

REPRODUÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA “*POST MORTEM*” E OS SEUS REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO

Nathália Pinna do Amaral Rodrigues⁹

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar as diversas formas de reprodução artificial nas relações homólogas, que são aquelas cujo material genético pertencem ao casal que almeja a concepção de um filho. No entanto, diz respeito especificamente às fecundações ocorridas após a morte do cônjuge (*Post Mortem*). Os principais questionamentos que surgem quanto à concepção após a morte do genitor, por meio da reprodução assistida, são as concernentes aos direitos sucessórios do concebido e este estudo abrangerá seus efeitos na esfera jurídica das sucessões, tendo em vista a ausência de regulamentação do assunto.

Palavras-chave: Reprodução Assistida, Homóloga, Inseminação Artificial, Inseminação In Vitro, Gestação por Substituição, Direito Sucessório, *Post Mortem*.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the different forms of artificial reproduction in homologous relationships, which are those whose genetic material belongs to the couple who want to conceive a child. This kind of relationship concerns specifically the fertilization that occur after the death of the spouse (*Post Mortem*). The main questions that arise about this assisted reproduction are those related to the succession rights of those conceived. This study addresses its effects in the legal sphere of successions, in view of the lack of regulation on this subject.

Keywords: Assisted Reproduction, Homologous, Artificial Insemination, In Vitro Insemination, Pregnancy by Substitution, Right of Succession, *Post Mortem*.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca abordar a problemática que envolve a evolução humana através da técnica de reprodução homóloga “post mortem” e suas implicações no âmbito jurídico para o nascido por esse meio.

Com a possibilidade de conservação dos materiais genéticos coletados, tornou-se exequível a fecundação em momento a ser escolhido pelo casal que se submeterá à técnica. Diante disso é perfeitamente possível a fecundação do material genético e implantação do embrião após a morte do

doador do sêmen, e este é estudo deste trabalho, a reprodução assistida após a morte do doador do material genético especificamente nas relações homólogas e o direito sucessório do concebido em relação ao genitor falecido.

Atualmente esse procedimento só é permitido sob a condição de autorização prévia e específica, deixada pelo falecido (RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017, nº 2.168). Abordaremos o direito sucessório do concebido através desse método, as condições e consequências decorrentes

⁹Bacharel em Direito pela Fundação Educacional Serra dos órgãos – UNIFESO. Advogada.

dessa relação, uma vez que não há legislação que regule tal fato.

A bioética trata do estudo pormenorizado do agir do homem frente aos avanços no campo das ciências da vida, tecnologias e saúde, em ponderação com princípios morais e éticos (DINIZ, 2007, p.10). Enquanto que o biodireito surge para frear os efeitos dos avanços médico-científicos, é a positivação jurídica do conjunto de normas ético-morais voltada para as ciências da vida, ou seja, positivação dos princípios fundamentais da Bioética.

Vale destacar, ainda, as legislações que tratam alguns pontos pertinentes ao tema do presente trabalho, como por exemplo a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, a Lei de Biossegurança 11.105/2005 e a Resolução do Conselho Federal de Medicina 2.168/2017.

A problemática gera discussão doutrinária e jurisprudencial, uma vez que não há legislação específica que sedimente tais direitos. Parte da doutrina entende que este nascituro, ao nascer com vida, é detentor de todos os direitos inerentes à filiação, enquanto que outros doutrinadores entendem apenas que este terá o reconhecimento do vínculo de paternidade, posto que a concepção se deu por expressa autorização do falecido (COLOMBO, 2012, p. 169).

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HUMANA

A reprodução humana assistida é o conjunto de formas denominadas “artificiais” de se conceber, ou seja, são intervenções médicas no processo reprodutivo. Atualmente a medicina conta com uma gama tecnológica para auxiliar os procedimentos, que poderão ser feitos tanto dentro quanto fora do útero a ser implantado o embrião.

Os métodos utilizados para concepção artificial são inseminação artificial, fecundação “in vitro” e gestação por substituição ou Cessão temporária de útero. Já as técnicas para realização dos procedimentos são denominadas: reprodução assistida homóloga, reprodução assistida heteróloga e reprodução assistida post mortem.

Para melhor entendimento, basicamente o que diferencia a técnica homóloga da heteróloga é que naquela o material genético masculino utilizado é do marido/companheiro da mulher em que serão implantados os gametas, enquanto que na técnica heteróloga o material genético masculino provém de terceiros, doadores anônimos.

2. PRINCÍPIOS NORTEADORES- BIOÉTICA E BIODIREITO.

A bioética e o biodireito andam necessariamente juntos com os direitos humanos. Surgiram da necessidade de regular a vida social a partir das inovações científicas e objetivam romper a sobreposição do avanço científico modernista ao respeito da dignidade da pessoa humana.

A Bioética faz parte do ramo da filosofia moral, e possui duas faces, são elas: o discurso e a prática. Por Bioética entende-se a aplicação da ética puramente teórica, no campo das ciências da vida e da saúde, a partir da reflexão de valores morais de uma determinada sociedade, trás reflexões acerca do bem e do mal, do certo e do errado, sempre com o condão de solucionar os conflitos éticos concretos. Uma espécie de balança onde se pesa o conhecimento médico e o valor humano (GAMA, 2003. p. 104).

No que se refere ao tema deste artigo, a bioética vem acrescentar no que tange aos limites éticos do profissional em relação a reprodução medicamente assistida.

Além disso é importante traçar a diferença entre ética e moral. Enquanto a ética é universal e abstrata, a moral se refere aos grupos determinados, muitas vezes por estabelecer ligação com a cultura local,

costumes, tradições de lugares específicos, etc (GAMA, 2003, p. 1050).

Diante de todas as questões atuais, é a moral algo subjetivo para cada indivíduo e, na ausência de legislação pertinente, é que vem sendo publicadas algumas resoluções médicas, como por exemplo a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, onde dispõe critérios éticos e funcionais para a realização da Reprodução Assistida.

O Biodireito é definido como o ramo do direito que trata da teoria e da legislação relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da biologia, biotecnologia, biogenética, biomedicina e da medicina (ARNAUD, 1999. p. 76).

Esse princípio surge com o fito de limitar, regular e ponderar o direito à liberdade científica assegurada no Art. 5º, IX, CRFB/88 e os direitos fundamentais, dentre eles a vida, Art.5º, caput, CRFB/88, e a privacidade, Art.5º, X, CRFB/88, e havendo conflitos com a livre expressão da atividade científica se sobreporá o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, contido no Art.1ª, III, CRFB/88.

Segundo (AGUIAR, 2005, p. 6) o Biodireito é caracterizado pela sua multidisciplinariedade, por ser formado por quatro esferas do conhecimento: direito,

filosofia, medicina e tecnologia, mas, conforme prescreve (DINIZ, 2007, p. 11) possui como fontes imediatas a bioética e a biogenética.

Em geral as problemáticas que envolvem o biodireito e a bioética tem repercussões polêmicas por tratarem de questões afetas a moral e a modificação de determinados costumes.

É um complexo de normas capazes de regular a atividade da biotecnologia de modo geral, e especialmente na Reprodução Assistida.

3. ASPECTOS LEGISLATIVOS DA REPRODUÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM

A respeito do direito sucessório do filho nascido post mortem, os direitos assegurados no ordenamento jurídico brasileiro, a jurisprudência, as normas e as resoluções infra legais é que balizam as decisões do judiciário nos casos concretos (REVISTA SÍNTESE DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2011, n. 65, p.7). Entretanto, a ausência de regulamentação específica desacompanha a realidade social. À propósito, em 09 de março de 1999 foi proposto pelo senador Lúcio Alcântara um projeto de lei a fim de regulamentar e fixar normas para a realização da reprodução assistida, além de delimitar regras acerca de questões decorrentes desse instituto. Ocorre que em 28 de fevereiro de 2007 o referido

projeto de lei foi arquivado sem motivos plausíveis aparentes. (BRASIL, PL SENADO nº 90, 1999, <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304>)

3.1 CÓDIGO CIVIL 2002

O código civil de 2002 reconhece a existência do instituto em análise, pois o cita em alguns de seus dispositivos, como por exemplo o Art.1.597, III disciplinando algumas poucas situações acerca da reprodução assistida homóloga post mortem.

No que se refere à técnica realizada após a morte do pai, podemos observar o artigo 1.597, III, CC, que inclui os nascidos por meio dessa técnica na presunção filial. Além de ratificar, juntamente com o art.1.596,CCB, a equiparação dos filhos disposta no artigo 227, §6º, CRFB/88. (BRASIL, Código Civil, Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Art. 1.596).

O art.1.798 do código amplia o rol dos herdeiros quando legitima os nascituros a suceder, pois só considera capaz de herdar os nascidos ou concebidos à época da abertura da sucessão. (BRASIL, Código Civil, Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Art. 1.798)

Em compensação não atinge os conceptuos, os filhos que por ventura poderão ser concebidos através da técnica da reprodução assistida homóloga post

mortem. É importante destacar que a prole eventual, ou seja, os conceptuos, estão submetidos à regra do art.1.799, I, CC, que disciplina a sucessão testamentária, o que quer dizer que legalmente é imprescindível que o testador indique e destine bens à futura prole. Porém, o artigo condiciona esse direito ao nascimento do filho no momento da abertura da sucessão. O §4º do art.1.800, CC, indica o prazo de dois anos para que o futuro herdeiro seja concebido, sob pena de perder os bens reservados para os herdeiros legítimos, ou seja, os filhos já nascidos na época da abertura da sucessão, que diga-se de passagem são filhos igualmente. Ora, o mesmo diploma que assegura a equiparação filial e a realização da técnica de reprodução assistida homóloga post mortem, diferencia a forma de herdar e impõe prazo decadencial de uma expectativa de direito. (BRASIL, Código Civil, Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Art. 1.799, I)

Devido a isso conclui-se que o código civil de 2002 não desautoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas procura solucionar alguns problemas decorrentes da realização da técnica. Desta forma, não soluciona integralmente, e no intuito de resolver acaba por contradizer alguns pontos e omitir outros.

3.2 ENUNCIADOS 104, 106, 129 DA I JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CJF E 267 DA III JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CJF

Corroborando a máxima latina: “*mater semper certa est et pater is est quem nuptiae demonstrant*” (a maternidade é sempre certa, a paternidade é presumida), foi fixado o entendimento elaborado o enunciado nº 104 da I jornada de direito civil, o qual determina que no emprego da técnica de inseminação artificial heteróloga, a presunção é determinada pela manifestação expressa ou implícita do marido ou companheiro. (BRASIL, Jornada de direito civil, 2007).

Outrossim, no que se refere ao emprego da técnica homóloga, o Enunciado 106 do CJF pode-se observar que a linha de entendimento do CJF (BRASIL, Jornada de direito civil, 2007) condiciona a existência de dois requisitos, são eles: a condição de viúva, ou seja, a necessidade dos cônjuges terem formalizado a união, e a autorização expressa deixada pelo marido. Vale destacar que o requisito que se refere à “a condição de viúva”, deve ter seus efeitos estendidos aos casos de união estável formalizada, ou seja, a mesma regra valerá para a companheira sobrevivente, acompanhada do consentimento do companheiro (COLOMBO, 2012. p.163).

O enunciado nº 129, é uma proposta legislativa que trata dos casos em que a

gestante, ou seja, mãe substituta, cria problemas em relação a entrega do produto da concepção à mãe de direito, que é a doadora do material genético ou que, planejando a gestação, tenha se valido do uso de material de terceiros, na forma heteróloga.

O enunciado nº 267, que também versa sobre questões relativas à reprodução assistida, faz menção à questão sucessória dos embriões, determinando que sejam estendidos os efeitos da vocação hereditária. No entanto, frise-se que a questão patrimonial deverá submeter-se às regras de petição de herança, arts. 1.824 a 1.828, CC, não sendo, portanto, uma transmissão automática, uma vez que o concebido deverá pleiteá-la através deste instituto (BRASIL, III JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2005)

3.4 RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA Nº 2.168/2017

A Resolução vigente vem sedimentando algumas questões, dentre as quais destacamos as seguintes: A idade limite para doação de gametas é de 35 anos para as mulheres e 50 anos para os homens. A idade limite para que a mulher se submeta à alguma técnica de reprodução assistida será de até 50 anos, e as regras se estendem às mulheres que servirão como útero de substituição.

Também dispôs regras relativas a quantidade de embriões a serem implantados de cada vez, a depender da idade da receptora, sendo portanto: mulheres até 35 anos: até 2 embriões; mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; O número de embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro. (RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017, nº 2.168)

Após a implantação e resultado positivo de gravidez múltipla, fica terminantemente proibida qualquer técnica que vise reduzir os embriões implantados com sucesso.

No que diz respeito à técnica assistida *post mortem*, a única consideração abordada foi no sentido de que a técnica somente será realizada mediante autorização prévia específica do falecido(a). A referida autorização diz respeito ao consentimento deixado pelo de cujus, que será abordado no tópico 5.3.

A referida resolução tenta preencher uma lacuna existente na legislação brasileira, que não tem lei específica para a prática da reprodução assistida, entretanto, não possui força legal, apenas ético-disciplinar.

4- CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA POST MORTEM NO DIREITO SUCESSÓRIO

A evolução genética no campo da medicina trouxe como consequência o desencadeamento de vários questionamentos jurídicos, e, sendo assim, coube a ciência do direito se adaptar a esses novos fatos.

Nessa esteira, indaga-se por exemplo qual direito sucessório será cabível ao concebido postumamente? Ou então, será possível a diferenciação filial após a igualdade estabelecida na Constituição de 1988? E ainda se haverá a possibilidade de um filho se ver na condição de não-herdeiro? (COLOMBO, 2012, p. 169) Todas essas perguntas espelham a insegurança jurídica que pairou sobre os operadores do direito no que concerne a este tema, e é o que vamos detalhar a seguir.

4.1 DA ABERTURA DA SUCESSÃO

A sucessão é o instituto jurídico que cuida da transferência da titularidade dos bens de uma pessoa após seu falecimento. A sucessão inicia-se com a morte, isso é o que dispõe o princípio de *saisine*, (GONÇALVES, 2012, p.65) segundo o qual o domínio e a posse da herança deixada pelo *de cuius* é transferida de forma automática, conforme podemos observar no texto legal contido no art. 1.784, CC:

“Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

4.2 DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Podemos entender por vocação hereditária a ordem sucessória adotada pelo ordenamento jurídico, destinado a estabelecer os herdeiros dos bens do *de cuius*. (COLOMBO, 2012, p. 206)

A vocação hereditária divide-se em sucessão legítima e sucessão testamentária. A primeira envolve os herdeiros necessários e/ou os facultativos. Enquanto que a testamentária depende da expressa declaração do falecido por meio do testamento. Logo, herdeiro legítimo é o apontado pela lei, e, herdeiro testamentário é o nomeado por testamento. (TARTUCE, 2013, p. 23)

A maior problemática pertinente à vocação hereditária e o tema do presente trabalho diz respeito a não inclusão do concepturo no rol dos herdeiros necessários. Parte da doutrina, legislação e jurisprudência entendem que o concebido post mortem somente poderá integrar a sucessão se contemplado no testamento. Desta forma, em alguns casos o concepturo só será considerado herdeiro se estiver incluído na forma testamentária.

Ocorre que tal prática acaba por violar alguns princípios constitucionais, como a igualdade entre os filhos e isonomia.

4.2.1 Da sucessão legítima- análise dos arts. 1.829 e 1.798 do código civil de 2002

A sucessão legítima é a determinada legalmente, e trata dos herdeiros denominados necessários e facultativos.

Os necessários são os apontados nos incisos I, II, III e IV do art. 1.829 do código civil. Como herdeiros facultativos podemos citar os colaterais até o 4º grau e, para parte da doutrina, o companheiro. (TARTUCE, 2013. p.270)

No inciso II do Art. 1.829, o legislador determinou que estarão aptos a suceder os descendentes.

No entanto, o Art. 1.798 excepciona que pessoas concebidas no momento da abertura da sucessão também serão legítimas a suceder.

É importante destacarmos a diferença entre concepturo e nascituro. O concepturo é o produto genético ainda não implantado/fecundado, ou seja, é um potencial nascituro. Enquanto que o nascituro é o produto da concepção já implantado/fecundado e se encontra em formação dentro do útero.

Muito embora, uma vez nascido o produto da concepção da reprodução assistida *post mortem* seja considerado descendente, enquanto concepturo não está incluído neste rol, o que afasta a segurança de seus direitos sucessórios pela vocação hereditária legítima.

4.2.2 Da sucessão testamentária- análise dos arts. 1.799, I e 1.800 do código civil de 2002 e o instituto do Fideicomisso

De acordo com (MENEZES, 2018), “a sucessão testamentária é conduzida pelo testamento, sendo um princípio de direito sucessório o respeito à vontade do extinto. O testamento pode contemplar herdeiros, que sucedem a título universal, e legatários, que sucedem a título singular.”

E, ainda de acordo com o professor citado, “testamento é negócio jurídico solene pelo qual alguém, nos termos da lei, dispõe de seus bens, no todo ou em parte, para depois de sua morte.”

No que se refere ao tema deste artigo, alguns doutrinadores indicam 2 institutos regulados pelo código civil, para contemplar o concepturo em testamento, são eles: o instituto da disposição em favor de prole eventual, contido no art.1799, I (BRASIL, Código Civil, Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Art. 1.799, I) e o instituto do Fideicomisso, regulado nos arts. 1.951 ao 1.960 do Código civil. (TARTUCE, 2013, p. 28)

Na disposição em favor de prole eventual, a disposição testamentária é feita diretamente e, de forma especificada, ao concepturo, e após a partilha deverá o juiz indicar curador ou administrador para o bem confiado, de acordo com o caput do art.1.800, CC.

O Art.1799, I, CC nos remete a uma corrente adotada por parte da doutrina que entende somente ser possível a sucessão do concebido post mortem pela via testamentária. Como adepta desta corrente podemos citar Maria Helena Diniz, quando afirma:

Filho póstumo não possui legitimação pra suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu pai genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou ab intestato. Poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca for a vontade do doador do sêmen de transmitir a herança ao filho ainda não concebido, manifestada em testamento. (DINIZ, 2008, p.527)

No entanto, vale atentar-se ao fato de que o produto da concepção deverá ter nascido ou ao menos já estar concebido no ventre materno à época da abertura da sucessão, o que exclui a aplicação nos casos de Reprodução Assistida Post Mortem, uma vez que a abertura da sucessão opera-se no momento do evento morte e este será concebido a posteriori. Desta forma concluímos não ser aplicável o dispositivo 1.799, I e 1.800, caput ao concebido post mortem.

Já o instituto do fideicomisso se trata de uma transmissão sucessória concomitante, plenamente cabível a sucessão do concebido após a morte do testador, conforme podemos observar pela leitura do Art. 1.952 do código civil.

No Fideicomisso temos a figura do fideicomitente (testador), fiduciário (beneficiário imediato) e o fideicomissário (o beneficiário cuja sucessão se resolverá após o termo ou condição estabelecida pelo testador).

O fiduciário difere do curador do art. 1.800 do Código civil, que só administra. Além disso, o fiduciário pode se tornar proprietário pleno se o fideicomissário não nascer, conforme Art. 1.958, CC.

4.3 DO CONSENTIMENTO DO DOADOR NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA

O consentimento expresso do cônjuge, para realização da técnica reprodutiva, é questão intrigante entre os doutrinadores e as regras sedimentadas no ordenamento, vejamos:

No artigo 1.597 do código civil, o inciso III (BRASIL, Código Civil, Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Art. 1.593, III) dispõe sobre a presunção de filiação nos casos do emprego da técnica homóloga *post mortem*, mas é omissa quanto ao consentimento do doador do material

genético para a realização da técnica. Enquanto que no inciso V do mesmo artigo (BRASIL, Código Civil, Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Art. 1.596, V), o legislador determinou expressamente a necessidade da autorização do marido na técnica heteróloga, para que o concepturo seja presumido seu filho. (COLOMBO, 2012, p. 144)

Ademais, é bom destacar que a Lei de Biossegurança também não trata do consentimento do cônjuge na reprodução assistida homóloga.

Porém, atualmente é necessário que o cônjuge homem exteriorize sua permissão para que ocorra uma eventual fecundação póstuma em sua esposa/companheira, mas isso é determinado pela Resolução do conselho federal de medicina, que não possui força legal. (RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017, nº 2.168)

Além disso, como já vimos no tópico 4.2, há entendimento sedimentado pelo Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de direito civil, quando lavrou o enunciado nº 106 que determina a obrigatoriedade da condição de viúva e possua a autorização escrita deixada pelo marido falecido. (COLOMBO, 2012, p. 146)

Acentua-se que, além dos diplomas mencionados, tramita junto à Câmara dos

Deputados, projeto de lei que trata do tema do presente trabalho, e, inclusive, inclui a condição do consentimento informado pelo falecido. No entanto, não exaure a questão, visto que não cuida de outras implicações relativas ao instituto, como por exemplo, eventuais direitos sucessórios.

Existe divergência doutrinária acerca da exigibilidade da autorização prévia do falecido, porém, majoritariamente os juristas tomam por necessária a autorização prévia. De acordo com Rolf Madaleno é necessário o consentimento expresso daquele que depositou seu material genético junto à Clínica especializada, entretanto, também vale como prova de manifestação de vontade, alguma eventual disposição testamentária ou documento que exteriorize nesse sentido. (MADALENO, 2011 apud COLOMBO, 2012, p. 147)

Ainda podemos apontar o entendimento de Maria Helena Diniz que, em concordância com a legislação espanhola, expõe sua opinião no sentido de exigir, por instrumento público ou testamento, a anuência do marido. (DINIZ, 2008, p. 527)

4.3.1 Inseminação artificial homóloga post mortem com o consentimento expresso deixado pelo marido

De acordo com Cristiano Colombo, podemos elencar 3 situações hipotéticas sobre o consentimento a ser deixado pelo

falecido, a primeira delas diz respeito ao emprego da técnica da reprodução assistida homóloga *post mortem* com o consentimento expresso deixado pelo falecido.

Quando a técnica da reprodução assistida *post mortem* tiver sido realizada com a anuência expressa do marido, não há maiores complicações, uma vez que estarão cumpridos os requisitos indicados no enunciado do conselho da justiça federal, além de também estarem de acordo com as normas indicadas na resolução do conselho federal de medicina. (COLOMBO, 2012, p. 161)

4.3.2 Inseminação artificial homóloga *post mortem* sem consentimento e sem oposição deixada pelo marido

Como já exposto acima, nos casos em que não há o consentimento expresso deixado pelo marido ou companheiro, o Conselho Federal de Medicina e o Conselho da Justiça Federal posicionam-se contrariamente à realização da técnica reprodutiva.

Entretanto, Cristiano Colombo cita alguns fundamentos embasadores para que a realização da técnica seja permitida e a paternidade seja estabelecida sem a expressa autorização, (COLOMBO, 2012, p. 164) são eles: A constitucionalização do direito privado, como forma de garantir a aplicação do princípio da dignidade da

pessoa humana; Outro fundamento seria a ausência da exigência expressa pelo código civil de 2002, do consentimento do falecido, diferente da norma estabelecida para a inseminação artificial heteróloga, e como o que não é proibido é permitido, segundo o princípio da legalidade, pode-se entender que o que a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir - "ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus", (SÃO PAULO, CR 3577755300)- desta forma, por não haver amparo legal que obrigue a formalização do expresso consentimento, conclui-se pela realização da reprodução assistida e pelo estabelecimento da paternidade. (COLOMBO, 2012, p. 165)

Acrescenta-se também, a importância de viver em sociedade e pensar coletivamente, ressaltando a importância do bom acolhimento ao concepturo a ser gerado. Colombo destacou a relevância da evolução tecnológica andar em compasso com o avanço social, moral e jurídico, de modo que a aceitação aos procedimentos disponibilizados atualmente conte com menos burocracia.

Além dos fundamentos citados, devemos considerar a igualdade de filiação assegurada constitucionalmente (BRASIL, Constituição Federal, 1988, Art.227); o princípio do melhor interesse do menor (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 13 de Julho de

1990, Art.3º); o princípio da solidariedade, no sentido de reconhecer a condição de vulnerável e cooperar para desenvolvimento da pessoa humana; E por fim, destaca o critério biológico decorrente dessa relação, que exprime o projeto do casal.

Pode-se presumir que, depositar seu material genético em uma clínica destinada a criopreservação espermática seja por si só prova de que o falecido já tenha externado sua vontade de procriar através da técnica artificial, o que invoca, inclusive, o princípio “*non venire contra factum proprio*” (JUSBRASIL, O que é venire contra factum proprio?, 2008). Ademais, enquanto casal, é assegurado pela Constituição Federal o princípio do planejamento familiar no §7º do art.226, e §2º do art.1.565 do código civil.

4.3.3 Inseminação artificial homóloga post mortem com manifestação expressa de oposição

Nos casos de oposição expressa deixada pelo *de cuius*, é consolidado entendimento contrário à realização do procedimento de reprodução assistida, bem como o estabelecimento da filiação.

Há quem intitule a realização da reprodução assistida nessas condições de “adultério casto”.

A realização da reprodução assistida nessas condições feriria o princípio da

dignidade da pessoa humana, uma vez que não estaria de acordo com a vontade do doador do material genético. Também ofenderia o princípio da eticidade, boa-fé, socialidade, tendo em vista estimularia atos ilícitos, fraudulentos, e contrários à vontade do falecido. Outrossim, não estaria em consonância com o princípio da operabilidade, que, por sua vez, preza o avanço tecnológico de acordo com as normas da bioética e do biodireito. (COLOMBO, 2012, p. 167)

É importante salientar que, mesmo se tratando de fraude, tendo a técnica atingido seu fim com sucesso, e o concepturo nascido com vida, parte da doutrina entende estar assegurada a aplicação do princípio do melhor interesse do menor, contida na Constituição Federal.

Na opinião de Cristiano Colombo, nessa hipótese não caberia o estabelecimento da filiação. (COLOMBO, 2012, p. 168)

Já para Fábio Ulhoa Coelho, mesmo nesses casos, deve ser admitido o reconhecimento da paternidade, aplicando-se a teoria do risco, pelo fato de que, uma vez submetido à técnica de fertilização assistida homóloga, o homem assume o risco de ter seu material genético utilizado e ser pai. E além disso, na opinião do referido doutrinador, os filhos concebidos teriam direito ao reconhecimento da paternidade,

uma vez que não poderiam ser atingidos pela fraude cometida por terceiros. (COELHO, 2011 apud COLOMBO, 2012, p. 148)

4.4 DO DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO APÓS A MORTE NO CÓDIGO CIVIL 2002

A divergência doutrinária no que diz respeito ao direito sucessório do concebido post mortem se dá em razão da ausência de legislação específica para regular o assunto.

Há quem entenda que o filho concebido pela reprodução assistida post mortem não possui nenhum direito sucessório, em virtude do Art. 1.798 do código civil.

É importante frisar que, de acordo com esses posicionamentos, um filho, nascido enquanto ambos os pais estão vivos, é considerado herdeiro legítimo, enquanto outro filho, nascido através de inseminação artificial após a morte do pai, seria, no máximo considerado herdeiro testamentário (Revista Síntese Direito de Família n.65, Julho de 2011, p.7), uma vez que deverá constar expressamente os bens que o serão destinados. Essa problemática viola a equiparação da filiação assegurada pela Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002.

O concepturo de que trata o tema do presente trabalho deveria ser considerado um herdeiro legítimo, uma vez que, através

da técnica homóloga, é filho biológico do falecido e lhe é garantido o direito ao reconhecimento filial. Entretanto, não o é, visto que, ao tempo da abertura da sucessão, ainda não adquiriu a personalidade civil, de acordo com artigo 2º do código civil/2002 ((BRASIL, Código Civil, Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Art. 2º). Sendo, somente, considerado herdeiro, ao tempo da abertura da sucessão, caso tenha sido incluído no testamento do falecido, ou seja, como herdeiro testamentário.

Saliente-se que, o ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina e a jurisprudência brasileira posicionam-se de forma majoritária pelo não acolhimento da sucessão legítima do concebido post mortem, ou seja, entendem que esse concepturo será considerado tão somente herdeiro testamentário. Temos como adeptos dessa teoria, por exemplo, Eduardo Oliveira Leite (LEITE, 2004 apud COLOMBO, 2012, p. 223) e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. (HIRONAKA, 2007, apud COLOMBO, 2012, p. 223)

Ademais, vale informar que o entendimento da impossibilidade jurídica de sucessão legítima do concebido post mortem, também é o posicionamento da maior parte dos diplomas estrangeiros, como o código civil argentino.

(ARGENTINA, CÓDIGO CIVIL, 2015, artículo 3.290)

O código civil italiano possui entendimento idêntico ao adotado no Brasil, assim como na França e na Suíça. (ITÁLIA, CODICE CIVILE, 1865, art. 462)

Em Portugal é vedada a inseminação artificial post mortem, contudo, caso ocorra, à criança serão garantidos todos os direitos inerentes à filiação e à sucessão.

Outro ponto relativo ao direito sucessório do concebido post mortem no Brasil, é a aplicação do art. 1.952 do código civil através do instituto do Fideicomisso.

Pode-se entender por fideicomisso a disposição testamentária do testador, beneficiando pessoas não nascidas ao tempo do testamento ou da abertura da sucessão, por meio de substituição sucessória.

Segundo Rafael de Menezes “é uma espécie de substituição onde o substituto não herda no lugar do substituído, mas após o substituído, beneficiando pessoas não concebidas ao tempo da morte do testador”. (MENEZES, 2018)

Vale ressaltar que a regra da vocação hereditária na sucessão testamentária para a prole eventual, art.1799, I, não se confunde com o instituto do Fideicomisso, apesar de muito parecidos.

Essa prole eventual mencionada pela lei pode já

existir ou não quando da abertura da sucessão. Ela refere-se a filhos concebidos antes ou depois do testamento, antes ou depois da morte. Não existindo ainda essa prole, por um período mais ou menos longo, os bens desse quinhão deverão ficar sob guarda provisória. Há ainda uma partilha provisória que depois poderá transformar-se em definitiva. Há ainda o problema de saber de quantos filhos se constituirá essa prole. Essa provisoriedade poderá perdurar por tempo indeterminado. Deve o patrimônio cabente à prole eventual ficar sob o guarda provisória de um administrador, que o vigente código denomina curador, que se nada o impedir, poderá ser o pai ou a mãe da futura prole, uma vez que os pais administram, por lei, os bens dos filhos menores, tendo seu usufruto legal. (VENOSA, 2007, p.188)

Saliente-se que o §4º do art.1.800 estabelece o prazo de dois anos para a concepção do herdeiro esperado, não tendo o falecido disposto de forma diversa no testamento, sob pena dos bens reservados serem redistribuídos aos demais herdeiros.

4.5 DA OPONIBILIDADE DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CONCEBIDO POST MORTEM EM INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA - Novo herdeiro, Herdeiro Aparente e Terceiro

O concebido post mortem é tido por alguns doutrinadores como “o novo herdeiro”, e, conforme art.1.824 e 1.973 do código civil, poderá requerer o rompimento do testamento para garantir seu direito sucessório, exceto nos casos em que o testador tenha disposto de sua metade disponível.

Nessa esteira, a doutrina também indica a figura do “herdeiro aparente”, que se trata daquele que em algum momento expectou herdar, contudo, ao tempo da abertura da sucessão não adquiriu tal direito. Ou ainda, pode-se entender como herdeiro aparente, aquele que possui de boa-fé a posse de algum bem do falecido, entretanto, não deveria.

Já o “terceiro”, que é aquele que celebrou negócio jurídico com o “herdeiro aparente”, e se subdivirá em: terceiro de boa-fé e terceiro de má-fé. No que diz respeito ao primeiro, o bem alienado pelo herdeiro aparente, onerosamente, para o terceiro, configurará direito adquirido, não devendo a restituição ao “novo herdeiro”. Enquanto que, em se tratando do terceiro de má-fé, caberá a este a restituição dos bens ao “novo herdeiro”, conforme

entendimento de François Gorphe. (COLOMBO, 2012, p. 238 e 239)

4.6 A NECESSÁRIA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Atualmente não há, em nível de instrumento normativo, lei especial para dar solução às questões que envolvem o tema do presente estudo, sobretudo as implicações sucessórias do concebido *post mortem*, limitando-se apenas as normas já estabelecidas no código civil 2002, as disposições ético-disciplinares regulamentadas pelo Conselho Federal de Medicina, a Lei de Biossegurança nº 11.105/2005 e os enunciados das jornadas de direito civil do CJF.

Há que se mencionar que tramita junto ao Senado Federal o projeto de lei nº 90/1999, que visa regulamentar as técnicas de reprodução assistida, mas não supre todos os detalhes da temática, além de, atualmente, encontrar-se arquivado. (BRASIL, PL SENADO nº 90, 1999, <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304>)

A divergência doutrinária a respeito desse tema gira em torno da aceitação e não aceitação da possibilidade de procriar após a morte. E por essa razão, existem basicamente duas correntes. (AGUIAR, 2005)

Os contrários à realização de técnicas *post mortem*, baseiam suas ideias no princípio da paternidade responsável e do melhor interesse da criança, uma vez que este concepturo já está fadado à nascer órfão, e, isso não é, num primeiro momento, interessante para o desenvolvimento do menor.

Além disso, alegam que por muitas vezes, a busca por procriar postumamente pode estar travestida de interesse emocional, no que diz respeito ao sentimento de perda abatido no cônjuge sobrevivente, ou interesse patrimonial, nesses casos o filho seria buscado como um meio e não como um fim, o que fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para a outra parte da doutrina não há empecilhos de natureza moral, mas tão somente legal, visto que a ausência de norma regulamentadora atinge diretamente o fruto da técnica reprodutiva, qual seja: o concepturo.

Tais doutrinadores afastam o fundamento de que o procedimento fere o princípio da paternidade responsável, uma vez que atualmente não é incomum encontrarmos famílias monoparentais. Além disso, muito se discute acerca do consentimento a ser deixado pelo finado, o que implica a realização ou não da referida técnica e a contemplação ou não do concepturo na sucessão patrimonial.

Entendo que, no que se refere ao direito sucessório, o herdeiro esperado deveria ser considerado herdeiro legítimo necessário, assim como são os filhos já concebidos e nascidos. A diferenciação estabelecida entre os filhos viola diretamente o princípio constitucional da equiparação filial, o que já a torna inconstitucional.

Ante o exposto, conclui-se que a omissão legislativa gera insegurança jurídica e desse modo, a sugestão majoritária é pela promulgação de uma lei especial que regule o tema, em todas as suas vertentes, e, inclusive, no que atenta ao direito sucessório do concebido *post mortem*, e que enfim o direito acompanhe de forma digna a evolução da sociedade ou proíba a prática da reprodução assistida homóloga *post mortem*.

5 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico pátrio infelizmente não acompanhou a evolução das técnicas médicas. Como pôde ser analisado este tema possui muitas vertentes e não se esgota apenas sob o enfoque forense. É bem verdade que leis não são perfeitas, mas a ausência delas torna a resolução dos casos concretos mais tormentosa e insegura do ponto de vista jurídico.

Não foram exauridas juridicamente todas as nuances que envolvem a

reprodução assistida *post mortem*, ao contrário, muitas dúvidas ainda pairam sobre o mundo forense no que se refere aos efeitos após a morte de um doador de material genético, como por exemplo: em qual momento se inicia a vida? Os embriões criopreservados são considerados nascituros, são capazes de possuírem direitos sucessórios como os demais herdeiros? É possível um concebido após a morte ter resguardados direitos como nome e filiação, e, não possuir direitos sucessórios?

Diante dessa situação, até o momento podemos destacar que o estudo da Bioética e do Biodireito possuem enorme importância no que diz respeito à reprodução humana assistida *post mortem* pois se trata de assunto polêmico a depender do ponto de vista ético, moral, cultural e etc.

Devemos refletir sobre a vulnerabilidade que se encontram os concebidos por esta técnica. O direito brasileiro não pode admitir que haja tratamento desigual entre filhos, nem tampouco minoração aos direitos garantidos pelo princípio constitucional da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal.

Enfim, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, não há que se discriminar um filho pelo simples fato dele

não ter sido gerado da maneira natural/tradicional.

Importante destacar, todavia, a urgência na elaboração de uma legislação em consonância com o estágio atual dos avanços médico-científicos e, levando em conta, ainda, os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, adequando-se, desta forma, o ordenamento jurídico, para a solução deste e outros conflitos desenvolvidos em face das técnicas de reprodução assistida.

Concluimos que é extremamente necessária a formulação de diretrizes legislativas para o deslinde de questões jurídicas sobre reprodução assistida e seus efeitos. Portanto, entende-se que o caminho para a resolução da problemática não é a simples negativa do direito sucessório ao concebido *post mortem*, em razão da ausência de legislação.

Os interesses dos concepturos, independentemente da forma como serão gerados, devem ser garantidos. Enquanto o poder legislativo não elaborar lei que discipline de forma adequada as técnicas de reprodução humana assistida, entendemos que o direito sucessório dessas pessoas deva ser protegido e interpretado à luz da Constituição Federal de 1988. (JUS, REFLEXOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST

MORTEM NO ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO, 2018)

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. Direito à Filiação e a bioética. Rio de Janeiro, Forense, 1ª ed, 2005.

ARNAUD, André-Jean. Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

BRASIL, Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina. <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>

COLOMBO, Cristiano. Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima- Porto Alegre: verbo jurídico, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: família, sucessões. São Paulo. Saraiva., 2011.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito- 4. Ed. Ver. E atual conforme a Lei n. 11.105/2005- São Paulo; Saraiva, 2007.

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.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das Sucessões. São Paulo, Vol 4, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões. São Paulo; Revistas dos tribunais, 2007, p.124 APUD COLOMBO, Cristiano. Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões. São Paulo; Forense, 2004, vol.21, p.110 APUD COLOMBO, Cristiano. Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2012.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro; Forense, 2011. Apud Revista Síntese Direito de Família n.65, Julho de 2011.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil 6, Direito das sucessões. 6 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, forense. São Paulo, Método, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil; Direito das sucessões, 7 ed. São Paulo, Atlas, 2007

SITES CONSULTADOS

I JORNADA DE DIREITO CIVIL. Enunciado 104; Acesso em 21-10-2018 Disponível em:

<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/735>

I JORNADA DE DIREITO CIVIL.

Enunciado 106; Acesso em 21-10-2018
Disponível em

<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>

III JORNADA DE DIREITO CIVIL.

Enunciado 267; Acesso em 21-10-2018:
<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>

11º Relatório do Sistema Nacional de
Produção de Embriões (SisEmbrio).pdf
(Versão 1.0)

Projeto de Lei do Senado nº 90 de 1999;
Acesso em 21-10-2018 Disponível em:
http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304

Direito das Sucessões Profº Rafael de
Menezes Acesso em: 21-10-2018
Disponível em:
<http://rafaeldemenezes.adv.br/aula/direito-das-sucessoes/aula-9-6/>

Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP -
Apelação Com Revisão : CR 3577755300
SP. Acesso em 21-10-2018 <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6897872/apelacao-com-revisao-cr-3577755300-sp>>

Estatuto da Criança e do Adolescente.
Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em 21-10-2018.

Vedações de comportamento contraditório/
comportamentos excludentes entre si.
Disponível em:

<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/20745/o-que-e-venire-contra-factum-proprium>

Acesso em 21-10-2018

ARGENTINA, Código civil. Buenos Aires.
Disponível em:

http://campus.usal.es/~derepriv/refccarg/ccargent/libro4_secc1_titulo1al5.htm#titulo1

Acesso em: 21-10-2018

ITÁLIA, Codice Civile, Milano. Disponível
em: <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-secondo/titolo-i/capoo-ii/art462.html>

Acesso em 21-10-2018.

Disponível em

<http://rafaeldemenezes.adv.br/aula/direito-das-sucessoes/aula-12-5/> Acesso em: 21-10-2018

Disponível em:

http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304 Acesso em: 21-10-2018

Reflexos da inseminação artificial
homóloga post mortem no âmbito do direito
sucessório Acesso em 21-10-2018

<<http://jus.com.br/artigos/23960/reflexos-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-no-ambito-do-direito-sucessorio/4>>