

CAPACIDADE SUCESSÓRIA DO EMBRIÃO CRIOPRESERVADO FECUNDADO *POST MORTEM*

Jéssica Monize Campos Cavalcanti¹

Rosangela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes²

RESUMO

O avanço da medicina no âmbito da reprodução humana, em especial a inseminação artificial *post mortem*, trouxe inúmeros questionamentos e discussões no aspecto jurídico, principalmente no ponto de vista sucessório. A presente pesquisa tem os seguintes objetivos: discorrer sobre as técnicas de reprodução assistida no ordenamento jurídico, abordar os princípios constitucionais aplicáveis à concepção *post mortem* e, por último, analisar as posições doutrinárias, bem como jurisprudências. Utiliza-se o método científico dedutivo para a construção da pesquisa, partindo da observação de uma situação geral do tema (as técnicas de reprodução assistidas) para uma particular (explicação da capacidade sucessória do embrião criopreservado fecundado *post mortem*). Como conclusão, observa-se que a legislação vigente possui lacunas no que tange à capacidade sucessória do filho concebido *post mortem*, gerando discussões doutrinárias e insegurança jurídica. Existem três posições doutrinárias acerca da problemática: Excludente, Relativamente excludente e Inclusiva. Para solucionar tais conflitos, deve-se apoiar nos princípios constitucionais, tais como: dignidade da pessoa humana, igualdade de filiação, princípio do melhor interesse da criança, dentre outros.

Palavras-chave: Reprodução Assistida. Inseminação Homóloga *Post Mortem*. Direito Sucessório. Capacidade Sucessória.

SUCCESSFUL CAPACITY OF THE CRIOPRESERVED EMBRYO FECUNDADO *POST MORTEM*

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: jessicamonize@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: rosangela.mrm@hotmail.com

ABSTRACT

The advancement of medicine in the field of human reproduction, especially post-mortem artificial insemination, has brought innumerable questions and discussions in the legal aspect, mainly from the point of view of succession. The present research aims at: discussing assisted reproductive techniques in our legal system, addressing the constitutional principles applicable to post mortem conception and, finally, analyzing doctrinal positions as well as jurisprudence. The scientific method used to construct the research was the deductive one, starting from the observation of a general situation of the subject, that is, the techniques of assisted reproduction, for the particular, that is, to explain the succession capacity of the post-mortem cryopreserved embryo cryopreserved. As a conclusion, we can observe that the current legislation has gaps regarding the succession capacity of the child conceived post mortem, generating doctrinal discussions and legal uncertainty. There are three doctrinal positions on the problematic: Excludent, Relatively excluding and Inclusive. In order to resolve such conflicts, we must base ourselves on constitutional principles, such as: dignity of the human person, equality of filiation, principle of the best interest of the child, among others.

Key-words: Assisted Reproduction. Homologous Postmortem Insemination. Succession Law. Sucessory Capacity.

1 INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo é, por muitos, considerado de grande repercussão e polêmica, tendo em vista tratar-se dos direitos sucessórios garantidos aos filhos concebidos através da inseminação artificial *post mortem*. Neste procedimento, o material fecundante do genitor encontra-se criopreservado, e, após o seu falecimento, é implantado no útero da mãe.

O código Civil, em seu art. 1.798, trata a respeito da legitimidade para suceder, qual seja: “as pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão”. No entanto, o embrião seria considerado pessoa concebida, tal qual o nascituro? A partir de qual momento o ser humano pode

ser assim classificado? Até que ponto o filho gerado *post mortem* será julgado legítimo para suceder? A lacuna legislativa no ordenamento jurídico brasileiro trouxe inúmeras discussões acerca do tema.

O objetivo geral da presente pesquisa é analisar a técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem* e discutir o direito à herança em relação a esse filho. Como objetivos específicos, busca-se discorrer sobre as técnicas de reprodução assistida em nosso ordenamento jurídico, abordar os princípios constitucionais aplicáveis à concepção *post mortem* e, por último, analisar as posições doutrinárias, bem como as jurisprudências.

No primeiro capítulo deste artigo, apresentam-se o conceito de sucessões e as duas maneiras de sua ocorrência: sucessão *inter vivos* e *causa mortis*. Em seguida, explanam-se os aspectos históricos da sucessão desde a pré-história até os dias de hoje, destacando o reconhecimento da união estável e o fim do tratamento discriminatório relativo à filiação. Por fim, foi feita a classificação da sucessão, podendo ser “legítima” ou “testamentária”.

No segundo capítulo, a pesquisa aborda a capacidade sucessória, de maneira a fazer uma análise do artigo 1.798 do Código Civil. Por conseguinte, observa-se a definição de “nascituro” – aquele já concebido no ventre da mãe, embora ainda não nascido, que tem seus direitos sucessórios resguardados caso nasça com vida. Por fim, discute-se o momento da concepção, assunto que traz discussões doutrinárias, pois há o questionamento se ele ocorre com o embrião concebido em laboratório ou apenas com a implantação do zigoto no útero materno.

No terceiro capítulo, apresentam-se as técnicas de reprodução assistida e sua definição. Em seguida, abordam-se os seguintes métodos: homóloga, homóloga *post mortem*, e heteróloga. Por fim, discorre-se acerca da reprodução assistida, em especial a aplicação *post mortem*, com base na legislação brasileira.

No quarto capítulo, pontuam-se os princípios constitucionais aplicáveis à concepção *post mortem*: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade entre os filhos, princípio do melhor interesse da criança e o princípio da segurança jurídica.

Para a construção deste trabalho, utiliza-se o método científico dedutivo, partindo da observação de uma situação geral do tema (as técnicas de reprodução assistidas) para uma particular (explicação da capacidade sucessória do embrião criopreservado fecundado *post mortem*). Em relação às técnicas de pesquisa, aplicam-se, como fontes, artigos, doutrinas e jurisprudências.

Ao final, com relação aos resultados, observam-se três posições: a primeira, que não reconhece direito à fecundação *post mortem*; a segunda, que é relativamente excludente; e a terceira, inclusiva, que considera plenos os efeitos à inseminação artificial *post mortem* no âmbito sucessório.

2 NOÇÕES DE SUCESSÕES

2.1 CONCEITO

Suceder significa substituir, ou seja, tomar o lugar de outro. Quando uma pessoa toma o lugar de outra, uma sucede à outra. (BEVILÁQUA, 2002, p. 15). Segundo o dicionário Aurélio, “transmissão dos direitos e bens de quem faleceu; herança.”.

Para o mundo jurídico, conforme Diniz (2015), “sucessão” é o ato pelo qual alguém sucede outrem, investindo-se, no todo ou em parte, nos direitos que lhe pertenciam.

O Direito das Sucessões traduz-se nas normas que regem a transferência do patrimônio do *de cujus* a seus sucessores em razão de seu falecimento. A sucessão ocorre de duas maneiras: por vontade das partes ou em razão da morte. Quando decorre da manifestação entre as pessoas, é denominada sucessão *inter vivos*, como, por exemplo, a compra e venda de imóveis. Como menciona Dias (2015), em relação aos direitos sucessórios, a transmissão só ocorre em razão da morte, ou seja, *causa mortis*. Antes da morte do seu titular, a herança não pode ser objeto de sucessão *inter vivos*, devido à proibição do pacto sucessório: disposição sobre herança de pessoa viva (Código Civil, art. 426).

A sucessão *causa mortis* tem como objetivo a perpetuação da vida social, na qual, por exemplo, o falecido fez contratos e assumiu dívidas, não

sendo coerente que tudo se expirasse com a sua morte, afetando os contraentes.

2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS

O direito sucessório originou-se com a pré-história, quando os homens começaram a construir o seu próprio patrimônio deixando de lado o nomadismo. A sociedade começou a se estruturar em famílias, surgindo, assim, a propriedade privada, de modo que os bens comuns passaram a pertencer a quem os possuía.

Em Roma, a sucessão era transmitida através do testamento apenas ao primeiro filho homem, conhecido pelo direito de primogenitura. Entedia-se que a herança era relacionada à religião, sendo transmitida com o objetivo de continuar o culto aos antepassados daquela família. Dessa forma, de acordo com Venosa (2016), quando a mulher casava, deixava de pertencer àquela família para adotar a religião do marido.

No direito Germânico, por sua vez, não existia o direito de herança ao filho adotivo; a sucessão só se operava por vínculo de sangue. Ademais, não havia sucessão testamentária, pois a propriedade e a posse da herança passava aos herdeiros consoante o que a lei estabelecia.

A partir do direito Francês, a propriedade e a posse da herança passam aos herdeiros imediatamente com a morte do hereditando, algo que ficou conhecido como “princípio de Saisine”. Por ele, se o autor da herança faleceu, os herdeiros recebem automaticamente a posse e a propriedade. Com a Revolução francesa, foi abolido o direito da primogenitura e o privilégio da masculinidade.

Segundo Dias (2015), no Brasil, o Código Civil de 1916 se assemelhava ao século passado enquanto mantinha como ideia de família aquela do casamento indissolúvel, deixando de lado os filhos concebidos fora do matrimônio, os chamados filhos ilegítimos. A concepção de relações extramatrimoniais e o concubinato eram vedados, havendo, dessa forma, uma superproteção às famílias matrimoniais.

No tocante à adoção de maiores de idade, só existiam direitos sucessórios se não houvesse filhos biológicos. Caso houvesse depois da adoção, o adotado recebia a metade do que fazia jus ao sucessor “legítimo”.

Esta discriminação perdurou durante anos. Sua mudança ocorreu através da Constituição Federal de 1988, trazendo consigo o reconhecimento da união estável como entidade familiar e o fim do tratamento discriminatório relativo à filiação.

O Código Civil de 2002 trouxe o direito de concorrência entre o cônjuge/companheiro com os demais herdeiros – contudo, em condições desiguais. Além disso, o cônjuge passou a ser herdeiro necessário, tal como os filhos. O novo código trouxe também o desrespeito ao regime de bens escolhidos em vida, pois que só vale para o divórcio, não produzindo efeitos quando o vínculo se dissolve em razão da morte.

2.3 CLASSIFICAÇÃO DA SUCESSÃO

Existem, em nosso sistema normativo, dois tipos de sucessão *causa mortis*, quais sejam: a legítima e a testamentária, ambas encontradas no Código Civil, art. 1.786.

A primeira, conhecida como “sucessão legítima”, é aquela decorrente da lei, sempre que o falecido não deixar testamento ou este for considerado inválido. Ela também cabe se o testador, ao dispor de seus bens, não o fizer em sua totalidade. É chamada assim pois se refere à discriminação aos filhos ilegítimos e às uniões extramatrimoniais.

A segunda modalidade, conhecida como “testamentária”, decorre da última vontade do morto, na forma de testamento, legado ou codicilo. Todavia, há um limite para tal liberdade, de acordo com o art. 1789, CC: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor metade da herança”. São os herdeiros necessários: descendentes, ascendentes e cônjuge.

Quanto aos efeitos, existem a sucessão “a título universal” e “a título singular”. Na sucessão à título universal, o beneficiário recebe uma quota-

parte, uma porção abstrata da herança ou até mesmo a sua totalidade se for o único. (ASSIS NETO, JESUS, MELO, 2017, p.1866). Ou seja, receberá os bens de todo o patrimônio de uma pessoa ou parte deste.

A sucessão a título singular ocorre exclusivamente de disposição de última vontade e diz respeito a certos e determinados bens da herança. Por exemplo, deixar a fazenda X para alguém. Os beneficiários são chamados de “legatários”, e, se forem também herdeiros, chamam-se “pré-legatários”.

A seguir, aborda-se o conceito da capacidade sucessória estabelecido em nosso Código Civil, assim como a questão do nascituro e as suas teorias da personalidade jurídica – assuntos primordiais para o debate do presente artigo.

3 CAPACIDADE SUCESSÓRIA

Quem pode suceder? Observando o artigo 1.798 do Código Civil, tem-se que “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. O princípio da coexistência é essencial para que ocorra a legitimação sucessória; é necessário que o sucessor esteja vivo no momento do falecimento do autor da herança para que possa recebê-la.

Segundo Fuertes citado por Farias e Rosenvald (2017), a “legitimação sucessória”, assim, é a qualidade que reside, em linha de princípio, em todas as pessoas nascidas ou concebidas, permitindo-lhes figurar como beneficiárias de uma sucessão *causa mortis*.

O rol dos herdeiros legítimos e testamentários não possui a mesma extensão. Apenas pessoas físicas, mesmo que ainda não nascidas, mas já concebidas, têm capacidade para suceder como herdeiros legítimos. Já na sucessão testamentária, há um número maior de legitimados. Podem ser beneficiários pessoas ainda não concebidas, pessoas jurídicas e até pessoas jurídicas ainda não construídas, para se tornarem fundação (CC 1.799). Para beneficiar herdeiro testamentário ainda não concebido, deve-se indicar a pessoa cujo filho se quer beneficiar.

Desse modo, pela leitura do citado artigo, entende-se que o direito sucessório não cabe apenas à pessoa nascida e ao nascituro, cabe também ao herdeiro testamentário. A pessoa ainda não concebida é chamada de “prole” ou “filiação eventual”.

3.1 NASCITURO

O nascituro é aquele já concebido no ventre da mãe, porém que ainda não nasceu, tendo seus direitos sucessórios resguardados caso nasça com vida. A proteção ao nascituro, por sua vez, inicia-se desde a fecundação do embrião, e não somente após o seu nascimento com vida.

Existem no ordenamento brasileiro duas teorias acerca da existência da personalidade jurídica do nascituro: a teoria natalista e a teoria conceptualística, ambas presentes no art. 2º do Código Civil.

Segundo Fontes (2011), a teoria natalista defende que a personalidade civil da pessoa inicia-se do nascimento com vida, presente na primeira parte do art. 2º, CC. Já a teoria conceptualista, invocada no final do mesmo artigo 2º, afirma que a personalidade jurídica é adquirida desde a concepção, considerando-se pessoa desde essa data. Quando tal ocorre, torna-se de imediato titular da herança, fazendo jus aos seus frutos e rendimentos desde a abertura da sucessão.

Fica claro que apenas expectativas de direito são protegidas ao nascituro. Isso ocorre porque há uma condição suspensiva à aquisição da capacidade sucessória: o nascimento com vida. Se o nascituro não nascer com vida, não terá a condição de herdeiro. Entretanto, se nascer com vida e morrer poucos minutos depois, assumirá a posição de herdeiro e a ele será transmitida a herança.

3.2 MOMENTO DA CONCEPÇÃO

Calorosas discussões doutrinárias são travadas a respeito da situação sucessória do embrião criopreservado. A expressão “já concebidas”, presente no art. 1.798, CC, engloba também a concepção laboratorial? O embrião

concebido em laboratório e ainda não implantado no útero também terá direito sucessório? Este embrião já seria considerado pessoa concebida, tal qual o nascituro? A partir de qual momento se poderia considerar o ser humano como concebido?

Diniz (2015) e Venosa (2016) entendem que não cabe a capacidade sucessória ao concebido *post mortem* em razão do fundamento do princípio *saisine* e pelo disposto no art. 1.798 do Código Civil, no qual é necessária a existência do herdeiro ou que ao menos ele esteja concebido na abertura da sucessão. No entanto, há entendimento no sentido da igualdade da filiação, não podendo retirar do embrião criopreservado e ainda não implantado a capacidade de suceder. Demonstra Coelho (2010):

Para que não ocorra discriminação da filiação, deve-se considerar que os embriões criopreservados produzidos com o material genético fornecido por pessoas casadas ou em união estável têm capacidade para suceder se vierem um dia a ser inseminadas num útero e nascerem com vida.

Por este entendimento, o conceito de nascituro abrange aquele que ainda não foi implantado no ventre materno, possuindo, portanto, capacidade sucessória. A seguir, abordam-se as técnicas de reprodução assistida e o que a legislação brasileira estabelece para a utilização delas.

4. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA

A reprodução assistida é o auxílio médico àquelas pessoas que têm dificuldade em procriar, tanto por esterilidade ou infertilidade, sendo a mais conhecida a inseminação artificial. O procedimento da inseminação tem início com a coleta do sêmen do marido, companheiro ou terceiro doador para a posterior análise dos espermatozoides; logo após, acontece a criopreservação em solução específica para posterior fecundação do gameta feminino.

É conveniente ressaltar que os métodos científicos não curam a esterilidade ou infertilidade, somente proporcionam a reprodução, atendendo, portanto, à pessoa que naturalmente não teria condições de procriar.

4.1 DOS MÉTODOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A reprodução artificial pode ser classificada em três tipos: Homóloga, Homóloga *post mortem* e Heteróloga.

A inseminação artificial homóloga está prevista no art. 1597, III, do Código Civil. É a implantação do espermatozoide do esposo/companheiro no útero da mulher, podendo ser realizada de maneira intrauterina ou extrauterina (*in vitro*). Para Ferraz (2009, p. 44), a inseminação artificial homóloga “foi a primeira técnica de reprodução humana praticada pelos médicos”.

A reprodução artificial homóloga *post mortem*, conforme Machado (2008), consiste na implantação do sêmen criopreservado do cônjuge ou companheiro no útero da mulher, quando aquele já se encontrava falecido.

Já a fecundação artificial heteróloga traduz-se na utilização do sêmen de um doador (que não seja marido ou companheiro) a ser implantado no útero desde que haja o consentimento do casal. O procedimento é utilizado em caso de doenças hereditárias ou quando há insuficiência ou ausência de espermatozoides. Neste caso, tem-se que a criança gerada não é filha biológica do indivíduo que irá exercer a paternidade. Mesmo assim, o Código Civil garante esta condição no inciso V do art. 1597, desde que a técnica de inseminação artificial heteróloga tenha sido realizada com a sua anuência enquanto marido.

4.2 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O Código Civil possui muito pouco a respeito das técnicas de reprodução assistida, particularmente sobre a sua aplicação *post mortem*. Conforme Venosa (2006), o Código Civil não regulamenta nem autoriza a reprodução assistida, mas apenas constata a existência da problemática e procura dar solução à questão da paternidade.

O artigo 1.597, III, CC aborda a presunção da paternidade: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”. De acordo com Aldrovandi e França (2002), nos termos do referido artigo, a criança presume-se filho do falecido através da reprodução homóloga *post mortem*.

Apesar do grande avanço que o legislador trouxe nesse artigo no âmbito da filiação, há uma lacuna normativa em relação aos direitos sucessórios, gerando uma discussão para descobrir se esse filho seria herdeiro do falecido – e, sendo herdeiro, em qual modalidade de sucessão ele se enquadraria: legítima ou testamentária.

A Resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina foi pioneira no que dispõe sobre a reprodução assistida, embora ela apresente apenas cunho deontológico, isto é, não tendo caráter coercitivo. Exige-se que os cônjuges ou companheiros deixem por escrito o destino dados aos pré-embriões no momento da criopreservação.

Tal resolução foi revogada pela Resolução nº 1957/2010, abrangendo a reprodução assistida *post mortem*, sendo necessária a autorização específica do falecido para o uso do material criopreservado. Por seu turno, o Enunciado nº 106, aprovado na I Jornada de Direito Civil, regulamentou que o marido deverá autorizar a utilização do seu material genético de maneira póstuma, bem como a esposa deverá estar na condição de viúva para presumir-se a paternidade do marido falecido.

Na III Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado 267, que diz:

A regra do art. 1798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição de herança.

Logo, a regra do art. 1798 do CC deve ser interpretada de forma ainda mais abrangente, estendendo-se seus efeitos aos embriões concebidos em laboratório, e não apenas no ventre materno, devendo também ser-lhes reconhecida a vocação hereditária.

No campo da jurisprudência, ainda não se tem nenhuma decisão de Tribunal, apenas uma liminar concedida pelo juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba (PR), em maio de 2010. Nela, autoriza-se a professora Katia Lenerneier, de 38 anos, a tentar engravidar com o sêmen congelado do marido, o qual morreu em fevereiro de 2010 de câncer de pele. Obteve-se êxito após a segunda tentativa, conforme ementa:

OBRIGACAO DE FAZER - 0027862-73.2010.8.16.0001 - KATIA ADRIANA LENERNEIER x ANDROLAB CLINICA E LABORATORIO DE REPRODUCAO HUMANA E ANDROLOGIA – “(...) Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para, confirmando, em termos, a decisão antecipatória, autorizar a ré ANDROLAB - Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia a realizar o procedimento de inseminação artificial em Katia Adriana Lenerneier com o sêmen de seu falecido esposo Roberto Jefferson Niels. Custas pela autora. Publique-se. Registre-se. Intimem-se.” Adv. DAYANA SANDRI DALLABRIDA, ADRIANA SZMULIK e RODRIGO HAUSER CENTA.

O casal fez o congelamento do sêmen porque o tratamento da quimioterapia poderia deixar o esposo infértil. Foi a primeira decisão judicial brasileira sobre reprodução *post mortem* (FURUTA, 2010). Diante das discussões a respeito do tema, é importante a análise de cada caso em conjunto com os princípios constitucionais, assunto que será levado em consideração a seguir.

5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À CONCEPÇÃO POST MORTEM

As decisões, segundo Krell (2009), devem estar fundamentadas nos princípios constitucionais de acordo com a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), em seu art. 4º: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Assim, a Lei nº 9263/96 que regulamenta o art. 226, § 7, da Constituição Federal, ao discorrer sobre o planejamento familiar, dispõe em seu artigo 9º que, “para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”.

Nesse sentido, entende-se que o referido dispositivo acolhe o uso dos métodos artificiais com objetivo de procriar. Levando-se em conta que o direito à reprodução é garantido constitucionalmente, todos possuem legitimidade para fazer uso da inseminação artificial de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio vem se mostrando como o resultado da

análise dos avanços biotecnológicos na sociedade, atuando como guia e limitador ante a inexistência de legislação específica.

Outro princípio importante é o da igualdade entre os filhos, estabelecido na Constituição Federal no artigo 227, §6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Fica clara a proibição na diferenciação de tratamento entre filhos, estabelecendo uma igualdade absoluta entre eles. Preceitua Diniz (2015) que, nesse contexto, não é mais aceitável qualquer classificação entre filhos legítimos ou ilegítimos, algo que vigorava anteriormente na Constituição.

Versando sobre o ponto de vista do planejamento familiar, é livre a escolha do casal em ter filhos ou não. O direito à reprodução é identificado como direito fundamental, assim como os outros. Conforme Gama (2003), a liberdade de planejamento familiar é decorrente do direito à liberdade previsto no artigo 5º, *caput*, e inciso II, da Constituição Federal:

[...] com a observância de que o exercício da liberdade pressupõe responsabilidade e a existência de limites imanescentes, considerando o postulado basilar da convivência em grupo, ou seja, o respeito à dignidade e aos demais valores e bens jurídicos das outras pessoas no exercício dos seus direitos fundamentais.

Não é permitido, porém, que, manifestada a decisão em ter um filho e acontecendo uma morte inesperada, esse planejamento não possa ser efetivado após o falecimento do cônjuge ou companheiro. O planejamento familiar inicia-se enquanto vivos os cônjuges, mas seus efeitos podem se produzir após a morte. Existindo testamento, o desejo demonstrado em vida será cumprido, por isso, depois da morte.

Assim, fica evidenciado que o direito à reprodução, como também o princípio da paternidade responsável se relacionam às técnicas de reprodução assistida por serem elementos autorizadores de sua utilização. No que se refere ao princípio do melhor interesse da criança, a Constituição Federal, no art. 227, preceitua que:

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.

Os direitos fundamentais abordados no artigo retro já são garantidos de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, nota-se que precisa ser destinada maior atenção quanto à proteção do menor, pelo fato de ele “estar formando a sua personalidade durante o estágio de seu crescimento e desenvolvimento físico e mental” (MADALENO, 2011, p. 41).

A criança e os adolescentes são pessoas incapazes de defenderem seus direitos, por isso aplica-se esse princípio a fim de evitar abuso de poder pelas partes mais fortes da relação jurídica em que o menor está envolvido. Conforme Vilas-Bôas (2011):

[...] o princípio do melhor interesse do menor pode ser traduzido com todas as condutas que devem ser tomadas levando em consideração o que é melhor para o menor. Lembrando que, nem sempre o que é melhor para o menor, é o que ele deseja.

Pode-se interpretar que o princípio do melhor interesse da criança também se aplica às questões envolvendo crianças e adolescentes concebidas artificialmente *post mortem*, contribuindo para a solução em possíveis litígios.

Outro princípio a ser abordado é o Princípio da segurança jurídica. Tal termo pode ser interpretado como “segurança do direito” e “segurança jurídica”. A segurança do direito é traduzida pelo próprio direito positivo e, nesse sentido, oferece igualdade de tratamento entre os indivíduos, visto que a lei deverá ser aplicada a todos sem distinção.

A sentença terminativa de mérito, nos processos de inventário e partilha, só faz coisa julgada aos herdeiros que dela participaram, como defende, por exemplo, Orlando Gomes (2004). Conclui-se, pois, que a segurança jurídica será relativa, uma vez que dependerá da existência ou não de possível herdeiro, gerando enorme insegurança aos herdeiros do falecido.

Em relação ao tempo para ocorrer a concepção, o legislador estabeleceu no art. 1800, § 4º, CC, que “se decorridos dois anos após a abertura da sucessão não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário, caberão aos herdeiros legítimos”.

Nos casos de investigação de paternidade após a morte, é dispensada a ação de anulação de partilha anterior, pois não existe coisa julgada em desfavor de herdeiro que não estava habilitado no processo de inventário. Orlando Gomes (2004, p. 264-265) discorre novamente que:

O julgamento do processo de divisão hereditária não faz coisa julgada em relação ao pretenso herdeiro real, por ter sido a ele estranho. Desnecessário rescindi-la. A exclusão do verdadeiro herdeiro determina sua nulidade absoluta, que pode ser reconhecida independentemente de ação. Nova partilha impõe-se. Se reconhecida a qualidade hereditária do autor da ação antes de serem partilhados os bens, refaz-se o processo de inventário.

Nesse aspecto, a própria ação de petição de herança revela o caráter relativo característico aos procedimentos sucessórios em geral, estabelecendo no artigo 1.824, CC:

O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.

Diante do exposto, percebe-se a tamanha importância da análise dos princípios constitucionais. Contudo, ainda há certa divergência em relação à inseminação *post mortem*. A seguir, tratam-se detalhadamente as diversas opiniões de doutrinadores.

6 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA INSEMINAÇÃO *POST MORTEM*

O avanço das técnicas de reprodução humana assistida e a criopreservação de sêmen e embriões humanos trouxeram a oportunidade de gerar filhos após o falecimento do pai da criança. Entretanto, ao solucionar esse desejo, surgiu um grande problema no direito sucessório. O referido problema seria a controvérsia acerca da capacidade sucessória do filho concebido *post mortem* no sentido de saber se a vontade de ter um filho deve ser protegida mesmo após a morte.

Aguiar (2005) preceitua que os primeiros doutrinadores defendem essa proteção a partir do argumento de voltar-se ao direito da criança à existência. A outra posição sustenta a impossibilidade dessa técnica como forma de garantir o direito do filho a uma estrutura familiar formada por ambos os pais.

Quanto aos efeitos, há três posições doutrinárias. A primeira, conhecida como “excludente”, não reconhece direito algum ao filho concebido *post mortem*, entendendo, inclusive, que essa prática é proibida, tal como na Alemanha e Suécia. É a corrente defendida por grandes doutrinadores como Maria Helena Diniz, Guilherme Calmon, Silvio de Salvo Venosa e José de Oliveira Ascensão.

Para Mônica Aguiar (2005), mesmo ocorrendo uma inseminação, a morte age como revogação do consentimento e, portanto, o filho concebido será apenas do cônjuge sobrevivente. No mesmo segmento, Almeida Junior (2005) aduz que “o embrião fecundado *post mortem* não teria direito sucessório algum, pois não é pessoa concebida e muito menos pessoa nascida”, excluindo-se da regra trazida no artigo 1.798 do Código Civil. Para essa corrente, a única maneira de a criança herdar seria através de testamento como prole eventual.

Vale citar o posicionamento de Diniz (2011, p. 617) em relação ao tema:

Filho póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu pai genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou ab intestato. Poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca for a vontade do doador de sêmen de transmitir herança ao filho ainda não concebido, manifestada em testamento. Abri-se-ia a sucessão à prole eventual do próprio testador, advinda de inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Diniz (2011, p. 617) ressalta ainda que o filho deve ser fruto do amor humano e não criado em laboratório porque poderiam ocorrer riscos físicos e psicológicos:

[...] a fecundação humana assistida, minuciosamente, restringindo-se na medida do possível porque gerar um filho não é uma questão de laboratório, mas obra do amor humano. O ideal seria que se evitasse rebaixar o mistério da concepção, divorciando-o de um ato de amor, convertendo-o em um experimento de laboratório, o que pode trazer futuramente graves consequências para o filho.

Já a segunda posição é conhecida como “relativamente excludente”. Com esse pensamento, Gama (2003, p. 733) aduz que:

(...) a despeito da proibição no direito brasileiro, se eventualmente tal técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e o pressuposto do risco, mas não para fins de direitos sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear a reparação dos danos materiais que sofrer de

sua mãe e dos profissionais que a auxiliaram a procriar utilizando-se do sêmen de cônjuge ou companheiro já falecido, com fundamento na responsabilidade civil (...).

A tese adotada pelo autor da responsabilização civil da mãe da criança por realizar a inseminação *post mortem* não deve preponderar, pois, dessa forma, os filhos de relações não planejadas teriam os mesmos direitos para responsabilizar os genitores. Na inseminação *post mortem*, o filho é idealizado e planejado, e, infelizmente, por situações adversas, não pode ser concretizado em vida. A perspectiva relativamente excludente confronta modernos princípios, como, por exemplo, o da igualdade de filiação e da dignidade da pessoa humana.

Insta salientar a possibilidade da inclusão do filho concebido *post mortem* na sucessão testamentária quando existir testamento em favor de prole eventual do *de cuius*. Assim, identifica-se observação de Gama (2003, p. 732):

Alguns autores têm sustentado que a parte final do artigo 1.718, do Código de 1916, admite a disposição testamentária em favor de prole eventual própria quando o testador, prevendo a possibilidade de vir a falecer antes da concepção da criança, confecciona seu testamento referindo à prole dele próprio – no Código Civil de 2002, o artigo 1.799, inciso I, admite o chamamento, na sucessão testamentária, dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que tais pessoas estejam vivas à época da abertura da sucessão.

Ao discorrer sobre o mesmo assunto, Queiroz (2001, p. 80) conclui que “(...) se o testador pode atribuir a sua herança à prole eventual de terceiros, também o pode, sem qualquer restrição à sua própria prole”. Acrescenta ainda:

Desnecessário lembrar que seria altamente prejudicial à ordem jurídica a espera indefinida de uma possível prole, tendo em vista que o sêmen pode ficar crioconservado por anos ou décadas e, só após, ser utilizado. Portanto, deverá ser fixado o prazo de espera do nascimento dos filhos, dentro da própria disposição testamentária, ou mesmo através de uma lei que regule o assunto.

Em sentido oposto, Hironaka (2003, p. 96) alega que “(...) é claro que não poderá indicar sua própria prole eventual, uma vez que a lei exige que a pessoa indicada pelo testamento esteja viva no momento da abertura da sucessão”. A seguir será tratada a terceira corrente doutrinária, qual seja, a inclusiva.

6.1 O RECONHECIMENTO À INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

A terceira corrente, denominada como “inclusiva”, reconhece os efeitos sucessórios à inseminação artificial *post mortem*. Defendida por Carlos Roberto Gonçalves, Maria Berenice Dias e Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho, parte-se do pressuposto de que a criança nascida não pode ficar desamparada, buscando proteção com fulcro no princípio constitucional da igualdade entre os filhos, aplicando o reconhecimento de capacidade sucessória ao concebido *post mortem*.

Ao interpretar o artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, pode-se entender que aquele concebido e nascido pela referida técnica é filho igual aos demais para todos os efeitos jurídicos. Presume-se o reconhecimento do mesmo no artigo 1.597, III, CC, ao admitir como concebidos os filhos “havidos por fecundação homóloga, mesmo que falecido o marido”. Nesse sentido, vale transcrever o entendimento de Gonçalves (2010, p. 58):

(...) são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “concebido na constância do casamento”, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, § 6º, da Constituição.

Em relação aos efeitos sucessórios advindos da inseminação póstuma, Almeida (2003) interpreta que, quando o legislador abordou o assunto no artigo 1.798, CC, apenas reproduziu o conteúdo do Código de 1916, beneficiando o embrião ainda não concebido somente na sucessão testamentária. Isto porque não era possível imaginar o nascimento de um filho após a morte do pai. Finaliza:

E reconhecendo o legislador efeitos pessoais ao concepturo (relação de filiação), não se justifica o prurido de afastar os efeitos patrimoniais, especialmente o hereditário. Essa sistemática é reminiscência do antigo tratamento dado aos filhos, que eram diferenciados conforme a chancela que lhes era aposta no nascimento. Nem todos os ilegítimos ficavam sem direitos sucessórios. Mas os privados desse direito também não nasciam relação de filiação. Agora, quando a lei garante o vínculo, não se justifica privar o infante de legitimação para recolher a herança. Isso mais se justifica quando o testamentário tem aptidão para ser herdeiro. (ALMEIDA, 2003, p. 104).

Entende-se que os efeitos sucessórios não se limitam apenas à sucessão testamentária, pois, nos termos do artigo 1.799, I, CC, da mesma

forma que o falecido poderá beneficiar através de testamento a prole eventual de terceiros, poderá beneficiar a sua própria prole eventual.

Entretanto, o cônjuge ou companheiro só poderá utilizar o material genético preservado dentro do prazo estipulado, qual seja, no máximo dois anos. Caso contrário, será utilizada a ação de petição de herança. Conforme Silva (2015):

[...] mesmo que já tenha ocorrido a partilha, através da petição de herança movida contra os herdeiros que estão na posse da herança, o direito do herdeiro preterido retroagirá até a data da abertura da sucessão, sendo-lhe restituídos todos os frutos e rendimentos, logo, questiona-se a plenitude da segurança em se tratando de direito das sucessões, tendo em vista que, a qualquer momento, dentro do prazo prescricional, a partilha pode ser alterada.

Diante do exposto, a exclusão de direitos ao filho fecundado *post mortem* infringe os princípios da dignidade humana e do melhor interesse da criança, visto que, segundo Kant (1986), dignidade é tudo aquilo que não tem um preço – seja pecuniário seja estimativo –, ou seja, trata-se do que é inestimável, indisponível. O legislador, ao se preocupar com a dignidade das pessoas e a proteção à família baseado “nas pessoas de cada um dos que a integram” (art. 226, § 8º, CF), passa a reconhecer os direitos à criança nascida mediante fecundação póstuma.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática abordada permite grande debate na medida em que se depara com diferentes indagações. A presente lacuna legislativa possibilita no nosso ordenamento jurídico diversas discussões doutrinárias acerca da fecundação artificial homóloga *post mortem*.

O legislador ao garantir os direitos no que tange à paternidade do nascido, acredita-se, avançou de maneira significativa na proteção dessa filiação, ficando evidenciado o seu reconhecimento pelo Código Civil. Entretanto, o mesmo cuidado não foi instituído quanto aos seus direitos sucessórios, possibilitando duas principais posições doutrinárias em virtude das brechas presentes na legislação.

Os que defendem a corrente excludente argumentam que, baseando-se no princípio da segurança jurídica, não deve ser garantido nenhum direito ao filho concebido *post mortem*, apenas no caso da sucessão testamentária. Isso tendo em vista o fato de não estarem vivos ou concebidos no momento da abertura da sucessão, como preceitua o artigo 1.798 do CC.

A corrente inclusiva, a qual se defende aqui, baseia-se nos princípios da igualdade da filiação e da dignidade da pessoa humana para defender os direitos sucessórios da criança preterida, tratando-a como sucessora legítima, tal como os demais filhos.

Pode-se perceber que os direitos e garantias fundamentais servem como referências a serem seguidas, concretizando-se através dos princípios constitucionais, quais sejam: o melhor interesse da criança, a paternidade responsável, o planejamento familiar, a liberdade, a igualdade entre os filhos e a dignidade da pessoa. Por intermédio deles, solucionam-se os possíveis casos concretos.

No tocante ao reconhecimento de seu direito sucessório, a prole eventual pode demandar a petição de herança respeitando a prescrição no prazo de dez anos da morte do genitor. Alguns doutrinadores e juristas esclarecem que a contagem da prescrição se inicia quando houver o reconhecimento da investigação de paternidade.

Por fim, sustenta-se, neste trabalho, a necessidade imediata de uma atualização na legislação, sobretudo no que concerne ao direito sucessório. Até lá, entretanto, compreende-se a autorização do procedimento no país (desde que exista a autorização do falecido), garantindo-se ao nascido todos os direitos resultantes do direito de família e do direito sucessório, sendo, ao nascer, considerado herdeiro legítimo baseado no princípio constitucional da igualdade de filiação.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALMEIDA, José Luiz Gavião. **Código Civil Comentado. Direito das sucessões. Sucesão em geral. Sucessão legítima.** São Paulo: Atlas, v. XVIII, 2003.

ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. A reprodução assistida e as relações de parentesco. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3127>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito.** **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6522>>. Acesso em: 4 mar. 2018.

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel. **Manual de Direito Civil.** Salvador: Juspodivm, 2017.

BEVILÁQUA, Clovis. **Direito das Sucessões.** São Paulo: Red Livros, 2002.

BRASIL. **Código Civil.** Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Conselho de Justiça Federal. Enunciado 106.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>>. Acesso em 02 de março de 2018.

_____. **Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1358/1992.** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm > Acesso em: 02 mar 2018.

_____. **Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1957/2010.** Disponível em: <www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957_2010.htm > Acesso em: 02 mar 2018.

_____. **Decreto - Lei nº 4657, de 04 de setembro de 1942.** Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 02 mar. 2018.

_____. **Decreto nº 99710, de 21 de novembro de 1990.** Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 29 mar. 2018.

_____. **Lei nº 9263, de 12 de janeiro de 1996.** Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>. Acesso em: 02 mar. 2018.

CARVALHO, Luis Paulo Vieira de. **Direito Civil: Questões Fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões.** Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Família e Sucessões.** São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões.** 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O atual estado do biodireito.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões.** Salvador: Juspodivm, 2017.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família.** Curitiba: Juruá, 2009.

FURUTA, Rina Mári. **Liminar Autoriza Reprodução Post Mortem.** Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, 2010.

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

GOMES, Orlando. **Sucessões.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil – parte especial: do direito das sucessões.** São Paulo: Saraiva, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil.** Curitiba: Juruá, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões.** Vol. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LIMA, Rômulo Buckentin de Almeida. A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM E SEUS REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO. 2015. 50 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2015.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: Aspectos Éticos e Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PARANÁ, TJPR, 2010, Ação Obrigação de Fazer nº 0027862-73.2010.8.16.0001, julgado em: 2010.

PELEGIRINO, Marianina de Fatima; SOUZA, Vivian Sofia. Reprodução assistida homóloga post mortem e sua eficácia no sistema jurídico brasileiro. **Revista Jus Navigandi**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/43203/reproducao-assistida-homologa-post-mortem-e-sua-eficacia-no-sistema-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução Assistida: Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório**. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REIS, Carolina Eloáh Stumpf. **REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA POST MORTEM-ASPECTOS ÉTICOS E LEGAIS**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/164371671/Reproducao-Assistida-Homologa-Post-Mortem-Aspectos-Eticos-e-Legais>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

VILAS-BOAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 94, Nov. 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12. Acesso em: 29 mar. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2016.