

REDE DE ENSINO DOCTUM
FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA – FIC

PAMYLLA ALVES SANTIAGO DUTRA

O DIREITO SUCESSÓRIO NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA
REALIZADA POS MORTEN.

CARATINGA

2016

PAMYLLA ALVES SANTIAGO DUTRA

O DIREITO SUCESSÓRIO NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA
REALIZADA POS MORTEN.

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como exigência para aprovação na disciplina Monografia Jurídica II, requisito parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: MSc. Alessandra Baião

FIC

2016

TÍTULO DO TRABALHO

O Direito sucessório na inseminação artificial homóloga realizada Pos Mortem

Nome completo do aluno: Pamylla Alves Santiago Dutra

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi apresentado perante a Banca de Avaliação composta pelos professores Frederico Dutra e Juliana Repe

às 08:00 horas do dia 15 de dezembro de 2016, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito. Após a avaliação de cada professor e discussão, a Banca Avaliadora considerou o trabalho: Aprovado (aprovado ou não aprovado), com a qualificação: Ótima (Excelente, Ótima, Bom, Satisfatório ou Insatisfatório).

Trabalho indicado para publicação: SIM () NÃO

Caratinga, 15 de dezembro de 2016

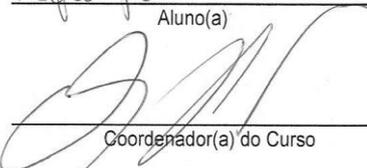


Professor Orientador e Presidente da Banca
Frederico F. Dutra
Professor Avaliador 1

Professor Avaliador 2

x 

Aluno(a)



Coordenador(a) do Curso

AGRADECIMENTO

À Deus, por me dar saúde e força para superar todas as dificuldades;

Aos meus pais, por todo amor, educação, ensinamentos e apoio;

À minha orientadora Alessandra Baião, pelo suporte, dedicação e apoio incondicional durante o processo de realização deste trabalho;

Aos professores que me proporcionaram conhecimentos e condições necessárias para alcançar meus objetivos;

À equipe das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, em especial à Rose, pela paciência nos momentos de tensão;

A todos que contribuíram de alguma maneira para a realização deste trabalho.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”.

Albert Einstein.

RESUMO

O presente estudo aborda a questão do inventário e da partilha em caso de inseminação homóloga *post mortem* realizada a qualquer tempo, indaga-se se o filho terá direito à partilha dos bens como os demais filhos. A Constituição de 1988 trouxe em seu texto a definição dos novos tipos de família e seu efeito legal. Todos os filhos começaram a ser reconhecidos de forma igualitária, não havendo distinção entre filhos legítimos ou ilegítimos. No entanto, a legislação não previu de forma plena o que a evolução científica traria para a ordem social. Em caso de inseminação artificial homóloga *post mortem*, tem-se como base o art. 1.799, inciso I com interpretação analógica do art. 1800 parágrafo 4º do Código Civil, que determinam que filhos havidos por inseminação *post mortem* podem ser incluídos no processo sucessório se nascidos até dois anos após a abertura do mesmo ou caso constem em testamento. Neste sentido, esta pesquisa pretende apresentar as principais correntes jurídicas sobre o tema, para ao final demonstrar os fundamentos de segurança jurídica àquela que mais se adequa ao conceito de justiça.

Palavras-chave: Família; fertilização artificial; inseminação homóloga.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
CAPITULO I - HERMENÊUTICA JURÍDICA	14
1.1 Espécies de interpretação jurídica	16
1.2 O uso da analogia como regra de interpretação jurídica	18
1.3 Princípio da segurança jurídica e Dignidade humana como regra de interpretação jurídica	20
CAPITULO II - INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL, NASCITURO E O DIREITO DE FAMÍLIA	23
2.1 Nascituro: Conceito e proteção jurídica	23
2.2 Fertilização artificial	25
2.2.1 <i>In vitro</i>	26
2.2.2 Homóloga	26
2.2.3 Heteróloga	27
2.3 Filiação: Análise do artigo 1597 do CC/02	28
CAPITULO III - DO DIREITO SUCESSÓRIO	31
3.1 O Nascituro no direito sucessório: Análise do artigo 1978 do CC/02	32
3.2 Ação de petição de herança	34
3.3 Inseminação artificial homóloga <i>post mortem</i> e o direito sucessório: um estudo da possibilidade jurídica de reserva de patrimônio na partilha	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

INTRODUÇÃO

O estudo aqui delineado trata do Direito Sucessório na Inseminação Artificial Homóloga realizada *post mortem*. Tendo em vista a disposição do artigo 1597, IV do Código Civil, que reconhece como filho os nascidos de um embrião excendentário em fertilização homóloga, a qualquer tempo, como proceder a partilha em caso de gestação *post mortem*, visto que é um filho que não existia a época da abertura da sucessão?

Sugere-se a utilização da regra de hermenêutica jurídica que possibilita a análise do caso por analogia a outro semelhante. Assim, levanta-se a hipótese de ser possível a aplicação do artigo 1800, parágrafo 4º do Código Civil, quando o legislador determinou o prazo de dois anos para a concepção da prole eventual prevista no testamento. A interpretação analógica deste estudo possibilita a garantia constitucional da segurança jurídica aos herdeiros legítimos.

Com os avanços tecnológicos e científicos ficou cada vez mais fácil às famílias, em qualquer formato, conseguirem fertilizações e inseminações para casos em que o método natural não atinge.

Em casos de direito sucessório, o ordenamento jurídico brasileiro garante a isonomia entre os filhos, havidos ou não de casamento ou união estável. Até mesmo em casos *post mortem*, existe a possibilidade de direito de sucessão.

Tem-se como marco teórico os argumentos e fundamentos defendidos por Josualdo Eduardo de Almeida Júnior ao entender que é possível a interpretação analógica ao artigo 1800, parágrafo 4º do código civil para os casos de fertilização artificial *post mortem*.

Aparentemente, apenas pela via testamentária o concepturo poderia ser herdeiro nos casos de inseminação homóloga ou mesmo heteróloga, *post mortem*. Contudo, 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 [...]. Porém, José Luiz Gavião de Almeida vê a possibilidade do embrião ser herdeiro mesmo nas sucessões legítimas. Segundo esse autor, quando o legislador atual tratou do tema, apenas quis repetir o contido no Código antigo, beneficiando o concepturo apenas na sucessão testamentária porque era impossível, com os conhecimentos de então, imaginar-se que um morto pudesse ter filhos. Entretanto, hoje a possibilidade existe.

Por isso, foi traçado como objetivo analisar se há ou não incidência do direito sucessório nos casos de inseminação artificial homóloga *post mortem* a qualquer tempo.

O presente estudo buscou como metodologia um caminho teórico-dogmático, pautado em fontes relativas à doutrina, jurisprudência e legislação, com vistas a responder os questionamentos aqui propostos. A pesquisa pode ser considerada como interdisciplinar, já que enlaça Direito de Família, Direito Constitucional e Direito Civil.

Os capítulos da monografia assim foram divididos: o primeiro abordando a hermenêutica jurídica, com as espécies de interpretação, o uso da analogia e o princípio da segurança jurídica e dignidade humana como regra de interpretação; o segundo sobre inseminação artificial, o direito do nascituro, os tipos de inseminação e a filiação com base no art. 1597 do CC/02; e o terceiro sobre o direito sucessório, o nascituro e o direito sucessório, a ação de petição de herança e a inseminação homóloga *post mortem* e o direito sucessório.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Para melhor compreensão da temática proposta apresentaremos alguns conceitos essenciais como o conceito de família de fertilização artificial e de inseminação homóloga.

A Constituição da República Federativa de 1988 veio trazer em seu texto a inovação com relação às famílias. Passaram a ser considerados diversos tipos de famílias, com formatos diferentes, não havendo mais distinção entre filhos, havidos ou não no casamento e sem diferenciação entre os cônjuges.

Quanto à compreensão do que é uma família, Silvio de Salvo Venosa¹ expressa:

A família em um conceito amplo é o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Em conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder.

A família tem notável proteção da Constituição da República Federativa de 1988, conforme descrito em seu artigo 226, conforme descrito:

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

(...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

O parágrafo 7º do mesmo dispositivo legal preceitua que:

¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 3ª ed. Atlas editora, São Paulo. p.34

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 de agosto de 2016.

³ Idem.

⁴ BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em:

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

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações².

O que se percebe é que existe uma proteção não somente da família como um todo, mas dos direitos relativos a cada um dos seus membros. Enquanto família, em caso de morte, ocorrerá o processo de sucessão, fazendo a partilha daquilo que o falecido deixou.

O direito á herança é considerado como um direito fundamental inerente ao ser humano, e também é garantido pela Carta Magna brasileira, de acordo com o inciso XXX do art. 5º: “Art. 5º. [...]XXX - é garantido o direito de herança;”³

No entanto, a legitimação do processo sucessório é realizada por meio do Código Civil de 2002⁴, que destaca em seu texto:

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

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;

No entanto, com os avanços tecnológicos presentes nos dias atuais, as famílias que não conseguem a concepção de seus filhos pelo meio tradicional, podem contar com a assistência de meios artificiais de reprodução. Contudo, a legislação brasileira não se encontra preparada para resolver algumas questões relativas a estas prerrogativas.

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 de agosto de 2016.

³ Idem.

⁴ BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acessado em 08 de novembro de 2016.

Compreende-se como inseminação artificial como uma técnica de reprodução assistida por médicos, que tem como função, por meio mecânico, em depositar o sêmen, ou o feto, no aparelho reprodutor feminino.

Analisando os dizeres de Genival Veloso de França⁵, reprodução humana assistida é:

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

A fertilização artificial é um meio de auxiliar mulheres e homens com problemas de fertilidade, ou casais homossexuais, e mulheres solteiras a conseguirem procriar, tendo um filho com seu DNA. Juliane Fernandes Queiroz trata a fertilização artificial destaca:

As novas tecnologias reprodutivas foram desenvolvidas para sanar o problema da infertilidade que sempre assombrou a humanidade, contudo, elas não tratam a infertilidade, apenas a compensam. Paradoxalmente, as técnicas existem não para curar a infertilidade, mas sim para gerar um filho em quem não pode procriar⁶.

Diante do exposto, a fertilização artificial busca auxiliar na reprodução, não resolver problemas de fertilidade. Na atualidade são utilizadas diversas técnicas que viabilizam a fertilização de pessoas com problemas para engravidar. Este item aborda especificamente as formas mais comuns de fertilização.

A reprodução assistida é um meio que visa solucionar os casos de infertilidade, ou seja, a incapacidade de fecundação, seja por disfunções orgânicas ou funcionais, não possibilitando a geração de descendentes, provocando a facilitação ou substituição de uma das etapas do ciclo reprodutivo.

Na inseminação homóloga, de acordo com Rolf Madaleno:

Utiliza sêmen do próprio marido e óvulo da mulher, à margem da relação sexual, mas com ajuda instrumental. É a técnica

⁵ FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001. p.164

⁶ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001. p. 69.

pacificamente aceita pela sociedade, pois proporciona à união conjugal a alegria da procriação que não seria alcançada sem a intervenção médica. Diante da presunção conjugal da paternidade na inseminação artificial homóloga, o inciso III do art. 1.597 do Código Civil de 2002 estabelece que a impossibilidade de relação carnal deixa de ser causa de exclusão da paternidade no matrimônio.⁷

Pelo supracitado, na inseminação homóloga, o marido tem como ser o doador do esperma, mas durante o processo de relação sexual convencional não há como se fazer a concepção, por isso o auxílio médico em colocar os espermatozoides no canal vaginal ou no útero da mulher para que seja formado o embrião.

O que se pode observar, é que não são poucas as dificuldades envolvidas na normatização jurídica de questões relacionadas à bioética. Uma maneira de se exemplificar tal afirmação é a relação existente entre o tempo de construção e adaptação das normas jurídicas e o ritmo acelerado em que tem surgido os avanços científicos e biotecnológicos. Outro ponto interessante a se destacar é a dificuldade de se legislar no concernente aos temas novos, complexos e que possam gerar muita controvérsia, envolvendo novas práticas.

Todo o exposto evidencia a necessidade de desenvolvimento desta.

⁷ MADALENO. Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011. p. 489.

1. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A hermenêutica é compreendida como a arte de examinar os pressupostos, a interpretação e a metodologia, além de ser um instrumento de comunicação mediativa, com base na análise do sistema jurídico existente e da realidade da sociedade.

Felipe Dutra Asensi⁸ destaca:

Atualmente o papel da hermenêutica e da argumentação na vida cotidiana encontra-se fortemente relacionado ao procedo de “desencantamento do mundo”, que foi analisado por Max Weber. A ideia de “desencantamento do mundo”, em linhas gerais, implica reconhecer a predominância radical do emprego da racionalidade e da ciência como critérios de produção de conhecimento válido no mundo, em detrimento da valorização de justificativas sobrenaturais ou místicas. Na medida em que não mais se observa, no contexto contemporâneo, espaços, produtores de verdades universais inequívocas, ou que a própria ideia de verdade também tem sido problematizada por diversos estudos ao longo dos séculos XX e XXI, uma transformação tem se operado na vida dos indivíduos rumo à valorização da racionalidade. Isto produz alterações substanciais no campo da hermenêutica e da argumentação. Diante da derrocada da verdade no mundo contemporâneo, o argumento se apresenta como a principal forma de interação social nas diversas situações em que os indivíduos se encontram, recebendo o argumento mais persuasivo e com interpretações coerentes.

Por sua vez, a hermenêutica constitucional tem por objetivo a análise das normas constitucionais com base na doutrina e na jurisprudência, por meio de premissas diferentes, mas que em algum ponto se completam.

Pode-se dizer que seja o domínio da teoria e da especulação, onde se estuda a sistematização dos princípios e regras da ciência do Direito. É uma atividade prática, no intuito de se alcançar o conteúdo da norma jurídica, bem como sua aplicação. É uma ciência que tem por objetivo analisar os fatos e princípios constitucionais em casos reais na sociedade.

R. Lomongi França⁹ aborda a hermenêutica da seguinte forma:

⁸ ASENSI, Felipe Dutra. **Hermenêutica e Argumentação Jurídica**. Elsevier Editora, Rio de Janeiro, 2014. p.03

⁹ FRANÇA, R. Lomongi. **Hermenêutica Jurídica**. 13ª edição, revista e atualizada. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015. p.23.

Quando se fala em hermenêutica ou interpretação, advirta-se que elas não se podem restringir tão somente aos estreitos termos da lei, pois conhecidas são as suas limitações para bem exprimir o direito, o que, aliás, acontece com a generalidade das formas de que o direito se reveste. Desse modo, é ao direito que a lei exprime que se devem endereçar tanto a hermenêutica como a interpretação, num esforço de alcançar aquilo que, por vezes, não logra o legislador manifestar com a necessária clareza e segurança.

Há uma analogia simples que tem por interesse explicar a aplicação prática da hermenêutica, é compreender que as normas constitucionais são uma mensagem, enviada pelo constituinte, o texto da Constituição é a mensagem e a hermenêutica é o meio pelo qual é feita a comunicação, é o entendimento da mensagem enviada.

De acordo com Carlos Maximiliano¹⁰, “a Hermenêutica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”.

Desta forma, compreende-se que a Hermenêutica Constitucional como o estudo e sistematização dos processos que se aplicam no intuito de alcançar o sentido das normas constitucionais.

No entanto, interpretar as normas constitucionais é tarefa complexa, pois a norma constitucional tem supremacia sobre as demais fontes normativas, e em respeito a todo o ordenamento jurídico é preciso utilizar a técnica correta de interpretação para que o direito seja aplicado de maneira correta.

Uadi Lammêgo Bulos¹¹:

Os métodos modernos de interpretação constitucional nada mais são do que uma releitura de velhos artifícios hermenêuticos, como nova roupagem, de modo a se adaptarem às exigências das constituições modernas.

Por isso, é de suma importância à compreensão dos meios de interpretação constitucional e de interpretação das demais normas jurídicas, visando uma eficácia maior na aplicação das leis e na defesa dos direitos, sejam eles fundamentais ou não.

¹⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Editora Forense, 20ª edição, Rio de Janeiro, 2011. p. 06.

¹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 437

1.1 Espécies de Interpretação Jurídica

No que tange às espécies de interpretação jurídica, há de se abordar as diversas formas de interpretação, já que os métodos de interpretação jurídica estão relacionados com a conduta jurídica do agente da natureza e da extensão.

R. Limongi França¹² destaca:

Chegamos à conclusão de que a interpretação das leis apresenta várias espécies, que se interpenetram e reciprocamente se completam, podendo ser divididas segundo três critérios fundamentais:

- a) Quanto ao agente de interpretação, isto é, com base no órgão prolator do entendimento da lei;
- b) Quanto à natureza, noutras palavras, tendo como fundamento os diversos tipos de elementos contidos nas leis e que servem como ponto de partida para a sua compreensão; e, finalmente,
- c) Quanto à extensão, quer dizer, com base no alcance maior ou menos das conclusões a que o intérprete chegue ou tenha querido chegar.

Quando se fala em interpretação quanto ao agente, esta pode ser considerada pública ou privada. Quando pública, deve ser prolatada pelo poder público, em qualquer âmbito, legislativo, executivo ou judiciário. Pode ser dividida em dois pontos: autêntica e judicial. Enquanto autêntica, é originária do órgão fautor da lei, regulamentada por meio de diplomas interpretativos e se judicial, é proveniente dos meios do poder judiciário.

O terceiro tipo de interpretação pública é a administrativa, e tem sido esquecida pelos doutrinadores. Ela é realizada pelo poder público, mas está fora do alcance do legislativo e do judiciário. Pode ser dividida em duas partes: regulamentar ou casuística.

A quarta possibilidade de interpretação pública é a usual, advinda do direito consuetudinário, por força dos costumes interpretativos.

¹² FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 13ª edição, revista e atualizada. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015. p.24-25..

Se for privada, levada por efeitos particulares, de maneira particular pelos técnicos da matéria em questão, podendo ser encontrada nos comentários ou nas obras de exposição sistemática.

No que tange à espécie quanto à natureza, são encontradas as seguintes: gramatical, lógica, histórica e axiológica.

Encontra-se a interpretação literal ou gramatical, também conhecida como filológica ou textual. Este método se baseia na consideração dos termos que constam no texto constitucional, tendo o texto legal como principal fonte de Direito, pela interpretação literal do que está descrito na Carta Maior.

No entanto, o que se percebe é que conforme a sociedade vai criando maior conscientização jurídica, esta compreende que o legislador possui um lado humano, e que pode, na literalidade do texto, tentar proteger algum interesse próprio, haja vista que não é possível a ele prever todos os tipos de casos que podem ocorrer no mundo fático.

Neste método deve-se considerar o significado linguístico do texto constitucional, que será guia para os outros procedimentos de interpretação, pois possibilita ao magistrado atuar na descoberta do sentido normativo. No entanto, o caráter linguístico é só o início da interpretação e sozinho não é suficiente pois mostra apenas o caráter literal da norma.

Outra espécie de interpretação é a sistemática ou lógica, que nada mais é do que a ordenação das partes no todo, ou seja, a visualização do texto interpretado dentro do contexto total da norma. Ao ponto em que a interpretação literal tem seu foco somente no dispositivo e seu valor linguístico, o método lógico enseja compreender as partes no todo, analisando o diploma legislativo, e não somente a norma em si.

Sobre este método Felipe Dutra Asensi¹³ explica:

Tal elemento parte do princípio de que o ordenamento jurídico consiste num todo autoexplicativo que não comporta qualquer contradição entre as normas jurídicas. Portanto, estabelece um sistema de resolução de antinomias, com o objetivo de preservar a integridade lógica do ordenamento jurídico. Nesse contexto, a norma deve ser interpretada à luz de todo o ordenamento, sob o pressuposto de que qualquer conflito de normas no caso concreto é passível de resolução sem perder de vista a preservação sistêmica deste ordenamento. Esse conjunto de normas passa a ser lido como

¹³ ASENSI, Felipe Dutra. **Hermenêutica e Argumentação Jurídica**. Elsevier Editora, Rio de Janeiro, 2014. p.54

um todo coerente e auto explicável e, para a sua aplicação, basta, que o indivíduo aplique um silogismo em que a premissa maior seja a norma, a premissa menor seja o fato, e a conclusão consista na aplicação da norma ao fato.

A interpretação histórica ou atualista visa a aplicação da norma em casos não previstos quando da sua criação. A norma não se resume ao texto onde constam as disposições, mas é a expressão do modo de vida de uma sociedade e de um Estado, sendo necessário perceber seu significado suficiente.

Quanto à axiológica, esta fundamenta-se na apreensão de valores apresentados pela norma jurídica, nos princípios que regem as normas constitucionais, onde prevalece o valor superior hierarquicamente falando.

Quando se fala em interpretação quanto à extensão, esta pode ser dividida em três pontos: declarativa, extensiva e restritiva.

R. Limongi França¹⁴ explica os três tipos:

Declarativa é aquela cujo o enunciado coincide, na sua amplitude, com aquele que, à primeira vista, parece conter-se nas expressões do dispositivo. (...). Extensiva, também chamada ampliativa, diz-se a interpretação segundo a qual a fórmula legal é menos ampla do que a declarativa. (...). Restritiva, por fim, é a interpretação cujo resultado leva a afirmar que o legislador, ao exarar a norma, usou de expressões aparentemente mais amplas que o seu pensamento.

Por isso, acredita-se que seja fundamental o conhecimento destas espécies de interpretação jurídica, visando compreender as diversas opções que os juristas tem no trato com a norma.

1.2 O Uso da Analogia como Regra de Interpretação Jurídica

A analogia pode ser compreendida como a permissão que o intérprete ou aplicador da norma dá a uma situação fática não prevista em lei com base em caso semelhante, onde haja igualdade de razões.

Carlos Maximiliano¹⁵ afirma:

¹⁴ FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 13ª edição, revista e atualizada. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015. p.24-25..

¹⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Editora Forense, 20ª edição, Rio de Janeiro, 2011. p. 171.

Existe um dispositivo legal; surge uma dúvida não resolvida diretamente pelo texto explícito; decide o juiz orientado pela presunção de que o desenvolvimento de um preceito leve a verdadeiros corolários jurídicos, as consequência que tenham moral afinidade com a norma positiva; aplica ao caso novo a regra fixada para outro, semelhante àquele. Os fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico. *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositivo*; “onde se depare razão igual à da lei, ali prevalece a disposição correspondente, da norma referida”: era o conceito básico da analogia em Roma. O uso da mesma justifica-se, ainda hoje, porque atribui hipótese nova os mesmo motivos e o mesmo fim do caso contemplado pela norma existente. Descoberta a razão íntima, fundamental, decisiva de um dispositivo, o processo analógico transporta-lhe o efeito e a sanção a hipóteses não previstas, se nas mesmas encontram elementos idênticos aos que condicionam a regra positiva. Há, portanto, semelhança de casos concretos e identidade de substância jurídica.

Analisando o supracitado, o fundamento da analogia não é a vontade presumida por parte do legislador, mas sim, o princípio da verdadeira justiça, com base na igualdade jurídica, onde se faz necessário a exigência de que espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes.

Carlos Maximiliano¹⁶ ainda assevera:

A respeito da analogia duas possibilidades merecem registro: ou falta uma só disposição, um artigo de lei, e então se recorre ao que regula um caso semelhante (*analogia legis*); ou não existe nenhum dispositivo aplicável à espécie nem seque de modo indireto; encontra-se o juiz em face do instituto inteiramente novo, sem similar conhecido; é força, não simplesmente recorrer a um preceito existente, e, sim, a um complexo de princípios jurídicos, à síntese dos mesmos, a espírito do sistema inteiro (*analogia juris*)

O que se destaca é que a analogia não precisa apenas de afinidades aparentes ou de simples semelhanças formas, mas é preciso que haja semelhança na razão para decidir, demonstrando uma analogia de pensamento, com base em duas situações jurídicas que se assemelham no caso concreto e que, portanto, receberão tratamento igual.

Por isso, a semelhança do ponto de vista dos efeitos jurídicos, onde as semelhanças jurídicas devem sobrepor as diferenças, o intérprete da norma optará pela decisão mais próxima ao fato concreto, e caso este perceba que o caso não está regulado a ele, deverá optar por outro posicionamento.

¹⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Editora Forense, 20ª edição, Rio de Janeiro, 2011. p. 171.

É importante frisar que a *analogia legis* fundamenta-se na norma existente, na regra que pode ser aplicada, enquanto a *analogia juris* enfatiza o conjunto de normas disciplinadoras do instituto.

1.3 Princípio da Segurança Jurídica e Dignidade Humana Como Regra de Interpretação Jurídica

O princípio da segurança jurídica aparece na Constituição da República Federativa de 1988, em seu art. 5º, XXXVI, onde está expresso que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”¹⁷; e visa oferecer ao cidadão garantias de que o poder do Estado é limitado e deve ser utilizado com controle.

Destaca-se aqui que o princípio da segurança jurídica visa garantir aos cidadãos que seus direitos naturais sejam respeitados, conforme expressa José Gomes Canotilho¹⁸:

A durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas, sendo que outra garantística jurídico-subjetiva dos cidadãos legitima a confiança na permanência das respectivas situações jurídicas.

Pode-se dizer que a segurança jurídica se encontra em conjunto com o significado de justiça e ao valor que lhe é dado, de maneira que para uma norma ser aplicada de forma correta é imprescindível que haja segurança no ordenamento jurídico.

José Gomes Canotilho¹⁹ ainda trata a questão da segurança jurídica dizendo que esta se relaciona com o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, afirmando:

Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 17 de outubro de 2016.

¹⁸ CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina. p.374.

¹⁹ CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995. p.374.

seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroativas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de atos administrativos constitutivos de direitos.

No entanto, alguns princípios devem ser considerados para que se possa falar em segurança jurídica. José Afonso da Silva²⁰ destaca tais princípios:

- O Direito positivo, ou seja, sendo normas escritas ou não, mas que venham determinar de maneira clara as condutas permitidas e proibidas pelo Estado;
- Segurança na orientação, onde o direito vigente não deixe em dúvida o seu conteúdo, sendo composto assim, por normas claras, evitando que estas entrem em conflito;
- Legislação que possua irretroatividade, de maneira que ao retroagir, o cidadão fique em prejuízo;
- Existência de estabilidade do Direito, de maneira que a evolução das normas jurídicas não seja comprometida, pois caso isso não ocorra, corre-se o risco de que as leis se tornem inaplicáveis.

Relacionar a segurança jurídica à interpretação da norma é tentar garantir que o ordenamento jurídico brasileiro possa contar com a segurança jurídica, haja vista que assim se busca que outros princípios constitucionais sejam preservados, como é o caso da dignidade da pessoa humana.

Maria Helena Diniz²¹ ressalta que dos princípios constitucionais este é o mais amplo, pois garante o desenvolvimento aos membros da família, sendo seus anseios atendidos, além, é claro, da garantia educacional aos filhos.

Pela Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana tomou forma e passou a vigorar como um dos direitos fundamentais do ser humano.

²⁰ SILVA, José Afonso. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.37

²¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.p.123

No tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, Alexandre de Moraes acentua:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos²².

A dignidade da pessoa humana, que a Constituição da República Federativa de 1988 inscreve como fundamento do Estado, significa não só o reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. O termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa.

Por isso, ao interpretar a norma, unindo o princípio da segurança ao princípio da dignidade da pessoa humana, a decisão de aplicação do texto legal se dará de forma mais completa, pois serão respeitados os limites da norma e as condições para a vida do cidadão.

²²Moraes, Alexandre de. **Direito Constitucional/Alexandre de Moraes**. – 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p 22

2. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL, NASCITURO E O DIREITO DE FAMÍLIA

Com o crescimento do atendimento médico, ocorreu uma mudança nos padrões de conduta e nas relações existentes entre médico e paciente. A universalização da saúde e a progressiva medicalização da vida, não dispensa a necessidade de um padrão moral que deva ser compartilhado por pessoas de diferentes moralidades, são desafios para o biodireito.

Neste âmbito, faz-se necessária a imposição de limites à medicina moderna, com foco no reconhecimento do respeito à dignidade humana, a bioética e o biodireito passam a ter um sentido humanista, onde se estabelece um vínculo com a justiça e as liberdades individuais.

Em seu discurso, André Grisani preconiza:

A esfera do biodireito compreende o caminhar sobre o tênue limite entre o respeito às liberdades individuais e a coibição de abusos contra o indivíduo ou contra a espécie humana. A bioética e o biodireito andam necessariamente juntos com os direitos humanos, referente à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade. O biodireito reconheço como nova modulação de quarta geração²³, que tem por objeto examinar os efeitos das pesquisas biológicas²³.

O que se espera é uma humanização científica da lei, levando em consideração a impossibilidade de se desvincular o direito das ciências da vida. No que tange à bioética e ao biodireito, o que se ressalta é o avanço científico sem que haja prejuízo à dignidade da pessoa humana. Quando se fala em fertilização, tanto a engenharia genética, a embriologia quanto a biologia molecular possuem limites éticos e jurídicos.

²³ GRISANI, André. **Bioética e Biodireito**. Revista eletrônica Intertemas. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/30/31>. Acessado em 25 de agosto de 2016.

Por isso, esse capítulo aborda questões ao nascituro, à inseminação artificial e a relação destes com o direito de família.

2.1 Nascituro: Conceito e Proteção Jurídica

O conceito de nascituro encontrado no dicionário da língua portuguesa traz a seguinte ideia: “nascituro é aquele que há de nascer; os seres concebidos, mas ainda não dados à luz”²⁴. Sob esta óptica tem-se a figura da pessoa que ainda não possui personalidade, porém mostra claramente a perspectiva de um nascimento, o feto possui perspectiva de direito frente a um possível direito já concebido, direito este exercido por um tutor.

Silvio de Salvo Venosa²⁵ acrescenta que a personalidade jurídica se fundamenta na presença de vida, porém acatam a figura do nascituro, interessante se faz mencionar as teorias acerca do começo da personalidade jurídica, inicialmente se vê a teoria concepcionista, onde a personalidade jurídica é atribuída desde a concepção no útero, há também a teoria natalista que defende que a personalidade é adquirida após o nascimento com vida, enfim tem-se a teoria condicional que é aquela que admite a personalidade retroativa à concepção, desde que ocorra o nascimento com vida. Cumpre observar que cada uma dessas teorias deriva de ordenamentos jurídicos internacionais, sendo que a teoria concepcionista advém do ordenamento francês, já a natalista é a mais adotada pelo ordenamento Brasileiro e por derradeiro a teoria condicional utilizada no ordenamento Argentino.

A dignidade da Pessoa humana nasce quando há vida e a vida é protegida pela Constituição da República de 1988, pois esta é o bem mais precioso do ser humano. O direito a vida é um dos pressupostos para o exercício dos direitos fundamentais protegido pelo ordenamento jurídico dos pais.

O art. 2º do Código Civil reza que: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a

²⁴ HOLANDA, Aurélio Buarque. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Editora Positivo. 2007.

²⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007. p.435.

concepção, os direitos do nascituro”²⁶. Tendo em vista a evolução da sociedade, bem como os horizontes da ciência genética procura-se proteger também o embrião.

Sobre a concepção e como sujeito de direito Silvio de Sávio Venosa explica que:

O nascituro é um ente já concebido que já se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando de uma prole eventual [...] A posição do nascituro é peculiar, pois o nascituro possui entre nós um regime protetivo tanto no direito civil como no direito penal, embora não tenha ainda todos os requisitos da personalidade. Desse modo embora o nascituro não seja considerado pessoa, tem proteção legal de seus direitos desde a concepção.²⁷

É interessante dizer que a partir do momento da concepção o feto não será um simples objeto, mas sim um ser humano em formação, que apresenta sinais de vida, com características próprias e únicas que o diferenciam de outras pessoas.

2.2 Fertilização Artificial

Compreende-se inseminação artificial como uma técnica de reprodução assistida por médicos, que tem como função, por meio mecânico, depositar o sêmen, ou o feto, no aparelho reprodutor feminino.

A fertilização artificial é um meio de auxiliar mulheres e homens com problemas de fertilidade, ou casais homossexuais, e mulheres solteiras a conseguirem procriar, tendo um filho com seu DNA. Juliane Fernandes Queiroz trata a fertilização artificial e destaca:

As novas tecnologias reprodutivas foram desenvolvidas para sanar o problema da infertilidade que sempre assombrou a humanidade, contudo, elas não tratam a infertilidade, apenas a compensam. Paradoxalmente, as técnicas existem não para curar a infertilidade, mas sim para gerar um filho em quem não pode procriar²⁸.

²⁶ VADE MECUM/obra coletiva de autoria da Ed. Saraiva p.167-São Paulo, 2015.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil: Direito de Família**.4 ed. São Paulo: Atlas, 2004

²⁸ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001. p. 69.

Diante do exposto, a fertilização artificial busca auxiliar na reprodução, não resolver problemas de fertilidade. Na atualidade são utilizadas diversas técnicas que viabilizam a fertilização de pessoas com problemas para engravidar. Este item aborda especificamente as formas mais comuns de fertilização.

2.2.1 *in Vitro*

A fertilização *in vitro* é popularmente conhecida como “bebê de proveta”. É uma técnica muito utilizada, que ganhou espaço no final dos anos de 1970 e que a fecundação é feita no laboratório e o embrião é colocado dentro do útero da mulher.

Rolf Madaleno destaca:

A expressão fecundar está posta no sentido de transmitir uma semente, fertiliza-la, torna-la fecunda, e seu procedimento consiste em reproduzir com técnicas de laboratório, o processo de fecundação do óvulo, normalmente desenvolvido na parte superior das trompas de falópio. Esta técnica reproduz artificialmente, num tubo de ensaio, o ambiente das trompas de falópio, local propício para a fertilização natural, prosseguindo até a transferência do embrião para o útero materno²⁹.

Pelo explanado, a fertilização *in vitro* pode ser feita com sêmen de doador desconhecido ou do marido (parceiro) da mulher. É uma técnica que pode ser utilizada por mulheres casadas, em relacionamento estável e casais homoafetivos.

2.2.2 Homóloga

A utilização de métodos de reprodução assistida pode ser utilizada por casais que contraíram matrimônio ou vivem em união estável, sem, contudo, precisar de doação de sêmen de um terceiro.

Na inseminação homóloga, de acordo com Rolf Madaleno:

Utiliza sêmen do próprio marido e óvulo da mulher, à margem da relação sexual, mas com ajuda instrumental. É a técnica

²⁹MADALENO. Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011. p. 489.

pacificamente aceita pela sociedade, pois proporciona à união conjugal a alegria da procriação que não seria alcançada sem a intervenção médica. Diante da presunção conjugal da paternidade na inseminação artificial homóloga, o inciso III do art. 1.597 do Código Civil de 2002 estabelece que a impossibilidade de relação carnal deixa de ser causa de exclusão da paternidade no matrimônio.³⁰

Pelo supracitado, na inseminação homóloga, o marido tem como ser o doador do esperma, mas durante o processo de relação sexual convencional não há como se fazer a concepção, por isso o auxílio médico em colocar os espermatozoides no canal vaginal ou no útero da mulher para que seja formado o embrião.

Neste caso, o marido é o pai biológico e socioafetivo, já que a decisão pela inseminação é feita pelo casal, e aceita de forma ampla pela sociedade, não permanecendo impasse jurídico.

2.2.3 Heteróloga

A reprodução assistida é um meio que visa solucionar os casos de infertilidade, ou seja, a incapacidade de fecundação, seja por disfunções orgânicas ou funcionais, não possibilitando a geração de descendentes, provocando a facilitação ou substituição de uma das etapas do ciclo reprodutivo.

Fernanda de Souza Moreira trata da inseminação artificial heteróloga como:

Uma técnica de reprodução artificial cujo papel é o de auxiliar na resolução dos problemas de fertilidade. Significa a união do sêmen ao óvulo por meio não natural de cópula, cujo o objetivo é a gestação, substituindo ou facilitando alguma etapa que seja deficiente no processo reprodutivo normal³¹.

Já Juliane Ferraz Queiroz aborda a inseminação heteróloga como:

Técnica de reprodução que se utiliza do sêmen doado por um terceiro, que não o marido. Nessa busca incessante, o ato da

³⁰ Idem. p. 489.

³¹ MOREIRA, Fernanda de Souza. **O Direito a Alimentos do Nascido do Banco de Sêmen e a Legitimação Passivado Doador Na Inseminação Artificial Heteróloga: Uma Colisão de Direitos Fundamentais**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Vol. 15, abr/mai de 2015.

procriação acabou por se separar do ato da paternidade em si. A concepção realizada por terceiro, através de doação de esperma, dissocia os dois atos, causando um desmembramento da própria paternidade. Se normalmente a relação paternal funda-se nos vetores jurídico, biológico e socioafetivo, na inseminação heteróloga não haverá convergência entre eles. Nessas situações, o marido é o pai jurídico, mas não o pai biológico, e só será pai sócioafetivo se assumir a criação da criança com verdadeiro sentimento³².

Inicialmente, pode-se compreender que na inseminação heteróloga, a concepção é feita por meio de esperma de um doador, mas que não tira do marido o direito de ser o pai da criança, se assim o quiser.

2.3 Filiação: Análise do art.1597 do Código Civil de 2002

Atualmente não ocorre mais qualquer distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, tanto pelo amparo legal dado à família e aos filhos, quanto pela forma como a família se legitima, que não se dá somente através do casamento, mas também do laço afetivo, e que os filhos, seja qual for sua origem, tem direito de convivência com os pais.

Nesta linha de raciocínio é possível perceber que a Constituição da República de 1988 rompeu o preconceito e colocou em pé de igualdade os filhos havidos no casamento e aqueles que não são frutos de relações matrimoniais. Ainda de acordo com José Bernardo Ramos Boeira: “A nova diretriz constitucional assegurou não somente a igualdade dos filhos” como também a tutela de núcleos familiares monoparentais, formado por um dos descendentes com os filhos (art.226,4º), e extramatrimoniais (art.226, 3º)”³³

No entanto, há de se ressaltar que somente com o advento da Lei nº 8.560/92³⁴ é que ficou estabelecida a igualdade entre os filhos, já que houve a proibição de distinção do indivíduo, pela sua origem, no seu registro civil, podendo qualquer pessoa maior de idade e capaz de registrar um filho em cartório sem que haja o fator legitimidade.

³² QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001. p. 70.

³³ Idem.

³⁴ BRASIL. Lei 8.560/92. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências.

Há de se ressaltar, inclusive, que é cada vez mais comum a adoção de crianças por casais que não podem ter filhos. Além do que, com os avanços da ciência, mulheres que não poderiam ter seus próprios filhos podem engravidar por inseminação artificial realizada com óvulos de doadoras. Não existe nestes casos que se questionar legitimidade, mas sim o vínculo afetivo entre pais e filhos.

O Código Civil de 2002, em concordância com o que diz a Constituição Federal, prevê a igualdade entre os filhos, sejam de matrimônio, de união estável ou de outras situações.

‘ Cabe analisar aqui o art. 1597 do CC/02 que diz:

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.

Pelo disposto nos incisos III e IV do art. 1597 do CC/02 é possível perceber que os filhos havidos por meio de inseminação artificial, tanto homóloga (com material genético do marido), mesmo que post mortem, quanto heteróloga (material genético de terceiro) podem ser considerados como havidos na constância do casamento, se há autorização prévia do marido, importando assim, a liberdade de planejamento familiar do casal, conforme dispositivo constitucional já citado anteriormente.

Diante do exposto, pode-se perceber que existe um foco no caráter sócio afetivo da relação entre pais e filhos, em detrimento do fator biológico. Não que o fator biológico não seja importante, mas é que ele não é mais o fator determinante da filiação.

Quando se trata da filiação apenas no aspecto genético ou biológico, considera-se a carga genética doada dos pais para seus filhos. Quando se aborda a filiação a partir do aspecto sócio afetivo, o que se destaca é a relação

jurídica de afeto, sentimentos, cuidados e amor desenvolvidos entre pais e filhos na vida cotidiana.

Para Sílvio de Salvo Venosa:

Assim como na adoção, a paternidade deve ser vista como um ato de amor e desapego material, e não simplesmente como fenômeno biológico e científico, sob pena de revivermos odiosas concepções de eugenia que assolaram o mundo em passado não muito remoto. Nesse sentido a doutrina se refere-se à paternidade socioafetiva.³⁵

O legislador buscou não estabelecer a filiação somente pelo vínculo de sangue, mas deve considerar a relação entre pais e filhos, de amor, afeto e cuidado.

Dentro desta evolução do conceito e caráter da filiação, existem alguns critérios que devem ser considerados.

³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 33.

3. DO DIREITO SUCESSÓRIO

Com o advento da Constituição da República Federativa de 1988 o conceito de família foi profundamente alterado, estendendo os laços familiares não somente àqueles de mesmo sangue, mas também, aos de proximidade afetiva. Fabiane Aline Teles Goulart³⁶ trata as questões ligadas à família, dizendo:

A família é um organismo social estabelecido através de preceito culturalmente elaborado. É nesse conjunto que a pessoa nasce e desenvolve sua personalidade; por isso, a importância da presença do afeto e respeito no núcleo familiar, pois é o que determina o desenvolvimento desse sujeito. Ademais, a família concreta é aquela que garante as condições reais de igualdade e liberdade.

O que se entende primariamente por sucessão é a transmissão dos bens do falecido, fazendo com que a titularidade do patrimônio deixado seja assumida por herdeiros de acordo com o previsto em lei.

Arnaldo Rizzardo³⁷ trata da sucessão dizendo:

Suceder conceitua-se como herdar ou receber o patrimônio daquele que faleceu. Verifica-se o fenômeno da extinção da relação e, em seu lugar, apresentando-o o sucessor, sem que se modifique o objeto da sucessão.

O direito de sucessão no ordenamento jurídico brasileiro está pautado no que foi trazido primeiramente pela Constituição da República Federativa de 1988, que deu novo entendimento às relações familiares, a igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento. O direito à herança passou a erigir-se

³⁶ GOULART, Fabiane Aline Teles. **O Reconhecimento da Filiação Socioafetiva com seus Elementos Sucessórios**. IBDFAM e Editora Magister. Ano XIV, nº32. 2013. p.18

³⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.67

como direito fundamental. Fabiane Aline Teles Goulart³⁸ aborda essa temática familiar dizendo que:

A condição de filiação é a denominação jurídica dessa relação, abrangendo um complexo de direitos e deveres mutuamente considerados por lei. A filiação, todavia, nem sempre decorre somente da consanguinidade, mas existem outras formas, como, por exemplo, a adoção e reprodução assistida heteróloga. A filiação, como *status familiae*, também se volta para uma função que pode ser sintetizada na proteção da dignidade humana, cuja responsabilidade é da família, da sociedade e do Estado. (...) Hoje se busca a igualdade, a dignidade, a solidariedade e a afetividade dessa instituição, que é a base da civilização, ou seja, a família socioafetiva vem sendo priorizada em nossa doutrina e jurisprudência. A família passou a se juntar e a se conservar pelos laços afetivos, um importante componente responsável pela sua formação, compreensão e continuidade; com isso, a questão econômica passou a ser secundária na constituição da família.

Quando se fala em sucessão é importante não deixar de lado as questões relativas à filiação, pois o ordenamento pátrio considera que por meio da filiação e a sucessão é que se estabelece a continuidade das relações provenientes dos genitores. Gilmar Ferreira Mendes³⁹, entendendo o direito sucessório como direito fundamental, destaca:

Em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos.

Por isso, faz-se necessário abordar algumas questões relacionadas ao direito sucessório no ordenamento jurídico brasileiro, como o nascituro no direito sucessório frente ao art. 1.798 do CC/02 que se dedica ao direito de filiação nos casos de embriões excedentários, a ação de petição de herança para aqueles que se considerarem no direito de solicitar parte no processo sucessório e a questão da inseminação artificial homóloga *post mortem* e o direito sucessório, analisando a possibilidade jurídica de reserva de patrimônio na partilha

³⁸ GOULART, Fabiane Aline Teles. **O Reconhecimento da Filiação Socioafetiva com seus Elementos Sucessórios**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. IBDFAM, Editora Magister. 2013. p.20

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.123

3.1 O Nascituro no Direito Sucessório: Análise do artigo 1798 do CC/02

O nascituro tem seus direitos de filiação, e conseqüentemente no direito sucessório conforme o exposto no CC/02. No entanto, alguns questionamentos se formulam quando se analisam aspectos sobre inseminação artificial *post mortem*.

Analisando a questão da sucessão entre o âmbito do Direito Constitucional e do Direito Civil, busca-se alinhar a linha de pensamento a partir do que está escrito no Art. 227, parágrafo 6, da Constituição da República Federativa de 1988 ⁴⁰, onde se encontra:

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

(...)

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

Com a igualdade jurídica entre os filhos, havidos ou não no casamento, trazida pela norma supramencionada, acabou ocorrendo reflexo no Código Civil, ampliando a sucessão no Direito Civil.

O CC/02 trata da vocação hereditária e é neste capítulo que se insere o art. 1798 para tratar dos legitimados a suceder: “Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”

Focando de maneira mais singela no art. 1798, compreende-se que os herdeiros que estão aptos para participarem do processo sucessório, quando se fala em filhos, são aqueles que já nasceram com vida e os que já foram gerados, ou seja, que ainda não nasceram, mas que já existem enquanto feto.

Busca-se destacar aqui o descrito no art. 1800, § 4º, também do CC/02, onde encontra-se:

⁴⁰ BRASIL. **Constituição Federal**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. *In: Vade Mecum – Acadêmico de direito*. 5 ed. Organizadora: Anne Joyce Angher, Ed Rideel, São Paulo, 2008.

Art. 1.800.

(...)

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

Buscando uma interação do descrito no art. 1798 e no art. 1800 §4º, compreende-se que por meio de interpretação dos textos de ambos os artigos, o nascituro produto de inseminação post mortem só teria direito à sucessão se nascido até dois anos após a abertura do processo sucessório, ou caso fosse manifestado pelo falecido por meio de testamento.

No entanto, existem abordagens de diferentes autores que consideram a possibilidade de que em casos de inseminação artificial existe abertura para que esses embriões, mesmo que ainda não instalados no útero da genitora, possam ser incluídos na sucessão.

3.2 Ação de Petição de Herança

A petição de herança é uma maneira de proteger a qualidade de sucessor. É uma ação fundamental utilizada pelo herdeiro que não foi reconhecido, para que tenha direito aos seus bens hereditários.

Silvio de Salvo Venosa⁴¹ define petição de herança sendo:

A ação de petição de herança é a que compete ao herdeiro legítimo ou testamentário contra aqueles que, pretendendo ter direito à sucessão, detêm os bens da herança no todo ou em parte

É uma medida de caráter judicial pelo qual o herdeiro busca conseguir a restituição do todo ou parte da herança, frente àquele ou àqueles que receberam o patrimônio.

Sua introdução se deu por meio do Código Civil de 2002, art. 1824 e suas prerrogativas se estendem até o art. 1828⁴²:

⁴¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2007. p. 97.

⁴² BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acessado em 08 de novembro de 2016.

Art. 1.824. 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 possua.

Art. 1.825. A ação de petição de herança, ainda que exercida por um só dos herdeiros, poderá compreender todos os bens hereditários.

Art. 1.826. O possuidor da herança está obrigado à restituição dos bens do acervo, fixando-se-lhe a responsabilidade segundo a sua posse, observado o disposto nos arts. 1.214 a 1.222.

Parágrafo único. A partir da citação, a responsabilidade do possuidor se há de aferir pelas regras concernentes à posse de má-fé e à mora.

Art. 1.827. O herdeiro pode demandar os bens da herança, mesmo em poder de terceiros, sem prejuízo da responsabilidade do possuidor originário pelo valor dos bens alienados.

Parágrafo único. São eficazes as alienações feitas, a título oneroso, pelo herdeiro aparente a terceiro de boa-fé.

Art. 1.828. O herdeiro aparente, que de boa-fé houver pago um legado, não está obrigado a prestar o equivalente ao verdadeiro sucessor, ressalvado a este o direito de proceder contra quem o recebeu.

A petição de herança figura como uma proteção ao herdeiro, e se destina aos casos onde ele não era conhecido ou reconhecido, não fazendo parte do testamento ou do processo sucessório, mas que tem direitos à herança.

O herdeiro poderá requerer que seja realizada restituição do todo ou de parte da herança, desde que tenha seu direito sucessório reconhecido e que faça a petição. Sobre esse assunto encontra-se embasamento no art. 1.029 do Código de Processo Civil, que diz:

Art. 1.029 – A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz.

Parágrafo único: O direito de propor ação anulatória de partilha amigável prescreve em um ano, contado este prazo:

- I- no caso de coação, do dia em que ela cessou;
- II- no de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato;
- III- quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade.”

O que se percebe é que o herdeiro preterido no processo sucessório poderá requerer seus direitos na partilha, até por que, a prescrição da ação de petição de herança é de 10 anos, e mesmo que o filho venha a nascer no final

do prazo de dois anos e faça o requerimento, ainda serão mais oito anos para que se resolva a sucessão.

3.3 Inseminação Artificial Homóloga *Post Mortem* e o Direito Sucessório: Um Estudo da Possibilidade Jurídica de Reserva de Patrimônio na Partilha

A reprodução assistida post mortem ainda não é totalmente regulamentada pelo ordenamento jurídico nacional, nem no âmbito constitucional nem no infraconstitucional.

A interpretação sobre o assunto se dá por analogia ao artigo 1.798 ou do art. 1.597, ambos do CC/02. A regulamentação que se encontra sobre o assunto é a resolução do Conselho Federal de Medicina de nº1.957/2010.

Neiva Maira Prado⁴³ destaca:

Há ainda, em trâmite, na Câmara dos Deputados, o projeto de Lei nº1.184/03, que pretende disciplinar questões relativas à reprodução humana. O art. 4º, inciso VII, do referido Projeto determina que é necessário o consentimento do genitor para a prática da reprodução humana assistida, inclusive disciplinando em que condições o genitor autoriza o uso do material genético, dando enfoque para a reprodução póstuma. Já o art. 14, §2º, disciplina que o estabelecimento responsável pela crioconservação será obrigado a descartar os gametas doados quando o doador pedir, bem assim por motivo de seu falecimento, se não houver consentimento expreso para concepção após sua morte.

O projeto de lei supracitado não preenche todas as lacunas relativas à inseminação post mortem, mas já é um avanço, haja vista que não possui legislação específica sobre o assunto. Por isso, duas correntes doutrinárias são encontradas nas decisões judiciais e discussões de estudiosos: uma, diz que a criança tem direito à existência mesmo sendo por concepção artificial, e a outra, contrária à primeira, assevera que há de se restringir essa prática pois a criança tem direito de nascer tendo ambos os pais.

No entanto, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho⁴⁴ apresenta três correntes para a solução do problema: em uma, o filho não terá direito à filiação

⁴³ PRADO, Neiva Maira. **Reprodução Humana Assistida Homóloga Post Mortem e o Direito à Filiação e Sucessão**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. IBDFAM, Editora Magister. 2013. p.07.

nem à sucessão; no segundo, haverá reconhecimento da filiação, mas não do direito à sucessão, e no terceiro, como considera-se que haja autorização para concepção póstuma, o filho é sujeito de direitos a exemplo dos demais herdeiros.

Sobre a possibilidade da participação do filho fruto de inseminação homóloga post mortem, Neiva Maira Prado⁴⁵ afirma:

A grande maioria dos doutrinadores que não admitem o direito à sucessão argumenta que a concessão da herança a um filho nascido muito tempo após a abertura da sucessão traria insegurança jurídica. Com todo respeito a esses doutrinadores, entende-se que deve haver a ponderação entre os princípios, mesmo que o princípio da segurança jurídica precise ser relativizado em detrimento do princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Por isso, mesmo que tenha havido a partilha de bens, entende-se que, se houver o nascimento de um filho através dos métodos de reprodução humana assistida homóloga post mortem, esse filho tem direitos de filiação e, conseqüentemente, direitos à sucessão.

Por isso, analisando as questões relativas ao direito sucessório de filhos oriundos de inseminação homóloga *post mortem*, levantou-se como questionamento: Tendo em vista a disposição do artigo 1597, IV do Código Civil, que reconhece como filho os nascidos de um embrião excendentário em fertilização homóloga, a qualquer tempo, como proceder a partilha em caso de gestação *post mortem*, visto que é um filho que não existia a época da abertura da sucessão?

Para resposta do questionamento, a sugestão é que seja utilizada a regra de hermenêutica jurídica que possibilita a análise do caso por analogia a outro semelhante. Assim, levanta-se a hipótese de ser possível a aplicação do artigo 1800, parágrafo 4º do Código Civil, quando o legislador determinou o prazo de dois anos para a concepção da prole eventual prevista no testamento. A interpretação analógica deste estudo possibilita a garantia constitucional da segurança jurídica aos herdeiros legítimos, mesmo que não tenham feito testamento.

⁴⁴ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IOB Thompson, 2006.

⁴⁵ PRADO, Neiva Maira. **Reprodução Humana Assistida Homóloga Post Mortem e o Direito à Filiação e Sucessão**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. IBDFAM, Editora Magister. 2013. p.15.

Josualdo Eduardo de Almeida Júnior ao entender que é possível a interpretação analógica ao artigo 1800, parágrafo 4º do código civil para os casos de fertilização artificial *post mortem*.

Aparentemente, apenas pela via testamentária o concepturo poderia ser herdeiro nos casos de inseminação homóloga ou mesmo heteróloga, *post mortem*. Contudo, 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 [...] Porém, José Luiz Gavião de Almeida vê a possibilidade do embrião ser herdeiro mesmo nas sucessões legítimas. Segundo esse autor, quando o legislador atual tratou do tema, apenas quis repetir o contido no Código antigo, beneficiando o concepturo apenas na sucessão testamentária porque era impossível, com os conhecimentos de então, imaginar-se que um morto pudesse ter filhos. Entretanto, hoje a possibilidade existe.

Na realidade, a inseminação *post mortem* é uma escolha dos genitores, e o filho oriundo desse procedimento não pode ter seus direitos preteridos por causa de uma intervenção de terceiros. Dário Alexandre Guimarães Nóbrega⁴⁶ ressalta a importância da interpretação do art. 1.798 do CC/02 no sentido de resolver essa questão:

Deve ser dado ao art. 1.798 do Código Civil uma interpretação constitucional, compreendendo que sua normatização abrange não apenas as pessoas vivas e concebidas no momento da abertura da sucessão, mas também os filhos concebidos por técnica de reprodução humana assistida *post mortem*, ou seja, após a abertura da sucessão. Alcança-se esta interpretação ao se prestar obediência ao princípio constitucional da isonomia e, mais especificamente, ao §6º do art. 227 da CRFB/88, o qual determina que os filhos, havidos ou não na constância do casamento, naturais ou civis, sejam tratados de modo igualitário em direitos e qualificações, sendo vedado qualquer tipo de tratamento discriminatório.

Como o filho nascido da concepção *post mortem* ocupa a classe de herdeiros necessários, com base no princípio constitucional da isonomia, faz jus à herança, pois além do princípio da isonomia, há de se considerar o princípio constitucional do livre planejamento familiar, que permite ao casal determinar o formato de sua família.

⁴⁶ NÓBREGA, Dário Alexandre Guimarães. **A Reprodução Assistida Post Mortem e o Direito Sucessório do Concebido – Uma Interpretação Constitucional da Legitimidade Sucessória a Partir do Princípio da Isonomia**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, ano XII, nº20, 2011, p.57.

Portanto, cabe a reserva do patrimônio na partilha caso haja material genético do falecido crioconservado pelo prazo de 2 anos para a concepção por inseminação artificial homóloga mesmo que não haja testamento.

E por fim, ainda que o referido prazo de 2 anos tenha expirado, o filho inseminado por meio de seu representante legal poderá se valer da ação de petição de herança para ser reconhecido como herdeiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hermenêutica fornece ao Direito condições de que a interpretação das normas existentes seja realizada de maneira a favorecer a aplicação do ordenamento jurídico de maneira completa.

As espécies de interpretação dão o suporte necessário para que as demandas sociais sejam atendidas pela ciência do Direito com base nas leis já existentes, visando dirimir conflitos e garantir o gozo dos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição.

Quando se fala em planejamento familiar, encontra-se a garantia constitucional de que existe liberdade do casal no planejamento familiar, seja por meios convencionais ou por artificiais.

No entanto, alguns conflitos tem surgido devido ao avanço tecnológico e as possibilidades apresentadas pela ciência. Nesse caso se destacam a inseminação homóloga post mortem, realizada a qualquer tempo. Neste sentido a interpretação análoga dos artigos 1798 a 1800 garantem o direito sucessório de herdeiros nascidos por inseminação artificial homóloga post mortem de embriões excedentários e nascidos até dois anos após a abertura do processo sucessório.

E ainda que o prazo expire, por meio de ação de petição de herança, o herdeiro fruto de inseminação poderá requerer seu direito, lembrando que o prazo para tal requerimento é de 10 anos.

Como consequência, o que pode ocorrer, é no caso dos bens já estarem com outros herdeiros, haver a necessidade de devolução daquilo que pertence ao requerente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IOB Thompson, 2006.

ASENSI, Felipe Dutra. **Hermenêutica e Argumentação Jurídica**. Elsevier Editora, Rio de Janeiro, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 de agosto de 2016.

BRASIL. **Lei 8.560/92**. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acessado em 08 de novembro de 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 13ª edição, revista e atualizada. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

GOULART, Fabiane Aline Teles. **O Reconhecimento da Filiação Socioafetiva com seus Elementos Sucessórios**. IBDFAM e Editora Magister. Ano XIV, nº32. 2013.

GRISANI. André. **Bioética e Biodireito**. Revista eletrônica Intertemas. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/30/31>. Acessado em 25 de agosto de 2016.

HOLANDA, Aurélio Buarque. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Editora Positivo, 2007.

MADALENO. Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Editora Forense, 20ª edição, Rio de Janeiro, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

MOREIRA, Fernanda de Souza. **O Direito a Alimentos do Nascido do Banco de Sêmen e a Legitimação Passivado Doador Na Inseminação Artificial Heteróloga: Uma Colisão de Direitos Fundamentais.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Vol. 15, abr/mai de 2015.

NÓBREGA, Dário Alexandre Guimarães. **A Reprodução Assistida Post Mortem e o Direito Sucessório do Concebido – Uma Interpretação Constitucional da Legitimidade Sucessória a Partir do Princípio da Isonomia.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, ano XII, nº20, 2011

PRADO, Neiva Maira. **Reprodução Humana Assistida Homóloga Post Mortem e o Direito à Filiação e Sucessão.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. IBDFAM, Editora Magister. 2013.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial.** Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões.** 3ª ed. Atlas editora, São Paulo.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil.** São Paulo: Atlas, 2007.

VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil: Direito de Família.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004