



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

TACIANA CRISCIANA REIS

**O DIREITO SUCESSÓRIO EM FACE DA REPRODUÇÃO HUMANA
ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM***

**BARBACENA
2015**

TACIANA CRISCIANA REIS

**O DIREITO SUCESSÓRIO EM FACE DA REPRODUÇÃO HUMANA
ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM***

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Barbacena, da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC - como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Marco Antônio Xavier de Souza

**BARBACENA
2015**

Taciana Crisciana Reis

**O DIREITO SUCESSÓRIO EM FACE DA REPRODUÇÃO HUMANA
ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM***

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Barbacena, da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC - como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Marco Antônio Xavier de Souza

Aprovada em ___ / ___ / ___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Mestre Marco Antônio Xavier de Souza
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Especialista Fernando Antônio Mont'Alvão do Prado
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Especialista Rafael Cimino Moreira Mota
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Consagro este trabalho a DEUS PAI,
DEUS FILHO e DEUS ESPÍRITO
SANTO, o Meu Deus do impossível,
único capaz de levar ao fim todos os
caminhos por mim almejados.

Agradecimentos

A Deus que me concedeu o milagre da vida todas as manhãs durante esses anos, me proporcionando a paz, força, coragem, paciência para realizar todas as minhas obras, sem a fé nada me seria possível. Até aqui me sustentou o Senhor.

A minha mãe Maria José, que com seu amor incondicional acreditou em mim se empenhando em meu favor.

Ao meu pai João, por não medir esforços sacrificando seus sonhos em favor dos meus.

A minha irmã e melhor amiga Cristiana, que sempre me ouviu nos momentos de ansiedades durante a graduação, me enchendo de alegria e descontração.

A todos os professores da Instituição que contribuíram para o meu ensino, em especial ao meu orientador Professor Mestre Marco Antônio, pela paciência e dedicação pelo qual me orientou.

A todos vocês, muito obrigado!

Resumo

A medicina surpreendeu o mundo com a apresentação de avanços tecnológicos e científicos antes inimagináveis, dentre estes estão à interferência no processo natural da vida, por meio das técnicas de reprodução humana assistida. A Constituição Federal de 1988 acompanhou as novidades com o reconhecimento de novas entidades familiares e a ampliação de garantias, disponíveis através do direito ao livre planejamento familiar. As inovações apresentadas conduziram a situações jurídicas diversas, em destaque o direito sucessório do filho póstumo. A pesquisa abarca à possibilidade jurídica da prática de inseminações artificial homóloga *post mortem*, implicando na permissão jurídica do marido ou esposa sobrevivente valer-se da técnica após a morte de um dos cônjuges, buscou-se o entendimento da posição do filho póstumo no direito sucessório. Para encontrar soluções ao problema exposto, utilizou-se da legislação brasileira, de resoluções publicadas pelo Conselho Federal de Medicina, enunciados propostos pelo Conselho da Justiça Federal, dando ênfase ao Código Civil e a Carta de 1988, as disposições de doutrinadores e revistas jurídicas fora de grande valia para a formação do conteúdo. Concluiu-se pela necessidade de implementação no ordenamento jurídico brasileiro de norma regulamentadora do assunto, a fim de dar melhor segurança jurídica ao filho póstumo, a viúva e outros filhos uma vez ser totalmente cabível a prática. Por enquanto, cabe aos juristas e operadores do direito valer-se das disposições lacunosas vigentes utilizando dos métodos de integração dispostos na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro. Aos nascidos e concebidos *post mortem*, pelo princípio da igualdade é inerente todos os direitos cabíveis aos outros filhos consanguíneos ou adotivos.

Palavras-chaves: Reprodução póstuma. Pluralismo familiar. Igualdade. Planejamento familiar. Direito sucessório.

Abstract

Medicine surprised the world with the presentation of technological and scientific advances previously unimaginable, among these are the interference with the natural process of life, through assisted human reproduction techniques. The 1988 Federal Constitution followed the news with the recognition of new family entities and the expansion of guarantees available through the right to free family planning. The innovations presented led to various legal situations, highlighted the succession law of the posthumous child. The survey covers the legal possibility of the practice of homologous artificial insemination post mortem, implying the legal permission of the surviving husband or wife to avail himself of technique after the death of one spouse, he sought to understanding the posthumous son's position in the succession law . To find solutions to the above problem, we used Brazilian law, resolutions issued by the Federal Council of Medicine, set out proposed by the Federal Justice Council, emphasizing the Civil Code and the 1988 Constitution, the provisions of scholars and legal journals out of great value to the training content. It was concluded by the need to implement the Brazilian legal system of a regulatory provision the subject in order to give greater legal certainty to the posthumous son, the widow and other children once again be fully applicable to practice. For now, it is for lawyers and legal professionals to avail himself of the provisions in force lacunosas using the integration methods arranged in the Introductory Law of the Brazilian Law Rules. Those born and designed post mortem, the principle of equality is inherent in all appropriate rights to others by blood or adopted children.

Keywords: Posthumous reproduction. Family pluralism. Equality. Family planning. Inheritance law.

Lista de abreviaturas e siglas

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CJF – Conselho da Justiça Federal

CFM – Conselho Federal de Medicina

STJ – Superior Tribunal de Justiça

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

Sumário

Introdução.....	10
2 Pluralismo da entidade familiar.....	12
2.1 A família brasileira.....	13
2.2 Proteção principiológica da Família.....	14
2.3 Direito ao livre planejamento familiar.....	15
3 Direito sucessório.....	17
3.1 Espécies de sucessões.....	18
3.2 Tipos de sucessores.....	19
4 Reprodução humana assistida.....	20
4.1 Métodos.....	21
4.1.1 Inseminações Artificiais.....	21
4.1.2 Inseminação Artificial <i>In Vitro</i>	22
4.1.3 Reprodução assistida homóloga e heteróloga.....	22
4.1.4 Maternidade de Substituição.....	23
4.1.5 Embriões Excedentários.....	23
5 A possibilidade jurídica da inseminação artificial <i>post mortem</i>	24
6 Direito à filiação do havido <i>post mortem</i>	27
7 Da necessidade de autorização expressa do <i>de cujus</i> para utilização do gameta após a morte.....	31
8 O status do filho póstumo no direito sucessório.....	37
9 Considerações finais.....	41
Referências.....	42

Introdução

O propósito deste trabalho fundamenta-se na necessidade de demonstrar de forma objetiva, no que concerne a reprodução da espécie humana, através das técnicas de reprodução humana assistida, o *status* do filho póstumo frente ao direito sucessório.

O mundo vive em constantes transformações tecnológicas e científicas, problemas antes considerados impossíveis de serem resolvidos pelo homem como os mistérios da vida, hoje já são passíveis de resolução pelo mesmo. Vivemos sem dúvida na “era da tecnologia”.

Entre as grandes descobertas da ciência, destaca-se a técnica de reprodução humana assistida que trouxe a solução para casais que sofrem com o problema da infertilidade.

As técnicas de reprodução humana assistida em aspecto social surgem como forma de suprir o anseio arraigado no pensamento humano que é a constituição de uma prole. No aspecto jurídico, diante das diversas famílias trazidas com a ascensão da Constituição Federal de 1988 e o direito ao planejamento familiar, manifesta-se como garantia de direitos.

Em primeiro momento a técnica de reprodução humana assistida pode parecer inofensiva e bela, mas suscitam questões muito controvertidas, que mexem com o preconceito de diversas áreas, bioéticas, morais, religiosas, sociais, entre outras. O mundo de oportunidades outrora trazido pela biotecnologia através da reprodução humana assistida, também trás consigo diversidade de situações jurídicas, em destaque a do filho póstumo, ou seja, a do ser que é gerado após a morte de um dos genitores.

Isso porque, o Código Civil de 2002, agregou no artigo 1.597, a possibilidade de presumir-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos pelas técnicas de reprodução humana assistida. Percebe-se no legislador o anseio de acompanhar as mudanças sociais das diversas possibilidades que a medicina apresenta para a procriação. No entanto verifica-se que o mesmo foi silente quanto ao direito sucessório, sendo certo que, conforme Dimas Messias de Carvalho (2012, p. 13):

Não é novidade que a legislação encontra-se em descompasso com a realidade, tampouco que há conflitos entre normas jurídicas. O atual código civil não escapou em nenhum desses casos, pois, além de ficar aquém das necessidades sociais em vários aspectos, possui profundamente contradições entre seus institutos e ante outras normas, principalmente em relação à Carta Magna.

A legislação brasileira está em grande desarmonia com as evoluções, percebe-se que o marco da discussão da inseminação artificial no Brasil, assim como em diversos países foi em 1984 em sede de discussão sobre o caso do primeiro bebe de proveta nascido em Curitiba,

e sobre o caso nomeado de “Parpalaix”, ocorrido na França. Sendo a Lei 10.406 (Código Civil) de 10 de janeiro de 2002, e mesmo assim vemos uma grande lacuna deixada pelo Legislador ao tratar do assunto. Inúmeros são os projetos que tramitam perante o poder legislativo competente, mas nenhum até o presente feito passível de aprovação.

Em razão de modificarem relações preexistentes, tais métodos artificiais de reprodução humana dificultam a “vida” de juristas e estudiosos do direito, que devem se valer de resoluções publicadas na seara médica, ou ainda, de divagações doutrinárias a fim de que se atinja uma solução para o caso concreto. Cumpre-nos abraçar a causa, instaurando discussões sobre o tema pertinente, a fim de alcançar certa segurança jurídica a criança a ser gerada por tal método.

Para embasamento do estudo em questão, foram pesquisados periódicos, artigos, monografias, teses e dissertações, bem como referencial bibliográfico e sites eletrônicos relevantes, o que serviu como instrumento de análise e desenvolvimento do senso crítico e dos conceitos populares e científicos.

No primeiro momento teceremos breves considerações sobre as diversas entidades familiares brasileiras, a garantia constitucional do planejamento familiar, também sobre o direito de herança, fazendo uma abordagem para melhor compreensão sobre o direito sucessório e sobre os métodos de reprodução humana assistida basicamente utilizados. Posteriormente estudaremos o tema propriamente dito, qual seja o direito sucessório em face da inseminação artificial homóloga *post mortem*, buscando melhor compreensão do *status* do filho póstumo no direito sucessório.

Pretende com o exposto suscitar o interesse dos juristas pela matéria exposta, sem esgotamento do tema.

2 Pluralismo da entidade familiar

Tão antiga quanto à história da humanidade o instituto da família é de elevada importância, e apresentou um papel fundamental na nossa sociedade. Como bem preconiza Jean-Jacques Rousseau (1999, p. 26), a família “a mais antiga de todas as sociedades e a única natural”. Ela é a essência da sociedade desde os primórdios.

Retrocedendo na história desse instituto, percebe-se que para chegar ao que é hoje o âmbito familiar sofreu grandes influências das famílias antigas, sendo uma instituição dinâmica e não estático, suas mutações estruturais e funcionais não param e a família brasileira é prova iminente disso.

Moacir Pena Júnior (2008, p. 18) discorrendo sobre o assunto preleciona:

A história nos leva a ter por verdadeiro que não tenha existido na humanidade, em nenhum momento, alguma sociedade humana onde a família não tenha desempenhado um papel fundamental no seu desenvolvimento. Ela sempre esteve nos mais diversos modelos de sociedades, por ser um fenômeno mundial comum a todos os homens.

A família romana se caracterizava como sendo unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional, em outras palavras eram amplas e hierarquizadas, baseava-se na figura do *pater familias*, que exercia total autoridade no lar, acumulando o cargo de chefe político, sacerdote e juiz (VENOSA 2007). Como bem preconiza Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.24) “exercia sobre os filhos direitos de vida e de morte, podia desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida”. O afeto era indispensável no casamento romano, caso houvesse vestígios de sua falta, era necessário à dissolução do casamento.

Noutro giro a família canônica preservava o matrimônio sagrado se opondo totalmente a ideia de dissolução do casamento por falta de afeto, defendia também o culto através da descendência masculina (GONÇALVES, 2012)

Em 1891 com a primeira Constituição do Brasil República temos as medidas de destituição dos títulos de nobreza com a separação do Estado e Igreja, e a Constituição reconhece o casamento civil, estipulando sua gratuidade, mas sem mencionar o casamento religioso (CASAGRANDE, 2013).

No que tange a época de vigência do Código Civil de 1916, a família era constituída apenas pelo matrimônio, prevalecia o poder marital, não tão arcaico como no direito romano, mas havia desigualdade entre os cônjuges, o marido era tido como chefe da sociedade

conjugal incumbido-lhe à representação legal da família, administração dos bens da mulher em virtude do pacto antenupcial ou regime matrimonial adotado (BRASIL, 1916). Submissão atualmente destituída.

Por sua vez a Constituição do ano de 1934, segunda Constituição da República, já dava uma importância elevada à família jurídica brasileira, incumbindo União, Estado, Municípios, o amparo à maternidade e a infância, além de ajudar as famílias com maiores números de filhos, protegendo os jovens contra exploração, se colocando contra o abandono físico, moral e intelectual destes, em seus artigos 138, c, d, e, 141, 144, 145, 146 e 147 (BRASIL, 1934).

2.1 A família brasileira

Com a promulgação da Constituição Federal da República no ano de 1988, houve notórias mudanças na entidade familiar brasileira, que teve sua base totalmente ampliada, passando por total inovação, a família deixou de ser algo formal, que surgia apenas do matrimônio. Atualmente temos a união estável, a união informal da ciência, que é o caso da inseminação artificial, e partindo de uma evolução ainda maior o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo (PENA JÚNIOR, 2008).

Rompeu-se totalmente com a ideia de família como um centro econômico, religioso e de produção, destinando à família tratamento constitucional especial em capítulo próprio (capítulo VII, título VIII, da ordem social).

Como dito anteriormente por não ser o Instituto da família estável, as diversidades de situações que surgem faz com que os estudiosos e doutrinadores ampliem o conceito de família, Carlos Roberto Gonçalves classifica o instituto familiar em: família matrimonial, informal, monoparental, anaparental, homoafetiva e eudemonista. (GONÇALVES, 2012).

Diz-se família matrimonial a entidade familiar que surge do ato formal (casamento), o legislador constituinte dispõe no artigo 226, § 1º sobre a gratuidade da celebração do casamento civil, e no § 2º consagra o matrimônio religioso dando efeito civil nos termos da lei. Em oposição à formalidade, temos a família informal ou união estável, que também foi reconhecida pela Carta Magna. Reza o § 3º do artigo citado que: “para efeito de proteção do Estado, é reconhecido a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

A doutrina fala ainda em família anaparental formada por pessoas sem vínculo de ascendência ou descendência, exemplo de duas amigas que moram juntas, família

homoafetiva união de pessoas do mesmo sexo e família eudemonista, que nos dizeres de Luiz Flávio Gomes:

A família eudemonista é um conceito moderno que se refere à família que busca a realização plena de seus membros, caracterizando-se pela comunhão de afeto recíproco, a consideração e o respeito mútuos entre os membros que a compõe, independente do vínculo biológico¹.

Dentre essas mudanças importa-nos destacar, quanto ao tema reprodução humana assistida homologa *post mortem*, o reconhecimento da denominada família monoparental, que se configura no lar formado por filhos e um dos seus genitores, como entidade familiar.

Acentua-se que nada impede que outros tipos de família mereçam proteção da Constituição Federal, pois se a mesma existe de fato, passará a existir juridicamente (CASAGRANDE, 2013).

2.2 Proteção principiológica da Família

A *priori* cumpri destacar o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, inciso III da CF/88, ressaltando a sua importância, visto que através do mesmo vemos garantido a todo ser humano, dotado de personalidade, o direito a dignidade.

O respeito à dignidade da pessoa humana é uma junção de todos direitos fundamentais, desde direito à vida até ao direito de ser feliz.

Deste princípio surgem todos os outros. Ao tratar a família como base da sociedade, a Constituição Federal dá lugar a tutela da dignidade de seus membros, protegendo não só a sua integridade física, mas também a sua integridade moral, colocando em condições de igualdade, homem e mulher, os filhos havidos ou não na constância do casamento, dando importância assim não tão somente aos laços biológicos, mas também aos afetivos, traduzindo em uma proteção que é dada a uniões não fundada no casamento e aquelas famílias formadas por qualquer dos pais e seus descendentes.

A exigência de que deveria haver um matrimônio para que fosse constituído e considerado o instituto da família, também se esvaem por força da família monoparental, consagrada pela Lei Maior ao dispor que:

¹ <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/492747/o-que-se-entende-por-familia-eudemonista>

Art. 226 A família base da sociedade, tem especial proteção do estado
§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Destarte os laços sanguíneos deixaram de ser motivos para tratamento desigual, e passou-se a valorizar a afetividade, que se configura em outro princípio importante, pelo qual não se permite nem a discriminação entre os filhos, e nem o requisito matrimônio para configuração da entidade familiar, valorizando assim o sentimento de amor que o genitor terá para com seu filho, ainda que exerça tal responsabilidade sozinho (SOBRAL, 2010).

O que outrora era de responsabilidade do marido, configurando-se no poder marital, como a responsabilidade de manter, administrar bens, fixar domicílio e prover a manutenção da família, passa a ser exercida de forma conjunta, igualmente entre homem e mulher, por força do princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, previsão constitucional artigo 226, §5º da Lei Maior (GONÇALVES, 2012).

Noutro giro podemos falar de igualdade absoluta de direito entre os filhos, instituído pelo artigo 227, § 6º, não podendo haver distinção entre filhos havidos da relação conjugal e aqueles que são filhos de casamento anterior, incluído aqui o filho adotivo (SOBRAL, 2010).

2.3 Direito ao livre planejamento familiar

Em se tratando da inseminação artificial *post mortem*, além da tutela a dignidade da pessoa humana, da igualdade entre cônjuges e filhos havidos ou não na constância do casamento, da afetividade sobrepondo aos laços sanguíneos, princípios estes analisados no tópico anterior, não podemos omitir que tal assunto abarca irrefutavelmente o direito ao livre planejamento familiar.

Tal direito consiste na absoluta liberdade de constituir família, a decisão pode partir de um casal, e também do homem ou mulher separadamente, em consonância com a lei nº 9.263/96 (lei do planejamento familiar) que em seu artigo 2º, conceitua planejamento familiar como sendo “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”². Não é somente um direito legal, mas sim constitucional.

Dispõe a Carta de 1988, artigo 226, § 7º, *in verbis*:

² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm

Art. 226. § 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo-lhe ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

A concretude do sonho de ter um filho por reprodução humana assistida, ainda que um dos cônjuges venha a falecer durante o processo é a efetivação ao direito do livre planejamento familiar. Ademais, a família monoparental é protegida pela Constituição Federal como entidade familiar.

Cabe ao governo através do Sistema Único de Saúde (SUS), garantir todos os meios necessários como positivação desse direito, inclusive a inseminação artificial para casais que sofrem com a infertilidade e demais problemas causadores da dificuldade de procriar (BRASIL, 1996).

Por fim, observação importante é que o direito em questão deve ser gozado observando-se o melhor interesse da criança, conforme pode se interpretar da análise da Lei 8.069 de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), senão vejamos:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

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

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Deste modo, indubitavelmente, o fato de uma criança já nascer sem pai ou mãe não implicará em prejuízos psicológicos a mesma, pela compreensível razão de que vivemos em uma sociedade familiar pluralista, não se podendo negar a possibilidade de um homem ou uma mulher, separadamente, terem um projeto parental, se atenderem ao melhor interesse da criança ou do adolescente não lesando seus direitos, exercendo a paternidade responsável, amparados tanto legal, quanto constitucionalmente.

3 Direito sucessório

A palavra sucessão refere-se à substituição, diz respeito à transferência da titularidade de direitos. Em congruência Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 17) define a sucessão como sendo “o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinado bem”.

Discorrendo sobre o assunto Sílvio de Salvo Venosa (2011, p. 1) preleciona que:

Quando o conteúdo e o objeto da relação jurídica permanecem os mesmos, mas mudam os titulares da relação jurídica, operando-se uma substituição, diz-se que houve uma transmissão no direito ou uma sucessão. Assim o comprador sucede ao vendedor na titularidade de uma coisa, como também o donatário sucede ao doador, e assim por diante

Portanto existem duas formas de sucessão, por ato *inter vivos* que é a transferência de títulos em vida, e por *causa mortis*, que configura na transmissão de direitos e obrigações para herdeiros e legatários, pela morte do titular.

Na sociedade antiga muito antes da era cristã, a sucessão se transmitia apenas a figura masculina, ficando as filhas mulheres totalmente destituídas do direito de herdar. Baseava-se na primogenitura, o primeiro filho varão recebia a benção de seu pai quando este estava no leito da morte, recebendo o direito de suceder e chefiar a família, herdando todos os bens, os outros filhos a este se subordinava, é o que vemos quando Jacó rouba a benção que Isaque daria a Esaú seu filho mais velho - Gênesis 27, v. 28 -29 (BIBLIA, 2006).

A transmissão estava além de bens materiais, ao filho era incumbido uma espécie de sacerdócio, o herdeiro devia cultuar o altar doméstico do falecido, ou seja, velar pelo seu túmulo evitando o perecimento e o total abandono (DIMAS 2012). Além da concepção religiosa, temos o fortalecimento da família, acreditava-se que o filho varão manteria poderosa a família, o que não aconteceria se os bens fossem divididos entre todos os filhos.

A concepção religiosa exigia que tivesse o defunto um continuador de seu culto. Que lhe fizesse os sacrifícios propiciatórios e lhe oferecesse o banquete fúnebre. O patrimônio era da família, que cultuava seus antepassados, na categoria de deuses domésticos. A sucessão era, assim, calcada no direito de primogenitura (FIUZA, 2010, p. 1029).

Atualmente houve um abandono tanto da concepção religiosa, quanto do fortalecimento familiar, sendo a sucessão legítima processada entre os herdeiros do mesmo grau em partes iguais.

Em nosso ordenamento jurídico não há que se falar em herança de pessoa viva (art. 426, CC), sendo este direito adquirido apenas com o evento morte, seja ela natural ou presumida. Conforme o código civil vigente após aberta a sucessão, a herança será transmitida imediatamente aos herdeiros (art. 1.784).

3.1 Espécies de sucessões

Quanto ao assunto espécies de sucessões podemos apontar duas: a sucessão legítima e a sucessão testamentária. Preconiza o artigo 1.786 do Código Civil que: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”.

Na concepção de César Fiuza(2010, p. 1026):

Sucessão legítima é a que ocorre segundo determinação legal. Acontece quando alguém morre *ab intestato*, isto é, sem deixar testamento, intestado. Se o defunto não deixou testamento, a transmissão de sua herança aos herdeiros será feita de acordo com o que determina a lei. Daí o nome sucessão legítima ou legal.

Quanto aos bens que não são compreendidos no testamento, que caducam ou são julgados nulos, também são transmitidos aos herdeiros legítimos em consonância com o artigo 1.788 do Código Civil. Logo podemos dizer que legítima é a sucessão legal, surge por imposição da lei, na ordem prevista no artigo 1.829 do CC; *in verbis*:

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

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640 parágrafo único); ou se, no regime de comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais.

A relação disposta no artigo 1.829 é preferencial, de maneira que só é chamado a suceder uma classe quando faltarem herdeiros da classe que precede.

César Fiúza (2010 p. 1060) discorrendo sobre a sucessão testamentária preleciona ainda que “Sucessão testamentária é aquela que se dá em obediência a vontade do *de cujus*, vontade esta estabelecida em testamento válido”, é sucessão testamentária a que se dá por disposição de última vontade, feita através de testamento ou codicilo.

Instituindo o testamento um legado, que é uma fração determinada, um bem certo, só respondendo o legatário por algum débito se o *de cujus* tiver onerado ao legado, estaremos

diante da sucessão testamentária singular. Ao contrário, dizemos sucessão testamentária universal a que institui herdeiros, nessa modalidade de sucessão testamentária, há transferência de totalidade do patrimônio ou de fração indeterminada, ficando o herdeiro obrigado a assumir tanto direitos, quanto obrigações.

A sucessão testamentária é limitada ao artigo 1.789 que dispõe que: “havendo herdeiros necessários, o testador só pode dispor da metade da herança”. Não poderá então em um ato de loucura ou simples vingança, o testador dispor de todos seus bens em testamento sem respeitar a legítima.

Por fim, há ainda casos de englobamento da sucessão testamentária com a sucessão legítima (sucessão mista) quando o testamento não abrange todos os bens do *de cujus*, de maneira que a parte do patrimônio não mencionada passe para o herdeiro legítimo na vocação hereditária.(FIUZA, 2010)

3.2 Tipos de sucessores

No que tange aos tipos de sucessores, depreende-se das espécies de sucessões que teremos os denominados herdeiros legítimos, testamentários, necessários e ainda os legatários.

Os herdeiros legítimos são os indicados pelo código civil em ordem preferencial (art. 1.829). Por sua vez o artigo 1.845 dispõe que: “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”, havendo um desses a legislação é clara a restringir e limitar o testamento, resguardando metade dos bens (art. 1846).

Já os classificados herdeiros testamentários são os beneficiados por disposição de última vontade do falecido. Se no testamento tiver uma pessoa contemplada com coisa certa e determinada, estaremos diante do herdeiro legatário, que é “aquele a quem o testador deixa quantia certa, determinada, individuada, a título de legado. Os legatários sucedem a título singular, ao passo que os herdeiros sucedem a título universal” (FIUZA, 2010, p. 1027).

4 Reprodução humana assistida

A ideia de procriação está arraigada no pensamento humano desde os primórdios. De início a infertilidade foi vista como castigo divino, prevalência da vontade de Deus (QUEIROZ 2001). Nas primeiras civilizações, casamento de Hammurabi, por exemplo, diante da incapacidade de gerar filhos permitia-se pluralidade de esposas. (PEDROSA, 2008).

Enquanto para alguns o desejo de ter filhos é simples, para muitos se torna um pesadelo, pela impossibilidade de gerar uma prole por vias naturais por diversas questões, infertilidade congênita, fatores ovulatórios, tubários, uterinos, transportação ou ejaculação dos espermatozoides, ou, infertilidade adquirida, é o caso daqueles que acometidos por doenças complexas, são submetidos a tratamentos com medicamentos nocivos a fertilidade (QUEIROZ, 2001).

A evolução da medicina rompeu com vários limites que inquestionavelmente trouxe diversos benefícios, desde o retardamento e cura de doenças, à realização do sonho de constituir família através da procriação feita em laboratório.

A expressão “reprodução assistida” é entendida como as técnicas diversas que interferem no processo natural de reproduzir, ou seja, o ato sexual entre fêmea e macho, e foram criadas para sanar o problema da infertilidade, compensando-o e não curando (QUEIROZ, 2001).

O enunciado nº 105 da Jornada de Direito Civil, artigo 1.597 dispôs que: “as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial”, constantes respectivamente, dos incisos, III, IV e V do artigo 1597, deverão ser interpretadas como técnicas de reprodução assistida”³.

A Resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM) ao discorrer sobre as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida, dispõe que esta deverá ser usada como último meio capaz de sanar o problema de maneira a resguardar a saúde do paciente e do futuro embrião, assim reza no título I, item 1 e 2:

- 1- As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.
- 2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente⁴.

³ <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>

⁴ http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm

É também expressamente defeso pelo CFM o uso das técnicas com outro fim que não seja o de procriar, não podendo o paciente submeter a tal procedimento a fim de escolha de características biológicas.

Para entender os direitos sucessórios do filho havido *post mortem*, faz-se necessário entender quais os procedimentos técnicos reprodutivos conceptivos basicamente usados na seara médica.

4.1 Métodos

Da busca incessante de superação do problema que afeta a ordem natural do ciclo da vida, da proteção constitucional do direito ao planejamento familiar, união estável homossexual e família monoparental, tornou-se mais recorrente a busca das técnicas de reprodução humana assistida.

Dentre as técnicas reprodutivas conceptivas estão as Inseminações Artificiais, as Fertilizações *In Vitro* (FIV), ambas se dividem em homóloga e heteróloga e as “mães de substituição” técnicas essas mais modernas (QUEIROZ, 2001).

O Código Civil de 2002 na tentativa de trazer uma solução ao aspecto paternidade dos filhos provenientes de Inseminação Artificial, apenas menciona algumas das técnicas sem autorizar ou regulamentar o assunto. Não obstante a lacuna legislativa e diante de total carência de um estatuto ou lei específica regulamentando o tema deve-se valer de resoluções, projetos de leis e conceitos apresentados no campo da medicina.

4.1.1 Inseminações Artificiais

A inseminação artificial é a técnica desenvolvida dentro do corpo da mulher, como facilitador da fecundação, valendo do sêmen colhido *in vivo* (fresco) através de uma seringa, que é injetado no útero ou vagina da mulher (inseminação artificial intra-uterina), (QUEIROZ, 2001).

Na concepção de Juliane Fernandez Queiroz (2001, p. 71):

O procedimento consiste em monitorar cuidadosamente o ciclo ovariano da mulher, até que o médico possa calcular aproximadamente o momento da ovulação, ou seja, quando o óvulo sai do ovário para a trompa de Falópio. Nessa fase, Deposita-se uma quantidade de espermatozóides bem no alto do colo uterino, com a ajuda de um delicado cateter. Com percurso reduzido, o espermatozóide tem mais chance de chegar até o óvulo e fecundá-lo.

É considerado um dos métodos mais antigos, por haver confirmação de que ao final do século XVIII, foi realizada a primeira vez com sucesso, por um médico inglês, John Hunter. Sua prática se tornou ampla a partir do ano de 1950 (QUEIROZ, 2001).

4.1.2 Inseminação Artificial *In Vitro*

Diferente da inseminação artificial que acontece no corpo da mulher a fertilização *in vitro* (FIV) é extracorporal, feita em um tubo. No processo há a extração de um óvulo para a fertilização por espermatozóide fora do corpo da mulher, após se iniciar a reprodução celular o embrião será novamente implantado no útero materno (QUEIROZ, 2001). É da inseminação artificial *in vitro* que surge o popularmente conhecido bebê de proveta.

Esse procedimento se divide em etapas, na primeira etapa a mulher recebe doses de estrogênio, como meio de estimulação da ovulação, na segunda etapa é coletado os óvulos e também o sêmen masculino, na terceira e última etapa os gametas são manipulados, e levados a uma incubadora, ao final serão selecionados pelos médicos os quatro mais saudáveis. Ressalta-se que a orientação feita pelo CFM é que não ultrapasse esse número, em proteção a saúde da mulher, e o restante congela-se, são os chamados embriões excedentários (QUEIROZ, 2001).

4.1.3 Reprodução assistida homóloga e heteróloga

A priori, cumpre ressaltar que tanto as inseminações artificiais, quanto as fertilizações *in vitro* podem ser homóloga ou heteróloga.

No que tange a reprodução assistida homóloga, que também recebe o nome de inseminação artificial intraconjugal ou homofecundação, acontece sob aspecto de a reprodução ser feita dentro da união conjugal, ou seja, utilizando-se de gametas (óvulos ou espermatozoides) do próprio cônjuge (QUEIROZ, 2001). E desta técnica que surgem as controvérsias quando ao decorrer do processo se é surpreendido com o evento mais natural da vida, a morte.

Em outro diapasão, a reprodução assistida heteróloga recebe esse nome, pois nesse caso teremos a participação de um terceiro doador do sêmen.

4.1.4 Maternidade de Substituição

Diante de todas as técnicas acima expostas, quando nenhuma é realizada com sucesso, chegando-se a conclusão de que há impossibilidade física gestacional da mulher, impedindo-a de gestar ou levar a gravidez adiante, a solução apresentada pela medicina é a denominada maternidade de substituição.

Entende-se como maternidade de substituição, também nomeada de maternidade de sub-rogação, e no dito popular “barriga de aluguel”, a doação temporária do útero por outrem, dessa forma há fecundação do óvulo da paciente que será gestado em um útero de uma terceira pessoa (VILAS-BÔAS, 2011).

Diante da lacuna legislativa ao tratar da reprodução humana assistida como um todo, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução nº 2.013/2013, publicada no Diário Oficial da União em 09 de maio de 2013, regulamentando a doação temporária do útero, de acordo com o documento só poderá ser usada quando o quadro clínico da mãe seja grave pela existência de doença que impeça a gestação⁵.

Não poderá ter fins lucrativos, e o Conselho exige que a doadora temporária do útero pertença à família de um dos parceiros, parentesco consanguíneo de até quarto grau, com o limite de 50 anos de idade.

4.1.5 Embriões Excedentários

Os embriões não implantados no útero na reprodução assistida são congelados. É o que denomina-se embriões excedentários, constitui na sobra do processo de fertilização assistida, na seara médica a conservação desses embriões é denominada criopreservação (VILAS-BÔAS, 2011).

A Resolução nº do CFM 2013/2013 diz que os embriões não poderão ser descartados, conforme título V, item 2 “o número de embriões produzidos em laboratórios será comunicado aos pacientes, para que decidam, quantos embriões serão transferidos a *fresco*, devendo os excedentes, viáveis, serem criopreservados”⁶.

⁵ http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf.

⁶ *Ibidem*.

5 A possibilidade jurídica da inseminação artificial *post mortem*

Com o objetivo de orientar as condutas sociais, à medida que surgem os conflitos de interesses manifesta-se também às normas, a maneira como essa “nasce” é importante, mas a forma como está será codificada merece especial relevância.

Há 37 anos na Inglaterra (25 de julho de 1978), nascia o primeiro bebê de proveta do mundo, Louise Joy Brown. No Brasil a primeira criança de proveta, nasceu na Região Metropolitana de Curitiba em sete de outubro de 1984, no mesmo ano na França, diante do caso nomeado de “Parpalaix”, deu-se início a discussão sobre o destino a ser dado ao material genético daquele que morre no curso do processo médico de inseminação artificial⁷.

A jovem Corine Richard mantinha um relacionamento amoroso com Allain Parpalaix, que mais tarde foi diagnosticado com cancro nos testículos. A doença obrigá-lo-ia submeter-se a tratamento nocivo a fertilidade. O desejo natural de todo ser humano era também o desejo do casal, isso fez com que Allain procurasse um banco de sêmen, para depois de tornar-se infértil devido à quimioterapia, ainda pudesse ter sua prole. A doença tomou proporções inalteráveis e Allain faleceu, dois dias após o casamento (DIMAS, 2012).

Por não haver na França legislação pertinente ao assunto na época, houve grande disputa judicial entre Corine Richard e o banco de sêmen, que se negava a entregar o material uma vez que, não havia autorização expressa do morto. Ao final, o tribunal francês, decidiu condenar o banco de sêmen determinando que o esperma fosse enviado ao médico designado. Devido à demora da solução da causa, a inseminação artificial não prosperou, uma vez que os espermatozóides já não estavam mais potencializados para concluir a fecundação.

Apesar das implicações jurídicas trazidas pelas técnicas médicas de reprodução humana assistida, aquele que se deparar em situações jurídicas concretas envolvendo o assunto, na busca por legislação específica ou segurança jurídica, se decepcionará.

Como bem relata Paulo Nader (2009, p.120) “a justiça é o valor supremo do Direito e corresponde também a maior virtude do homem, para que ela não seja apenas uma idéia e um ideal, necessita de certas condições básicas, como a da organização social mediante normas”. Referido autor aponta como indispensável às normas, univocidade e suficiência discorrendo que:

⁷ http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S151608582009000200004&script=sci_arttext

A univocidade significa que as leis não devem apresentar incoerência, contradições ou conflitos internos. As diversas partes que compõem a ordem jurídica devem estar em perfeita harmonia, de modo a existir uma única voz de comando. A suficiência significa que a ordem jurídica deve estar plena de soluções para resolver quaisquer problemas oriundos da vida social. A lei pode apresentar lacunas; a ordem jurídica não. A suficiência é garantida pelos processos de integração do Direito, como analogia e os princípios gerais de direito. (2009, p. 125)

Indaga-se sobre a possibilidade jurídica da inseminação artificial *post mortem*. O Código Civil de 2002 trata do assunto de maneira sucinta ao presumir como concebidos na constância do casamento, os filhos havidos por reprodução artificial homóloga *post mortem* ou por inseminação artificial heteróloga. Para Silvio de Salvo Venosa (2012, p. 235) o legislador não traz no artigo 1.597, incisos III, IV e V autorização para o feito, dizendo que:

O legislador não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata a existência da problemática e procura dar solução exclusivamente ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microssistema. Com esses dispositivos na lei passamos a ter na realidade, mais dúvidas do que soluções, porque a problemática ficou absolutamente capenga, sem ordenação devida, não só quanto às possibilidades de o casal optar pela fertilização assistida, como pelas consequências dessa filiação no direito hereditário.

Defende-se, no entanto, que apesar do silêncio legislativo frente às técnicas de procriação humana em laboratório, não se pode deduzir que está prática não seja possível juridicamente, uma vez que não haveria no legislador uma preocupação em fazer menção sobre o assunto, ainda que o tenha feito de forma faltosa.

Sabe-se que as situações da vida têm que ser inseridas nas normas jurídicas, ou seja, as normas são construídas a partir das situações reiteradas da vida. Porém, em alguns casos, tais situações se tornam complexas, ao passo que as proposições abstratas continuam muito simples, o que impossibilita se fazer a concreção. Em suma, a sociedade avança mais rápido que o direito. As normas ficam ultrapassadas. (DELFIM 2011, p.8).

No ordenamento jurídico pátrio todos os sujeitos de direitos e obrigações e inclusive a Administração Pública estão subordinados ao princípio da legalidade, enquanto essa última deve agir conforme previsão legislativa, os primeiros podem fazer tudo o que a legislação não veda. Não há que se falar na impossibilidade da prática médica, uma vez que o legislador não regulamentou, tampouco proibiu expressamente o ato.

Mas o que fazer diante das lacunas legislativas? Consoante a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (art. 4º)⁸.

Como já mencionado no Brasil não existe legislação específica sobre o assunto, ainda que existam diversas tentativas de anuência de leis, entre elas, em momentos distintos, podemos citar no ano de 1999 o Projeto de Lei n.90, em 2003 o PL n. 1.184, em 2012 o PL n. 4.892, e o mais atual e aprimorado de todos os projetos o PL 115/2015.

De autoria do Senador Lúcio Alcântara, a PL n. 90/1999 dispunha em seu texto, entre outros assuntos, sobre a Reprodução Humana Assistida, princípios gerais, consentimento informado e doação de gametas, vedando expressamente a utilização de gametas e embriões após a morte de um dos depositantes, ao tornar obrigatório o descarte destes no caso de falecimento de uma das pessoas, do qual originaram os embriões preservados. A discussão findou-se em fevereiro de 2007, como o arquivamento do projeto⁹.

Contrariamente, a PL n. 1.118/03, dispunha que no caso de morte do depositante os gametas também deveriam ser descartados, com a exceção de que este houvesse deixado um documento ou testamento, permitindo a utilização póstuma de seus gametas. Tanto referido projeto quanto o do ano de 1999 não trazia em seu texto nenhum capítulo dispondo sobre a reprodução assistida *post mortem*, apenas estabelecendo ressalvas a utilização dos gametas e embriões após o falecimento de um dos depositantes¹⁰.

Ao longo da discussão sobre o assunto, foram apensados ao PL n.1.118/03 vários outros projetos, entre eles o de numero 3.067/08, 7.701/2010, 4892/2012 todos acrescentando detalhes insignificantes ao texto do projeto de 2003.

Apenas em três de fevereiro deste ano, foi apensado a PL 4892/2012, o mais atual projeto e com texto mais completo de todos citados, o Projeto de Lei 115/2015, proposto pelo Sr. Deputado Juscelino Rezende Filho Instituinto o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis e sociais, dispondo em capítulo próprio sobre a inseminação artificial *post mortem* (Capítulo VII art. 35 a 36)¹¹.

Por não ser mais uma realidade longínqua e acarretar implicações jurídicas possíveis geradoras de prejuízos para o filho póstumo e a terceiros (filhos já nascidos na abertura das

⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm

⁹ http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304&p_sort=DESC&p_sort2=D&p_a=0&cmd=sort

¹⁰ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>

¹¹ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>

sucessões) na vocação hereditária, a reprodução assistida homologa *post mortem* carece de legislação regulamentadora, uma vez ser incabível pelo todo exposto, dizer que essa técnica é impossível juridicamente.

6 Direito à filiação do havido *post mortem*

O âmbito familiar é construído através de relações entre pessoas ligadas umas as outras naturalmente (consanguinidade), por disposição legal (afinidade) ou por liame civil (adoção), essa associação é denominada parentesco, definido como “relações entre certas pessoas pertencentes a um grupo, estabelecendo um vínculo jurídico pela consanguinidade ou pela adoção” (QUEIROZ, 2001 p.4).

Nos dizeres de Maria Helena Diniz (2009, p. 442):

Parentesco é a relação vinculatória existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo troco comum, mas também entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, entre adotante e adotado e entre pai institucional e filho socioafetivo.

Importante no estudo do direito sucessório do filho havido *post mortem* a principal relação de parentesco do direito, que se faz saber, a fundada entre pais e filhos. Consoante, ensinamentos de Moacir Pena Júnior (2008):

Filiação (paternidade ou maternidade) é a relação de parentesco (a mais importante) que se estabelece entre pais e filhos, não importa a origem destes, se biológica ou socioafetiva. Quando vista pelo lado do pai é chamada de paternidade, quando do lado da mãe, de maternidade.

Isto posto, a filiação pode ser entendida como o parentesco entre pais e filhos, ressalta-se que esse vínculo nem sempre decorre de uma união sexual, dado que, pode resultar da inseminação artificial homóloga ou heteróloga e da fertilização *in vitro*.

Como já dito algures nesse trabalho, o instituto familiar mudou bastante nos últimos tempos, essas transformações resultaram em grande proteção aos filhos, direitos a alimentos, guarda, nome, proteção física e moral, etc. Vemos recepcionados pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, princípios como melhor interesse da criança, da convivência familiar e da paternidade responsável (FIUZA, 2010).

Em nossos dias, a concepção que se tem da relação entre pais e filhos menores é, como se diz, filhocrata. Em outras palavras, a preocupação é com a pessoa dos filhos menores, seu bem-estar, seu melhor interesse. A idéia pode soar não muito óbvia, mas, até pouco tempo atrás, a concepção era oposta. A relação entre pais e filhos era baseada na idéia de absoluta primazia dos pais, principalmente do pai, chefe de família e cabeça do casal, historicamente, o *pater-famílias* tinha direito de vida e de morte sobre seus filhos e outros dependentes (FIUZA, 2010, p. 998).

Em demandas referentes à filiação, envolvendo adoção, nomeação de tutor, alimentos, atribuição de guarda, entre outras, ao solucionar o caso concreto, o operador do direito deverá sempre observar o princípio do melhor interesse da criança, consagrado na Constituição Federal em seu artigo 227, que prioriza questões relacionadas aos menores, protegendo os direitos fundamentais a eles inerentes.

Decisões polêmicas julgados pelo STJ, ao exemplo da questão de adoção indireta (Resp. n. 1.172.067), já sobrepôs o princípio do melhor interesse da criança sobre a necessidade de manutenção cadastral para a adoção, regra esta estabelecida pelo artigo 50 do ECA, no qual o Ministro relator Massami Uyeda, diante da situação de um casal não escrito no Cadastro Nacional de Adoção, entendeu que a observância do cadastro com a inscrição cronológica dos adotantes não pode prevalecer sobre o melhor interesse do menor. Segue o inteiro teor da decisão:

RECURSO ESPECIAL – AFERIÇÃO DA PREVALENCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO *INTUITO PERSONAE* – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR – VEROSSIMIL ESTABELECIMENTO DE VINCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS – PERMANENCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA – TRÁFICO DE CRIANÇA – NÃO VERIFICAÇÃO – FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I – A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro;

II – é incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineadas pelas instancias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oitos meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, na quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo;

III -Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalta-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamente da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o conseqüente vínculo de afetividade;

IV – Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente;

V – O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da

criança adotanda. Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança;¹²

Ao menor é assegurado o direito a convivência familiar, configurado como sendo o direito de ser criado e educado junto a sua família, conviver dentro do lar e fora dele, com pessoas íntegras. Quando isso se torna impossível, o ECA assegura a colocação da criança em família substituta, dando ampla garantia ao referido direito.

Conforme visto anteriormente é direito constitucional e legal o livre planejamento familiar, mas entre o direito de procriar e as condições de seu exercício temos a figura da paternidade responsável, que se alicerça na noção de responsabilidade na formação e na manutenção da família. Ser pai ou mãe implica em responsabilidades que devem ser seguidas a fim de que possa ser garantida a dignidade da criança.

Depreende-se que a responsabilidade de desempenho na garantia dos direitos e princípios acima apresentados, deve ser exercida não só pela família, mas também por toda a sociedade e inclusive o Estado, conforme disposto pelo legislador constituinte, com absoluta prioridade (art. 227, *caput*).

Frisa-se que com o advento da Constituição de 1988, foi extinguido no ordenamento jurídico pátrio qualquer tipo de designações discriminatórias (art. 1.596 CC) entre os filhos. Conforme texto constitucional, artigo 227, § 6º, *in verbis*.

Art. 227. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Denota-se uma mudança no direito de família referente à filiação, filhos eram apenas os nascidos 180 (cento e oitenta) dias após o casamento, ou, 300 (trezentos) dias depois da dissolução da união (art. 1.597, inc. I e II).

Com a evolução das técnicas de reprodução humana assistida, hoje também são considerados filhos os que forem gerados por fecundação artificial homóloga *post mortem*, os gerados a qualquer tempo quanto aos embriões excedentários (aqueles congelados em virtude da concepção artificial homóloga) e os havidos por inseminação heteróloga, com autorização marital (art. 1597, inc. III, IV e V).

¹²http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/adocao/Jurisprudencia_adocao/adocao_intuito_personae/STJ%202010%20cadastro%20nac%20ado%C3%A7%C3%A3o%20ado%C3%A7%C3%A3o%20intuitu%20personae%20preval%C3%A2ncia%20princ%C3%ADpio%20melhor%20interesse%20da%20crian%C3%A7a.pdf

Portanto há filiação e paternidade nas relações de inseminação artificial homóloga, ainda que falecido o marido, por ter o código civil vigente se adequado a realidade dando o reconhecimento a essa forma de filiação.

Em virtude de ser excluído qualquer tipo de discriminação entre os filhos, aos nascidos fora da relação sexual, por reprodução humana assistida admite-se todos os direitos aos outros inerentes.

7 Da necessidade de autorização expressa do *de cuius* para utilização do gameta após a morte

Impossível falar sobre autorização expressa do *de cuius* para utilização do gameta após a sua morte, sem delinear o respeito a dignidade da pessoa humana que constitui em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, é o que dispõe a Carta Magna, em seu artigo 1º, III, *in verbis*:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como Fundamentos:
III – a dignidade da pessoa humana

A magnitude conceitual do que seria a dignidade da pessoa humana impede qualquer delimitação sobre o tema, seria em vão a tentativa de entender o seu alcance, as reflexões que dizem a seu respeito, devem ser feita individualmente diante de cada caso concreto, Pablo Stolze (2012, p. 73) ao tratar do princípio em sua obra Teoria Geral dos Contratos preceitua:

Por se tratar de cláusula geral, de natureza principiológica, a sua definição é missão mais árdua, muito embora arrisquemo-nos em dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade. Mais do que garantir a simples sobrevivência, este princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias — estatais ou particulares — na realização desta finalidade.

Como visto anteriormente, a dignidade da pessoa humana é o princípio basilar do direito, do respeito a esse princípio surgem os demais princípios regentes dos direito de família, como melhor interesse da criança, planejamento familiar, paternidade responsável, afetividade, igualdade entre os filhos e entre os cônjuges, etc.

Quando o indivíduo tem respeitado seus direitos individuais, à vida, à saúde, a liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, independente de qualquer condição ou requisito estamos diante da efetivação da dignidade da pessoa humana, fundamento dos direitos fundamentais.

A tutela da dignidade na inseminação artificial homologa *post mortem*, visa proteger tanto mãe e filho futuro, quanto também os filhos nascidos em vida e o desejo do pai que era dotado de personalidade jurídica enquanto vivo, colocando em confrontos vários direitos fundamentais.

Dentre os direitos fundamentais em confronto estão o da mãe/pai sobrevivente, com plena capacidade e liberdade de manifestar a sua autonomia de vontade perante o Estado ao livre planejamento familiar, sem qualquer intervenção, em conformidade com o que reza o artigo 1.513 do CC ao fixar que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Além do mais, nos ensina a especialista em direito de família e sucessões Laura Affonso da Costa Levy (2011, p.31), em uma reflexão constitucional da inseminação artificial *post mortem* que:

Uma pessoa autônoma é um indivíduo capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir na direção desta deliberação. Assim, respeitar a autonomia é valorizar a consideração sobre as opiniões e escolhas, evitando, da mesma forma, a obstrução de suas ações, a menos que elas sejam claramente prejudiciais para outras pessoas. Demonstrar falta de respeito para com um agente autônomo é desconsiderar seus julgamentos, negar ao indivíduo a liberdade de agir com base em seus julgamentos ou omitir informações necessárias para que possa ser feito um julgamento, quando não há razões convincentes para fazer isto.

Negar o direito do cônjuge sobrevivente em dar continuidade ao desejo manifestado pelo *de cuius* em vida é contender diretamente contra a dignidade da pessoa humana, a liberdade familiar do indivíduo que é direito legal e constitucional, não sendo cabível intervenção estatal quando não se está assediando direitos alheios.

Outro direito em questão é o de nascer do embrião formado durante o processo de inseminação artificial, designado para utilização na técnica de reprodução humana por um dos genitores sobrevivente. Se deduz da leitura do artigo 7º do ECA que:

Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas públicas que *permitam o nascimento* e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. (*grifos meus*).

Ademais, a mesma proteção também é disposta pelo texto constitucional que ao estatuir sobre os direitos e garantias individuais, no *caput* do artigo 5º garante a inviolabilidade do direito à vida. Conforme art. 2º do Código Civil vigente “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Maria Helena Diniz (2010, p.36) nos ensina que:

Ante as novas técnicas de fertilização *in vitro* e do congelamento de embriões humanos, houve quem levantasse o problema relativo ao momento em que se deve considerar juridicamente o nascituro, entendendo-se que a vida tem início, naturalmente, com a concepção no ventre materno. Assim sendo, na fecundação de proveta, embora seja a fecundação do óvulo, pelo espermatozóide, que inicia a vida, é a nidação do zigoto ou ovo que garantirá.

Referida autora discorrendo sobre o embrião humano congelado afirma que:

O embrião humano congelado não poderia ser tido como nascituro, apesar de dever ter proteção jurídica como pessoa virtual, com uma carga genética própria. Embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos que na verdade o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher (DINIZ, 2010 p. 36).

No mesmo sentido foi publicado o Enunciado 267 da III Jornada de Direito Civil, que equiparou os embriões formados em técnicas de reprodução humana assistida, ao nascituro à época do óbito do pai. Vejamos o que diz o texto do enunciado.

Enunciado 267 – Art. 1.798: A regra 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 herança¹³.

Adjacente aos interesses anteriormente apresentados surge a autonomia de vontade do *de cuius* manifestada em vida, pelo simples fato do armazenamento de seu sêmen/óvulo em bancos próprios com a intenção futura de ter filhos, ou a submissão a tratamentos médicos em vida com o cônjuge onde foram formados os embriões a serem congelado, afim de na época dar continuidade e conclusão ao processo de inseminação artificial.

Uma das questões polêmicas envolvendo a reprodução humana assistida *post mortem* diz respeito à necessidade, ou não, de que haja documento expressando a vontade do morto quanto ao uso de seu material genético, prevalecendo à dúvida se a simples manifestação de vontade em vida seja pelo ato da procura dos métodos pelo casal ou o armazenamento de sêmen/óvulos com intenções futuras, por si só não justificaria a utilização do gameta pelo cônjuge sobrevivente.

Em determinada situação hipotética, onde um casal após inúmeras tentativas de gravidez por vias naturais é obrigado a optar pelas técnicas de reprodução humana assistida. Ao curso do procedimento por questões de indisponibilidade de tempo, o marido opta por já deixar seus espermatozóides congelados, para que ao tempo certo da ovulação de sua esposa possa ser feita a inseminação artificial, acontece que ao sair da clínica se envolve em um acidente fatal, causa de seu óbito. A falta de autorização expressa do *de cuius*, por si só, privaria o cônjuge sobrevivente do direito de seguir com o procedimento e ter um filho?

¹³ <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>

Imaginemos ainda que por questões de saúde, seja para se submeter a tratamentos de doenças ou até mesmo uma vasectomia o marido opte por congelar seu semên para que em tempo oportuno possa ter um filho. Ou ainda a primeira tentativa de inseminação artificial *in vitro*, não tenha dado certo e tenha embriões congelados possíveis de ser usado em outra tentativa. Seria o óbito de um dos cônjuges suficientes para proibir juridicamente o sobrevivente de prosseguir com o objetivo? Novamente estamos diante do vazio da legislação.

Buscando esclarecer o significado do inciso III, do artigo 1.597, o Conselho de Justiça Federal publicou o Enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil, em 2002, com o seguinte conteúdo:

Enunciado 106 – Art. 1.597. III – para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte¹⁴.

Aduz do enunciado que somente será reconhecida a filiação, caso a mãe esteja na condição de viúva, o que é mais que sábio, uma vez que se esta tivesse adquirido novas núpcias e se submetesse ao processo de reprodução humana com o sêmem do ex- marido, já falecido, estaríamos diante de reprodução humana assistida heteróloga e não homóloga. Acerca dos embriões excedentários, outra hipótese trazida pelo artigo 1.597 do código civil, foi publicado o enunciado 107, entendendo que:

Enunciado 107 – art. 1.597. IV – finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inciso IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões¹⁵.

A proposta trazida pelo projeto de lei n. 115/2015, é a seguinte:

CAPÍTULO VII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

Art. 35. É permitido o uso de material genético de qualquer pessoa, seja óvulo, espermatozóide ou embrião já formado, após a sua morte, desde que haja manifestação específica, em documento escrito, dado por ela em vida, para o uso do seu material biológico criopreservado, descrevendo:

I – a pessoa que deverá gestar o ser já concebido, em caso de embrião;

II – a quem deverá ser destinado o gameta, seja óvulo ou espermatozóide, e quem o gestará após a concepção.

Parágrafo único. A pessoa escolhida como destinatária deverá dar a sua anuência ao documento.

¹⁴ <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>

¹⁵ *Ibidem*.

Art. 36. Não serão permitidas a coleta e a utilização de material genético daquele que não consentiu expressamente, ainda que haja manifestação uníssona de seus familiares em sentido contrário¹⁶.

Da mesma forma, o Conselho Federal de Medicina dispôs na Resolução 2013/2013 que a prática da inseminação artificial post mortem será possível “desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material criopreservado, de acordo com a legislação vigente” (VIII, Reprodução assistida *post mortem*).

Como as proposições são de enunciados com objetivo de orientação interpretativa e projetos de lei, desprovidos de força normativa, não há que se posicionar contra a possibilidade de que em sede de liminar e diante do caso concreto possa o juiz decidir conforme prerrogativas interpretativas aplicadas diante da lacuna legislativa (art. 4º CC).

Não obstante, em 2010, o juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba, ao julgar determinado caso, concedeu liminar autorizando a esposa de um homem que faleceu de câncer de pele tentar engravidar com o sêmen congelado deste¹⁷.

Na oportunidade, ao conceder a liminar o juiz deixou claro que a decisão foi fundamentada unicamente no objeto em questão, que se faz saber, o sêmem depositado no laboratório manifestando no sentido de que:

Já se sustentou que “para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte” (enunciado nº 106 aprovado na I Jornada de Direito civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal). Não parece, porém, que essa manifestação em vida, mas sendo também admissível à vontade não expressada literalmente, mas indiscutível a partir da conduta do doador - como a do marido que preserva seu sêmem antes de submeter-se a tratamento de doença grave, que possa levá-lo à esterilidade, e incentiva a esposa a prosseguir no tratamento. Liminar, Autos nº 27862/10. (MOTA, 2011)¹⁸.

Assim como demais questões envolvendo a inseminação artificial *post mortem*, a necessidade de autorização do marido para a concretização da prática médica se mostra muito controversa, sendo certo que, enquanto não houver no legislador uma sensibilidade de regulamentar de forma completa o assunto, ficarão os direitos em questão, nas mãos dos interpretes do direito, respeitados as precípuas dispostas na Lei Maior.

¹⁶ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>

¹⁷ <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2209896/liminar-autoriza-reproducao-post-mortem>.

¹⁸ <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/342/3/20657903.pdf>

8 O *status* do filho póstumo no direito sucessório

A essência da prole inveterada na história da sociedade fundamentou-se desde sempre não só na necessidade de construir um lar, dedica-se grande parte da vida construindo patrimônios, e ao final a expectativa da maioria é que seja dada continuidade aos projetos e as propriedades obtidas possam ser transferidas a pessoas ligadas por laços consanguíneos, de preferência aos filhos.

Ao conjunto patrimonial do *de cuius* a serem transferidos na sucessão intitula-se herança, que é “um somatório, em que se incluem os bens e as dívidas, os créditos e os débitos, os direitos e as obrigações, as pretensões e ações de que era titular o falecido” (GONÇALVES, 2011, p. 32).

O Código Civil versa sobre o assunto com exclusividade relativa, visto que o assunto encontra alicerce na Constituição Federal erigido formalmente dentre as garantias fundamentais. Conforme disposição do artigo 5^a, XXX, “é garantido o direito de herança”. Como garantia fundamental o direito de herança respalda-se no interesse do legislador constituinte de ampliar a proteção ao direito de propriedade. Nos dizeres do ministro Gilmar Ferreira Mendes (2014, p. 316):

O texto constitucional brasileiro confere proteção expressa ao direito de herança (art. 5º, XXX) enquanto garantia institucional – é garantido o direito de herança – e enquanto direito subjetivo.

O caráter normativo do seu âmbito de proteção garante ao legislador, como de resto no contexto do direito de propriedade em geral, ampla liberdade na disciplina do direito de herança.

A abertura da sucessão se dá no momento da morte (natural ou presumida), assim a herança é transmitida desde logo aos herdeiros (legítimos ou testamentários) como um todo unitário a ser dividido na partilha (art. 1.784).

Em primeiro momento verifica-se, se o *de cuius* deixou testamento como ato de disposição de última vontade, lembrando que se houverem herdeiros necessários deverá ser respeitado à legítima, não podendo o testamento dispor de todos os bens em favor de terceiros, será o caso de sucessão mista, onde serão chamados a suceder os herdeiros legítimos e testamentários. Oposto disso, não havendo testamento ou esse tenha caducado dar-se-á a sucessão legítima, conforme disposição legal na ordem de vocação hereditária disposta pelo artigo 1.829, CC.

De acordo com disposição do código civil (art. 1.798) deve o herdeiro já ter nascido ou ao menos sido concebido, no momento da abertura da sucessão. Constatam-se três elementos essenciais para que um indivíduo seja considerado herdeiro “deve existir, estar vivo ou já concebido na época da morte, ter aptidão específica para aquela herança e não ser considerado indigno” (VENOSA, 2008, p. 44). A capacidade sucessória do nascituro de acordo com a doutrina (DINIZ, 2010, p. 1.276):

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

Pela interpretação gramatical da norma o filho póstumo não é herdeiro legítimo, por não ter as características exigidas pela lei, não era vivo ou nascituro na época do óbito de seu genitor. Em consonância a doutrina (VENOSA, 2008, p. 229) afirma que:

Esse filho, aplicando-se textualmente a lei, não poderia ser considerado herdeiro do pai, porque não vivia nem fora concebido quando da abertura da sucessão. No sistema do mais recente Código, o princípio geral sucessório é idêntico: “*legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*” (art 1.798). Desse modo, os filhos concebidos, post mortem, sob qualquer técnica, não serão herdeiros.

Conforme reportado em capítulo próprio, é inverossímil negar o direito a filiação aos nascidos pelas técnicas de reprodução humana assistida *post mortem*, uma vez que o próprio código civil presume como nascido na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*. Acentua-se o artigo 227, § 6^a da Constituição Federal, que veda qualquer tipo de discriminação aos filhos, sejam nascidos do casamento, nascidos fora do casamento ou adotados.

Na perspectiva do código civil vigente o status do filho póstumo seria no máximo de herdeiro testamentário, na possibilidade de disposição se referindo à prole eventual, consoante artigo 1.799, nestes termos:

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.

À luz das garantias constitucionais supracitadas no presente estudo é absolutamente antagônico negar o direito sucessório ao filho póstumo, já que se os filhos consanguíneos ou adotados são chamados a suceder na sucessão legítima, de acordo com o rol estabelecido na ordem da vocação hereditária (art. 1.829), a negação do status de herdeiro legítimo ao filho do mesmo pai, configuraria a discriminação da filiação, expressamente vedada pela Carta de 1988 (artigo 227, § 6^a).

Do mesmo modo não impor um limite temporal para a realização da técnica de reprodução humana colocaria os demais herdeiros, já nascidos à época da abertura da sucessão, em situação de insegurança jurídica. Para o especialista em Direito Civil, Márcio Rodrigo Delfim (2011, p. 16):

Na verdade o que ocorre é um choque entre dois princípios constitucionais, quais sejam: dignidade da pessoa humana, de um lado (da viúva e do próprio filho concebido após a morte do pai), e a segurança jurídica, de outro (dos demais herdeiros concebidos antes daquele infortúnio). Como se sabe, os direitos fundamentais não são absolutos. Desse modo, deve-se fazer uma ponderação entre os princípios, isto é, ou o valor da dignidade da pessoa humana vai preponderar sobre o valor da segurança jurídica ou ocorrerá exatamente o contrário.

Referido autor manifesta-se contrário a limitação do prazo (DELFIM 2011, p. 16), defendendo a seguinte tese:

A título de exemplo, imagine o seguinte caso: uma mulher é casada e vem se submetendo a alguma técnica de reprodução assistida, pois seu marido sofre de impotência *coeundi*. Determinado dia ambos se envolvem em um acidente de carro e o marido acaba falecendo, enquanto a mulher sobrevive, mas fica em coma por dois anos. Durante esse período o esperma do marido fica criopreservado. Se for observada a regra do artigo 1.800, § 4º, do CC, ao receber alta médica ela já não poderia mais realizar seu grande sonho de ser mãe de um filho de seu ex-marido, e isso por imposição jurídica, o que, a nosso ver, é absurdo. Assim, defendemos a tese pela qual a mulher pode se submeter à inseminação artificial homóloga *post mortem* no momento que melhor lhe prouver, e caso a viúva venha realmente a engravidar (em virtude da referida técnica) nada impedirá a realização de uma sobrepartilha futura.

Com a edição do Enunciado 267 pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) a aptidão de direito de herança dos nascidos e já concebidos foi estendida aos embriões formados na reprodução assistida, equiparando-os ao nascituro. Conforme a interpretativa do enunciado os efeitos patrimoniais da vocação hereditária se submeterão às regras previstas para a petição de herança.

Segundo entendimento do CJF, ao filho póstumo está garantido o *status* de herdeiro legítimo, o que causa discórdia são os embriões congelados, pois a divisão do montante

deverá ser partível em partes iguais. Assim se houverem dois filhos nascidos na abertura da sucessão e vinte e um embriões congelados a herança deverá ser repartida em partes iguais entre eles, proposta que se apresenta um tanto desconexa com a realidade, uma vez que é imprevisível quantos embriões virão a ser concebido.

A capacidade dos embriões se manterem congelados é indeterminada, afirma-se que nem todos os embriões excedentes serão congelados, sendo tal procedimento considerado como exceção na seara médica, de 20% a 30% embriões terminam como excedentários (PROCRIAR, 2015)¹⁹.

Com o passar do tempo o destino dado aos embriões poderá ser diverso. Estes poderão ser usados em uma nova tentativa de gravidez desde que a mãe não tenha completado 50 anos de idade, entendimento do CFM. Conforme a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005)²⁰ aqueles embriões que estejam há mais de 3 anos criopreservados poderão ser usados em pesquisa de células-troncos, caso em que há necessidade de autorização dos genitores (art. 5^a), por fim, proposta interessante é o prazo de 5 anos dado pelo CFM para que os embriões sejam descartados (Resolução CFM N° 2.013/13, artigo V).

O filho póstumo enquanto herdeiro testamentário teria o prazo de dois anos após a abertura da sucessão para ter direito a herança, após o prazo de espera sem a concepção do herdeiro, a disposição testamentária se tornaria inválida (art. 1.800/CC, § 4º). Seguindo recomendações do enunciado 267, ou seja, a demanda em juízo da petição de herança, o prazo prescricional seria 10 anos (art. 205, CC), a ser contado da abertura da sucessão, em se tratando de absolutamente incapaz, o prazo será computado a partir da cessação da incapacidade (DINIZ, 2010).

A legitimidade para propor a ação de petição de herança é de quem se julga herdeiro e reivindica o título, pode ser tanto o sucessor legítimo quanto o testamentário. No caso do filho póstumo, uma vez alcançada a capacidade relativa (16 anos), depois de reconhecida a paternidade, começaria a correr o prazo prescricional (GOLÇALVES, 2011).

¹⁹ <http://www.procriar.com.br/criopreservacao-de-embrioes-1>

²⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm

9 Considerações finais

O Estudo do direito sucessório em face da reprodução humana assistida homóloga *post mortem*, uma realidade próxima, tem muito a evoluir ao longo dos próximos anos, necessitando de estudos que sensibilizem legisladores e juristas a fim de fomentar o interesse ao aperfeiçoamento do tema, de forma a criar normas jurídicas que dêem melhor segurança às partes da relação a ser suscitada pela prática.

Constatou-se com o estudo que a interferência médica no processo natural da vida através da reprodução humana assistida foi uma grande conquista da medicina nos avanços tecnológicos e científicos, suscitando questões jurídicas controvertidas. Ainda mais com a possibilidade jurídica de utilização da técnica após a morte de um dos genitores, não só pelo que dispõe o Código Civil ao tratar sobre a presunção da paternidade, mas também pela constitucionalização do direito de família e a garantia ao livre planejamento familiar.

Decerto, com a ascensão da Constituição Federal de 1988 a abordagem do instituto familiar mudou muito, toda questão envolvendo a família possui imensa relevância, estando sob a ótica do pluralismo familiar, sendo imprescindível a observância de determinados princípios dispostos pelo legislador constituinte, que refletem diretamente no direito sucessório, ainda mais, em se tratando do filho póstumo e seu direito a herança.

Pela observação dos aspectos analisados é incontestável que o cônjuge sobrevivente poderá inseminar ou valer-se da maternidade de substituição com o desígnio de formação da família monoparental, sob a tutela da garantia constitucional de absoluta liberdade familiar, importando na vedação ao intervencionismo estatal, estando tal direito limitado a paternidade responsável e melhor interesse da criança.

Notou-se que apesar de notórias mudanças inerentes aos avanços da sociedade, que atingem o direito de família e o direito sucessório na inseminação artificial homóloga *post mortem*, o legislador não acompanha as necessidades sociais. Deste modo as diversas questões que surgem com a utilização da técnica médica, fica aos cuidados do judiciário, que frente à lacuna legislativa tanto de cunho permissionário quanto proibitório, se vê obrigado a recorrer às técnicas de interpretação para perfazer as inúmeras lacunas existentes no sistema, respeitando as particularidades de cada caso.

Arrisca-se dizer que a utilização da técnica pelo cônjuge sobrevivente deve ser permitida independente da existência de autorização expressa do *de cuius*, posto que, dispomos apenas de enunciados do Conselho da Justiça Federal e da Resolução nº 2013/2013

fazendo a exigência de autorização prévia e específica (VIII), exigindo-se ainda a forma escrita (enunciado 106, CJP).

Acontece que assim como as diversas questões envolvendo o assunto, não há lei específica exigindo prova documental para a utilização do gameta, podendo se presumir pelos atos praticados (sujeição ao processo e conservação do gameta) a vontade do premoriente em ter uma prole, ou seja, enquanto não há regulamentação específica sobre tal exigência, pode-se restar provado o consentimento do *de cujus* por outros tipos de provas, inclusive a testemunhal.

Em primeiro momento na análise gramatical das disposições sucessórias preceituadas no Código Civil de 2002, o *status* do filho póstumo não será de herdeiro legítimo, a sua única chance seria por ato de disposição de última vontade (testamento) do morto. Caso não houver testamento preservando o direito da prole eventual, está o filho havido *post mortem* desprovido do direito de herança.

No entanto a luz das garantias constitucionais do direito a igualdade entre os filhos e o direito fundamental de herança, conclui-se pelo direito do filho nascido *post mortem* de ser chamado a suceder como herdeiro legítimo e não testamentário. Ir de contra a isso e desprezar as precípua da Carta Magna, importando em inconstitucionalidade.

Para que seja dada melhor segurança jurídica aos filhos já nascidos, defende-se o limite temporal para a utilização da técnica médica.

Levando-se em consideração o prazo de 2 (dois) anos de espera da prole eventual, de 3 (três) anos da criopreservação proposto pela Lei de Biossegurança, a orientação de 5 (cinco) anos feita pelo Conselho Federal de Medicina para que os embriões sejam descartados e o prazo geral de prescrição de 10 (dez) anos aplicado a petição de herança, proposta interessante é que tal prazo seja de três (artigo 5ª da Lei de Biossegurança) ou cinco anos (Resolução 2013/2013, V), a contar do óbito.

Referências

BIBLÍA. **Velho Testamento e Novo Testamento**: Edição Promessas. ed.11. Brasil, King's Cross, 2008, p. 975.

BRASIL, Código Civil. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002

_____. Código Civil. **Lei nº 3.071**, de 1ª de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> acesso em 01. jan. 2015

_____. **Constituição Da República Dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada no Diário Oficial da União, N. 191-A, de 5 de outubro de 1988. Código de Processo Penal e Constituição Federal. Ed. 50ª. Brasil. Saraiva, 2010.

_____. Do Planejamento Familiar. **Lei nº 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em: 28 de outubro de 2014.

_____. ECA, Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei nº 8.069 de 1990**. Vade Mecum. Editora Rideel. 2014.

_____. Lei de Biossegurança. **Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005**. Publicado no D.O.U. de 28.3.2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm> Acesso em: 31 abr. 2015.

_____. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2015.

CARVALHO, Dimas Messias; DANIEL, Dimas; **Direito das Sucessões Inventário e Partilha**. 3ª edição. Belo Horizonte. Del Rey, 2012.

CASAGRANDE, Lilian Patrícia. O pluralismo familiar: as novas formas de entidades familiares do artigo 226 da constituição de 1988. **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo: Síntese, v.15, n.78, p. 67-82, Jun./jul. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.957/2010** . Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm> acesso em 03 mar. 2015.

_____. **Resolução nº 2.013/2013.** Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm> acesso em 03 mar. 2015.

DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*. **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo: Síntese, v.12, n.65, p. 7-20, Abr./Maio. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 24.ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Código civil anotado**. 15.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010

ENUNCIADOS. I Jornada de Direito civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: 24 mar. 2015.

_____. III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2015.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 14.ed. rev., atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos; teoria geral**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por família eudemonista?** Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/492747/o-que-se-entende-por-familia-eudemonista>>. Acesso em: 24 mar. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito das Sucessões**. v.7. 6.ed. São Paulo: Saraiva 2012.

_____. **Direito das Sucessões**. v.7. 5ed. São Paulo: Saraiva 2011.

LEVY, Laura Affonso da Costa. Inseminação artificial *post mortem* e a reflexão constitucional. **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo: Síntese, v.14, n.74, p. 92-118, Out./Nov. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOTA, Manuela. **Inseminação Artificial Post Mortem**: sua implicação no direito sucessório. 2011. 74f. Dissertação. Graduação em Direito. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Disponível em:
< <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/342/3/20657903.pdf>.> Acesso em: 20 abr. 2015.

MOURA, Mariza Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. **Reprodução Assistida Um pouco de história**. **Revista SBPH**, Rio de Janeiro: v. 12, n. 2, 2009. Disponível em:
<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S151608582009000200004&script=sci_arttext>. Acesso em 14 de out 2014.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Ed. 31^a. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 423.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em história**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2008.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo. Saraiva, 2008.

PLS. **Projeto de Lei do Senado Federal, nº 90 de 1999**. Disponível em:
<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304&p_sort=DESC&p_sort2=D&p_a=0&cmd=sort> Acesso em 24 mar. 2015.

_____. **Projeto de Lei do Senado Federal, nº 1184/2003**. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>> Acesso em 24 mar. 2015.

PROCRIAR, Medicina Reprodutiva. **Criopreservação de Embriões**. Disponível em:
<<http://www.procriar.com.br/criopreservacao-de-embrioes-1>> Acesso em: 20 abr. 2015.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial**. 1º edição. Belo Horizonte, Del Rey.. 2001, p.348.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contract Social: Ou Principes Du Droit Politique**. Tradução Rolando Roque da Silva. Edição Eletrônica: Ed Ridendo Castig Mores. 1999.

SOBRAL, Mariana Andrade. Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400>. Acesso: em 24 de out 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial Nº 1.172.067 – MG (2009/0052962-4) Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/adocao/Jurisprudencia_adocao/adocao_intuito_personae/STJ%202010%20cadastro%20nac%20ado%C3%A7%C3%A3o%20-%20ado%C3%A7%C3%A3o%20intuito%20personae%20-%20preval%C3%Aancia%20princ%C3%ADpio%20melhor%20interesse%20da%20crian%C3%A7a.pdf> Acesso em: 20 Abril 2015

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito Civil: direitos de família**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito civil: Direito das sucessões**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Inseminação artificial no Ordenamento Jurídico Brasileiro: a Omissão Presente no Código Civil e a Busca por uma Legislação Específica. **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo: Síntese, v.14, n.67, p.127-154 , Ago-Set. 2011.

