

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE-UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS-CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

CRISTIANE DIAS DE MELO

A FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* E SEUS EFEITOS NO ÂMBITO
SUCESSÓRIO

4446101

SOUSA

2011

CRISTIANE DIAS DE MELO

A FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* E SEUS EFEITOS NO ÂMBITO
SUCESSÓRIO

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior.

SOUSA

2011

CRISTIANE DIAS DE MELO

A FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* E SEUS EFEITOS NO ÂMBITO
SUCESSÓRIO

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior.

BANCA EXAMINADORA:

Data de Aprovação: 31 de maio de 2011.

Professor Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior
Orientador

Professora Esp. Monnizia Pereira Nóbrega
Examinadora

Professora Esp. Petrócia Marques Moreira Sarmento
Examinadora

Este trabalho é dedicado, primeiramente a Deus, à minha mãe Lenira, à minha irmã Crismere, a meu esposo Bruno e ao meu filho Daniel.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, eu agradeço a Deus, por sua infinita bondade e misericórdia na minha vida, sempre estando ao meu lado, me dando forças para superar todas as dificuldades que se tem apresentado, principalmente por ter me dado coragem para concluir este curso.

Agradeço a minha mãe, Lenira, mulher determinada e de muita coragem a qual sempre será uma referência na minha vida que, com muito esforço, me deu a oportunidade de estudar e de realizar o sonho de estar me formando.

Agradeço ao meu esposo Bruno, pelo carinho e cumplicidade, por estar ao meu lado me apoiando em tudo o que faço.

Agradeço ao meu filho Daniel, um presente que Deus tem me dado para tornar os meus dias mais cheios de alegria.

Com muito carinho, também agradeço à minha irmã Crismere, uma amiga que sempre esteve ao meu lado.

Rendo meus agradecimentos ao meu avô João Batista, já falecido, por todo o carinho e orientação que me deu durante a minha vida.

Com muita satisfação agradeço a meu orientador Admilson Leite, que disponibilizou seu tempo para ajudar-me na feitura deste trabalho.

Ao final agradeço a todos os meus amigos, em especial a Danielly Batista, Mariana Trindade, Mayara Sousa e Tayrine Girlane, amizades construídas durante o decorrer deste curso, e mesmo distantes sempre ficarão presentes em minha memória.

Enfim, por todos aqueles que de uma forma ou de outra fazem parte da minha vida e me apóiam em todos os momentos.

“Eis que os filhos são a herança do SENHOR, e o
fruto do ventre o seu galardão”.

(Salmos, 127: 3)

RESUMO

O desenvolvimento da medicina e da biotecnologia proporcionou o surgimento da reprodução humana assistida, que através da utilização de técnicas especiais, possibilitam que muitas pessoas acometidas pela infertilidade gerem descendentes. Como a fecundação na reprodução assistida se dá por meios artificiais, a mesma também poderá ser realizada após a morte de um ou de ambos os doadores da carga genética conservada, caracterizando-se a chamada fecundação artificial *post mortem*. Portanto, o presente trabalho monográfico é centrado na possibilidade de um filho concebido após a morte de seu genitor, por métodos de reprodução humana assistida, vir a adquirir direitos sucessórios. A opção metodológica reside no método dedutivo, utilizando-se o método monográfico exegético jurídico de procedimento, fazendo-se uso da pesquisa bibliográfica. Discorrer-se acerca das diversas técnicas de reprodução assistida, apresentando-se conceitos, destacando os seus procedimentos e diferenças. Abordar-se a questão do Direito das Sucessões no ordenamento jurídico brasileiro, analisando-se as diferentes formas de sucessão, bem como os tipos distintos de herdeiros elencados pela legislação. Analisar-se também como é tratada a fecundação artificial no Código Civil, apontando-se a carência legislativa em relação às inovações biotecnológicas. Procurar-se-á esclarecer o que é fecundação artificial póstuma, apontando-se as divergências doutrinárias a respeito do uso deste método de concepção, analisando-se a possibilidade ou não do indivíduo assim gerado vir a adquirir direitos sucessórios. Como resultado, resta evidente ser possível a habilitação do concebido *post mortem* na ordem de vocação hereditária de seu genitor, uma vez que a lei civil deve ser interpretada de acordo com a Constituição Federal, observando-se seus princípios, como o da dignidade da pessoa humana e da igualdade plena entre os filhos, proibindo-se qualquer distinção e discriminação entre os mesmos. Concluir-se-á também que é necessária uma legislação específica que regulamente a utilização das técnicas de reprodução assistida, especialmente a que trate dos direitos das crianças geradas pela fecundação póstuma.

Palavras chaves: Reprodução assistida. Direito Sucessório. Fecundação artificial póstuma.

RESUMEN

El desarrollo de la medicina y la biotecnología proporciona la aparición de la reproducción humana asistida, que a través de la utilización de técnicas especiales hacen posible que muchas personas afectadas por la infertilidad produzcan descendencia. Como se produce la fertilización en la reproducción asistida por medios artificiales, también se puede hacer después de la muerte de uno o ambos de los donantes de la carga genética mantenida, que caracterizan a la inseminación artificial, llamada post-mortem. Por lo tanto, esta monografía se centra en el análisis de posibilidad de un hijo concebido después de la muerte de su padre, por métodos de reproducción humana asistida, llegado a adquirir los derechos de herencia. La metodología consiste en el método deductivo, utilizando los métodos y procedimientos de la exégesis jurídica monográfico, haciendo uso de la literatura. Se trata de discutir sobre las diferentes técnicas de reproducción asistida, la presentación de conceptos, procedimientos y poner de relieve sus diferencias. Aborda la cuestión de la Ley de Sucesión en el sistema jurídico brasileño, analizando las diferentes formas de sucesión y los diferentes tipos de herederos que figuran en la legislación. Se trata de examinar también la forma en que se trata de inseminación artificial en el Código Civil, señalando la falta de legislación en relación a las innovaciones biotecnológicas. Por último, este documento trata de aclarar lo que es la inseminación artificial póstuma, señalando las diferencias doctrinales con respecto al uso de este método de diseño, análisis de la posibilidad o no de la persona así generada llegado a adquirir los derechos de herencia. Como resultado de ello, sigue siendo evidente que la posible activación de la autopsia concebido en el orden de la vocación hereditaria de su padre, ya que la ley civil debe ser interpretado conforme a la Constitución Federal, la observación de sus principios como la dignidad humana la igualdad humana y plena de los niños, que prohíbe toda distinción y la discriminación entre ellos. También concluimos que hay una necesidad de una legislación específica para regular el uso de técnicas de reproducción asistida, especialmente los destinados a los derechos de los niños generados por fecundación póstuma.

Palabras clave: Reproducción asistida. Leyes de Sucesión. Póstuma inseminación artificial.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC - Código Civil

CF - Constituição Federal

CFM - Conselho Federal de Medicina

FIV - Fertilização *in vitro*

GIFT - Transferência Intra-tubária de Gametas

ICSI - Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóides

PL - Projeto de Lei

RA - Reprodução Assistida

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA	12
2.1 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	13
2.2 GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO	16
2.3 CLONAGEM	18
2.4 CRIOPRESERVAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO E EMBRIÕES	19
3 O DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO	21
3.1 SUCESSÃO: CONCEITO, ABERTURA E TRANSMISSÃO DA HERANÇA	21
3.2 CAPACIDADE SUCESSÓRIA	24
3.3 ESPÉCIES DE SUCESSÕES E DE SUCESSORES	27
4 A FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM E O DIREITO SUCESSÓRIO	31
4.1 A FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL NO CÓDIGO CIVIL	31
4.2 A NECESSIDADE DE UMA REGULAMENTAÇÃO LEGAL SATISFATÓRIA ...	34
4.3 A FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POS MORTEM</i>	36
4.4 O DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO <i>POST MORTEM</i>	39
5 CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

O desejo em deixar descendentes faz-se presente na grande maioria das pessoas, principalmente entre os casais, tendo em vista que através da reprodução garante-se a continuidade da espécie, preservando-se a vida na terra. No entanto, algumas pessoas não apresentam a capacidade natural de produzir descendentes, devido a diversas causas que acarretam a infertilidade ou a esterilidade. Então, para possibilitar que estas pessoas possam gerar filhos, surgiu a reprodução assistida, que pelo uso de métodos artificiais pode proporcionar a homens, mulheres e até mesmo a pessoas já falecidas, a capacidade de gerar descendentes.

Com o avanço científico e o surgimento da reprodução humana assistida, muitos casais que sofrem com o drama da infertilidade e esterilidade podem alcançar a maternidade e a paternidade. Entretanto, a utilização de tais métodos artificiais tem provocado muitos questionamentos de cunho moral, ético, religioso e jurídicos, sendo mais acirradas as discussões quando se trata da possibilidade de indivíduos vierem a existir mediante a fecundação artificial homóloga após a morte de um dos doadores do material genético.

O ponto central da problemática do presente estudo é averiguar se pode ser conferido direito sucessório ao filho advindo de fecundação homóloga post mortem, e assim, se deve ser dado ou não tratamento diferenciado entre o filho já vivo ou concebido e o filho que está para nascer, pelo fato de este ter sido concebido por técnica de reprodução assistida após a morte do genitor.

A apreciação do direito sucessório dos filhos gerados na situação em comento faz-se necessária mediante os conflitos que suscita, haja vista que não há uma normatização adequada do tema em discussão, pois o Código Civil disciplina superficialmente da matéria, reconhecendo o direito de filiação dos filhos gerados por métodos artificiais, mas não trata da existência dos direitos sucessórios desses filhos. Dessa forma, a escolha de se estudar o tema em análise justifica-se pela polêmica que o mesmo causa no meio jurídico, em virtude de não existir uma legislação clara e precisa a respeito do assunto, nem uma corrente jurisprudencial concreta e segura acerca da questão, nem tampouco um posicionamento unânime na doutrina.

No presente trabalho, objetiva-se analisar se há possibilidade ou não de serem conferidos direitos sucessórios aos filhos advindos de fecundação artificial homóloga póstuma, como também examinar as divergências doutrinárias acerca deste método de concepção no direito sucessório e apontar a necessidade de uma legislação específica que

regulamente o uso da reprodução humana assistida, especialmente a que trate dos direitos dos havidos de fecundação artificial *post mortem*.

Para a realização deste estudo monográfico empregar-se-á como metodologia de abordagem o método dedutivo, em virtude de a pesquisa partir de uma premissa geral para um caso específico. Com relação ao método de procedimento utilizar-se-á o monográfico (pois o estudo do tema escolhido obedecerá à metodologia selecionada) e o exegético jurídico (tendo em vista que se fará uma análise da legislação relativa ao tema em estudo). Quanto à técnica de pesquisa far-se-á uso da bibliográfica, pois o estudo terá como base: livros, artigos científicos, a Constituição federal, o Código Civil, a Resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, o Projeto de Lei n. 1.184/2003 e os Enunciados do Conselho de Justiça Federal.

Como forma de explicitar a pesquisa realizada, estruturar-se-á o trabalho em três capítulos: inicialmente, tratar-se-á acerca da reprodução humana assistida, explicando-se as principais técnicas de reprodução artificiais mais utilizadas, apresentando-se os conceitos, destacando-se os procedimentos e diferenças entre os diversos métodos.

Em seu segundo capítulo, abordar-se-á sucintamente sobre o direito sucessório brasileiro, mencionando-se as principais normas gerais aplicáveis à sucessão, como as que regem a abertura da sucessão, o momento da transmissão da herança e as que regulam a capacidade sucessória. Posteriormente, discorrer-se-á sobre as formas de sucessão previstas, como a legítima e a testamentária, bem como os tipos de herdeiros elencados na legislação.

No terceiro capítulo analisar-se-á como é tratada a fecundação artificial no Código Civil, discutindo-se os dispositivos legais que tratam da matéria e a necessidade de regulamentação específica e atualizada para tratar da questão. Por fim, procurar-se-á esclarecer o que vem a ser fecundação artificial póstuma, apontando-se as divergências doutrinárias a respeito do uso deste método de concepção, analisando-se a possibilidade ou não do indivíduo assim gerado vir a adquirir direitos sucessórios.

2 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A grande maioria das pessoas, principalmente os casais, tem desejo em deixar descendentes, sendo a reprodução um objeto essencial da vida e elementar para a constituição da família, um dos pilares do direito desde a antiguidade. Assim, pela reprodução a vida se conserva na terra, e os seres imortalizam-se através de seus descendentes, sendo a reprodução a lei de preservação da vida na terra.

A biologia define a reprodução como uma função através da qual os seres vivos produzem descendentes, dando continuidade à sua espécie. Essa reprodução pode efetuar-se de duas formas: assexuada, onde há a formação de indivíduos a partir de um único indivíduo, sem que haja a fusão de gametas (células reprodutoras de ambos os sexos); e a reprodução sexuada, que ocorre a formação de novos indivíduos da mesma espécie pela fusão de dois gametas.

Como etapa da reprodução, especificamente a sexuada, atua a fecundação ou fertilização, que nos seres humanos é a fusão dos gametas masculino e feminino, isto é, o processo em que o espermatozóide penetra no ovócito, durante o processo de reprodução, dando origem a um novo ser humano. Gonçalves (2009, p. 291) comentando a respeito da reprodução define que o vocábulo fecundação “consiste na fertilização do óvulo pelo espermatozóide”.

Segundo Lopes (2008, p. 663) “dos aproximadamente 300 milhões de espermatozóides lançados na ejaculação, apenas cerca de duzentos atingem a tuba uterina, e só um fecunda o ovócito”. Com a entrada do espermatozóide no ovócito, este se fecha, impedindo a penetração de outros espermatozóides. Após toda esta etapa, “aproximadamente 30 horas da fecundação” (LOPES, 2008, p.670), inicia-se o processo de desenvolvimento embrionário de um novo ser.

Muitas vezes, por diversas causas biológicas ou físicas, o espermatozóide não consegue chegar ao óvulo ou fecundá-lo, não havendo a possibilidade de ocorrer a fecundação pelas vias normais, e esgotados os tratamentos terapêuticos, quer seja por ineficácia ou ineficiência dos métodos na solução do problema da infertilidade, a ciência genética oferece aos casais algumas técnicas que visam alcançar a procriação.

É justamente nessas situações que atua a reprodução assistida, quando os casais não alcançam a procriação pelo sistema tradicional da união sexual entre homem e mulher.

Dias (2006, p. 302), comentando sobre a reprodução assistida enfatiza que a mesma “permite a geração da vida, independentemente do ato sexual, por método artificial, científico ou técnico”. Sendo assim, pode-se afirmar a R.A. consiste na utilização de técnicas médicas com o objetivo de facilitar o processo de reprodução humana, quando da infertilidade do casal ou de um de seus membros.

As principais técnicas de reprodução assistida podem ser classificadas em inseminação artificial, podendo esta ser homóloga ou heteróloga (de acordo com a origem dos gametas), a fecundação *in vitro* e as chamadas “mães de substituição”, vulgarmente conhecido como “barriga de aluguel”. A clonagem também pode ser considerada um tipo de reprodução assistida, tendo em vista que a mesma não deixa de ser a reprodução de um organismo com interferência tecnológica.

No Brasil, o Código de Ética Médica (Resolução nº. 1957/10), prevê que as técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, prevendo também normas éticas para a utilização de tais técnicas, somente se devendo recorrer à reprodução assistida quando outras técnicas terapêuticas tenham sido tentadas e resultarem ineficazes e desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

2.1 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A inseminação artificial é uma espécie da reprodução assistida, em que há o colhimento do material genético masculino por processo mecânico e posterior introdução no órgão reprodutor feminino para facilitar a fecundação. Neste tipo de técnica a fecundação é intracorpórea (*in vivo*), pois a mesma ocorre dentro da cavidade uterina, com a introdução de um ou ambos os gametas no interior do canal genital feminino.

Silva (2009, *apud* Gonçalves, p. 292), define que “a inseminação artificial, consiste na introdução de gameta masculino, por meio artificial, no corpo da mulher, esperando que a própria natureza faça a fecundação”. Assim, como nos demais métodos de reprodução assistida, na inseminação artificial, a fecundação é obtida sem o relacionamento sexual, pois são utilizados recursos mecânicos para o recolhimento do sêmen e sua posterior introdução no interior do útero da mulher.

Também é utilizado o termo “fecundação artificial” para designar a inseminação artificial, mas não é muito correto, em virtude de a fecundação ocorrer somente após a inseminação, como também a fecundação artificial pode se dar tanto dentro (inseminação) ou fora do corpo da mulher (fertilização *in vitro*). Além disso, o processo biológico de fusão entre os gametas não é artificial, mas natural, apenas é artificial o método por onde se procura facilitar o encontro entre o espermatozoide com o óvulo para tornar possível a fecundação.

Cerca de 40% dos casos de casais que recorrem a alguma técnica de reprodução assistida decorrem de infertilidade masculina e cerca de outros 40% dos casos são devidos à infertilidade feminina (RIGO, 2009). São principais causas de infertilidade masculina: a ausência ou o baixo número de espermatozoides, em decorrência da falha na produção destes nos testículos ou devido à obstrução em algum canal no aparelho genital; diminuição da velocidade de deslocamento dos espermatozoides, o que impossibilita o encontro dos mesmos com o óvulo e a fecundação deste último; alteração na forma morfológica dos espermatozoides, interferindo na capacidade de penetração no óvulo; e dificuldade no coito, seja por distúrbio na ejaculação, seja por impotência.

Já a infertilidade feminina, por sua vez, tem como principais causas: falta de ovulação, devido a alterações hormonais que podem fazer com que o crescimento folicular não ocorra corretamente; obstrução tubária, o que impossibilita o encontro dos espermatozoides com o óvulo; alterações no útero, como miomas, infecções, aderências ou máscaras, que impeçam a nidada, isto é, a fixação do embrião na parede uterina; alterações na quantidade e na qualidade do muco produzido pelo colo do útero, que impedem que os espermatozoides cheguem às tubas uterinas.

Além desses casos, acima mencionados, a inseminação artificial é utilizada em outras situações em que não há uma causa de infertilidade masculina ou feminina, como por exemplo, a utilização de um sêmen congelado antes de uma cirurgia de vasectomia ou de um tratamento médico (quimioterapia, por exemplo) que o impossibilite posteriormente de ter filhos.

Antes de optar pela reprodução assistida, o casal precisa ser bem investigado, tendo em vista que “o diagnóstico é importante, já que é possível tratar [algumas] causas sem precisar da fertilização assistida”, frisa Pessini (2007, p. 297). Após a avaliação do casal e o diagnóstico da causa da infertilidade, inicia-se um tratamento específico para se proceder à inseminação artificial, devendo a inseminação ser feita em um melhor momento da ovulação, introduzindo-se os melhores espermatozoides no útero da mulher, a fim de se obter uma próspera gravidez.

Outra técnica muito utilizada atualmente é a fertilização *in vitro* (FIV), que consiste em uma técnica de reprodução assistida em que a fertilização do óvulo pelo espermatozóide ocorre em laboratório, fora do corpo da mulher. Também conhecida popularmente como “bebê de proveta”, a fecundação artificial *in vitro*, é uma alternativa importante para a infertilidade quando outros métodos de reprodução assistida falharam.

A FIV revelou ter sucesso em muitas situações de infertilidade em que a inseminação artificial não pode solucionar, sendo indicada para casos de obstrução tubária, doenças inflamatórias pélvica, para mulheres que perderam as trompas ou que nasceram sem útero, casais que não conseguem engravidar sem causa aparente, entre outras causas.

Em 1978 nascia a primeira criança através do método da fertilização *in vitro*: Louise Brown, nascida em 25 de junho de 1978 na Inglaterra. Desde este tempo, muitas crianças já foram concebidas através do método da fecundação *in vitro*.

Diferentemente de alguns tipos de inseminação artificial, a FIV é uma técnica de alta complexidade, que ocorre mediante processo de manipulação e união de gametas em laboratório, para posterior introdução no útero da mulher. Assim como na inseminação artificial, a fertilização *in vitro* pode ser homóloga ou heteróloga. A primeira caracteriza-se quando o material genético pertencem ao casal, a segunda quando os gametas de um ou de ambos é de terceiro.

O processo de FIV envolve coletar vários óvulos, sendo cada um imerso em um recipiente contendo muitos espermatozoides, onde apenas um desses irá fecundar o óvulo. Uma vez fecundado o óvulo inicia-se o crescimento e o processo de divisão originando o pré-embrião. Após esse estágio, os pré-embriões são transferidos para o interior do útero da mulher, com a finalidade de estabelecer uma gravidez bem sucedida.

Sobre essa transferência de embriões para o útero da mulher, o Conselho Federal de Medicina, na Resolução 1957/10, estabelece que “o número de embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro”. Além desta imposição, estabelece ainda algumas limitações, em decorrência da idade de cada mulher, determinando que: “Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: mulheres com até 35 anos: até dois embriões; mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões”.

A resolução acima mencionada estabelece que “em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de reprodução assistida, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária”. Dessa forma, todos os embriões formados devem ser utilizados ou mantidos congelados, aguardando uma futura implantação.

Seguindo os mesmos passos da fertilização *in vitro*, existe uma outra técnica de reprodução assistida denominada ICSI – *Intracytoplasmic Sperm Injection* (Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóides). Sobre a ICSI, comenta Pessini (2007, p.297) que “neste tipo de técnica é feita a injeção de um único espermatozóide no citoplasma do óvulo por meio de um aparelho especialmente desenvolvido contendo microagulhas para injeção (microcomputador)”. Então, vê-se que a ICSI consiste em técnica muito complexa e invasiva, em virtude de ser apenas um único espermatozóide imobilizado e injetado diretamente dentro do óvulo através de uma minúscula injeção, exigindo muita habilidade e experiência do profissional do laboratório.

Outra técnica de RA bem complexa é a GIFT – *Gamete Intrafallopian Transfer* (Transferência Intra-tubária de Gametas) em que a fertilização ocorre *in vivo*, ou seja, dentro do organismo da mulher, assim como se dá na inseminação artificial. Nela, “os espermatozóides processados e os óvulos colhidos anteriormente por aspiração vaginal são transferidos diretamente para as trompas por laparoscopia¹”, aduz Pessini (2007, p. 297).

Mesmo se dando a concepção integralmente dentro do corpo da mulher, os estágios iniciais do procedimento da GIFT são semelhantes à fertilização *in vitro*, pois primeiro se coleta e prepara o esperma, e capturam-se os óvulos. Entretanto, não há a união e manipulação dos gametas no laboratório, como ocorre na FIV, mas são os mesmos transferidos para o organismo feminino, para lá ocorre à fecundação.

2.2 GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

O termo “gestação por substituição” é empregado para designar a situação em que um ser é gerado por outra mulher, que não seja a mãe genética. Também conhecida por gestação por conta de outrem, mãe de substituição, maternidade de substituição ou sub-rogação, e popularmente como “barriga de aluguel”, a gestação por substituição consiste na fecundação em ventre alheio para solucionar problemas de infertilidade da mulher, seja a mulher receptora doadora apenas do útero ou também do material genético.

Leite (2004, *apud* Silva, p. 28), define a gestação por substituição dizendo que “esta técnica consiste em apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando

¹ A laparoscopia é um exame endoscópico da cavidade abdominal através de uma pequena incisão na parede do abdômen.

estado do útero não permite o desenvolvimento normal do óvulo fecundado ou quando a gravidez representa um risco para a mãe”.

O termo “barriga de aluguel” é impróprio no Brasil, tendo em vista que aluguel pressupõe pagamento, o que é vedado pela legislação Pátria atual. Tal situação comportaria um negócio jurídico consistente em obrigação de dar, ou seja, a entrega do filho, negócio nulo por ilicitude de seu objeto, e ainda “poderia ver configurado **ilícito penal**, que pune dar parto alheio como próprio e registrar como seu filho de outrem (CP 242)”, sustenta Dias (2006, p. 305, grifo da autora).

A Resolução do Conselho Federal de Medicina sobre reprodução assistida (Resolução n.º 1.957/10) destina um tópico para tratar do assunto da Gestação de Substituição, permitindo a doação temporária do útero “desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética”. Além dessa condição acima mencionada, a resolução do CFM exige que as doadoras do útero tenham uma relação de parentesco de até segundo grau (ou seja, mãe, avó, neta ou irmã) com a titular do material genético. Com relação a esse parentesco, Dias (2006, p. 305) preceitua que “apear da omissão, também parentes por afinidade (sogra ou cunhada) podem ceder o útero”.

Caso haja ausência de parentes de segundo grau da doadora genética, ou as mesmas estejam impossibilitadas de ceder o útero, a doação por outras mulheres está sujeita à autorização do Conselho Regional de Medicina, sendo vedado o caráter comercial ou lucrativo do empréstimo temporário do útero.

Sobre a Gestação de Substituição e a possibilidade de lucratividade, observa Venosa (2010, p. 242):

Quanto ao denominado contrato de gestação, as chamadas barrigas de aluguel, o movimento científico e legislativo internacional tem mostrado repulsa a qualquer modalidade de pagamento para essa atividade, quando não ao próprio fato. Há países, todavia, que admitem a prática e até mesmo a incentivam, como em parte dos Estados Unidos. A fecundação em ventre alheio somente se deve ser admitida, em última *ratio*, por motivos de solidariedade e de afeto, da mesma forma que a doação de esperma.

Este tema põe em instabilidade a presunção *mater semper certa est* (a mãe é sempre certa) que é determinada pela atual legislação como decorrente da gravidez e do parto, como também com a presunção *pater est* (pai é o marido da mãe). Além disso, surgem vários questionamentos a respeito da maternidade de substituição, quando mãe gestacional afeiçoa-se à criança e recusa-se futuramente a entregá-la aos seus pais biológicos. Entretanto, este trabalho não se delimita a tratar desses questionamentos.

Diante do que já foi exposto, resta evidente que o empréstimo do útero deve ocorrer em casos de extrema necessidade médica e a doadora do útero deve ter laços familiares com a doadora genética.

2.3 CLONAGEM

No Brasil, a questão da clonagem é regulamentada pela Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), e em seu artigo 3º, VIII define clonagem como um “processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas de engenharia genética”. Portanto, a clonagem consiste em uma técnica de reprodução de um organismo ou parte dele, geneticamente idêntico a outro, através da reprodução assexuada.

Há muito tempo, a técnica da clonagem é utilizada na reprodução de plantas. Entretanto, este tema tem causado muita polêmica, desde a primeira clonagem animal, a ovelha Dolly, realizada em 1996 pelo embriologista Ian Wilmut, na Escócia. Desde este tempo, muitos animais tem sido clonados, mas, que se saiba, não existe nenhum caso comprovado de clonagem humana.

A clonagem comporta duas variações: a clonagem reprodutiva e a terapêutica. A Lei nº 11.105/2005, art. 3º, incisos IX e X, definem a clonagem para fins reprodutivos como “clonagem com a finalidade de obtenção de um indivíduo” e a clonagem terapêutica como “clonagem com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica”. Tanto a clonagem reprodutiva como a terapêutica partem do mesmo princípio, e são idênticos seus procedimentos iniciais, no entanto, na terapêutica, o óvulo não é implantado no útero de uma fêmea para produzir outro indivíduo igual ao existente, mas gera embriões para retirada de parte de suas células, denominadas estas de células-tronco.

As células-tronco podem assumir as características e as funções de qualquer órgão, como fígado, pulmões, pele ou de qualquer outra parte do organismo. Essa possibilidade de emprego das células-tronco embrionárias como alternativa terapêutica, constituem um dos maiores avanços da pesquisa médica, pois abre novas perspectivas para transplantes e cura de doenças como mal de Parkinson, doenças cardíacas e diabetes (ALMANAQUE, 2010, p. 180).

Mesmo diante da possibilidade de emprego da clonagem para fins terapêuticos, ela tem sido alvo de fortes debates éticos, encontrando forte oposição na religião, que não admite manipulação nem destruição de um embrião humano para a retirada de células-tronco. Apesar das controvérsias, a Lei de Biossegurança permite a pesquisa com embriões, apenas os obtidos por fertilização *in vitro* congelados há mais de três anos nas clínicas de reprodução assistida, sempre com a autorização dos pais.

Muitos são os questionamentos sobre este tema de clonagem humana, no entanto, neste trabalho não se irá discutir a respeito dos mesmos, apenas expor sucintamente sobre os principais métodos de reprodução assistida.

2.4 CRIOPRESERVAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO E EMBRIÕES

A criopreservação é um processo de congelamento, a baixíssimo grau de temperatura, de células e tecidos, permitindo a preservação dos mesmos, por tempo prolongado, mantendo suas propriedades biológicas depois de um descongelamento, geralmente sem afetar sua estrutura e funcionalidade.

Através da criopreservação é possível congelar e preservar, espermatozóides, ovócitos e embriões humanos. A criopreservação do esperma é uma técnica já utilizada há considerável tempo, e representa uma importante opção terapêutica no tratamento da infertilidade. Os principais motivos que levam muitos homens a guardarem seu material genético são: para doação a banco de sêmen para inseminação artificial; por conveniência, quando não é possível sempre estar presente nos procedimentos de inseminação ou Fertilização *in vitro*; para preservação da capacidade reprodutiva, como pacientes com neoplasias que são submetidos à cirurgias ou tratamentos de radioterapia e quimioterapia, que podem comprometer a fertilidade; ou quando são submetidos à vasectomia, para utilização futura do sêmen.

A respeito da preservação das células germinativas femininas, comenta Mota (2008) que “a criopreservação de ovócitos humanos ainda é uma metodologia em desenvolvimento, apesar de algumas gestações pós-descongelamento terem sido descritas em meados da década de 80”. Como relatado, a comprovação de gestações realizadas com ovócitos congelados, gera possibilidade para um banco de desse material genético feminino, que poderão ser usados por mulheres que não possuem ovários ou que apresentam menopausa

precoce, como também a mulheres submetidas a algum tratamento que corra o risco de ficar infértil.

Quanto ao congelamento de embriões humanos, essa técnica é realizada quando há produção de mais embriões do que o necessário para a transferência para o útero da mulher. Estes embriões são denominados de excedentários, e são preservados em uma solução especial em baixa de temperatura. Silva (2010, p. 430) conceituando embrião excedentário afirma que:

Embrião é o ser oriundo da junção de gametas humanos, sendo que há basicamente dois métodos de reprodução artificial: a fertilização *in vitro*, na qual o óvulo e o espermatozóide são unidos numa proveta, ocorrendo a fecundação fora do corpo da mulher, e a inseminação artificial, consistente na introdução de gameta masculino, por meio artificial, no corpo da mulher, esperando-se que a própria natureza faça a fecundação. O embrião é excedentário quando é fecundado fora do corpo (*in vitro*) e não é introduzido prontamente na mulher, sendo armazenado por técnicas especiais.

Os embriões excedentários são colocados numa solução especial com uma substância chamada especial, que evita que os embriões sejam danificados com o frio excessivo; “são então colocados em botijas de azoto líquido, onde a temperatura chega a 196°C negativos e podem permanecer aí por tempo indeterminado” (MOTA, 2008).

Esses embriões excedentários, deixados nas clínicas de reprodução assistida, por casais que não querem ter mais filhos e se que se recusam a doá-los, tem causado acirrados debates éticos e religiosos. O problema é que a técnica fertilização *in vitro* necessita da constituição de embriões, para que os mais viáveis sejam implantados. Ressalte-se que é apenas permitido é a implantação de até quatro embriões, isso se ainda a mulher contar com mais de quarenta anos. Assim, após tantos anos do uso da técnica da FIV, muitos embriões estão sendo acumulados nas clínicas de RA, causando uma explosão populacional nos laboratórios, e os mesmos são obrigados a mantê-los congelados, porque a destruição dos embriões é proibida pelo Conselho Federal de Medicina.

Como já comentado em outro tópico, a partir da vigência da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) ficou permitido no Brasil o uso para pesquisa e terapia com células-tronco obtidas em embriões humanos de até cinco dias que sejam sobras do processo de fertilização *in vitro*, desde que sejam inviáveis para implantação ou estejam congelados há pelo menos três anos, sempre com o consentimento dos genitores para ambas as hipóteses. Apesar da permissão mencionada, os embriões que não se enquadra nas citadas condições, permanecem sem destino nas clínicas de RA, porque seus genitores não querem implantá-los e alguns rejeitam a doá-los.

3 O DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 assegura o direito de propriedade individual, consagrando-o como uma garantia fundamental. Tal direito é consubstanciado no poder que tem o seu titular de usar, gozar, e dispor livremente de seus bens, de forma perpétua e absoluta, desde que atenda ao princípio da função social, para que o direito de propriedade seja exercido com exclusividade. Como corolário do direito de propriedade individual, a Magna Carta também garante o direito à herança (CF, art. 5º, XXX), se entendendo por esta o conjunto de direitos e obrigações que se transmitem em virtude do falecimento de alguém.

Apesar da garantia à herança estar prevista constitucionalmente, a forma como esse direito é exercido é regulado por normas de direito privado, estando disciplinada a sua transmissão no Código Civil Brasileiro, na parte que trata do direito das sucessões. Este direito é um ramo do direito civil, que regula a transmissão do patrimônio da pessoa que morre a seus herdeiros, onde estes irão suceder ao falecido em todos os seus direitos e obrigações.

3.1 SUCESSÃO: CONCEITO, ABERTURA E TRANSMISSÃO DA HERANÇA

A palavra sucessão, em seu sentido amplo, designa “o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens” (GONÇALVES 2009, p.1). Assim, sempre que alguém assume o lugar de outrem em uma relação jurídica configura-se uma sucessão. Desta forma, há sucessão em uma compra e venda, por exemplo, pois o comprador substitui ao vendedor na titularidade de seus direitos e obrigações, em relação à coisa vendida.

Além de ocorrer à sucessão por ato entre vivos (como se dá na compra e venda, por exemplo), a sucessão também poderá se efetuar por *causa mortis*, em que os direitos e as obrigações da pessoa falecida são transmitidos a seus herdeiros. Neste caso, o vocábulo “sucessão” é empregado em seu sentido estrito, designando apenas a sucessão decorrente da morte de alguém. Portanto, no direito das sucessões, quando se fala de sucessão, está se referindo àquela advinda de *causa mortis*. Neste sentido externa Venosa (2010, p. 1):

Quando se fala, na ciência jurídica, em direito das sucessões, está-se tratando de um campo específico do direito civil: a transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte. É o direito hereditário, que se distingue do sentido lato da palavra sucessão, que se aplica também à sucessão entre vivos.

O direito sucessório teve início com o surgimento da propriedade privada, pois o homem sentiu a necessidade de conservar o seu patrimônio dentro de um mesmo grupo, mantendo assim a união se sua família nas próximas gerações. Entretanto, foi somente no direito romano que a sucessão se tornou mais nítida, com a instituição da Lei das XII Tábuas, que concedia liberdade ao chefe de família de dispor de seus bens para depois de sua morte. Para o romano, morrer sem testamento era uma espécie de vergonha, e nele podia dispor sobre a totalidade de seus bens. Desde então, o direito sucessório passou por inúmeras modificações e atualmente é inquestionável a importância da sociedade em conservar o direito hereditário, adaptando-o aos novos anseios sociais.

Como já mencionado, é o Código Civil de 2002 que regulamenta o direito sucessório brasileiro, e após a entrada em vigor do novo código, ocorreram muitas modificações no campo do direito das sucessões, pois foram alterados alguns dispositivos, com também se suprimiu e se inseriram novos conceitos e situações que não eram reguladas no código anterior.

Prescreve o Código Civil no art. 1.784: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. De acordo com o artigo acima transcrito, vê-se que no momento do falecimento do *de cuius*² abre-se a sucessão, transmitindo-se a propriedade e posse dos bens do falecido aos seus herdeiros. Além da comprovação da morte do hereditando, a abertura da sucessão só se dá se o herdeiro sobreviver ao *de cuius*, e sobrevivo aquele, se apurada ainda sua capacidade sucessória.

Com morte natural marca-se o início do direito sucessório, determinando o início da sucessão, tendo em vista que não se pode haver sucessão hereditária sem o falecimento do *de cuius*, pois se não haveria herança de pessoa viva, o que não existe. O momento do falecimento precisa ser rigorosamente comprovado, pois determina o momento da abertura da sucessão, e os herdeiros nesse instante, adquirem de imediato a propriedade e a posse da herança, independentemente de quaisquer formalidades.

Na herança estão compreendidos todos os direitos e obrigações do *de cuius*, excetuando-se os direitos e as obrigações personalíssimas, que não são transmissíveis. Não

² “A expressão latina *de cuius* é a abreviatura da frase *de cuius successionem* (ou *hereditatis*) *agitur*, que significa “aquele de cuja sucessão (ou herança) se trata” (GONÇALVES, 2009, p.2).

somente se inclui na herança os bens, os créditos, as pretensões e ações que o falecido era titular, como também, as dívidas, os débitos, e as ações que foram propostas contra o *de cuius*.

Como já mencionado no tópico anterior, momento da morte do *de cuius* a herança transmite-se a seus herdeiros legítimos e testamentários. Segundo Diniz (2010, p. 20) “essa transmissão é, portanto, automática, operando-se *ipso iure*”, ou seja, a transferência se dá por força da lei. Para Zeno Veloso (*apud* Gonçalves, 2009, p. 17), “a morte, a abertura da sucessão e a transmissão da herança aos herdeiros ocorrem num só momento”. No caso dos legatários, os mesmos só obtém a posse dos bens após a partilha, mas adquirem a propriedade dos bens infungíveis na abertura da sucessão, porém a dos fungíveis, somente quando se realizar a partilha.

Ainda, para que a transmissão da herança torne-se definitiva, os sucessores do *de cuius* necessitam aceitar a herança, podendo essa aceitação ser expressa ou tácita (CC, art. 1.804 e 1.805). No caso de renúncia da herança, esta somente se configurará se constar expressamente de instrumento público ou termo judicial (CC, art. 1.806).

Um dos requisitos para a abertura da sucessão é que o herdeiro sobreviva ao hereditando. No entanto, há casos em que não há como precisar quem faleceu primeiro, não se sabendo se ocorreu ou não a sobrevivência do herdeiro. Essa situação de morte simultânea é denominada de comoriência (CC, art. 8º) e, ocorrendo esta, não haverá transferência de bens e direitos entre herdeiro e hereditando. No entanto, se o herdeiro sobrevive ao *de cuius*, ainda que por pouquíssimo tempo, herda os bens deixados e os transmite aos seus sucessores.

Aberta a sucessão, a herança transmite-se imediatamente aos herdeiros, como dispõe o já mencionado artigo 1.784 do Código Civil. Essa transmissão automática, que por presunção e ficção jurídica o próprio *de cuius* transmite a propriedade e a posse do seu patrimônio, é decorrente do princípio da “*saisine*”. Segundo Gonçalves (2009, p. 20) “*saisine* quer dizer posse, e *saisine héréditaire* significa que os parentes de uma pessoa falecida tinham o direito de tomar posse de seus bens sem qualquer formalidade”. Tal princípio originou-se durante o período feudal como reação a esse sistema, tendo em vista que com a morte do arrendatário a terra era devolvida ao senhor feudal, e os herdeiros para possuí-las deveria pagar uma nova contribuição. Então, para se evitar o pagamento da contribuição, foi instituída uma ficção jurídica que o falecido havia transmitido a posse do seu patrimônio no momento de sua morte.

Dessa forma, pelo princípio da *saisine*, os herdeiros adquirem a posse dos bens do hereditando no momento da sua morte, e desde já, poderão valer-se das ações possessórias

para defesa dos bens da herança, e apesar de o herdeiro ter direito apenas a uma fração da herança, tem o poder de defender todo o acervo.

Resumindo-se, se comprovada a morte do *de cuius*, a sobrevivência e a capacidade sucessória dos herdeiros, se configurará a abertura e a transmissão da herança. Após estas, inicia-se o processo de inventário dos bens deixados pelo falecido.

3.2 CAPACIDADE SUCESSÓRIA

Segundo Diniz (2010, p. 45) a capacidade sucessória “é a aptidão específica da pessoa para receber os bens deixados pelo *de cuius*”. Desse modo, a capacidade sucessória é uma aptidão específica em que não há nenhum impedimento legal para a pessoa receber a herança.

Tal capacidade, não se confunde com a capacidade geral prevista no artigo 1º do Código Civil, que diz respeito à aptidão que tem uma pessoa para exercer, por si só, os atos da vida civil. Ambas as capacidades são independentes, pois uma mesma pessoa pode ser absolutamente incapaz de exercer os atos da vida civil, como os menores de dezesseis anos, por exemplo, mas é legitimada a recolher a herança em uma determinada sucessão.

Como já visto anteriormente, pela determinação do art. 1784 do Código Civil, tanto a sucessão como a legitimidade para suceder é regulada pela lei vigente ao tempo da morte do *de cuius*. Neste momento, os herdeiros passam a ser titulares de direitos adquiridos, não sofrendo os efeitos de nenhuma lei anterior ou posterior ao momento da aquisição dos bens.

Assim como também são pressupostos para a abertura da sucessão, para se averiguar a capacidade sucessória, é necessária a ocorrência da morte do *de cuius* e a sobrevivência do sucessor a este.

Pela regra contida no art. 1.798 do Código Civil, somente “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, ou seja, para que se receba a herança a pessoa deve estar aos menos concebida, pois a lei civil põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, art. 2º). Sobre tal capacidade, comenta Diniz (2010, p. 47):

A capacidade sucessória do nascituro (CC, art. 1.798) é excepcional, já que só sucederá se nascer com vida, havendo um estado de pendência da transmissão hereditária, recolhendo seu representante legal a herança sob condição resolutiva. O já concebido no momento da abertura da sucessão é chamado a suceder; adquire, em estado potencial, desde logo, o domínio e a posse da herança, como se já fosse nascido [...].

No entanto, se o nascituro não nascer com vida, será como se nunca estivesse existido, e a reserva de sua cota será distribuída aos demais herdeiros.

Somente as pessoas podem ser contempladas, como se insere do art. 1.798 já transcrito, não podendo ser contemplados animais ou coisas inanimadas, por que não são sujeitos de direitos, porém o testador pode conceder a herança com o encargo de o herdeiro ou legatário cuidar de um desses especificamente, seja um móvel, imóvel ou semovente.

Ainda, pela mesma regra citada no parágrafo anterior, além de ser necessário que a pessoa já viva no momento da morte do hereditando, deve sobreviver ao sucessor, pois do contrário, perderá a capacidade para suceder, e sua quota hereditária passará aos outros da sua classe ou aos da classe posterior, caso ele seja o único de sua classe. Tal regra aplica-se a todos os herdeiros, sejam legítimos ou testamentários, como também aos legatários.

Com exceção à regra do art. 1.798, apenas na sucessão testamentária, alguém poderá a vir suceder sem estar ainda nascido ou concebido. É o que se extrai do art. 1.799, I, do Código Civil, que assim prevê que “na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

Este inciso trata do instituto do fideicomisso, que é uma transmissão hereditária condicional, subordinada a um evento futuro e incerto, que se configurado o implemento da condição, o indicado pelo testador pode recolher a herança.

A deixa não é feita para as pessoas indicadas pelo testador, mas à sua prole eventual, que se nascidas até durante o prazo de dois anos após a abertura da sucessão, recolherão a herança deixada com todos os frutos e rendimentos desde a morte do testador. Até o nascimento, os bens da herança serão reservados e confiados a um curador nomeado pelo juiz. Caso não ocorra o nascimento no tempo estipulado, caducará a deixa testamentária (CC, art. 1.800).

Não se trata de substituição fideicomissária, onde neste a deixa é feita em favor das pessoas indicadas pelo testador, passando com a morte destas, a seus filhos, mas “o testador dá um salto, passando por cima dos genitores, contemplando os filhos que estes tiverem, e se tiverem” destaca Gonçalves (2009, p. 53).

Na sucessão testamentária, além da prole eventual de pessoas indicadas pelo testador, podem ser chamadas a suceder as pessoas jurídicas, de direito público ou de direito privado, pois a lei não faz nenhuma ressalva, e as pessoas jurídicas constituídas sob a forma de fundação (CC, art. 1.799, II e III).

A regra que é vigente no direito sucessório é que todas as pessoas têm legitimidade para suceder, com exceção daquelas excluídas pela lei. O Código Civil, no art. 1.801, traz um rol de pessoas que são incapacitadas de suceder na sucessão testamentária, não podendo ser nomeadas herdeiras nem legatárias. Pelo mencionado artigo, estão excluídos: a pessoa que, a rogo escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; as testemunhas do testamento; o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato há mais de cinco anos; o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

Além de proibir que as pessoas acima citadas sejam nomeadas no testamento, a lei ainda proíbe quaisquer disposições testamentárias em favor delas, declarando-as nulas de pleno direito, ainda quando simuladas sob forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa, presumindo-se esta, os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou o companheiro do não legitimado a suceder (CC, art. 1.802).

São, ainda, incapazes de suceder os excluídos por indignidade (CC, arts. 1.814 a 1.818) e os deserdados (CC, arts. 1.961 a 1.965). A indignidade é decorrente da lei e representa a vontade presumida do *de cujus*. Configura-se quando o herdeiro ou legatário é incurso em algum dos casos elencados no art. 1.814 e não é reabilitado pelo *de cujus*, sendo declarada mediante sentença. A deserdação é feita pelo próprio autor da herança de forma expressa, com fundamento nos artigos 1.961 e 1.962, para afastar de sua sucessão os herdeiros necessários.

Determina o art. 1.786 do Código Civil que “a sucessão dá-se por lei ou disposição de última vontade”. Então para ter legitimidade a suceder, ainda é necessário que o herdeiro ou legatário tenha título hábil ou fundamento jurídico para atender à convocação do testador ou da lei. Como se viu anteriormente, qualquer pessoa pode ser contemplada em testamento, desde que não seja impedida legalmente e na sucessão legítima poderão somente os descendentes, os ascendentes, o cônjuge sobrevivente e os colaterais até o 4º grau, de acordo com a ordem de vocação hereditária (CC, art. 1.829) .

3.3 ESPÉCIES DE SUCESSÕES E DE SUCESSORES

O art. 1.786 do Código Civil dispõe que: “A sucessão dá-se por lei ou disposição de última vontade”. De acordo com o referido artigo, a sucessão, considerando-se a sua fonte, pode ser legítima (em virtude de lei) ou testamentária (decorrente de manifestação de última vontade). Quando a pessoa morre sem deixar testamento, ou este é declarado nulo ou caduco, haverá apenas a sucessão legítima.

A sucessão pode ser ao mesmo tempo legítima e testamentária, quando todos os bens não forem compreendidos no testamento, sendo que os excluídos deste passarão a seus herdeiros legítimos. Também será obrigatoriamente legítima e testamentária a sucessão, se o *de cuius* deixar testamento válido e herdeiros necessários (ascendente, descendente e o cônjuge).

A sucessão legítima se configura em virtude de lei e nela os bens são deferidos aos herdeiros legítimos, ou não existindo estes, ao Poder Público. A respeito de quando ocorrerá a sucessão legítima, dispõe o artigo 1.788 do Código Civil:

Morrendo a pessoa sem deixar testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Dessa forma, pela análise do dispositivo em apreço, será legítima a sucessão nos casos de inexistência, invalidade ou caducidade de testamento, ou quando neste, todos os bens não estiverem compreendidos, ou ainda se existir herdeiros necessários, pois suas quotas são reservadas legalmente. Ainda, pela leitura do mesmo artigo, fica evidente o caráter subsidiário da sucessão legítima.

São destinatários da sucessão legítima as pessoas indicadas na lei, denominadas de herdeiros legítimos, neles se compreendendo os necessários e os facultativos. “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge” assim preceitua o artigo 1.845 do Código Civil, e a existência de tais herdeiros impede que o testador disponha de todos os seus bens, permitindo a lei que o testador disponha apenas da metade, pois a outra é destinada à legítima dos herdeiros necessários (CC, art. 1.789). Os herdeiros facultativos são os parentes colaterais até 4º grau do *de cuius*, e somente herdaram na falta de herdeiros necessários e se o testador não excluí-los no testamento.

Na sucessão legítima, os sucessores são chamados de acordo com uma ordem preferencial determinada pela lei denominada de ordem de vocação hereditária. São, portanto, os sucessores divididos por classes, sendo que a mais próxima exclui a mais remota. Dispõe o art. 1.829 do Código Civil que a sucessão defere-se na seguinte ordem:

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

De acordo com o inciso I do referido artigo, todos os descendentes, ou seja, filhos, netos, bisnetos, etc., são contemplados, no entanto, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo os que são chamados por direito de representação (CC, art. 1.833). Esse direito se dá quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia se fosse vivo (CC, art. 1.851), herdando o representante somente o que o representado herdaria (CC, art. 1.854).

O art. 1.834 do Código Civil afirma que “os descendentes da mesma classe tem os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes”. O dispositivo em apreço se ajusta a determinação feita pela Constituição Federal (art. 227, § 6º) que estabeleceu a igualdade jurídica de todos os filhos, não admitindo a distinção de filhos legítimos e ilegítimos e filhos adotivos. O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos também já é consagrado pelo Código Civil, no art. 1.596, que assim estabelece: “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Caso não haja herdeiros da classe dos descendentes é que serão chamados os ascendentes para a sucessão, em concorrência com o cônjuge. Nesta classe, também o grau próximo exclui os mais remoto, sem distinção de linha, e havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna (CC, art. 1.836).

Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente (CC, art. 1.838) desde que este não esteja separado judicialmente, nem de fato há mais de dois anos, salvo, neste caso, se provar que a convivência tornou-se impossível sem culpa sua (CC, art. 1.830).

O Código Civil, no art. 1.829, que trata da ordem de vocação hereditária, não incluiu o companheiro, juntamente com o cônjuge, como sucessor. Inconvenientemente, a sucessão do companheiro, vem regulada no art. 1.790, no título concernente as disposições gerais do direito das sucessões.

Na quarta ordem da vocação hereditária figuram os colaterais. Somente “serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau” (CC, art. 1.839) e desde que inexistam herdeiros das classes anteriores. Entretanto, pode os colaterais concorrer com o companheiro sobrevivente, tendo direito à uma terça parte da herança (CC, art. 1.790, III).

Por fim, não existindo testamento e nenhum parente sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, cabe ao Poder Público recolher a herança, passando os bens para o domínio público (CC, art. 1.844).

No tocante à sucessão testamentária, esta é a decorrente de ato de última vontade *de cujus*, devendo obedecer às solenidades previstas na lei para que ocorra a transmissão hereditária conforme a vontade do testador. Afirma o art. 1.857 do Código Civil que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade de seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”. No entanto, havendo herdeiros necessários, o testador poderá dispor somente da metade de seus bens.

Testamento, segundo José Lopes de oliveira (*apud* Diniz 2010, p. 187) “é o ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável, pelo qual alguém, segundo norma jurídica, dispõe, no todo ou em parte, de seu patrimônio para depois de sua morte, ou determina providencias de caráter pessoal ou familiar”.

Para um testamento ser considerado juridicamente válido deve existir capacidade testamentária ativa e passiva, sendo esta a capacidade para adquirir por testamento, que já foi tratada anteriormente. A capacidade ativa é a capacidade para testar, devendo esta existir no momento da feitura do testamento, sendo que a incapacidade superveniente não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade (CC, art. 1.861). O art. 1.860 do Código Civil afirma que além dos incapazes, com exceção dos maiores de dezesseis anos, não podem testar os que não possuir discernimento no momento da elaboração do testamento.

Através do testamento é possível o testador excluir da sucessão herdeiro necessário, pelo instituto da deserdação, desde que o faça de forma expressa e com fundamento nas causas previstas na lei. Ainda, para que o testamento tenha eficácia, deve subordinar-se a forma prescrita na lei, cumprindo todas as suas formalidades. O Código Civil

prevê três formas ordinárias de testamento: público, cerrado e particular; e duas formas especiais: o testamento marítimo ou aeronáutico e o testamento militar.

Uma das características principais do testamento é sua revogabilidade a qualquer tempo, sendo inválida qualquer cláusula que proíba sua revogação, tendo em vista que esse poder de revogação é irrenunciável, decorrente de princípio de ordem pública. Por fim, caso o testador disponha além da sua parte disponível, o herdeiro necessário pode pleitear a redução da liberalidade efetuada para completar a sua legítima, mas a disposição excessiva não invalida o testamento (CC, arts. 1.967).

Quanto aos efeitos, a sucessão, pode ainda ser classificada em sucessão a título universal e a título singular. Dá-se a primeira quando o herdeiro é chamado a suceder na totalidade, fração ou quota-parte da herança. Tal modalidade pode ocorrer tanto na sucessão legítima como na testamentária. Por sua vez, a sucessão a título singular, é aquela em que o testador deixa um bem certo e determinado, que é denominado legado, figura específica da sucessão testamentária. Neste tipo de sucessão, o sucessor é denominado de legatário.

Com relação às espécies de sucessores, o Código Civil prevê quatro tipos de sucessores: o legítimo, o testamentário, o necessário e o legatário. O herdeiro legítimo é o beneficiário da herança indicado pela lei, em ordem preferencial prevista no art. 1.829, qual seja: os descendentes, em possível concorrência com o cônjuge; os ascendentes, em concorrência com o cônjuge; o cônjuge sobrevivente; e os colaterais.

O herdeiro testamentário, também denominado de instituído, é aquele beneficiado pelo testador no testamento com uma parte ideal dos bens deixados, sem especificação dos mesmos. Se a pessoa for indicada em testamento para receber um bem certo, determinado e individualizado será denominado legatário, e será sucessor a título singular.

Por fim, o herdeiro necessário é aquele que não pode ser excluído da sucessão (não ser por causa de indignidade e deserção). Para tanto, a lei reserva a metade dos bens do hereditando para este tipo de herdeiro. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (CC, art. 1.845).

4 A FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM E O DIREITO SUCESSÓRIO

Com a descoberta da reprodução assistida, mediante o uso de suas técnicas, muitos casais que sofrem com o drama da infertilidade e esterilidade podem alcançar a maternidade e a paternidade. No entanto, a utilização das técnicas de R.A. tem provocado várias polêmicas, afluindo vários debates éticos e jurídicos.

Dentre os questionamentos suscitados, as discussões são mais acirradas quando se trata da possibilidade de indivíduos vierem a existir mediante a fecundação artificial homóloga após a morte de um ou dos dois doadores do material genético. Neste contexto, surge a indagação de quais seriam os direitos sucessórios dos que assim nascerem, tendo em vista que o atual Código Civil reconhece à filiação dos havidos por tais métodos, mas não trata dos direitos sucessórios desses filhos.

Assim, a apreciação dos direitos sucessórios daqueles advindos pela fecundação póstuma faz-se necessária mediante os conflitos que suscita no contexto social e jurídico, tendo em vista que não há uma legislação específica que regule a situação, e, além disso, o tema não possui um posicionamento unânime na doutrina, estando esta dividida em vários segmentos, dentre aqueles que reconhecem todos os direitos aos nascidos por tal método e os que negam legitimidade sucessória aos nascidos por processos de reprodução assistida.

4.1 A FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL NO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil anterior não considerava a possibilidade de se gerar indivíduos pela concepção artificial, tendo em vista que a mesma não se fazia presente no meio social. Assim, tal lei, quando tratava da presunção de filiação, considerava que eram concebidos na constância do casamento os filhos nascidos cento e oitenta dias após o estabelecimento da sociedade conjugal e os nascidos dentro dos trezentos dias subsequentes a dissolução da sociedade conjugal. Diante dos avanços científicos e tecnológicos descobriu-se a possibilidade de gerar filhos por métodos artificiais de reprodução. O novo Código Civil,

para se adequar a estes avanços inseriu mais três incisos no artigo 1.597, que trata da presunção de filiação. Assim dispõe o referido artigo:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

- I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida à convivência conjugal;
- II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
- 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.

Pelo que se extrai do mencionado artigo, o atual Código Civil incluiu na presunção dos filhos havidos na constância do casamento os filhos concebidos mediante concepção artificial homóloga, como os embriões excedentários decorrentes da mesma, e os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Apesar de tentar se adequar ao desenvolvimento da biotecnologia, a nova lei não autorizou nem também regulamentou a reprodução assistida, tratando-a de forma lacunosa, permanecendo omissos quanto à utilização de suas técnicas.

Como já foi visto anteriormente, na reprodução assistida a fecundação artificial pode se efetuar através da inseminação artificial (fecundação intracorpórea), e da fertilização *in vitro* (fecundação extracorpórea), compreendendo-se nesta, métodos de baixa e alta complexidade. Além de a fecundação, na reprodução assistida, poder ocorrer nestas duas formas acima mencionadas, pode ser caracterizada de acordo com a origem do material genético utilizado: se do casal ou companheiros, será denominada de fecundação artificial homóloga; se o material genético for apenas de um ou de nenhum do casal, mas de um terceiro doador, a fecundação será denominada de heteróloga. Sobre estes dois tipos de procedimento, externa Venosa (2010, p. 238):

A [fecundação] homóloga pressupõe que a mulher seja casada ou mantenha união estável e que o sêmen provenha do marido ou companheiro. É utilizada em situações nas quais, apesar de ambos os cônjuges serem férteis, a fecundação não é possível por meio do ato sexual por várias etiologias (problemas endócrinos, impotência, vaginismo etc.). A [fecundação] heteróloga é aquela cujo sêmen é de um doador que não o marido. Aplica-se principalmente nos casos de esterilidade do marido, incompatibilidade do fator Rh, moléstias graves transmissíveis pelo marido etc. Com frequência, recorre-se aos chamados bancos de esperma, nos quais, em tese, os doadores não são e não devem ser conhecidos”

O terceiro e quarto incisos do retrotranscrito artigo, tratam da fecundação homóloga, estabelecendo presunção de paternidade aos filhos nascidos nas situações descritas. Na concepção artificial homóloga, que poderá se dá tanto pela técnica da inseminação como pela fertilização *in vitro*, tanto o homem quanto a mulher são capazes de reproduzir gametas viáveis, mas que por algum fator de ordem física não é possível à fecundação natural, sendo esta apenas uma meio facilitador para obter a fecundação desejada.

Na fecundação homóloga a lei não fez expressamente nenhuma exigência de autorização do marido para fins de estabelecimento da paternidade, considerando-se filho do marido mesmo aquele concebido após a sua morte, seja pela técnica de congelamento do seu material genético ou quando se tratar de embrião excedentário, a qualquer tempo que venha a ser implantado.

Apesar de ausência legal, alguns doutrinadores, a exemplo de Venosa (2010,p. 237), exigem que é necessária a autorização do marido para fecundação homóloga após a sua morte, seja em qualquer modalidade, tanto para a inseminação como para a implantação de embriões excedentários. Já para outros, como Dias (2006, p. 303) não há a necessidade de autorização do marido, mesmo que falecido este, sendo estabelecida à paternidade, mas desde que seja observado o prazo limite de 300 dias da morte do pai.

Com relação ao inciso IV do artigo 1.797 do Código Civil, o mesmo diz respeito aos embriões excedentários, decorrentes da fecundação *in vitro*, que ocasiona a geração de vários embriões. Entretanto, nem todos estes embriões são implantados no útero, devido a uma limitação do número que podem ser transferidos, sempre restando embriões excedentes, que permanecem armazenados em clínicas de fertilização. Tal artigo prevê que é apenas admitida a concepção de embriões excedentários se decorrentes da concepção homóloga, isto é, de gametas da mulher e do homem, sejam casados ou companheiros. Assim, por uma interpretação literal do inciso em comento, vê-se que a lei não permite que embriões excedentes decorrentes de fecundação heteróloga sejam utilizados por casais ou companheiros, nem mulher titular de entidade monoparental. Dessa forma, se uma mulher casada vier a implantar um embrião que não seja o gameta proveniente de seu marido, mesmo com sua autorização, tal filho não será presumido como concebido na constância do casamento, e por consequência não será reconhecido como filho do seu parceiro.

No tocante ao processo de concepção heterólogo um ou ambos os gametas provêm de um terceiro indivíduo alheio ao casal, sendo este terceiro denominado de doador de gametas. Tal processo é aconselhado no caso de esterilidade do marido, quando não é

possível de nenhuma forma pode se obter a fertilização com o gameta do marido ou companheiro como nos casos de doenças sexualmente transmissíveis.

Como já relatado, o art. 1.597 prevê a possibilidade de inseminação heteróloga, presumindo como filho concebido na constância do casamento o advindo de tal modalidade, desde que tenha a mulher a anuência do seu marido. No entanto, a lei não esclarece de que forma deve ser dada essa autorização, pressupondo-se que a mesma não pode ser aceita ou ratificada posteriormente pelo marido, tendo em vista que o inciso V do artigo em análise fala em autorização prévia.

Assim, na inseminação heteróloga a paternidade já está estabelecida no momento em o pai concorda de forma expressa com a inseminação. Entretanto, para o filho proveniente de material genético de terceiro, a lei somente considera do marido, diante de seu prévio consentimento, apenas se havido mediante inseminação artificial, não prevendo, nesse caso, a hipótese de embriões excedentários decorrentes de processo heterólogo.

4.2 A NECESSIDADE DE UMA REGULAMENTAÇÃO LEGAL SATISFATÓRIA

Comparando-se com outros códigos, o Código Civil é considerado uma legislação nova, no entanto, o mesmo já surgiu ultrapassado em face aos avanços científicos ocorridos, não abarcando vários assuntos provenientes de reivindicações sociais, como no caso da concepção artificial. O uso das técnicas de reprodução assistida dá-se sem nenhuma regulamentação legal, trazendo vários conflitos jurídicos, inevitáveis diante da ausência de norma expressa.

As disposições sobre fecundação artificial feitas pelo Código Civil são insatisfatórias, tendo em vista que tal lei não regulamentou a reprodução assistida, mas lacunosamente apenas tentou solucionar a questão da paternidade dos filhos advindos de tal método. Dessa forma, o art. 1.597 não trouxe soluções às situações em que o indivíduo é oriundo de fecundação artificial homóloga ou heteróloga, especialmente no que diz respeito aos nascidos após a morte do doador.

Os únicos dispositivos existentes acerca do uso da R.A. constam da Resolução nº. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM), contudo a mesma não tem força de lei, destinando-se apenas como referência ética aos profissionais da área médica, devendo tais

normas serem observadas por todas as clínicas e médicos que lidam com técnicas de reprodução assistida. Nesse sentido, externa Dias (2006,p.187):

Há, verdadeiramente, uma grande *vacatio legis* em relação à possibilidade de se constituir família por meio da reprodução assistida. A única normatização existente é do conselho Federal de Medicina, que não impõe qualquer limitação à mulher solteira. Se ela é casada ou vive em união estável, é necessária a concordância do cônjuge ou do companheiro para submeter-se a procedimento reprodutivo.

No sentido de solucionar a omissão pela lei civil a respeito R.A. foram elaborados vários projetos de lei para regular a aplicação do uso das técnicas da reprodução medicamente assistida, objetivando um controle de sua prática. Dentre todos os projetos apresentados, o projeto de nº. 1.184/2003 é considerado o mais completo, tendo em vista que abarca com mais amplitude o tema. Esse projeto, conhecido como projeto do senado e de autoria do senador Lúcio Alcântara, define normas para realização de inseminação artificial e fertilização *in vitro*, proibindo a gestação por substituição e os experimentos de clonagem radical.

Dá análise das disposições do PL nº. 1.184/2003, extrai-se que o uso dos métodos de R.A. deve ser restrito às pessoas com problemas de infertilidade ou para prevenção de doenças relacionadas ao sexo. Dispõe ainda que as mulheres deverão ser capazes, esclarecidas e casadas, com prévio consentimento do marido. Tal projeto permite a doação de gametas, proibindo sua comercialização e a divulgação da identidade do doador, salvo em algumas situações expressas, onde não será preservado o anonimato. Com relação à inseminação *pós mortem*, o PL 1.184/2003 só a autoriza mediante o consentimento expresso do marido (exigência que não é feita pela lei civil), pois do contrário o ato será caracterizado como crime. Quanto aos embriões excedentários, esse projeto de lei, não permite o descarte dos mesmos, posicionando-se a favor de sua preservação (MAIA, 2009, p. 28).

Segundo informações obtidas pelo *site* da Câmara dos Deputados, esse projeto encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC), aguardando a designação de relator. Como é necessário todo um procedimento burocrático para a elaboração e aprovação de uma norma jurídica, demandando grande lapso temporal, é provável que o PL de lei 1.184/2003, assim como os demais projetos que tratam da reprodução medicamente assistida, ainda esteja longe de ser aprovado. Portanto, permanece a legislação pátria inadequada à realidade imposta pela evolução da ciência, especificamente da biotecnologia, denotando-se a necessidade de urgente atualização legal para solucionar os problemas decorrentes do uso das técnicas da reprodução assistida.

Ante o exposto, resta claro que é necessário que uma legislação específica venha regulamentar a matéria em análise, tendo em vista que os dispositivos do Código Civil apontam apenas um início legislativo acerca da problemática, e mesmo assim tais dispositivos não são suficientemente claros, sendo necessário sempre um parecer da jurisprudência diante do caso concreto, o que pode acarretar desnecessária instabilidade social.

4.3 A FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POS MORTEM*

A reprodução assistida trouxe a possibilidade de um indivíduo ser gerado por métodos artificiais, mediante o uso de várias técnicas desenvolvidas pela ciência biotecnológica. Com tais avanços científicos, não é só possível realizar essa reprodução imediata, como também preservar o material genético para uma futura reprodução, podendo-se escolher um momento mais conveniente. Tal possibilidade é devida a uma técnica de armazenagem de material genético (óvulos, sêmen e embriões) conhecida como criopreservação.

Armazenados os gametas e até embriões humanos, as pessoas podem escolher o momento em que irão realizar a fecundação artificial, uma vez que esse material pode permanecer congelado por tempo indeterminado. Diante deste fato, muitas mulheres podem almejar gerar um filho de um marido ou companheiro já falecido, porque enquanto vivos, não tiveram oportunidade (por algum motivo de doença ou pela morte inesperada do parceiro), ou porque naquele momento era inconveniente a chegada de um filho, dentre outros motivos.

Neste contexto, vê-se que com o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, o nexos existente entre o sexo e a reprodução foi afastado, sendo que a morte não mais limita o homem de procriar. Assim, diante de tal fato, o código civil prevê a fecundação artificial, mesmo após a morte de um dos doadores da carga genética, denominada de fecundação póstuma.

A fecundação *pos mortem* é aquela realizada com o embrião ou sêmen conservado por meio de técnicas especiais, após a morte do doador. Assim, pode-se dizer que a fecundação póstuma caracteriza-se por ser “um procedimento de reprodução humana assistida que acontece após a morte de um dos doadores da carga genética utilizada no processo artificial de formação e fecundação do embrião” (MAIA, 2009, p. 44). Essa possibilidade de

gerar filhos após a morte se tornou viável depois da criação de bancos de sêmen e do advento do congelamento de gametas, desde que os cônjuges tenham depositado seus gametas para serem criopreservados.

O primeiro caso de fecundação póstuma, conhecido mundialmente, ocorreu na França no ano de 1984, quando Corine Richard, após uma batalha judicial, foi inseminada com o gameta de Alain Parpalaix. Este depositou seu material genético em um banco de sêmen, temendo ficar infértil devido a um tratamento de quimioterapia, pois estava acometido de um câncer nos testículos. Corine e Alain chegaram a se casar, mas este faleceu apenas dois dias após o casamento. Corine procurou o banco de sêmen para utilizar o material genético de seu falecido marido, mas o banco se recusou a entregar-lhe o material. Após uma batalha na justiça, o banco de sêmen foi condenado a entregar a carga genética de Alain, e Corine realizou a inseminação. No entanto, esta não teve sucesso, pois com o decorrer do tempo os espermatozóides já não estavam potencializados para promover a fecundação (PINTO 2008).

Depois deste ocorreram muitos outros casos de fecundação póstuma, merecendo ser relatado o que aconteceu ultimamente aqui no Brasil, onde a professora Kátia Lenerneier pleiteou na justiça a autorização para utilizar o sêmen de seu falecido marido. Kátia era casada há cinco anos com Roberto Jefferson Niel, e tentavam engravidar naturalmente quando então Roberto foi surpreendido pelo câncer, em janeiro de 2009. Por indicação médica, Roberto procurou uma clínica de reprodução humana para depositar o seu sêmen antes de iniciar o tratamento de quimioterapia, que poderia deixá-lo infértil. O casal iniciou o tratamento de reprodução, mas houve um agravamento da doença, pois o câncer havia se espalhado pelos ossos, e Kátia preferiu estar ao lado do seu marido, dando-lhe assistência e esperar um melhor momento para realizar a fecundação. Infelizmente Roberto veio a falecer sem que Kátia engravidasse, e ao procurar o laboratório onde está depositado o esperma do seu falecido marido, o mesmo se recusou a entregá-lo porque não havia um consentimento prévio do marido liberando o uso após a sua morte. Kátia, para dar continuidade ao sonho que tinha juntamente com seu marido de ter filhos, ingressou com uma ação judicial para obter a autorização de realizar a fecundação artificial. O juiz Alexandre Gomes Gonçalves, da 13ª Vara Cível de Curitiba, concedeu uma liminar para a professora poder usar o sêmen congelado do marido e fazer uma inseminação artificial. Assim, esta decisão se caracteriza como a primeira decisão judicial brasileira sobre fecundação póstuma (COLLUCCI, 2010).

Porque não há uma legislação brasileira que regule a utilização das técnicas de reprodução assistida, clínicas e laboratórios se baseiam em norma do Conselho Federal de Medicina, que os orienta a documentar o que os homens pretendem fazer com o sêmen

congelado. Segundo a Resolução 1.957/2010 do CFM 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 falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. Então, de acordo com tal norma somente é autorizada a fecundação após a morte quando houver autorização por escrito do falecido.

Apesar de o Código Civil não exigir nenhuma autorização para que seja realizada a fecundação póstuma, o Enunciado n. 106 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na Jornada de Direito Civil I, no ano de 2002, formulou proposição para que interprete o inciso III do art. 1.597 no sentido de ser obrigatório a autorização prévia do doador falecido para ser realizada a fecundação póstuma, para que somente assim seja presumida a paternidade do marido falecido. Assim é o teor do citado enunciado:

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.

De acordo com o teor do enunciado acima mencionado, deve existir uma autorização escrita do falecido para que sua mulher ou companheira possa ser inseminada com seu sêmen ou que o embrião com sua carga genética seja implantado. Nesse sentido, se posiciona Dias (2006, p. 303), onde aduz que:

Ainda que o marido tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para a inseminação *pos mortem*. Somente na hipótese de ter havido expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento. O princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do material genético ao consentimento expresso a esse fim. Sem tal autorização, os embriões devem ser eliminados, pois não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de morto. Assim, a viúva não pode exigir que a clínica lhe entregue o material genético que se encontra armazenado para que seja nela inseminado, por não se tratar de bem objeto de herança.

No entanto, apesar da norma do Conselho Federal de Medicina e do Enunciado n. 106 do Conselho de Justiça Federal não permitirem a fecundação póstuma sem autorização prévia, como visto, houve recentemente uma decisão judicial no sentido de permitir que uma mulher pudesse ser inseminada com a carga genética de seu falecido marido. O fato de não se ter uma legislação específica que regule a situação da fecundação artificial, não deve ser

obstáculo para que o magistrado, diante de um caso concreto, dê uma solução adequada a cada situação.

Diante de certas situações específicas, quando um o casal procura uma clínica de reprodução humana para congelar seu material genético pode já se revelar a intenção de ter um filho, principalmente quando não se tem nenhum e a fecundação pelas vias naturais já tenha se mostrado ineficaz, seja por causa da idade, de algum motivo de doença que possa acarretar a esterilidade, ou até mesmo diante do temor de uma morte inesperada, em que não haja tempo em deixar um descendente. Nestas situações, como em muitas outras justificáveis, a ausência de um documento formal para garantir que o casal que armazenou sua carga genética almejava ter um filho, não pode ser impedimento para a geração da tão desejada criança.

4.4 O DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO *POST MORTEM*

Com base nos avanços científicos hoje se pode dizer que a morte não impede mais o homem de procriar, sendo que a possibilidade de gerar um filho é tão real que o homem mesmo falecido há certo tempo ainda poderá ser pai. Então, o Código Civil, diante dessa realidade, trouxe a presunção de filiação àqueles nascidos através de técnicas de reprodução assistida, mesmo após o falecimento do genitor em qualquer tempo. Assim, todas as crianças nascidas por tais métodos têm a mesma proteção do Estado, sendo-lhes garantidos os mesmos direitos inerentes às crianças nascidas pelas vias naturais, tendo em vista que a Constituição Federal proíbe quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Dessa forma, a criança gerada por meios artificiais ao nascer também será detentora de todos os direitos e obrigações, inclusive o de suceder seus pais, uma vez que foi concebida durante a vida dos genitores, sendo respeitado o princípio da coexistência entre herdeiro e autor da herança. Nesse sentido externa Dias (2006, p. 303) que “o filho concebido tem direito à sucessão (CC 1.798), não podendo afastar-se tal direito em se tratando de concepção decorrente de inseminação artificial”. Contudo, surge o questionamento se a criança concebida de pai pré-morto terá direito ao reconhecimento de sua paternidade genética e, principalmente, de participar da sucessão, especialmente a legítima.

A inserção do III no artigo 1.597 do Código Civil de 2002, que trata da possibilidade de nascimento de filho mesmo após a morte do pai, revela a preocupação do

legislador frente as inovações biotecnológicas. Todavia, tratou no novo código da presunção de paternidade sem fazer ressalvas quanto à autorização do doador falecido, ao lapso temporal em que seu material genético poderá ser utilizado, e as conseqüências dessa filiação no direito hereditário, permanecendo omissos quanto aos efeitos dessa norma no campo do direito das sucessões.

A possibilidade de a mulher utilizar o sêmen do marido falecido é prevista por lei, no entanto, se o filho que não era sequer concebido no momento da abertura da sucessão poderá ou não herdar, não é tratada na legislação, tendo em vista que o Código não tocou diretamente no direito hereditário dos que são assim gerados.

No tocante a sucessão testamentária, a doutrina é quase unânime em afirmar que um filho advindo de fecundação artificial pode ser sucessor, podendo ser contemplado em testamento, desde que se tenha a autorização prévia em vida para a fecundação póstuma e a mulher ainda esteja na condição de viúva (Enunciado de n. 106 do Conselho Federal de Justiça), haja vista que se contrair novo matrimônio, o filho nascido da fecundação póstuma nascido nos trezentos dias subseqüentes do novo casamento, não será presumido do falecido (CC, art. 1.597, II). Tal doutrina se fundamenta no art. 1.799, I, do Código Civil, que traz essa possibilidade ao prevê que os filhos não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas ao abrir-se a sucessão, podem ser nomeadas herdeiras. Assim é o posicionamento de Dias (2006, p.304) que aduz que “há possibilidade de ser contemplado mediante testamento o filho fruto de uma reprodução assistida, quer homóloga, quer heteróloga, mesmo não concebido (CC 1.799 I), contanto que nasça até dois anos após a abertura da sucessão (CC 1.800)”. Compartilhando desse mesmo entendimento, comenta Venosa (2010, p. 241):

O atual Código abre uma válvula restrita para essa hipótese, permitindo que unicamente na sucessão testamentária possam ser chamados a suceder o filho esperado de pessoa indicada, mas não concebido, aguardando-se até dois anos sua concepção e nascimento após a abertura da sucessão, com a reserva de bens da herança (arts. 1.799, I, e 1.800).

Ante os posicionamentos supracitados percebe-se que alguns autores admitem direitos sucessórios dos nascidos por fecundação póstuma, quando a prole eventual do próprio *de cuius* é beneficiada por testamento, pois se o testador pode atribuir a sua herança a prole eventual de terceiros (CC, art. 1.799, I), também poderá atribuir à sua própria prole. No entanto, para que a prole eventual do testador venha a ser beneficiada com os bens que lhes são reservados, deverá ser concebida no lapso temporal de dois anos, pois do contrário, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos (CC, art. 1.800).

Entretanto, o problema maior da questão reside no fato de o ser gerado através de fecundação artificial póstuma ter direito a participar da sucessão legítima, tendo em vista que o surgimento de um novo descendente consanguíneo de primeiro grau afeta diretamente no quinhão hereditário dos herdeiros necessários, podendo acarretar acirradas disputas familiares no âmbito judicial, principalmente se a partilha já estiver consumada.

O problema em questão reside justamente no conflito de normas trazidos pelo atual Código Civil, uma vez que na parte destinada a tratar do Direito de Família autoriza a fecundação *pos mortem*, presumindo que os filhos nascidos em tais situações são concebidos na constância do casamento. Entretanto, mais a frente, no Direito das Sucessões, uma norma se mostra em conflito com a referida técnica de reprodução assistida, qual seja, o artigo 1.798 do Código Civil, que assim preceitua: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

De acordo com a norma acima transcrita, a transmissão da herança se dá no momento da morte, adquirindo os herdeiros neste momento a propriedade e a posse dos bens que integram a herança do *de cujos*, desde que tenham capacidade para suceder. Fazendo-se uma interpretação literal desse artigo, o filho concebido pelo método da fecundação artificial após a morte do seu genitor, não terá direitos sucessórios, pois se exige que o herdeiro esteja ao menos concebido para que ocorra a transferência da herança. Dessa forma, por esta interpretação, a permissão da reprodução *post morte* gera insegurança jurídica aos herdeiros existentes ao tempo da sucessão que, poderão ter seu direito a sucessão cerceado, em virtude de eventual possibilidade de nascimento de outro herdeiro.

Diante de todo este conflito de normas o tema não comporta unanimidade na doutrina, e esta diverge acerca do assunto, dividindo-se em vários segmentos em que se discutem a viabilidade ou não de se conferir direitos sucessórios a filiação assistida. Segundo Aguiar (2009, *apud* Maia, p. 49) “[...] no que se refere aos efeitos da fecundação *post mortem* a doutrina se divide em três correntes: excludente, relativamente excludente e inclusiva”.

A primeira corrente chamada de excludente não concede nenhum direito a filiação advinda de técnicas de reprodução humana assistida, nem ao menos direito ao reconhecimento da paternidade. Tal corrente não admite nenhum reconhecimento para o filho póstumo, em virtude da extinção da sociedade conjugal em decorrência da morte, e principalmente por não subsistir no momento da abertura da sucessão. Compartilha desse entendimento Mário (2009, *apud* Gonçalves, p. 291) que assim adverte:

Não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte (CC, art. 1.784) e dela participam as “*peças nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*” (art. 1.798).

Assim, essa corrente posiciona-se no sentido de negar legitimação para suceder os filhos havidos por métodos de reprodução assistida, tanto na hipótese de a morte do ascendente preceder à concepção, como na implantação de embriões depois de aberta a sucessão. De acordo com tal pensamento, se posiciona o Projeto do Estatuto das famílias, que pretende alterar a presunção de filiação dada aos filhos provenientes de R.A, onde no seu art. 73, II, faz presumir filhos “os havidos por fecundação artificial homóloga, desde que a implantação do embrião tenha ocorrido antes do falecimento do genitor” (VENOSA, 2010, p. 237). Dessa forma, de acordo com o referido projeto somente será reconhecida a paternidade se a concepção ocorreu durante a vida dos genitores.

Para a segunda corrente, denominada relativamente excludente, é reconhecido o direito a paternidade dos filhos advindos de fecundação póstuma, em virtude da própria lei expressamente reconhecer o direito à filiação dos nascidos na citada situação. Entretanto, essa corrente não confere os direitos sucessórios, não sendo a criança gerada por fecundação *post mortem* incluída na ordem de vocação hereditária (MAIA, 2009, p. 50). Essa corrente nega ao fecundado póstumo o direito à sucessão sob o fundamento de que não estava concebido no momento da abertura da sucessão, pressuposto essencial para que seja legitimado a suceder (CC, art. 1.798). Nesse aspecto, Venosa (2010, p. 237) ressalta que “nas inseminações após a morte o Código não tocou diretamente no direito hereditário dos seres assim gerados, pois para a sucessão continuam sendo herdeiros apenas aqueles vivos ou concebidos quando da morte”. Portanto, para os defensores da corrente em análise, ao nascido através da fecundação artificial *post mortem* será apenas assegurado à filiação, devendo o registro civil constar o nome do genitor falecido, mesmo estando este impossibilitado de manifestar sua vontade em concebê-lo, mas sem qualquer efeito patrimonial com relação ao espólio ou aos herdeiros do *de cuius*.

Entretanto, dentro desta corrente surge também o questionamento se o embrião criopreservado é tido como sujeito de direito, tendo direito à personalidade e direito à sucessão, tendo em vista que a lei civil afirma que as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão têm direito a suceder, e lei põe a salvo os direitos do nascituro a partir da concepção (CC, arts. 2º e 1.798). Assim, alguns autores não distinguem o lugar da concepção, não diferenciando se o embrião encontra-se ou não implantado no

aparelho reprodutor da mulher, estendendo a regra do art. 1.798 do Código Civil aos embriões fecundados em laboratórios. A este posicionamento adere Diniz (2010, p. 47) com fundamento no Enunciado n. 267 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, que assim estabelece:

A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição de herança.

Com o intuito de deixar claro seu posicionamento, a autora continua (DINIZ, 2010, p. 47):

Se, por ocasião do óbito do autor da herança, já existia embrião criopreservado, gerado com material germinativo do *de cuius*, terá capacidade sucessória, se, implantado num útero, vier a nascer com vida e, por meio de ação de petição de herança, que prescreve em dez anos após a maioridade (18 anos), poderá pleitear sua parte no acervo hereditário.

No entanto, surge mais um questionamento, se podem ser conferidos direitos ao embrião excedentário criopreservado, e assim caso o mesmo venha a ser implantado pode vir a suceder, por que não conceder direito sucessório ao filho advindo de inseminação artificial *post mortem*, tendo em vista que a fertilização *in vitro*, da qual decorrem os embriões excedentários, é um método mais complexo e invasivo, somente aconselhado quando a inseminação artificial não apresenta resultados.

Há também quem sustente que a concepção a ser protegida é aquela em que o embrião já se encontra implantado, e somente a partir desse momento passariam a ser resguardados os seus direitos, não podendo ser considerado o embrião excedentário nascituro antes da implantação. Compartilha desse posicionamento Venosa (2010, p. 240) que assevera que “não se deve atribuir direitos aos embriões obtidos dessa forma, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, quando então sim teremos um nascituro, com direitos definidos na lei”.

Por fim, a terceira corrente denominada inclusiva, reconhece todos os direitos dos filhos nascidos mediante fecundação artificial homóloga *post mortem*, tanto o direito de filiação, tendo em vista que a lei expressamente reconhece esse direito, como também os direitos sucessórios, podendo o filho póstumo ser chamado a suceder a seu genitor falecido tanto na sucessão testamentária como também na legítima. Tal corrente se fundamenta no

princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, consagrado na Constituição Federal no art. 227, § 6º (também reproduzido literalmente pelo art. 1.596 do Código Civil), na garantia dada ao planejamento familiar (CF, art. 226, § 7º), no princípio da dignidade da pessoa humana, positivado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III), no princípio da paternidade responsável (CF, art. 227, § 7º) e no reconhecimento do pluralismo das entidades familiares (CF, art. 226, *caput*, §§ 3º e 4º). Dentre os defensores desse posicionamento encontra-se Gonçalves (2009, p. 57 e 58):

Não há como esquivar-se, todavia, do disposto nos arts. 1.597 do Código Civil e 227, § 6º, da Constituição Federal. O primeiro afirma que se presumem “concebidos” na constância do casamento “*os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido*” (inciso III). O segundo consagra a *absoluta igualdade de direitos entre os filhos*, proibindo-se qualquer distinção ou discriminação. Se, assim, na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata dos 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 direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, § 6º, da Constituição Federal.

Conforme se vislumbra, apesar de polêmicos e divergentes os posicionamentos das correntes doutrinárias apresentadas, deve prevalecer a que prima pela defesa do ser humano que nascerá do pai falecido. Bom seria que uma criança não viesse a nascer nessa situação, mas caso a mesma venha a existir seus direitos devem ser resguardados, tendo em vista que é uma pessoa menor, hipossuficiente e inocente na questão debatida, e nestas circunstâncias deve-se defender a superioridade da pessoa humana em relação aos interesses patrimoniais surgidos no momento da abertura da sucessão.

O fato de a própria Constituição Federal estabelecer como direito e garantia fundamental à igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, reafirmando tal princípio no art. 227, § 6º, o qual preceitua que “os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, demonstra que a lei repudia qualquer forma de discriminação, sendo que se torna contraditório reconhecer à filiação dos filhos nascidos de fecundação artificial póstuma, e não conferir-lhes também seus direitos sucessórios, tendo em vista que a o direito à herança (CF, art. 5º, XXX), decorrente do direito de propriedade, é um dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro.

O argumento de que o surgimento de um novo descendente consanguíneo de primeiro grau, após a abertura do processo de inventário e término da partilha, afeta

diretamente no quinhão hereditário dos herdeiros necessários, gerando insegurança nas relações jurídicas já consumadas, não pode se configurar como impedimento para a aquisição dos direitos hereditários dos nascidos por fecundação póstuma. A possibilidade de ser ajuizada uma ação de petição de herança é inevitável em qualquer sucessão, evidenciando-se que qualquer sucessão está sujeita a insegurança jurídica. Então, caso um indivíduo venha a existir após a divisão a partilha do acervo hereditário, o mesmo poderá fazer jus da ação de petição de herança, cumulando-a com a nulidade da partilha, pleiteando-se, assim, o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança (CC, art. 1.824). Convém ressaltar que a ação de petição de herança não é imprescritível³ e o filho póstumo para fazer uso da referida ação, deve promovê-la em até 10 (dez) anos (CC, art. 205)⁴ da data de abertura da sucessão. No entanto, o prazo prescricional somente começará a correr quando o herdeiro incapaz completar 16 anos de idade, tornando-se relativamente incapaz (CC, art. 198, I).

A questão sobre o tema em análise é tormentosa, e a doutrina e a jurisprudência é quem vem fornecendo subsídios para a solução da problemática. Apesar dos posicionamentos aqui citados, a maioria da doutrina brasileira vem negando legitimação para suceder aos filhos havidos por fecundação artificial homóloga (já que para a heteróloga o marido deve autorizar a fecundação, pressupondo-se que o mesmo esteja vivo no momento do procedimento), seja os advindo de inseminação ou os provenientes da implantação de embriões excedentários depois do falecimento do autor da herança.

Dessa forma, para por um fim a toda esta polêmica, a solução seria se houvesse disposição legislativa favorecendo ou não o indivíduo advindo da fecundação *post morte*. No entanto, a legislação brasileira não traz uma solução adequada, permanecendo omissa, e até em alguns pontos, contrária a Carta Constitucional. Portanto, até o momento, a resposta às dúvidas provenientes de tão controverso tema fica a cargo dos tribunais, visto que o Código Civil trata da matéria desde o ano de 2002 e ainda não há objetivamente corrente jurisprudencial concreta e segura sobre o tema.

³ Súmula 49 do STF: “é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

⁴ Código Civil, art. 205: “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

5 CONCLUSÃO

Em face do desenvolvimento científico, pelo surgimento e aprimoramento das técnicas de reprodução assistida, hoje se tornou possível que muitas pessoas que sofrem com o drama da infertilidade possam alcançar a maternidade e a paternidade, permitindo-se também a procriação mesmo após a morte de um de ambos os genitores. Entretanto, a reprodução assistida tem suscitado muitos questionamentos, sendo uma das maiores discussões a que se refere aos direitos inerentes ao indivíduo concebido após a morte de um de ambos os genitores na fecundação artificial homóloga.

A inserção, feita pelo Código Civil, da presunção de filiação aos nascidos pelas técnicas de reprodução assistida, revela a preocupação do legislador frente às inovações biotecnológicas. Todavia, a lei civil permanece omissa quanto aos efeitos dessa presunção no campo do direito das sucessões. Assim, o novo código trouxe um conflito de normas, pois na parte relativa ao direito de família, prevê a possibilidade da fecundação artificial *post mortem*, entretanto, mais à frente, no direito das sucessões, uma norma se mostra em oposição com a referida técnica de reprodução assistida, qual seja, a do artigo 1.798 do Código Civil, que prevê que apenas os nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão são legitimados a suceder.

Quanto ao reconhecimento da paternidade dos filhos provenientes de fecundação artificial, verificou-se que não há significativas controvérsias (apesar de alguns doutrinadores serem totalmente contra o uso da fecundação póstuma), tendo em vista que o Código Civil presumiu serem concebidos na constância do casamento os filhos havidos mediante inseminação artificial, mesmo que já falecido o marido, como também os provenientes de embriões excedentários, a qualquer tempo, decorrente de concepção artificial homóloga.

Entretanto, com relação aos direitos hereditários dos concebidos *post mortem*, constatou-se acentuada divergência doutrinária, pois também não existe um posicionamento sobre o assunto na jurisprudência. Parte da doutrina nega o direito de sucessão, sob o fundamento de que são apenas legitimados a suceder aqueles nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão. Já para outra corrente doutrinária, devem ser reconhecidos todos os direitos aos nascidos por fecundação póstuma, inclusive os sucessórios, com respaldo na observação dos princípios constitucionais da igualdade plena entre todos os filhos, da proibição de qualquer forma discriminatória, do melhor interesse da criança e o da dignidade da pessoa humana.

Diante de todos os posicionamentos doutrinários mencionados, o mais coerente é que prima pelo direito de conferir ao nascido através de concepção artificial póstuma a habilitação na herança deixada por seu genitor, devendo ser o mesmo incluído na ordem de vocação hereditária, tendo em vista que o direito à sucessão, antes de ser tratado como um instituto civil constitui-se também como um direito fundamental previsto no 5º, XXX, da Constituição Federal. Assim, se legislador reconhece à filiação dos filhos nascidos por método de reprodução assistida, do mesmo modo deve também reconhecer os direitos hereditários, pois do contrário, ficarão afrontados muitos princípios constitucionais.

Melhor seria que um indivíduo não viesse a nascer nessas condições, pois no momento em que este ser nasce, já está órfão. Mas, por outro lado, analisando-se a situação em que um casal vinha há bastante tempo tentando procriar, e a mulher somente consegue engravidar após a morte de seu parceiro, não lhe podem ser negados o direito de usar o material genético do falecido, tendo em vista que se um casal procura uma clínica de reprodução já revela a intenção de ter um filho, como também esta criança assim gerada não poderá ficar excluída da sucessão de seu pai.

Portanto, diante desse conflito de normas trazidos pelo novo código, feita uma ponderação dos valores colididos, consistente no direito à sucessão do fecundado *post mortem* e no direito de propriedade dos demais herdeiros, deve prevalecer aquele que está em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, que é também um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consagrado no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Sendo assim, não deve ser dado tratamento diferenciado entre o filho já vivo ou concebido no momento da abertura da sucessão e aquele que vier a existir após ela, pelo simples fato de este ser concebido por técnica de reprodução assistida realizada após a morte do pai.

Como resultado, resta evidente ser possível a habilitação do concebido *post mortem* na ordem de vocação hereditária de seu genitor falecido, pois entendimento contrário a este é incompatível com o proclamado no art. 227, § 6º da CF”, onde preceitua que “os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Além disso, o Código Civil, no art. 1.834 ainda aduz que “os descendentes da mesma classe tem os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes”. Assim, se na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e o Código Civil reconhece que os filhos advindos de fecundação homóloga *post mortem* são concebidos na constância do casamento, do mesmo

modo deve reconhecer os direitos hereditários de tais filhos, não se justificando excluí-los da sucessão do genitor falecido, pois o direito à herança (CF, art. 5º, XXX) decorrente do direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII) é também um dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMANAQUE ABRIL. **Ciência e Tecnologia: clonagem**. São Paulo: Abril, 2010.

BRASIL, Código Civil. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Vade Mecum Saraiva. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Saraiva. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, Súmulas do Supremo Tribunal Federal. Vade Mecum Saraiva. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **I Jornada de Direito Civil: Enunciados Aprovados**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 12 de abr. 2011.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **III Jornada de Direito Civil: Enunciados Aprovados**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 12 de abr. 2011.

_____. Lei n. 11.105 de 25 de março de 2005. **Dispõe sobre normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados e seus derivados**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm>. Acesso em 09 de mar. 2011.

_____. Projeto de Lei n. 1.184 de 2003, de iniciativa do Senador Lúcio Alcântara. **Dispõe sobre normas para realização de inseminação artificial e fertilização “in vitro”, proibindo a gestação de substituição (barriga de aluguel) e os experimentos de clonagem radical**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/137589.pdf>. Acesso em 10 de abr. 2011.

COLLUCCI, Cláudia. **Justiça autoriza mulher a tentar engravidar com sêmen do marido morto**. Folha.com, São Paulo, 25 mai. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/740294-justica-autoriza-mulher-a-tentar-engravidar-com-semen-do-marido-morto.shtml>>. Acesso em 15 de abr. 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº. 1957/2010**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em 02 de mar. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 5: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 6: direito das sucessões. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. VI: direito de família. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. VII: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, Sônia. **Bio**: volume único. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAIA, Hérica Juliana Linhares. **A fecundação artificial homóloga póstuma e seus efeitos no direito sucessório**. 2009. 554 GD. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) Faculdade de Direito – Universidade Federal de Campina Grande, Sousa.

MOTA, Sílvia. **Criopreservação de gametas ou pré-embriões**. Disponível em: <<http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/procriacaoassistida/criopreservacao-embrioes.htm>>. Acesso em 10 de mar. 2011.

PESSINI, Leocir. **Problemas atuais de bioética**. 8. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução Assistida: Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório**. Recanto das Letras. São Paulo, 28 Fev. 2008. Disponível em: <<http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 18 de abr. 2011.

RIGO, Gabriella Bresciani. **O Status de Filho Concebido Post Mortem Perante o Direito Sucessório na Legislação Vigente**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 08 Jul. 2009. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849>. Acesso em: 03 mar. 2011.

SILVA, Fernanda Avellaneda. **Aspectos Éticos–Jurídicos no Direito de Filiação Produzidos na Reprodução Humana Assistida**. 2004. Monografia (bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/247/241>>. Acesso em: 15 de fev. 2011.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito de família**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.