jamais causar-lhe malefícios. É fato nos dias de hoje, que a bioética está mais relacionada aos seres humanos do que aos animais, pois a maior parte dos experimentos existentes visa beneficiar o homem e não os animais.
- **Justiça distributiva:** os avanços técnico-científicos devem beneficiar a sociedade como um todo e não apenas alguns grupos privilegiados¹²

Associado à bioética, teremos o ramo do Direito Público, Biodireito, que conectado a biotecnologia, estuda as relações jurídicas entre os avanços tecnológicos e o Direito. O doutrinador José Alfredo de Oliveira Baracho, ensina:

O Biodireito é estritamente conexo à Bioética, ocupando-se da formulação das regras jurídicas em relação a problemática emergente do progresso técnico-científico da Biomedicina. O biodireito questiona sobre os limites jurídicos da licitude da intervenção técnico científica possível.¹³

Porém nos resta o questionamento, de como um sistema jurídico pode acompanhar tantas evoluções, conforme os dizeres de Roberto Senise Lisboa:

As mais variadas técnicas surgiram da evolução biotecnológica, que ainda não demonstra sinais de paralisação, após mais um século de contínuas descobertas e invenções. Indaga-se como poderia um sistema jurídico, por mais flexível que fosse, acompanhar as mudanças procedentes da biotecnologia em geral.¹⁴

No instituto do Direito de Família, o maior questionamento da bioética diz respeito as formas de concepção medicamente assistidas, sobre as quais adentraremos em seguida.

¹² Ibidem.

¹³ BARACHO, Jose Alfredo de Oliveira. Vida humana e ciência: Complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito - Normas internacionais da bioética. Disponível em : <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88501004>, p. 33. Acesso em 09 de nov de 2013.

¹⁴ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil, Direito de família e sucessões*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

1.2 Inseminação artificial.

O ser humano necessita viver em comunidade, desde seus primeiros contatos sociais já anseia em constituir sua própria família, e em sua grande maioria esse desejo se consolida na concepção de filhos. Ocorre que devido a deficiências genéticas que podem ser tanto do sistema reprodutor masculino, quanto do feminino, muitos casais não desenvolvem a fertilidade necessária para findar esse desejo.

Em resposta a essa decepção, a medicina com o avanços tecnológicos, disponibiliza à esses casais a fecundação artificial, que de forma generalizada, podemos dizer ser uma moderna técnica que permite a procriação humana através de procedimentos laboratoriais. Esse gênero se divide em duas espécies – a fertilização *in vitro* ou na proveta e a inseminação artificial, que pode ser homóloga ou heteróloga.¹⁵

A fertilização *in vitro* ou na proveta, se trata de uma “concepção laboratorial, ocorrendo fora do corpo feminino, apenas ocorrendo implantação de embriões já fecundados”¹⁶. Ou seja, nessa técnica moderna, o material genético feminino e masculino, são colhidos, e a manipulação dos gametas é feita em laboratório, sendo alguns deles, posteriormente implantados no útero feminino. Os demais embriões são mantidos criopreservados, ou seja resfriados e congelados. Para esses embriões excedentes, a Lei nº 11.05 de março de 2005, chamada Lei de biossegurança, estabeleceu que o embrião criopreservado seja mantido pelo prazo de três anos, e ao final deste prazo, deverá o médico notificar ao casal, para que declare a sua vontade de utilizá-lo novamente, e “não havendo interesse do casal, o embrião será encaminhado para pesquisas com células tronco”¹⁷, para se evitar o descarte de material genético, visto que através da Ação Direta de

¹⁵ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das famílias*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 570.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ PINTO. Carlos Alberto Ferreira. *Reprodução Assistida: Inseminação artificial homóloga pós morte e o direito sucessório*. Disponível em: [HTTP://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=Sucessão](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=Sucessão). Acesso em 03 de Nov. de 2013

Inconstitucionalidade 3510 de Maio de 2008, o Supremo Tribunal federal, já sumulou que não há violação do direito a vida, nesse tipo de pesquisa.

Segundo o autor Carlos Alberto Ferreira Pinto, existe ainda o limite de “14 dias após a fertilização, como tempo máximo do desenvolvimento embrionário *in vitro*”,¹⁸ pois à partir desse prazo se inicia a formação do sistema nervoso central.

Considerando que esse material genético também pode ser doado por terceiros, e que pode ser utilizado por mulheres que querem ter filhos independentes, temos o forte entendimento de que :

Técnicas de reprodução assistida não devem ser utilizadas como uma maneira alternativa de substituição da reprodução natural através do sexo. As técnicas de RA são aceitáveis apenas com o objetivo de corrigir problemas de infertilidade ou problemas de esterilidade do homem, da mulher ou do casal.¹⁹

Na mesma Resolução do CFM nº 2.013/2013 proíbe o uso das técnicas de Reprodução assistida:

Com o objetivo de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças genéticas ligadas ao sexo. Proíbe a experimentação dos embriões obtidos e a redução embrionária no caso de gravidez múltipla.²⁰

Já na inseminação artificial, a bióloga Paula Louredo explica:

Na inseminação artificial, os espermatozoides são introduzidos no interior do útero feminino, a fim de fecundarem o óvulo, não sendo necessária a retirada dos óvulos do corpo da mulher.²¹

Essa técnica ainda pode ser heteróloga ou homóloga, e sobre estas espécies veremos a seguir.

¹⁸ Ibdem p. 120

¹⁹ Ibdem p. 117

²⁰ Ibdem p. 118

²¹ LOUREDO Paula. *Inseminação artificial*. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/biologia/inseminacao-artificial.htm> Acesso em 07 de nov. de 2013.

1.2.1 Inseminação artificial heteróloga

Como já tratado a fecundação artificial pode ser de duas espécies, uma delas é a inseminação artificial heteróloga, onde utiliza-se “material genético de terceiro (doador de sêmen por exemplo)”.²²

Essa modalidade de fecundação artificial é indicada para as pessoas que possuem dificuldades de procriação natural (mecanismo sexual individual ou de ambas as partes). Assim ensina Antonio Henrique Pedrosa Neto:

A doação de gametas está indicada nos casos em que um ou ambos os componentes do casal não possuem gametas, ou nos casos em que uma doença genética pode ser transmitida com alta frequência para seus descendentes. A paternidade, a maternidade e a família podem ser estabelecidas, legal e eticamente, sem nenhum vínculo genético. Exemplo maior para essa afirmação é o instituto da adoção, garantida pela lei e pela constituição federal.²³

Embora a inseminação artificial heteróloga envolva a presença de um terceiro, é assegurado a este pela Resolução 1358/92 do Conselho Federal de medicina, seu anonimato bem como a gratuidade da doação:

A resolução 1358/92 estabelece a gratuidade da doação e o anonimato dos doadores e receptores de gametas e pré embriões. Estabelece, ainda, que em situações especiais de extrema necessidade médica, as informações clínicas do doador podem ser fornecidas, resguardando ainda sua identidade.²⁴

Tal determinação tem o propósito de evitar constrangimentos futuros entre doadores e receptores do material genético, evitando assim a criação de qualquer vínculo.

²² ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das famílias*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 575.

²³ PEDROSA NETO, Antonio Henrique; FRANCO JUNIOR, José Gonçalves. *Iniciação a Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 117.

²⁴ PEDROSA NETO, Antonio Henrique; FRANCO JUNIOR, José Gonçalves. *Iniciação a Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 118.

A inseminação artificial heteróloga então, apenas se difere da inseminação artificial homóloga, pois vai ser utilizado material genético de terceiro, anônimo ao conhecimento do casal interessado.

1.2.2 Inseminação artificial homóloga

A segunda espécie de inseminação artificial é homóloga, onde “utiliza-se matéria genético do próprio casal interessado, com a expressa anuência de ambos”.²⁵ Importante ressaltar que a fecundação homóloga pode ocorrer tanto por fertilização *in vitro*, quanto por inseminação artificial. Nessa modalidade, o material genético colhido do cônjuge ou companheiro, é potencializado em laboratório e posteriormente, implantado na cavidade uterina, ocorrendo assim a concepção dentro do organismo feminino.²⁶

Relevando sempre, que em ambos os casos de fertilização artificial, a probabilidade de êxito é a mesma, e necessitam de expresse consentimento do casal.

Embora a legislação esteja lacunosa, quando a inseminação artificial homóloga ocorrer após a morte do marido, Nelson Rosenvald, cita o enunciado 106 da Jornada de Direito Civil, que vem esclarecer a necessidade de expressa autorização do marido doador do sêmen:

No sentido de exigir, para a incidência da presunção de paternidade, que a mulher ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido para que utilize seu material genético após sua morte. Descumpridas tais prescrições, não incidirá a presunção *pater is est*.²⁷

²⁵ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das famílias*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 575.

²⁶ PEDROSA NETO, Antonio Henrique; FRANCO JUNIOR, José Gonçalves. *Iniciação a Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 121.

²⁷ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das famílias*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 576.

De acordo com o trecho transcrito da Jornada de Direito Civil, essa autorização expressa, se faz necessário para evitar complicações jurídicas.

1.3 Biodireito e os direitos da personalidade

Diante da polêmica tratada nesse estudo, tem se a necessidade de entendermos como a personalidade civil é adquirida, e quais são os direitos do nascituro.

O vigente Código Civil de 2002, adota a teoria da concepção natalista, em seu artigo 2º, dispõe que a “personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mais a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”²⁸ No objetivo de clarear o entendimento sobre a aquisição da personalidade jurídica, e os direitos a ela inerentes, Maria Helena Diniz, explica:

Na vida intrauterina, ou mesmo *in vitro*, tem personalidade jurídica formal, concernente aos Direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo personalidade jurídica material, apenas se nascer com vida, ocasião que será titular de direitos patrimoniais, os quais estão em estado potencial.²⁹

Portanto, a personalidade civil da pessoa, começa com o nascimento com vida, e permanece com esta, por toda sua existência, até o momento de sua morte. Porém, como a própria legislação vigente assegura os direitos do nascituro, César Fiuza esclarece essa diferença:

Como regra, os sujeitos dos direitos, têm como característica fundamental a personalidade. Mais nem sempre é assim. Há alguns sujeitos de Direito, despidos de personalidade. Em outras palavras, são sujeitos de Direitos e deveres por expressa força de lei, isto é, porque dotados de direitos e deveres pelo ordenamento. Exemplo seria o nascituro, ou seja, o feto em desenvolvimento. Não é pessoa, mais possui direitos desde a concepção, por força do artigo 2º do código Civil. Vemos pois que são ideias distintas:

²⁸ VADE MECUM SARAIVA. Código Civil, lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva 2002, p. 113-114.

sujeito de direito e pessoa. Toda pessoa é sujeito de direito, mas nem todo sujeito de direito será pessoa. Sujeito de direito será todo ente ao qual se conferem direitos e deveres, é um centro de imputação de direitos e deveres. Pode ser uma pessoa, física ou jurídica, ou não.³⁰

Logo, o nascituro não é pessoa, por consequência, não tem personalidade. Mas é um feto em gestação, com probabilidade de nascer com vida, tendo assim seus direitos resguardados, sendo um sujeito de direito.

Aquilo a que o próprio legislador denomina “direitos do nascituro” não são direitos subjetivos. São na verdade direitos objetivos, isto é, regras impostas pelo legislador para proteger um ser que tem a potencialidade de ser pessoa e que por já existir, pode ser resguardados eventuais direitos que virá a adquirir ao nascer. Exemplo seria os direitos hereditários. No momento em que uma pessoa morre, deixando um nascituro como herdeiro eventual, não se pode falar em direitos hereditários. O que existe é uma situação em que certa herança poderá vir a ser atribuída a um nascituro, que caso venha a nascer com vida, adquirirá os direitos hereditários.³¹

O autor ainda complementa:

Se há um centro de interesses, há sujeitos, titulares dos interesses. Se o titular não pode ser o nascituro, o morto, os animais ou as plantas, por não serem pessoas, será a coletividade. A situação jurídica do nascituro será assim, integrada por todos e por cada um de nós que temos interesse em proteger o nascituro, por estarmos desse modo, protegendo a nós mesmos e a nossa descendência.³²

E com as modernas técnicas da medicina, como a probabilidade de conservar embriões, as questões relativas ao nascituro, são ainda um pouco mais complexas, pois nas situações em que um óvulo é fertilizado *in vitro* mais não é implantado no útero, não se trata de um nascituro, embora como explana Fiuza: Apesar de, sem dúvida alguma, haver vida humana, esta estaria apenas concebida, mas não em formação, uma vez que, para isso, seria necessário o ambiente adequado, um útero materno.³³

³⁰ FIUZA, César. *Direito Civil, curso completo*. 4ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.121.

³¹ *Ibidem*, p. 126.

³² *Ibidem*, p. 126.

³³ FIUZA, César. *Direito Civil, curso completo*. 4ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.127.

Portanto, o Biodireito através da Lei de Biossegurança, prevê o uso desse material genético excedentário para pesquisa científica, já que permanecem conservados em laboratório. O doutrinador Edison Tetsuzo Namba, leciona tal como solução:.

A concepção não faz que, de pronto, o embrião *in vitro*, pré-implantatório, tenha personalidade jurídica. Ele tem vida, porém em potencial; pode-se em consequência, pesquisá-lo limitadamente.³⁴

E ainda conclui:

No Brasil, é permitido realizar pesquisa para se obter células-tronco embrionárias à partir de embriões congelados, excedentes das técnicas de reprodução assistida, desde que há mais de três anos, ou quando da vigência da lei, completado aquele espaço temporal, com o consentimento dos “pais”, doadores do material genético.³⁵

Logo, a melhor destinação para os embriões que estão crioconservados, é a pesquisa científica limitada.

No tocante aos direitos da personalidade ensina o doutrinador Miguel Reale “Cada direito da personalidade (que são aqueles referentes ao nome, ao corpo, à imagem, dentre outros), corresponde a um valor fundamental, a começar pelo próprio corpo”³⁶, Ou seja, o ordenamento jurídico não pode tutelar apenas os direitos patrimoniais do homem, pois é dotado de característica axiológica, logo irá proteger também aquilo que é próprio do ser humano, que compõe sua integridade física.

Biologicamente, o início da vida marca sua individualidade. A biologia destaca o início da vida no momento da formação do zigoto ou célula-ovo. A partir desse momento o concebido adquire carga genética própria e individual, que não se confunde com a de seu pai ou de sua mãe, sendo o corpo da mãe apenas o meio hábil para se desenvolver normalmente até o nascimento.³⁷

Segundo a autora Selma Petterle:

³⁴ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009, p.29

³⁵ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009, p.32

³⁶ REALE. Miguel. *Os Direitos da Personalidade*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm> Acesso em 04 de Nov. de 2013.

³⁷

Pode-se decidir por aquelas que irão desaguar na intimidade genética. Refere que os testes genéticos para análise do DNA constituem a mais importante aplicação prática do conhecimento sobre o genoma humano nos permitirão conhecer os detalhes da nossa constituição genética. Após conhecer o genoma humano por meio dos testes genéticos, há a necessidade da construção de uma proteção jurídico-constitucional do genoma humano individual como um direito a identidade genética da pessoa humana.³⁸

Como abordado anteriormente, nosso Código Civil adota a teoria natalista. Logo, caberá ao Biodireito a busca para positivizar essa possibilidade de criação de uma identidade genética, para conectar os direitos da personalidade a esses sujeitos de direito como os embriões, uma vez que a partir da formação do zigoto, eles já possuem código genético próprio e único, e a possibilidade de nascimento com vida.

³⁸ PETERLE, Selma Rodrigues. Notas sobre a fundamentação e a titularidade do direito fundamental à identidade genética na constituição brasileira; In: SARLET, Ingo W. (Org.). Direitos Fundamentais e Biotecnologia. São Paulo: Método, 2008, p.237-261

CAPÍTULO 2 – DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÃO.

O Instituto do Direito de família, é o conjunto de normas que regulamentam o casamento e seus efeitos patrimoniais, as relações familiares e seus efeitos e ainda os institutos de proteção.

Sobre a família, conceitualmente temos:

Para o direito, Família é o conjunto de duas ou mais pessoas vinculadas por relações específicas, tais as de conjugalidade, ascendência, e descendência, fraternidade e outras. No passado, definia-se em função de fatores biológicos, que, aos poucos, foram substituídos por vínculos de afeição. Em paralelo, o direito de família apresenta irrefreável tendência à despatrimonialização das relações familiares.³⁹

Em sua natureza jurídica predominam normas de caráter público, -impondo antes deveres do que direitos, tendo sempre certa intervenção Estatal, afim de proteger a família. Porém não retira-se o caráter privado, uma vez que é um dos pilares do Direito Civil, e não regula uma relação direta do Estado e o cidadão.⁴⁰

Tem como fundamento os princípios da -dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, da igualdade jurídica de todos os filhos, da paternidade responsável e planejamento familiar, e da liberdade de construir uma comunhão familiar-⁴¹.

O Direito de família se liga interdisciplinarmente com o direito das sucessões, pois segundo Fabio Ulhoa:

O Direito das sucessões contempla as normas que norteiam a superação de conflitos de interesses envolvendo a destinação de patrimônio da pessoa falecida. Sua matéria portanto é a transmissão causa mortis. E como regra

³⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Civil, família; Sucessões. 3 ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010. P.26.

⁴⁰ ANÔNIMO,. Direito de Família - Parte I. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 30 Jun. 2008. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/doutrina/familia/311. Acesso em: 20 de Nov. de 2013

⁴¹ Ibidem.

a morte da pessoa física importa a transferência de seus bens para familiares⁴²

Eis a íntima ligação desses dois institutos do Direito Civil Brasileiro. Faremos a seguir análise dos preceitos legais de ambos, para identificar a lacuna objeto de estudo do presente trabalho.

2.1 Análise do artigo 1597, III e IV do Código Civil.

Analisando o texto legal do Código Civil de 2002, temos a presunção de paternidade dos filhos concebidos, via inseminação artificial homóloga, mesmo que esta ocorra a qualquer tempo:

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 de concepção artificial homóloga.⁴³

Nesse sentido explica Dimas Messias de Carvalho :

Acontece que pelos métodos atuais de reprodução assistida, sabe-se possível promover a inseminação artificial mesmo após a morte do doador e tal possibilidade não fica adstrita apenas ao campo científico, foi prevista como possibilidade pelo próprio legislador civilista (embora sem mais aprofundamentos) no disposto no artigo 1597, III e IV, do código Civil de 2002.⁴⁴

E complementa a autora Ana Cláudia Brandão Ferraz:

⁴² COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Civil, família; Sucessões. 3 ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010. P.241

⁴³ VADE MECUM SARAIVA. Código Civil, lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁴ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Sucessões*. 3ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.12.

O próprio código Civil, ao permitir a inseminação artificial homóloga *post mortem*, admite a utilização de tal técnica para formação da família monoparental em seu artigo 1597. Se da concepção o marido já estiver morto, a mulher vai constituir, por ato de vontade, uma família monoparental, mediante a inseminação artificial com sêmen congelado do seu marido morto, vindo daí sua prole.⁴⁵

Em suma, desde que o marido tenha autorizado expressamente, que seu material genético poderia ser utilizado após seu falecimento, a presunção da paternidade é automática, conforme ensina Edison Tetsuzo Namba:

No que tange a presunção estabelecida no art. 1597, inc. III, ela não é automática. Depende do fato de que a mulher continue viúva e haja consentimento escrito do cônjuge varão, para utilização de seu material genético após seu falecimento.⁴⁶

Nelson Nery Junior, critica constitucionalmente o presente artigo, apontando que deveria haver uma mudança na redação do mesmo, visto que reconhecer o nascimento de uma criança já sem pai, fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

Melhor seria uma mudança de redação quanto ao artigo 1597, inc. III, para constar a expressão havidos por fecundação artificial homóloga, para observar os princípios da paternidade responsável e dignidade da pessoa humana, porque não é aceitável o nascimento de uma criança já sem pai. Retira-se portanto a expressão: mesmo que falecido o marido.⁴⁷

Porém, não se pode retroceder no avanço jurídico previsto em tal artigo, que reconhece a prole advinda de fecundação artificial homóloga, mesmo após a morte do autor da herança, uma vez que a prática não fere o proposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, que se fundamenta no Princípio do melhor interesse do menor conforme explica a autora Karla Ferreira de Camargo Fisher:

⁴⁵ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução Humana Assistida e suas consequências nas relações de família*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 86.

⁴⁶ NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009, p.121.

⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Andrade, Rosa Maria de. *Código Civil Comentado e legislação extravagante*, 3 ed., rev., atual. E ampl, São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, p. 764.

Não se pode falar em possíveis traumas para crianças que são criadas apenas por sua mãe, concebidas por fertilização homóloga pós morte, visto que é muito mais traumático para uma criança crescer sabendo quem é seu pai, que ele existe, mas que quer ter qualquer contato afetivo com seu filho.⁴⁸

Prevalendo portanto que a modalidade de fertilização homóloga pós morte, é legítima em nosso ordenamento jurídico como método para conceber filhos, e que estes são presumidamente filhos reconhecidos na constância do matrimônio.

2.2 Análise dos artigos 1798 a 1800 do Código Civil.

O Direito das Sucessões, disciplina o destino do patrimônio de uma pessoa física após sua morte, que pode ter duas espécies: a Sucessão Legítima e a por via testamentária. No que se refere às pessoas que se classificam nessas vertentes, esclarece Fábio Ulhoa:

Em primeiro lugar, cabe distinguir os sucessores em legítimos e testamentários. Os legítimos são os familiares do morto indicados pela lei, enquanto testamentários são os escolhidos pelo próprio falecido. Se alguém falece sem deixar testamento (diz-se *ab intestato*), seus bens serão destinados aos sucessores legítimos, isto é, aos membros de sua família apontados pela lei.⁴⁹

Conforme disciplina o artigo 1798 do Código Civil de 2002, aplicando-se em regra o princípio da coexistência, e como exceção o nascituro, na sucessão legítima poderão suceder “as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”⁵⁰.

⁴⁸ FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial homóloga pós morte e seus reflexos no Direito de Família e no Direito Sucessório*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/novosite/publicacoes/anais-dos-congressos>. Acesso em 09 de Novembro de 2013.

⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, família; Sucessões*. 3 ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010. P.243.

⁵⁰ VADE MECUM SARAIVA. Código Civil, lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. São Paulo: Saraiva, 2012

Inicialmente o artigo 1798, exclui a aplicação do 1597, III e IV, referente a sucessão, mas ao tratar excepcionalmente de concepção, entendendo que vocábulo significa ato de fecundar, nota-se que o artigo 1798 pode se moldar suprimindo a lacuna objeto de estudo desse trabalho, conforme ensinamento de Fabio Ulhoa:

Assim sendo, para que não ocorra discriminação da filiação, deve-se considerar que os embriões crioconservados produzidos com material genético fornecidos por pessoas casadas ou em união estável tem capacidade para suceder se vierem um dia a ser inseminados num útero e nascerem com vida.⁵¹

Um pouco mais adiante, temos outra possibilidade para sucessão de embriões, no caso de testamentos, onde o testador poderá indicar prole eventual de terceiro por ele indicado, para receber seu legado, conforme disciplina o artigo 1799, I:

Art 1799. I: 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.⁵²

E para tornar possível o disposto no artigo 1799, I, se faz necessário estipular um prazo para a realização da concepção que viabilizará o nascimento. Não tendo estipulado o testador, considerar-se há a previsão legal do artigo 1800, parágrafo 4º, que prescreve prazo decadencial de 02 anos:

Art. 1800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação da herança ou partilha, a curador nomeado para o juiz.

§ 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.⁵³

⁵¹ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, família; Sucessões*. 3 ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010. P.248

⁵² VADE MECUM SARAIVA. Código Civil, lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. São Paulo: Saraiva, 2012

Conforme esclarece Fabio Ulhoa:

Ultrapassando o prazo e não concebido o rebento que o testador queria beneficiar, perde eficácia a cláusula testamentária correspondente. A previsão legal destina-se a conferir segurança as relações jurídicas. Depois de transmitidos dois anos da morte do testador, se a pessoa que ele gostaria de beneficiar ainda não estiver sido concebida, não convém aguardar mais, pois pode até mesmo ocorrer de ela nunca vir a nascer.⁵⁴

O autor ainda complementa:

Em princípio, será irrelevante se a concepção do sucessor foi natural, ou artificial, homóloga ou heteróloga, com ou sem doação de útero. A regra é a da não discriminação da filiação. Será relevante a forma como o sucessor foi concebido e gerado apenas se o testador tiver deixado instruções a respeito.⁵⁵

A contradição existente, não é única em nosso ordenamento jurídico conforme ensina Dimas Messias:

Não é novidade que a legislação encontra-se em descompasso com a realidade, tampouco que há conflitos entre normas jurídicas. O atual código Civil não escapou nesse caso, pois além de ficar aquém das necessidades sociais em vários aspectos, possui profundas contradições entre seus institutos e ante outras normas, principalmente a Carta magna, pois a mesma garante à todos o direito de herança.⁵⁶

Se a legislação tende a aproximar a realidade da possível vontade do *de cuius*, por que não garantir direitos sucessórios aos filhos que já não puderam ser concebidos pelas vias naturais? Não é necessário mais constrangimento a família que procura os tratamentos da reprodução medicamente assistida, uma vez que sendo homóloga, o vínculo biológico há de existir.

⁵³ VADE MECUM SARAIVA. Código Civil, lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. São Paulo: Saraiva, 2012

⁵⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Civil, família; Sucessões. 3 ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010. P.245.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ CARVALHO, Dimas Messias de. Direito das Sucessões. 3ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.11-12.

Conclui ainda José Luiz Gavião de Almeida:

Se, assim, na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e Se o Código civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido concebidos na constância do casamento, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria a aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição federal.⁵⁷

Visto que o Código Civil de 2002 reconhece os filhos havidos por inseminação artificial homóloga, mesmo que posterior à morte do doador do material genético, pois nesta além da vontade dos cônjuges em formar uma família, existe pleno vínculo biológico, não podemos excluir essa prole da sucessão legítima. A Legislação se tornou omissa, e cabe aos que interpretam a lei, às doutrinas, buscar meios para sanar essa lacuna legislativa.

⁵⁷ ALMEIDA, José Luiz gavião. Código Civil Comentado, Direito das Sucessões; Sucessão legítima. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 277.

CAPÍTULO 3 - INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA E O DIREITO SUCESSÓRIO.

Diante do objeto de estudo desse trabalho, torna-se fundamental adentrarmos no instituto do Direito das sucessões. Este é um capítulo do Direito Civil que versa sobre a destinação do patrimônio da pessoa física após sua morte. Conforme esclarece Fabio Ulhoa:

O direito das sucessões, disciplina a destinação do patrimônio da pessoa física após sua morte. Melhor dizendo, contempla as normas que norteiam a superação de conflitos de interesses envolvendo a destinação do patrimônio de pessoa falecida. Sua matéria portanto, é a transmissão *causa mortis*.⁵⁸

Logo, o Direito das sucessões vem assegurar que o patrimônio do falecido, seja transmitido de forma justa e abrangente. A Legislação do Direito Sucessório, tende a aproximar a destinação do patrimônio da pessoa física falecida, da sua possível vontade enquanto viva era. Por isso podemos falar que a forma mais adequada de abordar esse ramo do Direito é através de seu caráter assistencial, conforme preceitua O mesmo autor:

Quando se presta atenção aos sujeitos para os quais são transmitidos os bens, esse ramo jurídico aproxima-se de outro capítulo do Direito Civil, o de família. Como regra, a morte da pessoa física importa transferência de seus bens para familiares. Destaca-se, nessa abordagem, o caráter assistencial do Direito das sucessões. Se para o morto, não tem mais nenhuma serventia os bens que amealhou, eles são ainda úteis aos seus familiares (alguns dos quais eram dele dependentes ou haviam contribuído para construção do patrimônio).⁵⁹

Portanto o Direito Sucessório se aproxima intimamente do Direito de Família, pois uma vez que os bens do falecido, não mais lhe terão serventia alguma, a

⁵⁸ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, família; Sucessões*. 3 ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010. P.241

⁵⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, família; Sucessões*. 3 ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010. P.241-242.

essência da sucessão é assistenciar os familiares sobreviventes dessa pessoa física, pois em algumas situações, estes poderiam ser dependentes daquele ou ainda ter contribuído para que o patrimônio deixado, fosse construído. Embora se pareça com o Direito das coisas, o ângulo mais adequado para interpretar o Direito sucessório, é através do Direito de Família.

Em síntese, segundo Fabio Ulhoa:

O Direito das sucessões trata da transmissão do patrimônio da pessoa física em razão de sua morte. Aproxima-se de um lado, do Direito das coisas, por versar sobre a propriedade dos bens deixados; de outro lado, do Direito de Família, porque os sucessores são normalmente, familiares do morto.⁶⁰

Devido a “multiplicidade de relações familiares que podem existir envolvendo a pessoa, as regras do Direito Sucessório, serão muito complexas”⁶¹. Por exemplo, serão analisados, a existência de cônjuge bem como o regime de comunhão de bens que regulamentava essa relação conjugal, os ascendentes vivos, e dentre outras entidades, a descendência do *de cujus*.

E sobre a lacuna existente em nosso ordenamento jurídico diante da possibilidade de uma descendência futura ao falecimento, reconhecida no Direito de Família, porém não mencionada no Direito Sucessório, que vamos tratar nesse capítulo.

Inicialmente abordaremos os preceitos legais positivados em nosso ordenamento jurídico, tanto do reconhecimento dessa possível prole através da inseminação artificial homóloga pós morte, presumindo sua paternidade, quanto do esquecimento da mesma na legitimação desses filhos para sucessão do falecido, doador do material genético crioconservado. Vamos apresentar ainda os princípios da saisina e da coexistência, relevando a possível solução doutrinária, através do marco teórico deste trabalho de pesquisa.

⁶⁰ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, família; Sucessões*. 3 ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 242.

⁶¹ *Ibidem*. P. 243

Por fim, vamos explanar os possíveis impactos na segurança jurídica, devido ao reconhecimento das garantias sucessórias da prole advinda de inseminação artificial homóloga pós morte.

3.1 Inseminação artificial homóloga: Reconhecimento da filiação x Garantia do direito sucessório

O tema do presente trabalho de pesquisa, Inseminação artificial homóloga pós morte e o direito sucessório, tem objetivo de buscar uma possível solução para a lacuna existente em nossa ordenamento jurídico, que em seu artigo 1597, III e IV reconhece a possibilidade de se conceber filhos através de tal técnica de reprodução medicamente assistida, à qualquer tempo, mesmo que seja após o falecimento do cônjuge doador do material genético: Mas, em seu artigo 1798, no capítulo de sucessões, não os legitima para suceder.

Vejamos:

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 de concepção artificial homóloga.⁶²

Segundo o doutrinador Rolf Madaleno, é indiscutível o reconhecimento da prole advinda de fecundação artificial homóloga pós morte, visto a possibilidade do congelamento de material genético do casal:

O congelamento do sêmen, permite que a fecundação artificial possa ocorrer muitos anos depois de dissolvida a sociedade conjugal pelo falecimento do marido. Portanto, persiste a presunção de paternidade, de fecundação artificial homóloga de marido já falecido, conquanto que fique provado pela entidade encarregada do armazenamento de haver sido utilizado o gameta do marido já morto.⁶³

⁶² VADE MECUM SARAIVA. Código Civil, lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶³ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. Ed. Rev., Atual., e Ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011

Portanto a prole concebida por fecundação artificial homóloga pós morte, é reconhecida e sua paternidade é presumida em nosso ordenamento jurídico.

Adiante no capítulo das Sucessões, temos a implementação do princípio da *saisine*, no artigo 1784, que segundo Dimas Messias de Carvalho: Saisine quer dizer posse e expressa a ideia de que a posse da herança se transmite incontinenti aos herdeiros. O Herdeiro mesmo não tendo a posse direta assume a qualidade de possuidor.⁶⁴

Portanto, no momento da morte, imediatamente a herança passa a pertencer aos herdeiros.

Segundo o dispositivo legal, teremos a classificação dos possíveis sucessores pelo nosso ordenamento jurídico de acordo com as formas de suceder, no artigo 1788 do Código Civil, - Vocação Hereditária, que pode ser legítima ou testamentária: Artigo 1786- A sucessão dar-se há por lei ou disposição de última vontade.⁶⁵

Nesse sentido explica Dimas Messias de Carvalho:

A vocação hereditária é portanto, instituída por manifestação de vontade direta e expressa do testador (imediata), ou supletiva por meio de ordem de preferência estabelecida pela lei, presumindo a vontade do autor da herança (mediata), possibilitando a existência da sucessão testamentária, legítima ou ambas concomitantes.⁶⁶

E ainda um pouco mais a frente, O código Civil se mostra incoerente, nas disposições sobre a sucessão legítima, no artigo 1798, ao afirmar que somente se legitimam a suceder “as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da sucessão”⁶⁷, percebemos a presença do princípio da Coexistência, que implica que o herdeiro ou legatário ter que sobreviver ao *de cuius*. Carlos Roberto Gonçalves explica este princípio:

⁶⁴

⁶⁵ Vade mecum

⁶⁶ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Sucessões*. 3ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.08.

⁶⁷ Vade Mecum

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

.É claramente compreensível o objetivo desse princípio porém, com o avanço tecnológico das técnicas de reprodução artificial humana, não podemos deixar desguarnecidos os filhos havidos dessas modalidades de concepção.

Notada a incoerência do campo sucessório com o Direito de família, visto que esse reconhece os filhos havidos por fecundação artificial homóloga a qualquer tempo, presumindo sua paternidade, enquanto aquele não legitima tal prole para vigorar na sucessão, como garantir direitos sucessórios a esses filhos?

A doutrina nos apresenta correntes variadas, como por exemplo para o Autor Francisco Jose Cahali, que defende a hipótese de que a prole concebida após a morte do *de cuius* não pode ser legítima para suceder, nem sequer reconhecida como descendente, pois não terá vínculo de parentesco, uma vez que a personalidade jurídica do autor da herança findou em seu falecimento:

Na hipótese da implantação uterina de um embrião criado em proveta utilizando material genético do autor da herança, a lei lhe concede a condição de filho, como filho que realmente é. Todavia, trata-se de um filho que não existia a época da abertura da sucessão, posto que não se podia considerá-lo como nascituro.(...) Nessa hipótese a pergunta que se faz é : Como proceder ? Deve se dividir a herança em tantas partes são quantos forem os herdeiros, mais a quantidade de embriões crioconservados? Cumpre dizer à baila para fins de reflexão, se haveria realmente vínculo com o titular do material genético falecido, pois com sua morte, desapareceu a personalidade e assim criou-se a impossibilidade de novas relações jurídicas.⁶⁸

Mesmo que a personalidade jurídica do autor da herança tenha se findado, temos em nosso ordenamento jurídico o instituto da sucessão justamente para cuidar do patrimônio do *de cuius*, e fazer prevalecer suas últimas vontades. Um mecanismo disponível para isso é a Petição de herança, que segundo Fabio Ulhoa:

⁶⁸ CAHALI. Francisco José. Direito das sucessões. 7.ed. Belo horizonte: Del Rey. 2009. P. 23

A petição de herança é a ação destinada ao reconhecimento de direito sucessório e a restituição da herança a quem o titularizava, mas foi preterido na partilha.⁶⁹

Nesse sentido temos ainda a hipótese proposta pela autora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, em que o filho concebido por fecundação artificial homóloga pós morte, poderia se utilizar da Ação de Petição de Herança para ser reconhecido e chamado à herança:

O filho concebido pela técnica de fecundação artificial homóloga pós morte, após a morte do autor da herança, deverá proceder a ruptura do testamento eventualmente existente ou da sobrepartilha, como se fosse um filho desconhecido e posteriormente declarado como tal.

Porém aquela que vigora como marco teórico do presente trabalho, e estabelece um melhor critério para solução de tal conflito, é a do Autor Dimas Messias de Carvalho:

Havendo clara vontade do casal em gerar o fruto deste amor não pode haver restrição sucessória alguma, quando no viés parental a lei tutela essa prática biotecnológica. Independente de ter havido ou não testamento, sendo detectada no inventário a possibilidade de ser utilizado material genético do autor da herança (já que sua vontade ficara registrada no banco de sêmen por força da resolução do Conselho Federal de Medicina), no intuito de evitar futuro litígio ou prejuízo ao direito constitucional de herança, há de ser reservados os bens desta prole eventual sob pena de o ser realizado o procedimento, vier o herdeiro nascido depois, pleitear por petição de herança, seu quinhão hereditário, como se fosse um filho reconhecido por posterior ação de investigação de paternidade.⁷⁰

Sendo que nosso ordenamento jurídico prevê a possibilidade do filho excluído requerer a anulação da partilha já feita, e reaver o quinhão que lhe é devido, através da ação de Petição de Herança, conforme disposto no artigo 1824 do Código Civil Brasileiro: “O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a

⁶⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Civil, família; Sucessões. 3 ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010. p.267.

⁷⁰ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Sucessões*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.14.

possua.”⁷¹ Desde que este comprove sua capacidade de Herdeiro, - existente através do vínculo genético-, pelo prazo prescricional de dez anos.

Haja vista que seria de melhor bom senso já reservar parte da herança do autor para essa prole eventual, uma vez que existe a clara vontade do casal em constituir família, embora esse desejo tenha sido frustrado por complicações genéticas, evitando também futuro litígio que abalaria a segurança jurídica das reações estabelecidas.

3.2 Segurança jurídica na inseminação artificial homóloga pós morte

O entendimento da Segurança jurídica é fundamental nesse estudo, pois ela é a garantia da efetividade das relações jurídicas, compreendida como:

A necessidade de os indivíduos contarem com a certeza de que seus direitos garantidos pela ordem jurídica sejam efetivos. (...) É preciso que os instrumentos coercitivos do Estado sejam suficientemente eficazes para que a norma substantiva seja aplicada.⁷²

A segurança jurídica portanto, é conexa com a obrigatoriedade do Direito, como discorre o doutrinador Miguel Reale acerca dessa característica e e da vigência do Direito:

A ideia de justiça liga-se intimamente a ideia de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético.⁷³

⁷¹ VADE MECUM SARAIVA. Código Civil, lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁷² MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de Política de Direito*. Porto Alegre: CMCJ- UNIVALI, 1998, p. 38.

⁷³ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 171

Sendo assim percebemos que a força coercitiva do Estado, gera a obrigatoriedade do direito, que constitui a segurança jurídica. A mesma está ligada ao valor de Justiça da sociedade.

A sucessão se dá em face do falecimento de alguém cujo patrimônio será transmitido aos seus sucessores. Conforme preceitua Carlos Roberto Gonçalves, no direito, a sucessão é “o complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir”⁷⁴

Portanto eis a grande valia do Direito das sucessões em nossa sociedade, alguém falece e deixa não só patrimônio material, mais também intelectual, obras, projetos, que necessitam ser perpetuados. E ao falarmos de segurança jurídica no Direito Sucessório, temos que considerar a subjetividade presente nas regras estabelecidas, o apreço que os herdeiros criam ao receber seus quinhões.

O artigo 1829 do código civil traduz a segurança jurídica dos herdeiros ao listar positivamente os legítimos à sucessão:

Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I- Aos descendentes, em concorrência como cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II- Aos descendentes em concorrência com o cônjuge;

III- Ao cônjuge sobrevivente;

IV – Aos colaterais.

Embora o legislador não tenha citado a prole concebida por fecundação artificial homóloga pós morte, ele a reconhece anteriormente no capítulo sobre filiação, no artigo 1597, incisos III e IV :

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

⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Direito das sucessões*, vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 01

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.

Portanto, diante da falha expressa do legislador, para que se garanta a segurança jurídica das relações familiares, construídas na partilha da herança do *de cuius*, nada mais justo do que, diante da vontade expressa do doador do material genético, nada mais eficaz do que já reservar parte dessa herança para a futura prole concebida por fecundação artificial pós morte.

Evidenciando que a modalidade de fecundação artificial defendida por esse trabalho deve ser homóloga, para que exista o vínculo genético, gerando assim a legitimação para suceder.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Discorrer sobre fecundação artificial é adentrar no mundo no Biodireito, é percorrer um universo de inúmeras novidades científicas, bem como incertezas jurídicas. Vimos que o Biodireito é conexo a Bioética, pois enquanto aquele se preocupa com a formulação das regras jurídicas em relação a problemática emergente do progresso técnico científico, esta se ocupa do estudo sistemático das dimensões morais, do uso cauteloso das técnicas da biomedicina para evolução biológica.

Um dos pilares das discussões atuais do Biodireito, se dá em torno da reprodução medicamente assistida, dentro do gênero da fecundação artificial, que pode ocorrer em duas modalidades: homóloga, quando o material genético for do próprio casal interessado; e heteróloga, quando o material genético utilizado no procedimento for de terceiro, devido a complicações genéticas de um dos membros do casal, ou ambos.

A constituição Federal do Brasil de 1988, assegura a todos, os direitos da personalidade, irrenunciáveis e indisponíveis, que correspondem a um valor fundamental. São ainda inerentes à dignidade da pessoa humana, como por exemplo a proteção ao corpo, ao nome, à imagem dentre outros. Embora o Código Civil de 2002, adote a teoria de que essa personalidade jurídica se inicia à partir do nascimento com vida, ele põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro. Um pouco mais adiante no mesmo código, no artigo 1597, incisos III, e IV, reconhece e permite a presunção da paternidade dos filhos concebidos pelo método de fecundação artificial homóloga, mesmo que realizada pós morte.

A discussão se dá, pois nosso legislador foi falho ao prever garantias sucessórias, na hipótese desse procedimento ocorrer após o falecimento do doador do material genético, pois de acordo com o princípio da saisine, a herança se transmite incontinenti aos herdeiros no momento da morte do de cujus. E ainda ao aplicar o princípio da Coexistência, permitiu-se que apenas se legitimam a suceder as pessoas vivas do momento da abertura da sucessão. Diante de tal lacuna legislativa, o tema deste trabalho se dá em como garantir direitos sucessórios à essa prole ?

Cabe ao direito sucessório, através de provimento legal, permitir a reserva de parte dos bens do falecido, uma vez que esse era seu desejo ao reservar seu material genético, conforme preceitua Dimas Carvalho de Messias, marco teórico deste trabalho, equiparando aos direitos dos demais herdeiros, em cumprimento do princípio da igualdade para assim não abalar a efetividade das relações jurídicas, construídas com o formal de partilha.

Podendo ir ainda mais adiante, no que couber ao prazo prescricional à essa reserva da herança, aplicar por analogia o disposto no artigo 1800, parágrafo 4º, em que o testador pode chamar a suceder a prole futura de um terceiro e reservar parte de seu patrimônio a esses por um período de dois anos, permitindo aplicar tal elemento jurídico à sua própria prole eventual.

Enfim, a problemática que versa sobre as garantias sucessórias da criança concebida por fecundação artificial homóloga pós mortém, encontra como solução satisfatória a reserva de bens do *de cuius* para essa prole futura, e aplicando um prazo prescricional de dois anos para que essa concepção ocorra, analogicamente aos preceitos legais existentes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz gavião. Código Civil Comentado, Direito das Sucessões; Sucessão legítima. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2011.

FISCHER. Karla Ferreira de Camargo. Inseminação artificial homóloga pós morte e seus reflexos no Direito de Família e no Direito Sucessório. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/novosite/publicacoes/anais-dos-congressos>. Acesso em 09 de Novembro de 2013.

CAHALI. Francisco José. Direito das sucessões. 7.ed. Belo horizonte: Del Rey. 2009.

BARACHO, Jose Alfredo de Oliveira. Vida humana e ciência: Complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito - Normas internacionais da bioética. Disponível em : <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88501004>, p. 33. Acesso em 09 de nov de 2013.

CARVALHO, Dimas Messias de. Direito das Sucessões. 3ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011,

COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Civil, família; Sucessões. 3 ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010.

CRIOESTAMINAL, Ciência para a vida. Criopreservação. Disponível em : <http://www.crioestaminal.pt/criopreservacao/>. Acesso em: 30 de Out. de 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, direito das sucessões. Vol V, 25 ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011,

FERRAZ. Ana Claudia Brandão de Barros Correia. Reprodução Humana Assistida e suas consequências nas relações de família. Curitiba: Juruá, 2011.

FIUZA, César. Direito Civil, curso completo. 4ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Direito das sucessões, vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2007.

INVESTIDURA. Portal jurídico Direito de Família - Parte I. Florianópolis/SC, 30 Jun. 2008. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/doutrina/familia/311. Acesso em: 20 de Nov. de 2013

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil, Direito de família e sucessões. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOUREDO Paula. Inseminação artificial. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/biologia/inseminacao-artificial.htm> Acesso em 07 de nov. de 2013.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 4. Ed. Rev., Atual., e Ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011

MELO, Osvaldo Ferreira de. Temas atuais de Política de Direito. Porto Alegre: CMCJ-UNIVALI, 1998.

MARTIM, Pierre. Dicionário Jurídico. Terminologia Jurídica e Forense Brocardos Latinos. 4 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

MELDAU, Débora Carvalho. Professora pós graduada. Bioética. Disponível em: <http://www.infoescola.com/medicina/bioetica/> Acesso em: 06 de Nov. de 2013.

NAMBA, Edison Tetsuzo. Manul de Bioetica e Biodireito. São Paulo: Atlas, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. Andrade, Rosa Maria de. Código Civil Comentado e legislação extravagante, 3 ed., rev., atual. E ampl, São Paulo: Revista dos tribuais, 2005.

PEDROSA NETO, Antonio Henrique; FRANCO JUNIOR, José Gonçalves. Iniciação a Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

PETTERLE, Selma Rodrigues. Notas sobre a fundamentação e a titularidade do direito fundamental à identidade genética na constituição brasileira; In: SARLET, Ingo W. (Org.). Direitos Fundamentais e Biotecnologia. São Paulo: Método, 2008.

PINTO. Carlos Alberto Ferreira. Reprodução Assitada: Inseminação artificial homóloga pós morte e o direito sucessório. Disponível em HTTP://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=Sucessão. Acesso em 03 de Nov. de 2013

REALE. Miguel. Os Direitos da Personalidade. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm> Acesso em 04 de Nov. de 2013.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROSENVALD. Nelson; FARIAS. Cristiano Chaves de. Direito das Famílias. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVEIRA Gabriella Nogueira Tomaz da. NETO Henrique Batista de Araujo. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessão. Vol 32. fev/mar. 2013. Porto Alegre: Magister, 2013.

VADE MECUM SARAIVA. Código Civil, lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. São Paulo: Saraiva, 2012.