

A CONCESSÃO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO FILHO HAVIDO POR FERTILIZAÇÃO IN VITRO POST MORTEM PATERNA

OLIVEIRA, Maria Julia Soares^a ; REIS, Elisangela Baptista^b;



marajusoares@gmail.com.br
elisangela.reis@unifagoc.edu.br

^a Graduanda em Direito - Estagiária UNIFAGOV

^b Mestre em Letras- Pós-Graduada em Advocacia Cível; Graduada em Direito e Comunicação Social; Professora no UNIFAGOC

RESUMO

O presente estudo pretendeu examinar a forma de como o Código Civil trata o filho proveniente de fecundação artificial, mesmo que falecido o pai será considerado filho, mostrando que nenhum de seus artigos menciona os mesmos como titulares do direito de sucessão, por não ser nascido ou concebido no momento de abertura da herança. Uma justificativa plausível seria que filhos concebidos posterior a morte do pai não teria direito aos bens deixados do de cujus, uma vez que a constituição proíbe a discriminação, e o tratamento desigual entre semelhantes, o filho concebido por inseminação artificial deveria possuir os mesmos direitos sucessórios daqueles que foram concebidos de maneira natural. O objetivo do presente trabalho foi identificar quais são os direitos sucessórios de uma pessoa concebida post mortem,clareando o alcance teórico do direito sucessório, examinando o princípio constitucional da igualdade entre os filhos e sistematizar o posicionamento jurisprudencial acerca da inseminação post mortem. A metodologia utilizada neste projeto consiste em pesquisas bibliográficas, por se basear no levantamento de toda a bibliografia já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas e impresa escrita.

Palavras-chave: Embriões. Reprodução Assistida. Direito Sucessório. Post Mortem.

INTRODUÇÃO

Com a notável e constante evolução da ciência médica superando inúmeras barreiras, surgem várias técnicas de reprodução humana de forma artificial, possibilitando aos casais que enfrentam problemas para gerar filhos poder formar uma família utilizando os recursos disponíveis pela ciência. Nessas modalidades de reprodução artificial, é reproduzida uma quantidade elevada de embriões que podem ser criopreservados para serem utilizados em momento posterior; porém, dependendo de quando forem implantados no útero,poderão ocasionar grande repercussão na esfera jurídica. As implicações jurídicas ocorrem quando, por exemplo, o dono domaterial genético criopreservado morre, e sua esposa decide realizar a inseminação artificial *post mortem*.

O nascimento dessa criança se dará posteriormente à morte de seu genitor, gerando assim uma lide no tocante aos direitos sucessórios desse descendente.O artigo buscou analisar os avanços no ordenamento jurídico diante do desenvolvimento da medicina em relação aos novos métodos conceptivos. Após essa análise, ficou evidente que a legislação brasileira não autoriza nem proíbe a inseminação artificial, apenas

trata a questão da presunção de paternidade perante o uso da técnica após a morte. A falta de regulamentação de tal estudo faz com que surjam diversas questões a serem discutidas, principalmente em relação ao direito sucessório dos que são concebidos por inseminação artificial após a morte do genitor.

Frente a isso, surgem três correntes com posicionamentos distintos sobre o direito de suceder ou não do filho póstumo, as quais serão objeto de estudo no decorrer do trabalho. O interesse por tal tema ocorreu após uma breve análise do direito de filiação dos concebidos por inseminação artificial após a morte do genitor, os quais são considerados filhos, em igualdade com os demais.

A problemática surge a partir do momento da sucessão. O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.798, legitima para suceder apenas os filhos que forem concebidos ou nascidos até o momento da abertura da sucessão, colocando o filho que for concebido por inseminação artificial homóloga, após a morte do pai, em desigualdade em relação àqueles que já forem nascidos, indo de encontro ao princípio constitucional de igualdade entre os filhos e o próprio Código Civil, já que este reconhece os filhos concebidos por inseminação como filhos legítimos, mas não lhes dão direito de sucessão.

Portanto, tendo em vista que o Código Civil reconhece esses filhos nascidos por inseminação *postmortem* parterna como filhos legítimos, por que os mesmos ainda não possuem direito a sucessão?

O objetivo geral deste trabalho é analisar as diversas discussões com relação ao direito sucessório diante da falta de regulamentação de tal matéria no ordenamento jurídico, no que tange à sucessão dos filhos concebidos por inseminação artificial homologada após a morte do genitor. O artigo traz como objetivos específicos, apresentar e identificar princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana; verificar como eles podem ser aplicados aos herdeiros nascidos após a morte paterna; e ainda analisar leis e jurisprudências que versam sobre a sucessão dos filhos concebidos *post mortem*.

A legislação brasileira é omissa ao tratar das técnicas de reprodução humana assistidas, principalmente aquelas que envolvem o direito de sucessão dos filhos que são concebidos após o óbito do genitor, quando este não deixar expressa a sua vontade de que o nascido, após o seu óbito, tenha direito de ser herdeiro. Diante de tal lacuna, é preciso discutir o amparo que deve ser dado a essa criança e a igualdade que ela deve ter com relação aos filhos já nascidos, amparando-se em princípios constitucionais.

No primeiro capítulo, será apresentado o direito à procriação que todo ser humano possui, enquanto o segundo trará o conceito de reprodução homóloga e heteróloga, quando serão abordados os seguintes tópicos: a diferença entre os tipos de reprodução e o estudo das técnicas de inseminação artificial como hipótese de estabelecimento de paternidade. Em seguida, o princípio da igualdade entre os filhos, como a evolução do direito de família, será pontuado. No sexto capítulo, o artigo abordará os princípios constitucionais que podem garantir o direito sucessório do filho concebido *post mortem*; e, no sétimo, será apresentado o posicionamento dos tribunais.

Segundo a classificação metodológica de Almeida (2017), o estudo pode ser qualificado quanto à sua natureza como básico; quanto aos tratamentos dos dados, como qualitativo; e, quanto aos fins, como exploratório, com base em Farias Filho e Arruda Filho (2015). A pesquisa ainda pode ser definida como bibliográfica, por se

basear no levantamento de toda a bibliografia já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas e impresa escrita.

O DIREITO À PROCRIAÇÃO - o acesso à maternidade e à paternidade na era contemporânea

Com o nascimento do primeiro bebê de proveta no mundo, foram desmistificados diversos paradigmas outrora consagrados acerca da reprodução humana. O que antes seria inimaginável – um casal com problemas de fertilidade poder ter filhos biológicos – pôde se tornar realidade.

A maternidade, antes vista como dom divino, uma dádiva concedida à mulher de poder gerar e gestar a sua prole, hoje adquiriu inovadoras proporções. Da técnica da proveta aos mais avançados métodos de reprodução assistida, permitindo que o sonho de parceiros inférteis pudesse se tornar realidade.

Entretanto, o direito à procriação sofreu variadas transformações com o passar do tempo. Isso porque tal direito, em especial sob o ponto de vista religioso, sempre esteve atrelado ao casamento. Segundo Espinosa (1998, p. 23), “para os cristãos, o desejo de ter um filho próprio natural é o fim do sacramento do matrimônio”. O autor afirma ainda que, mesmo em termos jurídicos, a procriação foi, durante longo tempo, considerada como uma das finalidades do casamento, consequência natural do débito conjugal.

Com a mudança dos costumes, o advento da pílula anticoncepcional e a consequente liberação sexual intensificados, desde as últimas décadas do século passado, a sociedade avançou. Passaram, pois, a viger novos valores e o desenvolvimento científico atingiu limites nunca antes imaginados, admitindo-se a concepção artificial do ser humano, sem a presença do elemento sexual. Ainda, de acordo com Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 54), “os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família”.

Assim sendo, ao se colocar em evidência a estrutura familiar tradicional em meio às diversas inovações da ciência, permite-se compreender a família sob novas nuances. Nesse sentido, buscou-se o reconhecimento de novos direitos no tocante à concepção e à procriação, direitos estes que, embora devam ser previstos e assegurados pela legislação, não podem sofrer limitações por parte do Estado.

Heloisa Helena Barboza leciona que o “right to procreate apresenta um conteúdo negativo, isto é, que atribui ao indivíduo uma defesa contra qualquer privação ou limitação, por parte do Estado, da liberdade de escolha, quanto a procriar ou não”.

Sendo assim, entende-se que resta reconhecido, como direito humano, a livre escolha reprodutiva, estando inerente a essa escolha o momento e a forma desejados, sem qualquer interferência estatal. Entretanto, não se trata de um direito absoluto, ilimitado, o qual não encontra quaisquer barreiras. Se aos futuros pais assiste o direito ao planejamento familiar, à constituição de uma família, gerando seus filhos biológicos, ou não; aos futuros filhos, fruto desse desejo, cabem também direitos como à dignidade e à formação de sua personalidade no seio de uma família.

As formas de reprodução assistida e suas implicações no ordenamento jurídico

Com o avanço tecnológico na área médica reprodutiva, as patologias que desencadeiam dificuldade reprodutiva podem ser solucionadas em alguns casos através dos meios de reprodução assistida existentes e disponíveis para casais que delas venham a necessitar.

A reprodução assistida consiste em viabilizar a fecundação de casais que possuem dificuldade em procriar de forma convencional, podendo se dar por duas vias. A primeira delas não terá grande repercussão na seara jurídica. Nesta, o profissional médico apenas aconselha o casal a ter relações sexuais em determinados dias para conseguirem a fecundação, ocasionando então a gravidez. A segunda forma ocorre através da intervenção direta do médico, sendo este o sujeito ativo predominante para possibilitar a gestação do casal. Neste caso, eles se valem das mais altas tecnologias médicas para a reprodução humana se tornar viável, entretanto, por se valerem de formas de reprodução assistida, resultam alguns incidentes na esfera jurídica (SCALQUETTE, 2010, p. 58).

A medicina possibilitou, através das técnicas de reprodução humana assistida, que a concepção venha a ocorrer no próprio corpo da mulher que deseja a gravidez, de forma a serem realizados procedimentos clínicos que permitam essa gestação sem relacionamento sexual com o parceiro genitor. Espermatozóides preparados em laboratório por profissionais especializados são depositados no colo do útero ou até mesmo no próprio útero. Dentre todas as possíveis formas e meios de se realizar a inseminação artificial, as duas mais utilizadas pelos médicos na atualidade têm sido a injeção intracitoplasmática de espermatozoides e a fertilização *in vitro* (SILVA, 2007, p. 31).

A fertilização *in vitro* (FIV) produz certa quantidade de embriões humanos para se ter um aumento significativo de possibilidade de gravidez, porém o Conselho Federal de Medicina recomenda que o máximo de embriões a serem implantados no útero seja de apenas quatro, pois se busca evitar gestação plural, de forma que os embriões remanescentes, ou seja, os que não foram introduzidos para gestação, denominados excedentários, sejam criopreservados, o que possibilitaria a sua utilização posteriormente, em momento oportuno, pelos donos do material genético preservado. A única regulamentação existente a que se refere este assunto é a Lei de Biossegurança n° 11.105, de 24 de março de 2005, que trata de temas como células tronco embrionárias, clonagem humana e conservação de embriões. Todavia, ela nada regulamenta no que diz respeito à reprodução humana *post mortem*, que somente é possível em razão do uso dos embriões excedentários criopreservados (MARQUES, 2009, p. 57).

São inúmeros os seus desdobramentos da reprodução humana assistida, tanto na área médica, quanto no meio jurídico; porém, é nítido que todas essas técnicas viabilizam a reprodução humana que, por outro modo de concepção, não alcançaria o mesmo resultado. O emprego de reprodução assistida ocasiona impacto visível na esfera jurídica quando da aplicação dos embriões criopreservados e sua utilização *post mortem*.

Fertilização *in vitro*: homóloga e heteróloga

Dentre as mais variadas formas de reprodução humana assistida, esse método reprodutivo poderá ocorrer dentre os meios existentes, explanados a seguir.

A inseminação artificial heteróloga ocorre com a utilização do espermatozóide de um doador; este deposita seu material genético em um banco de sêmen, ou seja, ele é um terceiro totalmente desvinculado de qualquer relação com a donatária, que escolhe o doador de acordo com as suas características e as de seu companheiro. Como no ordenamento jurídico brasileiro, não há regulamentação específica para tais modalidades, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução 1.957/10, que estabelece regras para realizar tais procedimentos (BARROS, 2010, p. 37).

A segunda espécie de inseminação artificial trata-se da homóloga, na qual, para a concepção, é utilizado o material genético do próprio casal que deseja a gravidez. O sêmen e 17 óvulos pertencem aos genitores, de modo que o embrião possuirá a carga genética de seus genitores em sua totalidade. O Código Civil Brasileiro de 2002, de forma expressa, em seu artigo 1597, presume ser concebido na constância do casamento o filho nascido através da inseminação artificial homóloga, mesmo após o falecimento do marido, inclusive os que nascerem em razão da inseminação artificial homóloga proveniente do uso dos embriões excedentários. A inseminação artificial homóloga possibilita a procriação, porém, dentro do universo jurídico, surgem inúmeras implicações no que se refere à questão sucessória: teria esse filho o direito a herança? O ordenamento jurídico é claro ao dizer que a sucessão somente ocorre após a morte do *de cuius* e, com essa técnica, o nascimento do filho se daria após ter sido dado abertura a sucessão (SCALQUETTE, 2010, p. 73).

No que tange à técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*, estando expressamente prevista no artigo 1597 do Código Civil Brasileiro e ser presumida a filiação do sujeito que tiver seu nascimento através dessa forma de reprodução humana, a legislação, mesmo garantindo a filiação, é omissa em determinado requisito extremamente relevante para aqueles que se valem desse meio de procriação, pois não relatou que é indispensável a anuência do falecido para a utilização de seu material genético criopreservado no inciso III, o qual somente dispôs acerca dessa autorização no inciso V do mesmo artigo de lei. Entretanto, trata-se de espécies diversas de reprodução assistida causando efeitos diversos no ordenamento jurídico.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.957/2010, em seu inciso VIII, dispõe acerca da reprodução assistida *post mortem*, afirmando não ser ilícito o uso dessa técnica de reprodução, porém ela exigiu expressamente que, para fazer uso do material genético criopreservado do falecido, é necessária a autorização deste. Como se observa, não existe proibição no Brasil do uso de reprodução assistida homóloga *post mortem*; o único obstáculo existente é que a viúva deva ter autorização prévia do doador para fazer o uso de seu material genético (COLOMBO, 2012, p. 145).

A técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*, mesmo tendo a presunção de paternidade expressamente garantida no artigo 1.597, inciso III do Código Civil, acarreta insegurança jurídica no âmbito do direito sucessório, porque, mesmo sendo assegurada a presunção de paternidade pelo Código Civil após o falecimento do genitor, este não regulamenta a questão sucessória (SOUZA, 2006, p. 13).

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE PODEM GARANTIR O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO POST MORTEM

A Constituição como forma de resolução de conflito

Os princípios constitucionais são norteadores em todos os ramos do direito e visam garantir o pleno exercício dos direitos por todos os cidadãos. A constituição de um país é considerada sua lei básica, ou seja, é a base hierárquica de todo o sistema jurídico do país. Portanto, sempre que surgirem fatos novos que não estejam regulamentados por lei, é necessário observar e respeitar os princípios da Constituição. Sendo assim, a proibição ou não regulamentação do uso das técnicas de reprodução humana assistida fere alguns princípios constitucionais que serão demonstrados a seguir.

O Código Civil disciplina no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro o seguinte: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Gominho e Ferraz (2017, p. 1) ensinam:

O nosso ordenamento jurídico sofre com a inexistência de leis específica que tratem sobre reprodução humana, assim, fazendo com que haja o assunto enfrente intenso debate no mundo jurídico, principalmente, no tocante à inseminação póstuma. De tal forma que, não restam dúvidas de que com há uma omissão da lei sobre a inseminação “post mortem”, os princípios presentes na Constituição Federal de 1988 devem ser observados e respeitados, já que nenhuma técnica pode afrontar os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, entre outros princípios tão importantes presentes em nossa Carta Magna. Assim, a Constituição deve ser a base para a resolução de todo e qualquer conflito que possa vir a surgir em relação à inseminação “post mortem”, bem como deve servir como a base para regulamentação sobre esse tema.

Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está elencado no rol dos princípios fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. Tal princípio está relacionado com os valores que o ser humano tem e que devem ser respeitados. Sendo assim, surge a discussão acerca da possibilidade do embrião não ter direito à vida pelo fato de o seu pai não estar mais vivo; e, ainda que gerado, não poder ter direito de participar do processo de sucessão do seu pai em igualdade com seus irmãos se assim tiver:

A dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal como princípio fundamental do estado brasileiro, é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida até a sua morte. Esse princípio constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos. (KRELL, 2006).

Assim sendo, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser aplicado também de maneira extensiva atingindo a todos e também aqueles ainda que não nascidos.

É importante observar também a real motivação para utilização de alguma técnica após a morte do seu parceiro visando garantir que o filho não seja colocado em uma posição de objeto para benefício da sua genitora, visto que se trata de um ser humano, com vida e deve ser respeitado e ter seus direitos garantidos.

Princípio da igualdade entre os filhos

O princípio constitucional da igualdade entre os filhos está contido no artigo 227 §6º e preceitua que não deve existir nenhum tipo de privilégio proveniente de origem da filiação, devendo ser dado tratamento igual a todos os filhos sejam eles vindo de reprodução assistida ou adoção. Sendo assim, impedir que o filho concebido por inseminação artificial homóloga posterior a morte do genitor, de ter direito a sucessão da herança de seu pai junto com seus irmãos já nascidos o colocaria em relação de desigualdade:

[...] Tal situação não encontra guarida constitucional, ao contrário, o legislador constitucional não previu exceção, não cabendo ao legislador ordinário, tampouco ao intérprete estabelecer exceções ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos. (ALBUQUERQUE FILHO, 2006).

Assim, o filho que venha a ser gerado futuramente, mesmo que após a sua morte, deve ser definido como herdeiro necessário.

Com isso, não reconhecer os direitos daqueles concebidos por inseminação artificial, sejam eles quanto à igualdade de filiação com os outros filhos já nascidos ou não reconhecer o direito de ser herdeiro e ter direito a herança de seu pai já falecido, viola o princípio constitucional da absoluta igualdade que deve ser dada aos filhos.

FORMAS DE GARANTIA DE DIREITOS HEREDITÁRIOS AOS EMBRIÕES

Considerando o direito fundamental à herança previsto no artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), bem como o princípio da igualdade entre os filhos, disposto no artigo 227, § 6º, do diploma constitucional, nascendo o filho após a morte do genitor, terá este os seus direitos hereditários garantidos, podendo usufruir deles por intermédio da sucessão testamentária, bem como pela sucessão legítima.

Prole eventual

O artigo 1.799 do Código Civil (BRASIL, 2002) dispõe que os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão, podem ser chamados a suceder.

O § 4º do artigo 1.800 do CC (BRASIL, 2002) estipula o prazo de dois anos para que seja concebido o herdeiro esperado. O testador, contudo, possui a possibilidade de alterar o prazo de espera, consoante o mesmo § 4º do artigo 1.800.

A principal discussão se dá a respeito da possibilidade do testador favorecer o seu próprio descendente por meio do instituto da prole eventual, isso porque a lei exige que a pessoa indicada pelo testamento esteja viva no momento da abertura da sucessão.

Por outro lado, argumenta-se que, se o testador pode atribuir a sua herança à prole eventual de terceiro, poderá também atribuí-la à sua própria prole. Maria Berenice Dias (2019, p. 468) defende que, “apesar de a lei exigir que esteja viva a pessoa indicada como genitor quando da abertura da sucessão, [...] não há como impedir que sejam beneficiados os filhos eventuais do próprio testador”.

Isto posto, o instituto chamado de prole ou filiação eventual pode ser utilizado para nomeação do herdeiro via testamento. Contudo, “por se tratar de mera

liberalidade do testador, não protege totalmente os direitos da criança" (DIAS, 2014, p. 1).

Inobstante, esse não é o único meio de se garantir tais direitos, posto que há a possibilidade da substituição fideicomissária, ainda se tratando de sucessão testamentária, além da petição de herança na sucessão legítima.

O fideicomisso

A substituição fideicomissária é uma estipulação testamentária em que o testador constitui uma pessoa como legatário ou herdeiro, mas impõe que, uma vez verificada certa condição, deverá transmitir a outra pessoa, por ele indicada, o legado ou a herança. Caduca o fideicomisso se o fideicomissário morrer antes de realizar-se a condição resolutória. Essa substituição somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador, consoante dispõe o artigo 1.952 do CC (BRASIL, 2002). Dessa forma, o fideicomisso se trata de mais uma forma que o autor da herança pode se valer para beneficiar pessoas ainda não nascidas no momento da abertura da sucessão.

A petição de herança

Conforme analisado, ausente pacificação no que concerne a legitimidade sucessória do embrião criopreservado implantado após a morte do genitor.

Apesar disso, o já mencionado Enunciado nº 267 da III Jornada de Direito Civil, expressa a extensão da vocação hereditária aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo a sucessão hereditária da pessoa humana a nascer, submetendo-se estes às regras previstas para a petição de herança (BRASIL, 2005, p. 69).

Assim, uma vez implantado o embrião no útero e sobrevindo o nascimento com vida, pode o filho nascido após a morte do seu genitor, ingressar judicialmente, por meio de uma petição de herança, para reclamar os seus direitos sucessórios. Helena Soares Souza Marques Dias (2014, p. 2) explica que pode este "ingressar com ação de investigação de paternidade, de maneira autônoma ou cumulada com a petição de herança, a fim de estabelecer a pré-condição de hereditariedade".

O artigo 1.824 do CC (BRASIL, 2002) estabelece a permissão ao herdeiro, 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". Somente se inicia a contagem do prazo prescricional quando aquele que anteriormente era embrião passar a ser relativamente incapaz, ou seja, aos dezesseis anos de idade, por exemplo. A partir deste momento inicia-se o prazo prescricional de dez anos para o ingresso da ação de petição de herança, conforme dispõe o artigo 205 do CC (BRASIL, 2002).

JULGADOS SOBRE A INSEMINAÇÃO POST MORTEM

Não foram encontrados jurisprudência concedendo direito sucessório ao filho concebido através da concepção in vitro. Há apenas julgados relacionados à questão da paternidade, não abordando sobre a questão sucessória. A seguir um desses julgados:

AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1330010-2, DA VARA CRIMINAL, FAMÍLIA E SUCESSÕES, INFÂNCIA E JUVENTUDE E JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DA COMARCA DE GUARATUBA-PR.AGRAVANTE: J.V.M.S., representado neste ato por sua genitora C.M.S.AGRAVADOS: L.K.R. e A.E.N.R.RELATÓRIO CONV.: JUIZ DE DIREITO SUBST. EM 2º GRAU, DR. MARCEL GUIMARÃES ROTOLI DE MACEDO, EM SUBS. À DES. IVANISE MARIA TRATZ MARTINS.AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE POST MORTEM C/C PETIÇÃO DE HERANÇA DECISÃO QUE INDEFERIU A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM SEDE DE PRIMEIRO GRAU. PLEITO DE RESERVA DE QUINHÃO HEREDITÁRIO. INTERESSE DE MENOR. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.(TJPR - 12ª Cível - AI - 1330010-2 - Guaratuba - Rel.: Marcel Guimarães Rotoli de Macedo - Unânime - - J. 02.03.2016).

Em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o recurso foi parcialmente deferido, com o fim de que seja efetivada a penhora no patamar de 1/3 (um terço) do rol dos bens inventariados do Espólio. Em relação ao consentimento, esse não deve ser presumido, deve ser expresso e de forma escrita segundo preceitua a Jurisprudência do Tribunal do Distrito Federal:

DIREITO CIVIL. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. RESOLUÇÃO 1.358/92, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. 1. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cuius para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 2. "No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-lo" (a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina) 3. Recurso conhecido e desprovidos. (TJ-DF- EIC:20080111493002, Relator: CARLOS RODIRGUES, Dta de Julgamento: 25/05/2015, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 18/06/2015. Pág.:82)

Para a utilização do sêmen criopreservado para inseminação artificial post mortem está condicionada à manifestação expressa do doador como já citado. O mesmo Tribunal de Justiça em outra decisão entendeu que o mero fato de o de cuius ter guardado material genético não significaria uma aceitação expressa para uma inseminação post mortem. Por falta de disposição legal expressa, presumir o

consentimento do de cujus caracterizaria violação ao princípio da autonomia da vontade segundo os julgadores:

AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM.¹ Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, § 1º, do CPC. 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, por quanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor.³ Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. (Acórdão n.º 820873, 20080111493002APC, Relatora: NÍDIA CORRÊA LIMA, Relator Designado: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: GETÚLIO DEMORAES OLIVEIRA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/09/2014, Publicado no DJE: 23/09/2014, p. 139)

Atualmente, em solo nacional, a única regulamentação específica sobre reprodução assistida é a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1358 de 1992, a qual não possui força de lei. Tal Resolução admite a criação de embriões apenas para fins reprodutivos e proíbe o descarte ou destruição de embriões excedentes.

DISCUSSÕES DOUTRINÁRIAS QUANTO AOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO FILHO CONCEBIDO POSTMORTEM

A inseminação artificial post mortem é um tema aberto em nossa legislação e, portanto, se aplica às mais diversas interpretações. A questão polêmica é justamente através da reprodução artificial para determinar as qualificações legais dos nascidos, esta reprodução artificial ocorre após a morte do falecido. Quanto aos efeitos da fecundação artificial *post mortem*, há três posições doutrinárias diferentes. Albuquerque Filho (2006, p. 12) e Eduardo de Oliveira Leite (2012, p. 110) trazem o seguinte:

Quanto à criança concebida por inseminação postmortem, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no do direito das sucessões. Nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão(...).⁴ Solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação post mortem.

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (2010, p. 65) expõe o seguinte:

Não se pode excluir da participação nas repercussões jurídicas, no âmbito do direito de família e no direito das sucessões, aquele que foi engendrado com intervenção médica ocorrida após o falecimento do autor da sucessão, ao argumento de que tal solução prejudicaria ou excluiria o direito dos outros herdeiros já existentes ou pelo menos concebidos no momento da abertura da sucessão. Além disso, não devem prevalecer as assertivas que privilegiam a suposta segurança no processo sucessório.

Guilherme Calmon (2017, p. 733) trata sobre o assunto:

Alguns autores têm sustentado que a parte final do artigo 1.718, do Código de 1916, admite a disposição testamentária em favor de prole eventual própria quando o testador, prevendo a possibilidade de vir a falecer antes da concepção da criança, confecciona seu testamento referindo à prole dele próprio, o artigo 1.799, inciso I, admite o chamamento, na sucessão testamentária, dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que tais pessoas estejam vivas à época da abertura da sucessão.

Ainda há uma questão relevante a ser tratada, no que diz respeito à fixação do prazo para a utilização, pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente, do material genético criopreservado. Uma vez que o sêmen pode ficar por vários anos criopreservado, antes de ser utilizado, sendo altamente prejudicial à ordem jurídica a espera indefinida de uma possível prole. Desta forma, caberia ao autor da sucessão quando manifestou a sua vontade por documento autêntico ou por testamento fixar o prazo de espera do nascimento dos filhos, o prazo por sua vez não deve ser superior a dois anos previstos para concepção da prole eventual de terceiro, ou, caso não havendo prazo previamente estabelecido aplicar-se, por analogia, o prazo constante do art. 1.800, § 4º, do Código Civil, ou seja, de dois anos a contar da abertura da sucessão. (Albuquerque Filho, 2006, p. 20)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou demonstrado nesse trabalho, que a evolução da medicina, da ciência e tecnologia, não foi acompanhada pelo direito, sendo esses vazios preenchidos por dúvidas e debates, como é o caso dos direitos sucessórios dos filhos concebidos por inseminação artificial homóloga post mortem, ao buscar pelo direito igual de concorrer na sucessão legítima da herança do ascendente já falecido.

Atualmente, a Constituição Federal oferece às famílias o direito ao livre planejamento familiar sem interferência do Estado nas decisões, devendo apenas assegurar proteção e garantias. Como também, os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade entre os filhos e do melhor interesse da criança. Porém, esses princípios são violados ao permitir que o filho concebido por outro meio, receba tratamentos diferentes.

O Conselho Federal de Medicina trata da infertilidade como um problema que afeta diversos casais, procurando assim, buscar sempre novas possibilidades de realizar a reprodução assistida, para que mais pessoas possam usar esse recurso.

Assim, surgiu a reprodução assistida post mortem, que é feita após a morte do marido que possuía a inseminação como um projeto parental com a esposa, deixando o seu consentimento expresso para a utilização do material genético.

Porém, como visto, o Código Civil de 2002 tem deixado essas evoluções de lado, já que se limitou a mencionar no art. 1.597 que o filho concebido por inseminação artificial homologa post mortem é considerado filho gerado na constância do casamento. O que acaba por divergir com o art. 1.798 do mesmo código, que explana que somente são capazes de suceder, aqueles nascidos ou concebidos até o momento da abertura da sucessão.

Como mencionado no decorrer do trabalho, há os que entendem que o art. 1798 do Código Civil não menciona sobre a concepção que deve ocorrer para ter o direito sucessório garantido, devendo assim ser interpretado de maneira que possa garantir de ambos os casos, como uterina ou em laboratórios.

Porém, no caso do uso do material genético após a morte, há muitas divergências por ser uma situação complexa, já que o embrião não está preconcebido ao momento da abertura da sucessão. Contudo, essa prática já é realizada pelos médicos, está mencionada no Código Civil, não podendo assim ser excluída de concorrer na sucessão legítima do ascendente já morto. Não permitir que ele receba, é uma contradição com os princípios constitucionais, como também, não respeitando o art. 227, §6º da Constituição Federal, que trata da isonomia entre os filhos.

A linha doutrinária que entende que os filhos concebidos por meio da técnica post mortem não devam concorrer na sucessão legítima, baseiam-se no argumento de que, a petição de herança, que seria proposta por esse filho, gera insegurança jurídica. Em compensação, conceder esses direitos, fortalece o princípio do livre planejamento familiar e isonomia entre os filhos.

Diante ao que foi exposto, é visível que o filho concebido por inseminação artificial homologa *post mortem*, deva ter todos os seus direitos garantidos, já que é um método realizado excepcionalmente. Sendo o projeto de lei mencionado no trabalho, um grande passo para a solução dos problemas estudados e questionados, atendendo aos envolvidos.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcante. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**. Revista Brasileira de Direito de Família[online] 2010.
- ALMEIDA, M. B. **Noções básicas sobre metodologia de pesquisa científica**. Universidade Federal de Minas Gerais, 2017.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Brasília, DF, 1993.
- BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Planejamento familiar. Brasília, DF.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1998. Brasília, DF.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1998. Brasília, DF. DIAS, Helena Soares Souza Marques. A reprodução humana assistida homóloga *post mortem*: uma análise à luz do Direito Sucessório brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 69 n. 4069, 22 ago. 2014.

BARBOZA, Heloísa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Coord. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 157

BARBOZA, Heloísa Helena . Já podemos dispensar o pai? *apud* BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução assistida homóloga post mortem e o direito a sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado nº 267. III Jornada de Direito Civil. Brasília, 2005.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o Direito Sucessório. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e dignidade humana**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. 976 p. Revista, atualizada e ampliada.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. 1056 p. Revista, atualizada e ampliada.

ESPINOSA, Jaime. **Questões de bioética**. São Paulo: Quadrante, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2011.

FARIAS FILHO, M. C. ; ARRUDA FILHO, E. J. M. **Planejamento da pesquisa científica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2017.

GOMINHO, Leonardo Barreto Ferraz; FERRAZ, Ana Angélica de Sá Laranjeira. **Inseminação artificial post mortem**. O direito do Nascituro após o prazo 30 estabelecido a prole eventual. São Paulo, 04 Mar. 2017

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006.

LEI DE BIOSSEGURANÇA. Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: maio 2022.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **COMENTÁRIOS AO NOVO CÓDIGO CIVIL: DO DIREITO DAS SUCESSÕES**. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003. LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Rafaela Lourenço. Embriões excedentários: pesquisa com embriões excedentários e o princípio da dignidade da pessoa humana, em face da lei de biossegurança. **Revista CEJ**, 2009, v. 13, n. 45, abr./jul. 2009.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Andressa Corrêa. **Reprodução assistida: da realização do projeto parental ao risco da mercantilização do ser humano**. Universidade de Santa Cruz do Sul -UNISC, 2007

SILVA, Rodrigo Alves. **A fórmula da saíne no direito sucessório**, 2013.

SOUZA, Janice Bonfiglio Santos Souza. **A reprodução humana assistida frente ao direito de família e sucessões**, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0/DF.