

REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM* – ASPECTOS ÉTICOS E LEGAIS

Carolina Eloáh Stumpf Reis

Advogada especialista em Direito Civil com ênfase em
Direito de Família e Sucessões pelo IDC, Porto Alegre/RS e
mestranda em Direito das Relações Internacionais pela
Universidad de La Empresa de Montevideo, Uruguay

RESUMO

As novas formas de reprodução humana, como é o caso da reprodução medicamente assistida e, em especial a inseminação artificial homóloga *post mortem*, trouxeram novos paradigmas e inúmeros questionamentos, haja vista que essa prática afeta e transforma as relações familiares tradicionalmente reconhecidas, proporcionando uma importante discussão acerca dos impactos ocasionados à sociedade e, por conseqüência, ao Direito, sendo necessário estudar seus efeitos no direito de família e no direito sucessório, a fim de proporcionar maior segurança jurídica aos envolvidos nesse procedimento, pautando-se sempre pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução Assistida. Inseminação Homóloga *Post Mortem*. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Direito de Família. Direito Sucessório.

ABSTRACT

The new ways of human reproduction, which is the case of medically assisted reproduction and, especially, post mortem artificial insemination, have brought new paradigms and innumerable questions, once this method affects and transforms the recognized traditional family relations, bringing up an important discussion about its impacts to society and, consequently, to Law. Therefore, it's necessary to study its effects on Family Law and Inheritance Law, in order to provide greater legal security for those involved in this procedure, always regarding the constitutional principle of the dignity of human being.

KEYWORDS: Assisted Reproduction. Homologous Insemination *Post Mortem*. Principle of the Dignity of Human Being. Family Law. Inheritance Law.

SUMÁRIO: 1 – Introdução. 2 – A Reprodução Assistida Homóloga *Post Mortem*. 2.1. Aspectos Éticos, Direitos Fundamentais e a Problemática no Ordenamento Jurídico Pátrio. 2.2. Reflexos no Direito de Família 3 – O Direito Sucessório na Reprodução Assistida *Post Mortem*. 4 – Considerações Finais. 5 – Referências.

INTRODUÇÃO

A família brasileira tem especial proteção do Estado. O planejamento familiar, segundo nossa atual Carta Constitucional, deve ser fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável. Em função da sua importância para todo ser humano, por ser o primeiro grupo de relacionamento que o indivíduo participa e se desenvolve como pessoa, a família recebeu do texto constitucional um patamar de valor especialmente garantido pelo Estado e pela sociedade.

O ordenamento jurídico brasileiro tutelou a família não somente pela união de laços genéticos e sua descendência, ou seja, relações de sangue entre seus membros, mas também e da mesma forma, assegura a proteção da família formada pelo afeto. As novas formas de reprodução humana, advindas de técnicas modernas de biotecnologia, como é o caso da reprodução assistida, permitem o planejamento da formação de uma entidade familiar, merecendo especial exame de suas particularidades. Assim, o desenvolvimento da biotecnologia modificou a idéia que até então se tinha sobre maternidade e paternidade e, como consequência, as relações de parentesco.

A reprodução assistida envolve diretamente a vida e a saúde das pessoas, tendo relação com os direitos fundamentais, uma vez que as intervenções da ciência na reprodução humana acarretam numerosos problemas que repercutem na família, na relação com a paternidade e a maternidade, na própria concepção de ser humano e na proteção de sua dignidade, envolvendo direitos personalíssimos como a identidade e a proteção do corpo humano. Assim, a análise dos direitos fundamentais em face do princípio da dignidade da pessoa humana é de suma importância, haja vista que esses avanços que surgiram com o progresso da procriação artificial geram problemas jurídicos à medida que vêm sendo utilizados

em larga escala, sendo necessária uma abordagem bioética objetivando resguardar os direitos fundamentais dos envolvidos.

Desse modo, o objetivo do presente trabalho é analisar o tema da inseminação artificial homóloga *post mortem* e, diante da sua atual implementação, seus efeitos no direito de família e no direito sucessório, haja vista que a prática trouxe uma importante discussão acerca dos impactos trazidos por esta técnica à sociedade e, por conseqüência, ao Direito. Ante a falta de previsão legislativa, visto que o ordenamento jurídico brasileiro não disciplina, tampouco veda tal prática, a doutrina foi impulsionada a debruçar-se sobre o tema, pois a ausência de regulamentação permite grande liberdade para a utilização das novas tecnologias reprodutivas no país, buscando, assim, desvendar os inúmeros efeitos jurídicos decorrentes da utilização da reprodução assistida homóloga *post mortem*.

A proposta deste artigo é apresentar o atual panorama referente à reprodução assistida homóloga *post mortem* no Brasil, vislumbrando primeiramente seus aspectos éticos e o modo como a problemática vem sendo enfrentada no ordenamento jurídico pátrio e, posteriormente, as suas implicações no direito de família. Por fim, propõe tecer considerações a respeito do direito sucessório na reprodução assistida homóloga *post mortem*, identificando as principais dificuldades no campo prático e apontando sugestões capazes de dirimir o problema.

2. A Reprodução Assistida Homóloga *Post Mortem*

A inseminação artificial consiste em uma série de procedimentos mediante os quais se procura facilitar o encontro entre o espermatozoide e o óvulo, tornando possível a fecundação, sendo que essas técnicas de reprodução medicamente assistida podem ser homólogas, quando utilizam gametas do próprio casal; ou heterólogas, quando utilizam gametas obtidos de terceiros. O congelamento de espermatozoides, óvulos e embriões foi um passo importante rumo ao progresso da reprodução assistida, o que

permitiu a criação de bancos de esperma, óvulos e de embriões e, mais modernamente, a reprodução assistida *post mortem*.

A reprodução assistida homóloga encontra-se muito próxima do modelo clássico de parentalidade-filiação decorrente da reprodução biológica tradicional e pressupõe a existência de um vínculo jurídico de natureza familiar (casamento ou união estável) entre o homem doador de sêmen e a mulher em cujo organismo será realizada a inseminação artificial.

Em relação à reprodução assistida homóloga *post mortem*, a técnica gera maiores discussões por se tornar possível em razão de modernos métodos de criopreservação do material genético do marido ou do companheiro mesmo após o seu falecimento, possibilitando a sua esposa ou companheira inseminar seu sêmen, vindo a gerar um filho de pai pré-moriente. Tal situação era inimaginável até poucas décadas atrás, tornando-se possível atualmente graças à fantástica evolução da medicina, mais especificamente da engenharia genética. Não restam dúvidas de que esses métodos científicos ajudam sobremaneira na formação de uma família, contemplando os pais com o filho desejado. Porém, essa nova realidade traz consigo novos problemas, pois se a ciência deu solução à infertilidade, as questões jurídicas advindas da evolução científica estão longe de encontrar soluções.

Essa realidade ainda não encontra amparo legal satisfatório no nosso ordenamento jurídico, contudo, vem se tornando uma prática cada vez mais recorrente. Faz-se mister, então, pautar essas técnicas através de princípios e deveres éticos presentes na Constituição Federal, dentre os quais destaca-se a dignidade da pessoa humana, como forma de respeitar os direitos fundamentais dos envolvidos no procedimento. O princípio da dignidade da pessoa humana vem se mostrando como o corolário da análise dos avanços biotecnológicos na sociedade contemporânea, atuando como guia e limitador ante a inexistência de legislação específica.

Outro princípio que deve ser vislumbrado no caso concreto é o princípio da igualdade entre os filhos, o qual foi elencado pela Constituição brasileira no artigo 227, §6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão

os mesmo direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". Vê-se que a Carta Magna, ao consagrar o princípio da igualdade entre os filhos, o fez de maneira bastante peculiar. Em primeiro lugar, tratou de afirmar positivamente a igualdade de direitos independentemente da origem dos filhos e, em segundo lugar, negativamente, através da proibição de designações discriminatórias

2.1. Aspectos éticos, direitos fundamentais e a problemática no ordenamento jurídico pátrio

Os direitos da personalidade balizam o ordenamento jurídico brasileiro, pois afetam diretamente os cidadãos em seu íntimo e protegem seus interesses individuais frente a terceiros e ao próprio Estado. A Constituição Federal de 1988, sendo a norma máxima que conduz todo o Estado Democrático de Direito, enumera alguns desses direitos personalíssimos, no qual a dignidade da pessoa humana ganha grande destaque.

A dignidade da pessoa humana, então, se impõe como o núcleo básico e informador no sistema jurídico do país, sendo um critério e um parâmetro de valoração que visa orientar a interpretação e compreensão do sistema normativo, partindo-se de uma concepção objetiva da dignidade do ser humano, pois que trata não apenas de um direito subjetivo a ser reclamado pelo cidadão, mas de uma determinação de conduta por parte do Poder Público.

Pode-se afirmar, assim, que a dignidade da pessoa humana não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que este a reconhece, já constituindo dado prévio, no sentido de ser preexistente e anterior a toda experiência especulativa¹. A dignidade da pessoa humana serve, então, como mola de

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

propulsão da intangibilidade da vida do homem, dela defluindo o respeito à integridade física e psíquica e o respeito pelas condições de liberdade e igualdade entre as pessoas. Nesse contexto, torna-se desumano, então, toda conduta que possa reduzir a pessoa à condição de objeto.

Na esfera civil, a integridade psicofísica serve para garantir os numerosos direitos da personalidade como a vida, o nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade genética, dentre outros, que se poderia denominar amplamente como direito à saúde, compreendida esta como o completo bem-estar psicofísico e social. A dignidade da pessoa humana contempla ainda, e principalmente, o direito à existência digna.

Atualmente, as maiores dificuldades dizem respeito aos avanços biotecnológicos, os quais refletem no mundo jurídico exigindo uma releitura do texto constitucional estabelecida à luz da tecnociência. Para tanto, utiliza-se da Bioética que, sendo ramo interdisciplinar ligado à ética, investiga, nas áreas das ciências humanas e da saúde, as condições necessárias capazes de uma administração responsável da vida humana em geral e da pessoa humana em particular, trazendo indicações gerais de comportamentos de caráter eminentemente axiológico.

Todavia, uma vez que esses progressos biotecnológicos trazem implicações na sociedade, vê-se que é necessária a presença do Direito ao lado da Bioética para que haja a defesa das pessoas perante possíveis abusos. Esta necessidade decorre do grande descompasso existente entre os avanços tecnológicos, o Direito e a ética, visto que o primeiro cresce exponencialmente em relação aos demais. Com efeito, os avanços biotecnológicos precisam encontrar limites regulamentadores para que não sejam violados os direitos fundamentais do homem, reconhecendo-se a fragilidade da condição humana a mercê da ciência e do seu poder científico sobre a vida, a identidade e o destino das pessoas.

Percebe-se que o aparato jurídico desenvolvido, a fim de tentar suprir essas novas demandas que clamam por tutela, acabou por gerar uma acalorada discussão acerca do ordenamento jurídico existente, uma vez que, atualmente, os valores “pessoa” e “conhecimento” são muito prezados pela nossa sociedade, devendo ser

demonstrada a possibilidade do convívio de ambos os valores, sem que um exclua o outro².

Tentando preencher essa lacuna normativa frente ao avanço tecnológico, o legislador pátrio acresceu os incisos III, IV e V ao artigo 1597 do Código Civil de 2002³, em relação ao ordenamento presente no Código Civil de 1916. Faz-se necessária, aqui, uma diferenciação entre o texto trazido pelo inciso III e do texto trazido pelo inciso IV, do referido dispositivo legal. Entende-se que o inciso III do artigo 1597, CC, trata de fecundação artificial homóloga, dispondo acerca da existência de gametas masculinos criopreservados e da possibilidade de sua utilização pela mulher do doador após o seu falecimento; o inciso IV, por sua vez, traz a questão dos embriões excedentários decorrentes da concepção artificial homóloga, na hipótese de existir “embrião pré-implantatário”.

Desse modo e em que pese opiniões contrárias de eminentes doutrinadores, mostra-se juridicamente prevista, tanto no inciso III, quanto no inciso IV, a possibilidade de reprodução assistida *post mortem*, ainda que no primeiro caso seja necessária a fecundação do óvulo da esposa ou companheira sobrevivente e no segundo caso já existam embriões, os quais se encontram criopreservados. O artigo contempla, ainda que de modo superficial, a questão da reprodução assistida *post mortem*, não havendo que se falar na sua impossibilidade jurídica.

Muito embora se comungue da opinião de que a prática da reprodução assistida *post mortem* está prevista pelo atual Código Civil, os novos dispositivos acrescentados ao artigo 1597 ainda se mostram insatisfatórios, uma vez que não regulam, e muito menos autorizam a reprodução assistida, apenas a constatem,

² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Nova Filiação: O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

³ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.
PLANALTO. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em 25 de outubro de 2010.

pois, conforme mencionado, o artigo se refere de modo superficial com relação à inseminação artificial *post mortem*, já que é prevista a sua possibilidade, mas não há qualquer limitador ou forma de regulamentação capaz de pautar eticamente a prática no caso concreto.

O Conselho Federal de Medicina, preocupado com os avanços biotecnológicos sem regulamentação, através da Resolução CFM 1358/92, instituiu Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, em 1992, constituindo uma diretriz para a classe médica, a qual levava em consideração a gravidade da infertilidade humana como problema de saúde, com todas as suas implicações médicas, sociais e psicológicas, e a legitimidade de superá-la; o avanço do conhecimento científico e das técnicas mais atuais que já permitem a solução do problema; a possibilidade real de êxito efetivo quando pelos métodos tradicionais era impossível; e a necessidade de contemplar o uso das técnicas de Reprodução Assistida com os princípios adotados pela ética médica, devendo-se recorrer à reprodução assistida somente quando outras técnicas terapêuticas tenham sido tentadas e resultarem ineficazes⁴. Em que pese os esforços do Conselho Federal de Medicina, a falta de legislação específica impede a plena implantação das diretrizes éticas estabelecidas, pois que não há sanção para o seu descumprimento além do previsto no código de condutas médicas.

Por sua vez, o Conselho de Justiça Federal, também numa tentativa de regulamentar, ao menos em parte e ainda que sem força de lei, a questão da inseminação artificial *post mortem*, prolatou o Enunciado 106⁵, o qual contém alguns parâmetros a serem seguidos, como o fato de a esposa dever permanecer na condição de viúva e que haja autorização escrita do *de cujus* permitindo o uso de seu material genético após a sua morte. Vê-se positivamente a estipulação do

⁴ GOLDIM, José Roberto. **Bioética e Reprodução Humana**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/biorepr.htm>>. Acesso em 24 de outubro de 2010.

⁵ Enunciado 106, do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil de 2002: “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.” CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 106**. Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 25 de outubro de 2010.

Conselho, haja vista que se fosse permitido que a viúva pudesse se encontrar em um novo casamento ou em união estável, não haveria qualquer justificativa para conceber um filho de seu falecido marido e não de seu atual relacionamento.

Outrossim, quando o casal inicia tratamento para reprodução artificial, em nome do princípio do consentimento informado, o qual pontua a Bioética, há que se fazer previsão a respeito da possibilidade de uso do material genético do marido em caso de seu falecimento, uma vez que o mesmo pode não querer vir a ter descendentes após a sua morte, motivo pelo qual se entende que a existência desse consentimento legitimaria o procedimento e evitaria discussões futuras. Assim, no que tange ao sêmen criopreservado do marido ou companheiro falecido, entende-se que a mulher apenas poderá proceder à fertilização quando houver consentimento expresso do *de cujus*, autorizando a referida prática, sem a sua autorização expressa, tal prática deveria ser vedada⁶.

Contudo, ainda não há qualquer previsão legislativa de limitação de tempo para que a técnica seja praticada pelo cônjuge sobrevivente, mormente o artigo 1597, CC, fale claramente no inciso terceiro *“mesmo que falecido o marido”*, sem vinculação de prazo para tanto e, no inciso quarto, *“a qualquer tempo”*, possibilitando grande instabilidade jurídica, principalmente no que diz respeito ao direito sucessório, seja em relação ao filho advindo de técnica de reprodução assistida *post mortem*, seja em relação aos demais herdeiros do *de cujus*.

2.2. Reflexos no Direito de Família

No que tange ao direito de família, mister se considerar a questão do reconhecimento da paternidade frente a reprodução assistida homóloga *post*

⁶ GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Reprodução assistida e paternidade**. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=9529>. Acesso em: 19 de outubro de 2010.

mortem. O Código Civil estabelece um sistema de presunções de paternidade a partir do disposto no artigo 1597, as quais têm por finalidade fixar o momento da concepção, definindo a filiação e certificando a paternidade, imputando-lhe os direitos e deveres decorrentes. Os incisos III, IV e V do artigo 1597, CC, conforme elucidado anteriormente, disciplinam situações decorrentes de manipulações genéticas.

Necessário fixar-se o conceito de filiação, a fim de que se possa identificar a relação existente em caso de reprodução assistida homóloga *post mortem*. Tem-se que filiação, etimologicamente é um termo derivado do latim *filiatio*, sendo um conceito que distinguia a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que concederam a vida a um ente humano e este, ou seja, os pais e seu filho. Como se percebe pela intenção desse instituto, a percepção inicial da filiação tinha como fato originário a procriação, a relação sexual entre duas pessoas. Por outro lado, sociologicamente, tem-se como filiação o resultado das relações interpessoais na concretização do desejo pela perpetuação da espécie.

Pode-se dizer, então, que a filiação é fundada no fato da procriação, pelo qual se evidencia o estado de filho, indicativo do vínculo natural ou consangüíneo, firmado entre gerado e progenitores. Desse modo, filiação é a relação que o fato de procriação estabelece entre duas pessoas, das quais uma é nascida da outra. O estado de filiação, portanto, é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele⁷.

Atualmente, contudo, vê-se que os conceitos de filiação e parentalidade já não são mais tão facilmente estruturados. As mudanças que o Direito de Família sofreu ao longo dos anos, também em decorrência do reconhecimento da socioafetividade,

⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em 10 de agosto de 2010.

mas, principalmente em tempos de grandes avanços da biotecnologia, impõem novas formas de vivenciar e compreender as relações entre pais e filhos.

Com a evolução da sociedade e do Direito de Família, modernamente tem-se o estado de filiação desconectado da origem biológica, assumindo uma dimensão mais ampla, capaz de assumir aquela e qualquer outra origem. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não biológica, não havendo que se fazer distinções entre qualquer espécie de filiação.

Desta forma, não há como desconsiderar o vínculo de filiação originado da inseminação artificial homóloga *post mortem*, visto que a consequência deste ato – o nascimento do filho – não pode ser ignorada pelo ordenamento jurídico. Mais, tal fato jurídico decorreu da autonomia da vontade das partes (o pai que, por ato volitivo, extraiu seu gameta para ser criopreservado e ainda concedeu autorização para que sua esposa ou companheira pudesse proceder à fertilização, ainda que após o seu falecimento; e a mãe, que resolveu concluir o projeto parental planejado por ambos), não sendo legítimo privar o fruto daquele ato de um direito atinente a sua personalidade.

Ademais, a técnica de reprodução humana assistida homóloga pressupõe o emprego do material genético oriundo do próprio casal, tendo como fundamento a origem genética, estabelecendo, assim, parentesco consangüíneo entre o casal e o filho gerado. Então, nesses casos, o fundamento da verdade biológica deve prevalecer para que possa estabelecer a paternidade daquele que foi concebido através da técnica de fertilização *post mortem*.

Então, praticado o ato da fertilização *post mortem*, a paternidade deve ser conferida àquele que adveio do procedimento, independentemente do tempo transcorrido desde a efetivação da técnica. Se assim não fosse, estar-se-ia afrontando diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que é assegurado o direito ao reconhecimento da identidade genética pelo filho e da paternidade daí decorrente, não havendo prescrição desse direito no nosso ordenamento jurídico, devendo a mesma garantia ser aplicada aos nascidos

mediante a técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*, sob risco de tratamento diferenciado aos filhos, o que é proibido pela Carta Máxima em face do princípio da igualdade.

3. O Direito Sucessório na Reprodução Assistida *Post Mortem*

Com o advento das técnicas de reprodução humana medicamente assistida e com a possibilidade de criopreservação de sêmen e embriões humanos, a geração de filhos após a morte tornou-se viável. Contudo, ao solucionar o desejo de mulheres de gerarem filhos de seus falecidos maridos ou companheiros, essas técnicas trouxeram grandes problemas para o Direito Sucessório. Assim, a grande controvérsia acerca da inseminação artificial homóloga *post mortem* vem se caracterizando pela capacidade sucessória da criança concebida por esta técnica de reprodução assistida.

Devido ao grande número de problemas que traz, a inseminação artificial e a implantação de embriões excedentários *post mortem* é proibida em muitos países, como na Alemanha, na Suécia, na França e na Espanha. Na Inglaterra, estes procedimentos são permitidos, porém os direitos sucessórios não são garantidos, a não ser que o falecido manifeste cabalmente sua vontade em documento expresso.

No Brasil, a legislação não contempla nem proíbe tal possibilidade, havendo três posições doutrinárias principais: a) doutrina que defende a sua total proibição; b) doutrina que defende ser possível a realização da inseminação *post mortem*, porém sem efeitos sucessórios e c) doutrina que entende ser possível a inseminação *post mortem* garantindo efeitos sucessórios aos nascidos pela técnica.

Dentro dessa terceira corrente pode haver ainda outra subdivisão, conforme doutrinas de Eduardo de Oliveira Leite⁸ e Fábio Ulhoa Coelho⁹, os quais distinguem duas situações distintas dentro da inseminação *post mortem*: a) a do embrião concebido *in vitro*, com sua implantação posterior ao falecimento do pai e b) a do embrião formado a partir do sêmen preservado (e pode-se, atualmente, também acrescentar o óvulo congelado) depois do falecimento daquele que forneceu o material fecundante. Para os autores, a primeira hipótese autoriza o direito à sucessão hereditária, pois já houve concepção, ao passo que na segunda, não, pois não havia concepção no momento da abertura da sucessão.

Opta-se por esse entendimento, no sentido de ser possível a inseminação *post mortem* garantindo efeitos sucessórios aos nascidos pela técnica, desde que, ao tempo do falecimento do doador do material genético houvesse sido realizada a fecundação, uma vez que, assim, já haveria embrião concebido, somente não teria sido implantado na futura gestante.

Tem-se, então, no nosso ordenamento jurídico que a capacidade sucessória é a aptidão ou idoneidade para receber a herança ou o legado, sendo delimitada pelo não impedimento legal para herdar. Destaca-se que não há impedimento legal expresso no que tange à inseminação *post mortem* e que o direito à sucessão, antes de ser tratado como um instituto civil, constitui direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal¹⁰. Superada essa questão, deve-se partir para a análise da aptidão sucessória do nascido mediante as técnicas de reprodução *post mortem*.

O artigo 1798 do Código Civil determina: “*Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*”. Com a morte, o acervo hereditário do *de cuius* necessita de titularização, daí porque se impera no

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões**. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Família e Sucessões**, vol.5. 3 ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva. 2010.

¹⁰ SILVA, Flávia Ayres de Moraes e. **Direitos sucessórios dos inseminados "post mortem" versus direito à igualdade e à segurança jurídica**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1982, 4 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12042>>. Acesso em: 2 nov. 2010.

ordenamento jurídico brasileiro o princípio da *Saisine*, para que a transmissão dos direitos e obrigações do falecido seja imediata, impedindo que as relações jurídicas do autor da herança fiquem despidas de titularidade, mesmo que momentaneamente. Essa norma prevê que a abertura da sucessão se dá com a morte, quando os direitos e deveres são transmitidos aos herdeiros, os quais, por sua vez, já devem estar nascidos ou concebidos.

O legislador, ao formular a regra contida no presente artigo não atentou para os avanços científicos na área da reprodução humana, referindo-se apenas às pessoas já concebidas, ou seja, ao nascituro, cujos direitos a lei põe a salvo desde a sua concepção (artigo 2º, CC). No que tange ao embrião ainda não implantado no corpo humano, portanto ausente a gravidez, é que residem as controvérsias¹¹.

Por uma análise preliminar do artigo 1798, CC, poder-se-ia dizer que o nascido de técnica de reprodução *post mortem*, por ser concebido após a morte de seu pai, não poderia herdar. Contudo, o artigo 1799, inciso I, CC, traz uma exceção a essa regra:

Artigo 1799, CC - 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;

Essa hipótese prescreve que o autor da herança pode deixar, em testamento, herança ou legado para filho ainda não concebido, desde que determine a pessoa que será a genitora deste herdeiro e que essa esteja viva quando da abertura da sucessão. Não há especificidade em relação à paternidade dessa prole eventual, podendo-se entender que contemplaria inclusive filhos advindos do próprio testador. O Código Civil avança nesse quesito, determinando no artigo 1800, o seguinte:

Artigo 1800, CC - No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

¹¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290>>. Acesso em: 29 de outubro de 2010.

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

Vê-se aqui a estipulação de prazo de 02 anos para a contemplação sucessória do herdeiro esperado, sob pena de, decorrido o prazo sem o nascimento, os bens resguardados serem divididos entre os demais herdeiros do testador. Outrossim, com essa redação, o filho concebido *post mortem* poderia herdar somente se fosse contemplado em testamento. Ou seja, poderia ser apenas herdeiro testamentário, não se encaixando dentre os herdeiros legítimos, fato que coloca o Código Civil em contrariedade com a Constituição Federal, a qual prescreve a igualdade plena entre os filhos, proibindo qualquer tipo de distinção ou discriminação.

Boa parte da doutrina que defende a capacidade sucessória do nascido mediante técnicas de reprodução *post mortem* anui com o prazo estabelecido nesse artigo, entendendo como satisfatória essa solução. Em que pese a boa lógica apontada, entende-se que a intenção do legislador quando da confecção desse artigo disse respeito à prole eventual que não fosse descendente do próprio testador, visto que necessária previsão testamentária, motivo pelo qual se compreende não poder ser essa a solução para o problema sucessório em debate.

O artigo 1845, CC contempla o rol de herdeiros necessários: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”. Têm-se como herdeiros necessários os parentes consangüíneos em linha reta, isto é, os descendentes e os ascendentes, bem como o cônjuge sobrevivente, caracterizando-se como aqueles que não podem ser afastados da herança, salvo os casos de indignidade e deserdação.

A ordem de vocação hereditária da sucessão legítima, por sua vez, encontra-se definida no artigo 1829, CC, estando os descendentes representados no inciso I: “Artigo 1829, CC - A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, [...]”.

Se, assim, na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “*concebidos na constância do casamento*”, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso ordenamento jurídico atual, de filhos que não têm direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no artigo 227, § 6º da Constituição Federal, referindo-se ao direito de igualdade entre os filhos.

Assim, considerando-se a possibilidade da fecundação homóloga *post mortem* gerar efeitos jurídicos no plano sucessório, necessário se faz analisar de que forma poderia ser resguardado o quinhão hereditário ao conceito, sem, contudo, prejudicar demasiadamente os demais herdeiros. Cabe aqui lembrar que o Código Civil dispõe que são considerados concebidos na constância do casamento os filhos havidos mediante inseminação artificial, mesmo após a morte do marido, ou decorrente de implantação de embrião excedentário a qualquer tempo, reconhecendo expressamente a paternidade em caso de reprodução assistida homóloga *post mortem*, com todos os efeitos daí decorrentes. Assim, sendo considerado filho do falecido, a criança concebida *post mortem* deve ter os mesmos direitos de seus irmãos nascidos enquanto o pai era vivo¹².

Contudo, em que pese o direito de os filhos advindos de técnicas de reprodução assistida *post mortem* participarem da divisão da herança deixada pelo *de cuius*, esse direito não deve poder ser exercido *ad perpetuum*, sob o risco de estar-se prejudicando o direito dos demais herdeiros à segurança jurídica. A estipulação de um prazo para que a fertilização homóloga póstuma possa ter efeitos sucessórios torna-se preponderante para que se resguarde a segurança jurídica das relações. Depreende-se que se está diante de um caso de colisão de direitos fundamentais, consubstanciada no direito à sucessão *versus* o direito à segurança jurídica, devendo-se sopesá-los em face do princípio da dignidade da pessoa humana.

¹² FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>>. Acesso em 03 de novembro de 2010.

Desse modo, vê-se como possibilidade para solucionar a questão o instituto da ação de petição de herança, consubstanciado no artigo 1824, CC, aludindo que

Artigo 1824, CC - O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.

O aludido artigo diz respeito a qualquer herdeiro que, não tendo participado do processo de inventário e partilha dos bens deixados pelo *de cuius* tenha a possibilidade de se manifestar e reservar ou mesmo solicitar a restituição de seu quinhão hereditário, mediante a anulação da partilha realizada, uma vez que se comprove sua qualidade de herdeiro do *de cuius*. Assim, haverá mais uma hipótese de cabimento para os casos de petição de herança, a saber, aquela envolvendo o emprego de técnica de reprodução assistida *post mortem*.

Percebe-se, novamente, que a legislação não determina prazo para essa manifestação. A doutrina, entretanto, encontra-se pacificada nesse quesito, utilizando o prazo geral de prescrição do artigo 205 do Código Civil¹³, sendo contado o prazo a partir da abertura da sucessão.

Além disso, uma problemática pode ser levantada em relação a essa hipótese e trata justamente da prescrição. O Código Civil, em seu artigo 198¹⁴ traz situações em que não correm a prescrição, estando ali relatado que não corre a prescrição contra incapazes.

Em relação à incapacidade civil, o artigo 3º¹⁵ do diploma civilista trata daqueles que são considerados absolutamente incapazes para os atos da vida civil. Aqui, cabe ressaltar a diferença entre capacidade civil e capacidade sucessória. A

¹³ Artigo 205, CC - A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. PLANALTO. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em 04 de novembro de 2010.

¹⁴ Artigo 198, CC - Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;. PLANALTO. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em 04 de novembro de 2010.

¹⁵ Artigo 3º, CC - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos;. PLANALTO. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em 04 de novembro de 2010.

primeira diz respeito à aptidão para exercer por si só os atos da vida civil; a segunda é delimitada pelo não impedimento legal para herdar. Desse modo, tem-se que o concebido através de métodos de inseminação artificial *post mortem*, após o seu nascimento, embora incapaz para os atos da vida civil já deterá capacidade sucessória.

Nesse diapasão, a dificuldade trava-se novamente em torno do prazo a ser estabelecido, pois se formos aplicar o instituto retratado no artigo 1824, CC, em decorrência da incapacidade civil do filho advindo da inseminação artificial *post mortem*, poder-se-ia questionar se haveria ou não prescrição de seu direito sucessório até a sua maioridade. Resolvendo essa questão, Coelho¹⁶ assente no sentido de que a prescrição somente começaria a correr após a maioridade do seu titular, o qual teria 10 anos para ingressar com a ação de petição de herança após completar 18 anos.

Contudo, outro problema surge em relação a quanto tempo poderia levar a viúva, por exemplo, a proceder com a inseminação artificial, tendo esse embrião seus direitos sucessórios resguardados. Crê-se que deveria ser utilizado novamente o prazo do artigo 205, CC, ou seja, a viúva teria até 10 anos após a abertura da sucessão para efetivar a reprodução assistida homóloga *post mortem*. Após esse prazo, poderia ser realizado o procedimento, sem, contudo, gerar efeitos sucessórios para o conceito em relação aos bens deixados pelo *de cujus*.

Tem-se que essa é uma solução bastante apropriada, uma vez que a ação de petição de herança é o instrumento legal existente e hábil a conceder ao herdeiro preterido da herança a sua parte do quinhão hereditário. Inclusive, essa ação é bastante utilizada em casos de reconhecimento de paternidade que tenha seu trânsito em julgado somente após o óbito do progenitor.

Desse modo, pode-se utilizar a ação de petição de herança também nos casos de inseminação artificial homóloga *post mortem*, resolvendo-se a celeuma em

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Família e Sucessões**, vol.5. 3 ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva. 2010.

torno dos direitos sucessórios do conceito por meio das técnicas de reprodução assistida. Contudo, ressalva-se a necessidade de haver embriões criopreservados e a manifestação expressa do doador assentindo com a possibilidade de sua implantação mesmo após a sua morte, legitimando a reprodução assistida homóloga *post mortem*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões biotecnológicas, cada vez mais presentes na realidade jurídica, trazem inúmeras indagações ao Direito, o qual ainda não consegue encontrar respostas plenamente satisfatórias para estas novas demandas que clamam por tutela. O vácuo legislativo existente no nosso ordenamento jurídico acaba por permitir discussões antagônicas acerca da problemática que envolve a fecundação artificial homóloga *post mortem*, possibilitando as mais diversas discussões a esse respeito.

O legislador pátrio, ao assegurar os direitos referentes à paternidade do nascido mediante o uso das técnicas de reprodução assistida, avançou significativamente na proteção jurídica desses seres humanos, não restando dúvidas em relação ao seu reconhecimento pelo Código Civil. Contudo, o mesmo cuidado não foi tomado quanto aos seus direitos sucessórios, permitindo diversas posições doutrinárias em decorrência das lacunas existentes na legislação civilista e na sua flagrante contradição com a Constituição Federal.

Nesse contexto, os direitos e garantias fundamentais ganham relevante destaque, servindo como parâmetros a serem seguidos pelos operadores do Direito, concretizando-se através de princípios como o melhor interesse da criança, a paternidade responsável, o planejamento familiar, a autonomia, a liberdade, a intangibilidade da legítima, a igualdade entre os filhos, dentre outros, de forma que a hermenêutica constitucional aparece como o instrumento capaz de ajudar na

realização da efetiva concretização destas normas basilares do ordenamento jurídico pátrio. Assim, a técnica da reprodução assistida homóloga *post mortem* deve ser executada sempre pautada pelos princípios constitucionais aliados à Bioética, sob o risco de infringir deliberadamente os direitos fundamentais dos envolvidos em nome da ciência pura e de suas possibilidades irrestritas.

O problema que surge caso a criança venha a nascer após o término do processo de inventário do doador do material genético pode ser tranqüilamente solucionado de acordo com o sistema jurídico atual. Utilizar-se-á para tanto a analogia à matéria de herdeiros legítimos preteridos mediante apropriação do instituto da ação de petição de herança, com a implantação do embrião na genitora dentro do prazo prescricional de dez anos a contar do falecimento do autor da sucessão, buscando, assim, equilibrar os interesses da pessoa que se desenvolveu a partir do embrião e, simultaneamente, os interesses dos demais herdeiros.

A única certeza que se tem atualmente é a da necessidade premente de uma reforma na legislação pátria, principalmente no que tange ao direito sucessório, devendo-se determinar concretamente a possibilidade, ou não, da reprodução assistida *post mortem* e do prazo para a sua efetivação, uma vez que há possibilidade de se manter o material genético congelado por um período de tempo indeterminado. Até lá, contudo, entende-se que tal procedimento é permitido no país, garantindo-se ao nascido pela implementação das novas técnicas reprodutivas todos os direitos decorrentes do direito de família e do direito sucessório, uma vez que não pode o Direito obstar-se de tutelar os direitos envolvidos no caso concreto sob alegação de falta de legislação específica.

O trabalho se propôs, dessa forma, através do estudo da reprodução assistida homóloga *post mortem*, tratar dessa nova problemática que tanto representa para as relações sociais e para o Direito. Trazendo para o espaço acadêmico essa questão, objetivou-se uma análise de uma das novas possibilidades no campo do Direito de Família, com suas mais diversas implicações práticas, mas sempre buscando por fim a efetivação da dignidade humana proclamada pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Reprodução humana assistida e anonimato de doadores de gametas: o direito brasileiro frente às novas formas de parentalidade, in: Tereza Rodrigues Vieira (coord.). *Ensaio de Bioética e Direito*. Brasília: Consulex. 2009, p. 29-43.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Família e Sucessões**, vol.5. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 106**. Disponível em: <<http://daeth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 25 de outubro de 2010.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. **Inseminação Artificial *Post Mortem* e Seus Reflexos No Direito De Família e No Direito Sucessório**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=224>. Acesso em 27 de outubro de 2010.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>>. Acesso em 03 de novembro de 2010.

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

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Reprodução assistida e paternidade**. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=9529>. Acesso em: 19 de outubro de 2010.

GOLDIM, José Roberto. **Bioética e Reprodução Humana**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/biorepr.htm>>. Acesso em 24 de outubro de 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290>>. Acesso em: 29 de outubro de 2010.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em 10 de agosto de 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. Vol. V. 16ª Ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002 por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PLANALTO. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 25 de outubro de 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

SILVA, Flávia Ayres de Moraes e. **Direitos sucessórios dos inseminados "post mortem" versus direito à igualdade e à segurança jurídica**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1982, 4 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12042>>. Acesso em: 2 nov. 2010.