



ASPECTOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* NO DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO¹

Letícia Rodrigues da Costa²

Victor Henrique Fernandes e Oliveira³

RESUMO

O presente artigo é resultado de uma vasta evolução tecnológica no âmbito das ciências humanas, o que acarretou diversos questionamentos jurídicos acerca da influência das técnicas de reprodução assistida na esfera legal. Com a presença de referidas inovações, o Direito deve adaptar-se para acompanhá-las, podendo assim oferecer tratamento ideal à sociedade contemporânea. Em conteúdo sucessório, indaga-se a possibilidade jurídica do embrião concebido *post mortem* dispor de direitos hereditários do *de cujus*. Ao analisar o Código Civil de 2002, verifica-se que o dispositivo reconhece a presunção de paternidade a aqueles concebidos através de inseminação artificial homóloga *post mortem*. Todavia, constata-se uma imensa lacuna a ser preenchida na legislação brasileira, visto que o legislador se manteve omissos quanto à matéria sucessória desses embriões. Desse modo, para analisar os direitos sucessórios do embrião concebido *post mortem*, foram feitas diversas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, a fim de possibilitar melhor esclarecimento em relação à temática.

Palavras-chave: Direito sucessório. Família. Filiação. Inseminação artificial. Reprodução assistida.

ABSTRACT

This article is the result of a vast technological evolution in the human sciences, which led to several legal questions about the influence of assisted reproduction techniques in the legal sphere. With the presence of such innovations, the law must adapt to accompany them, thus

¹ Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Jussara – FAJ, como parte obrigatória para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

² Discente do curso de Direito da Faculdade de Jussara – FAJ. Email: leticiarodrigues891@gmail.com.

³ Professor do curso de Direito da Faculdade de Jussara – FAJ. Especialista em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Direito Civil e Direito Processual Civil. Email: profvictorfernandes@yahoo.com.

offering ideal treatment to contemporary society. In succession content, it is questioned the legal possibility of the embryo conceived *post mortem* have hereditary rights of *de cujus*. By analyzing the civil code of 2002, it appears that the device recognizea the presumption of paternity to those conceived through artificial insemination *post mortem* morgue. However, there is a huge gap to be filled in the Brazilian legislation, since the legislator remained silente on the subject successors of these embryos. Thus, to analyze the succession rights of the conceived embryo *post mortem*, several doctrinal and jurisprudential research were made in order to enable better clarification on the subject.

Keywords: Inheritance law. Family. Membership. Artificial insemination. Assisted reproduction.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, verifica-se que a medicina se encontra em constante progresso, especialmente no que diz respeito ao âmbito familiar, dado que foram desenvolvidos vários métodos biotecnológicos para a efetivação de um planejamento familiar. Diante de referidos avanços, o Direito, sendo uma ciência dinâmica, deve adaptar-se às mudanças presentes na sociedade.

Posto isto, constata-se o surgimento das técnicas de reprodução assistida, as quais visam possibilitar a procriação e a formação de um conjunto familiar, para que pessoas, que possuam problemas com infertilidade, consigam alcançar o objetivo de ter filhos. Nesse contexto, Diniz (2006, p. 556) salienta que os métodos de reprodução assistida podem ocorrer de duas formas sendo fertilização *in vivo* e fertilização *in vitro*.

Nesse sentido, o método *in vitro* consiste na retirada de óvulos da mulher para fecundá-los na proveta, juntamente com sêmen do esposo ou de terceiro e, posteriormente, introduzi-lo em seu útero ou de outra mulher. Já a técnica *in vivo* refere-se à inserção do esperma na mulher, sem que haja manipulação externa de óvulo, podendo ainda ser classificada em homóloga e heteróloga (DINIZ, 2006, p. 556).

Por conseguinte, destaca-se que da fertilização *in vivo* de forma homóloga deriva-se a inseminação artificial homóloga *post mortem*, a qual se fundamenta na possibilidade de preservar embriões que não foram utilizados em uma inseminação artificial anterior, para que estes sejam usados após a morte do marido ou companheiro (COCO, 2012).

Diante da temática intrincada, constata-se uma ampla ausência de regulamentação, o que caracteriza a falha presente nas disciplinas jurídicas, uma vez que estas devem ser modificadas

ao longo da evolução social para acompanhá-la, evitando assim dúvidas com relação ao conteúdo e tornando transparente a aplicação do direito no caso concreto.

Nesse aspecto, os métodos biotecnológicos de reprodução assistida encontram-se emergidos à polêmicas, especificamente no que condiz à questão sucessória, consequência da lacuna presente na legislação civil. Dessa maneira, ainda que haja previsão no Código Civil, a questão sucessória do embrião concebido *post mortem* não encontra-se clara, posto que há diversos entendimentos jurídicos conflituosos.

Logo, a temática “aspectos da inseminação artificial homóloga *post mortem* no direito sucessório do embrião”, é de grandiosa importância tanto para o âmbito social, como o jurídico, visto que é assunto contemporâneo, que enseja o fomento de discussões e esclarecimentos relativos aos aspectos sucessórios do concebido *post mortem*.

Desse modo, diante das controvérsias quanto ao assunto, é necessário o estudo da filiação civil, bem como os métodos de reprodução assistida e os direitos sucessórios decorrentes da concepção do embrião concebido mediante estes, utilizando-se de pesquisa bibliográfica em doutrinas e jurisprudências.

2. ASPECTOS JURÍDICOS DA FAMÍLIA E DA FILIAÇÃO

A princípio, cumpre salientar que a definição jurídica de família passou por diversas evoluções, principalmente a partir de meados do século XX, motivadas por fatores culturais e morais da sociedade pertinente à época, razão pela qual fez-se necessário amplificar o conceito familiar (CANEZIN, 2012).

Ao analisar o Código Civil de 1916, verifica-se que o dispositivo abordava a aceção familiar de modo patriarcal e hierárquico, atribuindo ao homem todas as responsabilidades desta entidade, não restando à mulher qualquer influência em seu núcleo familiar (GONÇALVES, 2017).

Corroborando a afirmativa, convém citar um fragmento de Gomes (1997), que ao estudar o Código Civil de 1916, afirma que:

O Código refletia ao tempo de sua elaboração, a imagem da família patriarcal entronizada num país essencialmente agrícola, com insignificantes deformações provenientes das disparidades da estratificação social. Sob permanente vigilância da Igreja, estendida às mais íntimas relações conjugais e ao comportamento religioso, funcionava como um grupo altamente hierarquizado, no qual o chefe exercia os seus poderes sem qualquer objeção ou resistência a tal extremo que se chegou a descrevê-

la como um agregado social constituído por uma marido déspota, uma mulher submissa e filhos aterrados (GOMES, 1997, p. 19).

Hodiernamente, observa-se que a definição de família ganhou nova imagem, posto que a mulher possui ingerência análoga ao homem na instituição familiar. Frisando referida informação, o artigo 1.568, do Código Civil atual, leciona que os cônjuges são obrigados a concorrer para o sustento da família (BRASIL, 2002).

Nesse contexto, Taturce (2018, p. 1322) ressalta a importância do princípio da igualdade entre os cônjuges e companheiros, abordado pelo Código Civil em seu artigo⁴ 1.511 e pelo artigo⁵ 226, § 5º, da Constituição Federal, os quais discorrem acerca da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges na entidade familiar.

Posteriormente, Taturce (2018, p.1323) esclarece que com o surgimento do referido princípio surge a igualdade na chefia familiar, substituindo-se então a representação baseada em uma hierarquia por uma diarquia. O autor ainda explica que:

Utiliza-se a expressão *despatriarcalização do Direito de Família*, eis que a figura paterna não exerce o poder de dominação do passado. O regime é de companheirismo, não de hierarquia, desaparecendo a ditatorial figura do *pai de família* (*paterfamilias*), não podendo sequer se utilizar a expressão *pátrio poder*, substituída por *poder familiar* (TATURCE, 2018, p. 1323).

Destarte, cumpre mencionar o trecho da obra de Girardi (2005), o qual dispõe o seguinte:

As relações de convivência familiar e social já não são mais as rigidamente estabelecidas pelo Código Civil de 1916, em que o modelo único de família, fundado na desigualdade e sustentado pelo patriarcado, tinha na figura do homem a concentração do poder econômico e social da família (Girardi, 2005, p. 23).

Sendo assim, constata-se que hoje a família pode ser conceituada em sentido comum e biológico como o conjunto de pessoas que se originam de um tronco ancestral comum; em senso estrito, a família se limita ao grupo formado pelos pais e filhos; e em sentido universal é considerada a célula social por excelência (PEREIRA, 2018, p. 38-39).

Ademais, destaca-se que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, parágrafos 7º e 8º, estabelece que a instituição possui proteção incomum, visto que representa o alicerce social brasileiro. Veja-se:

⁴ Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]

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

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988).

Diante da nova abordagem constitucional, nota-se que a atual Carta Magna apresentou à perspectiva de família uma nova representação, ao enfatizar a importância da entidade no contexto social, bem como o valor do planejamento familiar.

Defronte de tantas mudanças aludidas pela Constituição de 1988, houve a necessidade de adaptar a legislação civil brasileira. Dessa forma, o Código Civil de 2002 foi formulado em alicerces que procuraram prezar o instituto da família, abordando o assunto de forma a priorizar a convivência familiar (GONÇALVES, 2017).

No que tange à filiação, o Código Civil, em seu artigo 1.593 aduz que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” (BRASIL, 2002). A esse respeito, leciona Gonçalves (2017, p. 408) que “filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado”.

Ressalta-se ainda o conceito apresentado por Canezin (2012), o qual expõe o seguinte:

O termo filiação pode ser visto em sua acepção etimológica como derivado do latim *filiatio*, significando o vínculo existente entre o filho e aqueles que o geraram (seus pais), ou pode ser visto em sua acepção sociológica, significando o vínculo existente entre indivíduos que sentem, pensam e agem como se fossem pais e filhos (CANEZIN, 2012, p. 13).

O Código Civil de 1916 versava sobre a filiação de maneira que distinguia os filhos, classificando-os como ilegítimos e legítimos, sendo estes os havidos entre cônjuges e aqueles quando não houvesse casamento entre os genitores. Ademais, os ilegítimos se bifurcavam em outros dois tipos, naturais e espúrios, estes concebidos em casos que a lei proibia união conjugal dos pais e aqueles em situações que não haviam impedimentos (GONÇALVES, 2017).

Além disso, ainda havia distinção para os filhos espúrios, que podiam ser classificados como adulterinos, quando o impedimento resultasse do fato de um dos genitores serem casados, ou como incestuosos, se a restrição decorresse de parentesco próximo (GONÇALVES, 2017).

Atualmente, referidas distinções não são empregadas, uma vez que foi estabelecida absoluta igualdade entre os filhos por texto constitucional. Assim, o artigo 227, §6º, da Constituição Federal, preconiza que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (BRASIL, 1988).

Nesse mesmo sentido, é o artigo 20, da Lei nº 8.069/90, conhecida como Estatuto Criança e do Adolescente (ECA), o qual estabelece 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” (BRASIL, 1990).

Dessa forma, destaca-se que atualmente o Código Civil reconhece duas espécies de filiação, nesse contexto, Coco (2012) as classifica como biológica ou jurídica e civil ou socioafetiva, sendo esta compreendida como uma relação jurídica de afeto, sem que haja um vínculo biológico e aquela referindo-se à filiação originária da consanguinidade.

Nessa lógica, Dias (2013) ressalta ainda que a paternidade não é só um ato físico, mas sim um ato de opção, superando os aspectos biológicos para adentrar na área afetiva, ensina ainda que:

O status de filho pode ser conquistado com o nascimento em uma família matrimonialmente constituída, com a adoção, com o reconhecimento da paternidade, voluntário ou forçado, sem que a causa que deu ensejo ao vínculo que se estabelece entre pai, mãe e filho seja a consanguinidade (DIAS, 2013, p. 365).

Nesse aspecto, ao julgar a Repercussão Geral nº 622, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais (BRASIL, 2016).

Do mesmo modo, se posiciona a jurisprudência apátrida:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA - EXCLUSÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA - COMPROVAÇÃO DO VÍNCULO DE AFETIVIDADE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O valor absoluto atribuído ao registro só pode ser elidido por consistentes provas de erro ou falsidade, não se admitindo a existência de vício de consentimento decorrente de mera negligência do registrante.

2. Ainda que excluída pelo exame de DNA a paternidade biológica, acaso demonstrada a existência de vínculo socioafetivo entre as partes, deve ser mantido o nome do genitor no registro de nascimento das requeridas (Apelação Cível nº 1.0012.12.001678-2/001, Rel. Rogério Coutinho, julgamento em 09/07/2015).

À vista do exposto, Canezin (2012) declara que finalmente a justiça tem entendido que ser pai ou mãe não reflete apenas no fato de gerar uma criança, mas sim criar, amar, cuidar e dedicar-se ao seu progresso. A autora ainda ressalta que não é só o fator genético que pode dar sentido à paternidade ou à maternidade, uma vez que as relações entre pais e filhos são originalmente fundadas no amor, na amizade e no respeito.

No mesmo sentido, Boeira (1999) foi esclarecedor ao afirmar que:

A paternidade passou a ser vista como uma relação psicoafetiva, existente na convivência duradoura e presente no ambiente social, capaz de assegurar ao filho não só um nome de família, mas, sobretudo, afeto, amor, dedicação e abrigo assistencial reveladores de uma convivência paterno-filial, que, por si só, é capaz de justificar e identificar a verdadeira paternidade (BOEIRA, 1999, p. 53).

Dessa forma, nota-se que na atualidade o vínculo socioafetivo é considerado de suma importância para a legislação brasileira, devido a relevância de uma convivência familiar saudável, bem como a construção de laços afetivos, portanto, resta transparente a desbiologização do conceito de filiação (BOEIRA, 1999).

3. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA À LUZ DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Ressalta-se que, atualmente, a concepção de um filho, em tese, representa um objetivo para muitas famílias, entretanto, em virtude de problemas com infertilidade, para muitos a efetivação de um planejamento familiar de forma natural torna-se árduo. À vista disso, foram desenvolvidas técnicas de reprodução assistida, com o objetivo de proporcionar a concretização da almejada procriação.

Nessa perspectiva, Avelar (2008, p.14) explica que a reprodução humana assistida é a intercessão do homem no processo natural de procriação, cujo intuito é a possibilidade de pessoas com problemas de esterilidade e infertilidade, realizar o desejo de maternidade ou paternidade, possibilitando assim, o planejamento familiar.

No mesmo sentido, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº 1.358/92, dispõe que:

As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade (BRASIL, 1992).

Nesse aspecto, o artigo 226, da Constituição Federal, em seu parágrafo 7º dispõe que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, cabendo o Estado propiciar recursos para o exercício desse direito (BRASIL, 1988). Por esse mesmo ângulo, a Lei nº 9.263/96, em seu artigo 1º esclarece que o planejamento familiar é direito do cidadão (BRASIL, 1996).

Ademais, cumpre mencionar que o dispositivo supracitado, em seu artigo 2º, dispõe que planejamento familiar é “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (BRASIL, 1996).

No que concerne aos métodos de reprodução assistida, Coco (2012) enfatiza, em sua obra, que suas principais modalidades são, a fertilização *in vitro* e a fertilização *in vivo*, podendo esta ser por meio de inseminação artificial heteróloga ou homóloga.

Acerca da distinção entre a fertilização *in vitro* e a fertilização *in vivo*, Carvalho (2014, p. 131) explica que, na fertilização *in vitro* o óvulo feminino é fecundado fora do corpo da mulher, sendo, depois de fertilizado, implantado em seu útero, já na fertilização *in vivo* o espermatozoide é introduzido no interior do útero da mulher, com o objetivo de fecundar o óvulo, não sendo preciso a retirada deste.

Nesse sentido, Coco (2012) esclarece que a fertilização *in vitro* ocorre nas hipóteses em que o material genético do casal é colhido e manipulado em laboratório, de forma extrauterina e, após sua fecundação, o embrião é inserido no útero materno. Elucida ainda, que é possível, em casos de problemas com infertilidade, a utilização do útero de outra pessoa para a implantação do feto.

Sobre o assunto, preconiza Diniz:

A ectogênese ou fertilização *in vitro* concretiza-se pelo método ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*), que consiste na retirada de óvulos da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra. Como se vê, difere da inseminação artificial, que se processa mediante o método GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*), referindo-se à fecundação *in vivo*, ou seja, à inoculação do sêmen na mulher, sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou de embrião (DINIZ, 2006, p. 552).

Cumpre citar a definição dos métodos *in vivo* apresentada por Diniz (2006):

Ter-se-á inseminação artificial quando o casal não puder procriar, por haver obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, pseudo-hermafroditismo,

escassez de espermatozoides, obstrução do colo uterino, doença hereditária etc. Será *homóloga* se o sêmen inoculado na mulher for do próprio marido ou companheiro, e *heteróloga* se o material fecundante for de terceiro, que é o doador (DINIZ, 2006, p. 556).

Sendo assim, verifica-se que a principal diferença entre os métodos *in vivo* é a origem do sêmen, uma vez que nos casos em que o espermatozoide pertence ao marido, esta se caracteriza como inseminação artificial homóloga, e em hipóteses em que o espermatozoide for de terceiro, será denominada inseminação artificial heteróloga (DINIZ, 2000).

Para melhor esclarecimento, Diniz (2006) leciona que:

Com a ectogênese surgem certas *situações inusitadas*, como, por exemplo:

- a) fecundação de um óvulo da esposa ou companheira com espermatozoide do marido ou convivente, transferindo-se o embrião para o útero da mulher;
- b) fertilização *in vitro* com sêmen e ovulo de estranhos, por encomenda de um casal estéril, implantando-se o embrião no útero da mulher ou no de outra;
- c) fecundação, com sêmen do marido ou companheiro, de um óvulo não pertencente a sua mulher, mas implantado no seu útero;
- d) fertilização, com espermatozoide de terceiro, de um óvulo não pertencente à esposa ou convivente, com imissão do embrião no útero dela;
- e) fecundação na proveta de óvulo da esposa ou companheira com material fertilizante do marido ou companheiro, colocando-se o embrião no útero da própria esposa (convivente);
- f) fertilização, com espermatozoide de terceiro, de óvulo da esposa ou convivente, implantando em útero de outra mulher;
- g) fecundação *in vitro* de óvulo da esposa (companheira) com sêmen do marido (convivente), congelando-se o embrião para que, depois do falecimento daquela, seja inserido no útero de outra, ou para que, após a morte do marido (convivente), seja implantado no útero da mulher ou do de outra.

Em caso de inseminação artificial, poderá haver:

- a) inseminação homóloga, praticada na esposa (convivente) com sêmen do marido (convivente), em vida deste, ou após sua morte (*AIH – Artificial Insemination by Husband*);
- b) inseminação heteróloga, durante o matrimônio ou união estável, feita em mulher casada ou convivente, com espermatozoide de terceiro (*AID – Artificial Insemination by Donor*) (DINIZ, 2006, p. 552-553).

À vista do exposto, verifica-se a existência de uma hipótese em especial, qual seja a inseminação artificial *post mortem*, prevista no artigo 1.597, incisos III e IV⁶, do Código Civil de 2002. Este dispositivo demonstra a possibilidade de embriões excedentes, que antes foram utilizados em uma inseminação artificial homóloga, não serem descartados, sendo congelados em processo de criopreservação, possibilitando então a utilização destes após a morte do marido ou companheiro (COCO, 2012).

⁶ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

Nesse contexto, Monteiro (2007, p.307) afirma que:

A fecundação ou inseminação homóloga é realizada com sêmen originário do marido. Neste caso, o óvulo e o sêmen pertencem à mulher e ao homem, respectivamente, pressupondo – se, in casu, o consentimento de ambos. A fecundação ou inseminação artificial post mortem é realizada com embrião ou sêmen conservado, após a morte do doador, por meio de técnicas especiais (MONTEIRO, 2007, p. 307).

Ademais, constata-se que o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº 1.957/10, estabelece limites e regulamentações à utilização da inseminação artificial homóloga *post mortem* ao afirmar que no momento da criopreservação, o casal deve “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” (BRASIL, 2010).

Além disso, o Enunciado nº 106, do Conselho da Justiça Federal (CJF) estabelece que, para a esposa ou companheira se submeter à técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem* é preciso que esta esteja em condição de viúva, bem como é obrigatória a autorização escrita do marido ou companheiro para que utilize seu material genético após sua morte.

4. ASPECTOS DO DIREITOS SUCESSÓRIOS FRENTE À INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Preliminarmente, convém destacar que o direito das sucessões é o conjunto normativo que rege a transferência patrimonial de uma pessoa, em função de sua morte (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 38). Sendo que, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXX, cita a herança como um direito fundamental do indivíduo (BRASIL, 1988).

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Maria Helena Diniz, a qual explica que:

O direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou de testamento (CC, art. 1.786). Consiste, portanto, no complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão de bens ou valores e dívidas do falecido, ou seja, a transmissão do ativo e do passivo do *de cujus* ao herdeiro (DINIZ, 2019, p. 17).

Ao analisar os direitos sucessórios verifica-se que, em geral, a morte não se trata de assunto comum dos dispositivos legais. Entretanto, entende-se que esta, em sentido amplo, é

considerada um fato jurídico, o qual gera efeitos na esfera do Direito (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

Verifica-se que, a sucessão pode ser classificada em legítima e testamentária, sendo que essa relaciona-se a testamento válido ou disposição de última vontade e aquela referindo-se a sucessão resultante de lei em casos de ausência, nulidade, anulabilidade ou caducidade de documento testamentário (DINIZ, 2019).

Sobre o assunto, o Código Civil de 2002 esclarece:

Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

[...]

Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

[...]

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem 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 (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, nota-se que se o falecido não elaborar testamento, a sucessão será legítima, transmitindo seu patrimônio às pessoas indicadas pela lei, obedecendo-se à ordem de vocação hereditária, prevista no artigo 1.829, do Código Civil (DINIZ, 2019).

No que se refere à sucessão testamentária, salienta-se que diante do sistema da liberdade de testar limitada, se o testador tiver herdeiros necessários, ou seja, cônjuge supérstite, descendentes e ascendentes suscetíveis, este só poderá dispor de metade de seu patrimônio, já que a outra metade constitui a legítima daqueles herdeiros, conforme o artigo 1.789⁷, do Código Civil de 2002 (DINIZ, 2019).

É evidente que para a ocorrência da inseminação artificial homóloga *post mortem* é necessário que o esposo ou companheiro tenha falecido. Diante disso, o acervo hereditário do *de cujus* passa a precisar de nova titularidade, instante em que impera no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da saisine, consagrado pelo artigo 1.784, do Código Civil de 2002 (COCO, 2012).

O referido princípio, demonstra a necessidade da imediata transmissão das obrigações e direitos do falecido, evitando assim que as relações jurídicas deste fiquem sem titularidade. Dessa forma, convoca-se os herdeiros legítimos e testamentários, para abrir a sucessão (COCO, 2012).

⁷ Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

No que tange à posição do Código Civil de 2002, com relação aos métodos de reprodução assistida, este prevê em seu artigo 1.597, incisos III, IV e V⁸ a presunção de filiação a aqueles concebidos mediante referidas técnicas, entretanto, o mesmo dispositivo revela-se falho, uma vez que não dispõe acerca dos direitos sucessórios dos embriões supramencionados.

Corroborando a informação supracitada, preconiza Venosa (2013, p. 240) que “o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade”.

A princípio, pressupõe-se que os embriões concebidos através de técnicas de reprodução assistida possuem os mesmos direitos daqueles obtidos de forma natural. Nessa mesma linha de raciocínio, o parágrafo 6º, do artigo 227, da Constituição Federal, determina que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, terão os mesmos direitos e qualificações (BRASIL, 1988).

Todavia, com relação a inseminação artificial homóloga *post mortem*, prevista no artigo 1.597, inciso III, verifica-se que mesmo havendo previsão legal expressa de mencionada técnica, o direito sucessório do embrião concebido através desta não revela-se com clareza, portanto, várias incógnitas são desencadeadas dando abertura a diversos entendimentos doutrinários.

A esse respeito, inclusive leciona Mônica Aguiar:

Apesar de restar na legislação a atribuição da paternidade do inseminado ao de cujus, saber se a vontade de procriar deve ser protegida para além da morte, é tema que divide os doutrinadores em duas correntes básicas. De um lado, os que defendem essa proteção, ao argumento de ser convergente do direito da criança à existência. De outro, os que sustentam a impossibilidade dessa técnica, como forma de assegurar o direito do filho a uma estrutura familiar formada por ambos os pais (AGUIAR, 2009, p. 117).

Partindo desse pressuposto, constata-se que há doutrinadores que defendem a realização da técnica de inseminação artificial *post mortem*, bem como há os que argumentam a impossibilidade da referida técnica.

Aqueles que intercedem acerca da inviabilidade do método, justificam que a morte do marido funciona como causa revogadora da permissão dada pelo doador, sendo assim, caso já

⁸ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (BRASIL, 2002).

tenha havido a fecundação, referido entendimento resulta no não reconhecimento da filiação do feto (COCO, 2012).

Acerca disso, inclusive é o entendimento de Maria Helena Diniz:

É preciso evitar tais práticas, pois a criança, embora possa ser filha genética, por exemplo, do marido de sua mãe, será, juridicamente, extramatrimonial, pois não terá pai, nem poderá ser registrada como filha matrimonial em nome do doador, já que nasceu depois de 300 dias da cessação do vínculo conjugal em razão da morte de um dos consortes. E, além disso, o morto não mais exerce direitos, nem deveres a cumprir. Não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o matrimônio se extingue com a morte, nem conferir direitos sucessórios ao que nascer por técnica conceptiva *post mortem*, pois não estava gerado por ocasião da morte de seu pai genético [...]. Por isso, necessário será que se proíba legalmente a reprodução assistida *post mortem*, e, se, porventura, houver permissão legal, dever – se – a prescrever quais serão os direitos do filho, inclusive sucessórios (DINIZ, 2000, p. 91).

De mais a mais, o Código Civil, em seu artigo 1.798⁹, teoricamente exclui a presunção de legitimidade para sucessão do embrião concebido *post mortem*, entretanto, o Enunciado nº 267 do CJF/STJ¹⁰ preconiza que as regras do citado artigo devem ser estendidas aos embriões concebidos mediante técnicas de reprodução assistida (CJF). Veja-se:

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 da herança (BRASIL).

Diante dos entendimentos contraditórios, a doutrina traz uma possível solução para que esse embrião concebido *post mortem* adquira parte da herança do *de cujus*, a qual seria valer-se da ação de investigação de paternidade combinada com a ação de petição de herança (COCO, 2012).

Nesse sentido, o artigo 1.824, do Código Civil leciona que:

O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possui (BRASIL, 2002).

Dessa forma, a jurisprudência apátrida se posiciona da seguinte forma:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. FILIAÇÃO RECONHECIDA E DECLARADA APÓS

⁹ Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

¹⁰ Enunciado 267 – 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 da herança.

A MORTE DO AUTOR DA HERANÇA. TERMO INICIAL. TEORIA DA 'ACTIO NATA'. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.

[...]

3. Nas hipóteses de reconhecimento '**post mortem**' da paternidade, o prazo para o herdeiro preterido buscar a nulidade da partilha e reivindicar a sua parte na herança só se inicia a partir do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, quando resta confirmada a sua condição de herdeiro. Precedentes específicos desta Terceira do STJ (REsp 1368677 MG 2013/0044420-5, Rel. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, julgamento em 05/12/2017).

Ademais, outra alternativa apresentada pelo sistema jurídico é a elaboração de testamento, nesse aspecto o artigo 1.799, inciso I, do Código Civil assevera que “na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I- os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão” (BRASIL, 2002).

Nessa perspectiva, como o testador não pode indicar sua prole eventual por estar morto, uma opção seria realizar testamento por via reflexa, apontando a prole eventual da doadora do óvulo como sucessora, conferindo assim, por meio de testamento, parte de sua herança ao concebido *post mortem* (COCO, 2012).

Veja-se o posicionamento do Supremo Tribunal de Justiça (STJ):

DIREITO CIVIL. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA. FILHOS LEGÍTIMOS DO NETO. LEGATÁRIOS. ALCANCE DA EXPRESSÃO. INTERPRETAÇÃO DO TESTAMENTO. ENUNCIADO Nº 5 DA SÚMULA/STJ. LEGATÁRIO AINDA NÃO CONCEBIDO À DATA DO TESTADOR. CAPACIDADE SUCESSÓRIA. DOUTRINA. RECURSO DESACOLHIDO.

[...]

II - A prole eventual de pessoa determinada no testamento e existente ao tempo da morte do testador e abertura da sucessão tem capacidade sucessória passiva (REsp 203137 PR 1999/0009548-0, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgamento em 26/02/2002).

Além disso, ressalta-se que caso o herdeiro eventual não for concebido no prazo de 02 (dois) anos após aberta a sucessão, os bens reservados a este serão transmitidos aos herdeiros legítimos, salvo se o testador deixar disposição específica no testamento acerca do assunto (BRASIL, 2002).

Entretanto, ainda que exista referidas alternativas, a ausência de legislação específica regulamentando a respeito dos direitos sucessórios do embrião concebido *post mortem* resulta em conflitos entre os juristas e doutrinadores ocasionando assim, insegurança no momento da aplicação da lei ao caso concreto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, constata-se que o instituto da família sofreu inúmeras metamorfoses, passando do contexto patriarcal a equânime. Sendo assim, o Direito procurou adaptar-se, apresentando previsões acerca do livre planejamento familiar, previsto no artigo 226, parágrafo 7º, da Carta Magna.

Em relação as técnicas de reprodução assistida, conforme explicitado, é nítido que estas trouxeram formidável avanço ao âmbito familiar ao proporcionar a procriação a pessoas que possuem problema com infertilidade. Entretanto, ainda que referidos métodos sejam previstos nos dispositivos legais brasileiros, identifica-se uma ampla falha no conteúdo da problemática.

Desse modo, verifica-se que a inseminação artificial homóloga *post mortem* encontra-se em meio a inúmeras discussões, em razão de ser uma situação totalmente contemporânea. Entretanto, apesar de seu constante aumento em sociedade, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não se adaptou a essa nova realidade.

Logo, a legislação ao mesmo tempo que mostra-se inovadora e atualizada relativamente à técnica de inseminação artificial *post mortem*, essa deixa a temática aberta à lacunas, especialmente no que se refere ao direito sucessório do embrião concebido mediante o método citado.

Ademais, constata-se uma carência de julgados em relação ao assunto, o que dificulta ainda mais a compreensão deste. Sendo assim, diante da problemática apresentada, verifica-se a necessidade de melhor posicionamento da legislação civil brasileira e dos tribunais superiores a respeito do assunto, a fim de possibilitar adequada aplicação ao caso concreto.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e Bioética**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

AVELAR, Ednara Pontes de. **Responsabilidade civil médica em face das técnicas de reprodução humana assistida**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade, Posse do estado de filho, paternidade sócio-afetiva**. Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em Maio de 2019.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 106.** Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>>. Acesso em Maio de 2019.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 267 do STJ.** Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>>. Acesso em Maio de 2019.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1.358, 11 de novembro de 1992.** Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em Outubro de 2019.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM Nº 1.957/2010.** Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em Maio de 2019.

_____. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em Maio de 2019.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em Maio de 2019.

_____. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em Outubro de 2019.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **REsp 1368677 MG 2013/0044420-5.** Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. DJ: 05/12/2017. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em Novembro de 2019.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **REsp 203137 PR 1999/0009548-0.** Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. DJ: 26/02/2002. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em Novembro de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral nº 622: Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica.** Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 22 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>>. Acesso em Setembro de 2019.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1.0012.12.001678-2/001**. 8ª Câmara Cível. Rel.: Rogério Coutinho. Belo Horizonte, 09 jul. 2015. Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/210780655/apelacao-civel-ac-10012120016782001-mg?ref=serp>>. Acesso em Set. de 2019.

CARVALHO, Rogério J. Brito de. Inseminação Artificial – Reprodução Assistida – Aspectos Polêmicos e Legislação Constitucional e Infraconstitucional. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo, v. 15, nº 86, out./nov. 2014.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Filiação Socioafetiva: um Passo do Direito ao Encontro da Realidade. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo, v.13, nº 69, dez./jan. 2012.

COCO, Bruna Amarijo. Reprodução assistida *post mortem* e seus aspectos sucessórios. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, nº 3238, 13 maio 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21747>>. Acesso em Maio de 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. A ectogênese e seus problemas jurídicos. **Justitia**, São Paulo, 2000. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/23812>>. Acesso em Maio de 2019.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito das Sucessões**. 33. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, filiação e afeto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GLAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Atualização e notas de Humberto Theodoro Junior. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997,

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. 39 ed. São Paulo: Saraiva, v.2, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TATURCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

