

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Jaqueline Schwengber ¹

Letícia Gheller Zanatta Carrion ²

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA. 3 DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO. 4 DEFESA COM BASE NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O que se objetiva com esta pesquisa é, por não existir norma específica sobre o direito sucessório do concebido por reprodução assistida homóloga *post mortem*, buscar a melhor interpretação a partir dos princípios constitucionais para solucionar esta lacuna deixada pela legislação. O concebido por esta técnica não pode ficar desprotegido quanto aos seus direitos, haja vista sua condição de filho, também devendo ter seus direitos estendidos com relação ao seu direito de suceder. A metodologia utilizada para pesquisa quanto ao método de abordagem é o dedutivo; quanto ao procedimento é o dialético; e quanto à técnica, essa compreende a documental indireta. A conclusão da presente pesquisa deduz que a lacuna deixada pela legislação deve ser sanada pelos princípios constitucionais, pois somente desta forma trará segurança jurídica quanto ao direito sucessório dos concebidos pela aludida técnica.

Palavras-chave: Direito Sucessório. Legislação. Princípios. Lacuna.

1 INTRODUÇÃO

Até pouco tempo, casais com problemas relacionados à reprodução não podiam ter filhos pelo meio natural, ficando prejudicado o planejamento familiar. A reprodução humana assistida veio como uma solução para esse problema.

A reprodução humana assistida homóloga, discutida no presente trabalho, se utiliza dos embriões do próprio casal que se sujeita a técnica, sendo o filho gerado filho legítimo destes.

Quanto ao instituto da *post mortem*, esta se dá quando, a inseminação ocorre quando já falecido o progenitor desse futuro filho, ou seja, o casal havia deixado seu

¹ Acadêmica do Curso de Graduação em Direito pela FAI – Faculdades de Itapiranga-SC. E-mail: jake_sc@msn.com.

² Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI (2009). Especialista em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (1998). Advogada, atualmente é sócio-proprietária em escritório localizado no município de Tenente Portela/RS. Tem experiência na área de Direito Privado. Professora na FAI Faculdades de Itapiranga-SC, leciona as matérias de Direito Civil (Contratos e Família), Direito Empresarial (Parte Geral e Societário).

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

material genético criopreservado, em um laboratório, com laudo que define o destino deste material caso ocorra uma situação imprevisível, no caso de uma futura inseminação.

Como a lei não contempla o direito sucessório do filho concebido pela reprodução humana assistida *post mortem* é necessário que se discuta e se busque a melhor interpretação normativa aos concebidos por essa técnica.

É indispensável que se faça essa análise para que a interpretação se dê de forma segura, pela ótica constitucional, assegurando a este filho a igualdade entre filhos, o melhor interesse do menor, o direito de filiação.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA

O avanço da biomedicina traz com novas técnicas de reprodução humana assistida. Casais que, por qualquer motivo, não podiam gerar filhos naturalmente, agora tem a possibilidade de utilizar dessa tecnologia, que consiste no conjunto de técnicas que favorecem a fecundação, possível a partir da manipulação de gametas e embriões.

[...] Observa-se que o desejo de ter filhos é uma aspiração legítima do casal, sendo incontestável. Porém, um entre cada seis casais no mundo ocidental apresenta problemas de fertilidade e para 20% desses, o único modo de tratamento é a reprodução assistida (RA) (conjunto de técnicas que visam obter uma gestação substituindo ou facilitando uma etapa deficiente no processo reprodutivo).³

A técnica de reprodução assistida homóloga é o meio pelo qual se utiliza o material genético do próprio casal, sendo este futuro filho biológico, conforme Lôbo:

A inseminação artificial homóloga é a que manipula gametas da mulher (óvulo) e do marido (sêmen). A manipulação, que permite a fecundação, substitui a concepção natural, havida da cópula. O meio artificial resulta da impossibilidade ou deficiência para gerar de um ou de ambos os cônjuges.⁴

³ PETRACCO, Alvaro; BADALOTTI, Mariangela; ARENT, Adriana Cristine. **Bioética e reprodução assistida**. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1.

⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011. p.221.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

Para a criopreservação desse material genético é necessário que o casal deixe seu consentimento expresso, que deve conter a vontade do casal quanto aos gametas, caso ocorra uma situação imprevisível. Prevê o Conselho Federal de Medicina em seu Item V-3:

No momento da criopreservação os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados, quer em caso de divórcio, doença grave ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.⁵

O Código Civil de 2002 inovou quando trouxe ao seu rol de presunção de filiação essa técnica, como se observa em seu artigo 1597, onde aborda que:

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;⁶

Observa-se que, mesmo que este filho venha a nascer após a morte do pai, titular do material genético criopreservado, o filho concebido por esta técnica é presumido filho legítimo do casal.

3 DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO

O direito sucessório compreende a “[...] transferência da herança, ou do legado, por morte de alguém, ao herdeiro ou legatário, seja por força de lei, ou em virtude de testamento”.⁷

Eduardo de Oliveira Leite, descreve que:

⁵ RESOLUÇÃO Nº 2.013/2013, **Conselho Federal de Medicina**. Item V-3. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf. Acesso em: 16 set. 14.

⁶ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.403 de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 set. 14.

⁷ MONTEITO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. v. 6. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.1.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

Na medida em que entre a vida e a morte se decide todo o complexo destino da condição humana. O aludido direito se esgota exatamente na ideia singela, mas imantada de significações, de continuidade para além da morte, que se mantém e se projeta na pessoa dos herdeiros. A sucessão, do latim *succedere* (ou seja, vir ao lugar de alguém), se insere no mundo jurídico como que a afirmar o escoamento inexorável do tempo conduzindo-nos ao desfecho da morte que marca, contraditoriamente, o início da vida do direito das sucessões.⁸

A abertura da sucessão se dá com a morte do autor da herança, quando, pelo princípio da *saisine*, os bens deste se transmitem automaticamente para seus herdeiros. Conforme Silveira, uma consequência desse princípio é que, com a abertura da sucessão, a herança do *de cuius* “é transmitida aos herdeiros legítimos e testamentários imediata e automaticamente, independentemente de qualquer formalidade”.⁹

A problemática se dá no que se refere o art. 1798 do Código Civil, que menciona que este filho já tem de ter sido concebido até o momento da abertura da sucessão, não o sendo, este não será considerado herdeiro, não terá direito à herança.

O artigo 1799, I, prevê o direito sucessório da prole eventual, estabelecendo que são chamados a suceder: “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.¹⁰

O que se presume, neste contexto é que, mesmo que este filho seja concebido da utilização do material genético do casal, isto é, seja filho biológico, não terá direito à herança, caso não tenha nascido até a abertura da sucessão, ou tenha sido contemplado por este direito em testamento deixado pelo autor da herança.

No caso do tema aqui discutido, o filho concebido por reprodução assistida homóloga *post mortem*, portanto, concebido após a morte do pai, não terá direito à herança, não se encaixando nas previsões dos artigos citados anteriormente. Assim, mesmo que se trate de filho biológico, este não será sucessor de seu pai.

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. XVIII.

⁹ SILVEIRA, Gabriella Nogueira Tomaz da; NETO, Henrique Batista de Araújo. **Inseminação artificial post mortem e suas implicações no âmbito sucessório**. p.16. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj038205.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2014.

¹⁰ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.403 de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 set. 14.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

4 DEFESA COM BASE NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais que vem assegurar os direitos dos concebidos pela reprodução assistida homóloga *post mortem* são: o princípio da igualdade entre os filhos e o melhor interesse da criança e adolescente.

O direito de família vê a necessidade de se adaptar às novas formas e relações familiares que vem se formando no mundo contemporâneo, sem discriminar qualquer modelo de família. Venosa aborda que, a “filiação é um conceito relacional, trata-se de uma relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas. Esse estado pode decorrer de um vínculo biológico ou não [...]”.¹¹

O principio da igualdade entre os filhos estabelece que, independente da origem da filiação, estes devem ser tratados de forma igual, sem discriminação, conforme o artigo 227, §6º da CF/88: “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”.¹²

Quanto ao melhor interesse da criança e adolescente, prevê o art. 277 *caput* da CF/88,

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹³

O melhor interesse da criança e adolescente deve ser igualado aos direitos inerentes à pessoa humana, sendo que lhe sejam assegurados “por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhe facultar o desenvolvimento

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.223.

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 set.14.

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 set.14.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.¹⁴

Há vários entendimentos doutrinários sobre o tema, devendo-se buscar a melhor forma para proteger este futuro ser, que poderá ficar desfalcado quanto ao seu direito sucessório mesmo sendo filho legítimo do autor da herança.

De acordo com Venosa o filho concebido por tal técnica não tem o direito de herdar:

Os filhos concebidos *post mortem*, sob qualquer técnica, não serão herdeiros. O atual Código abre uma válvula restritiva para essa hipótese, permitindo que unicamente na sucessão testamentária possam ser chamados a suceder o filho espera 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 (art. 1.799. I e 1.800).¹⁵

Para Diniz, esta técnica origina problemas éticos e jurídicos, argumentando que, se este filho vier a nascer após o prazo estabelecido na legislação, este não terá direito à herança, pois:

Embora fosse filha genética do marido de sua mãe, seria, juridicamente, extramatrimonial, não teria pai, [...]. Nem haveria como explicar a paternidade, uma vez que o casamento se extingue com a morte, nem como conferir direito sucessório ao que nascer por inseminação *post mortem*, já que não estava concebido por ocasião da morte de seu pai genético.¹⁶

Beraldo aponta que, a partir do termo de consentimento expresso, pré-requisito para realização do procedimento da reprodução, se presume que havia um projeto parental em curso, e que este tinha pretensão de dar continuidade ao projeto, ficando mais explícitos os direitos do filho ao nascer com vida. Defende, ainda, que “mesmo que não haja consentimento expresso do *de cujus* em relação à implantação de seu material reprodutivo ou embrião *post mortem*, o filho, uma vez nascido, deverá ter todos os direitos assegurados”.¹⁷

¹⁴ BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Art. 3º. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 set.14.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.235.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. v.5. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 462.

¹⁷ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 95-96.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

Magalhães aborda que, por ser reconhecido como filho pela legislação, o concebido pela reprodução assistida homóloga *post mortem* é, portanto, herdeiro legítimo, restando inafastável a participação deste na sucessão daquele que foi juridicamente denominado como pai. Aborda, ainda, que o legislador ordinário deveria “estabelecer com clareza os critérios para o reconhecimento da filiação e a consequente vocação sucessória, determinando ainda um prazo razoável dentro do qual a técnica pudesse ser realizada a surtir tais efeitos”.¹⁸

Scalquette alimenta que, os filhos que venham a nascer após a morte do pai, devem ter garantidos seus direitos sucessórios, seja por meio de sucessão testamentária ou pela sucessão legítima. Tal autor defende esta tese com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos, bem como o direito de herança, com apoio no art. 1597 do Código Civil, que presume filho o concebido pela técnica reprodutiva *post mortem*.¹⁹

Com base nestas posições, e visando que este filho tenha garantido seu direito, observa-se que:

[...] esse novo enfoque dado à família e à filiação trouxe mudanças ao ordenamento jurídico positivo, de forma que toda norma do ordenamento fosse interpretada conforme os princípios da Constituição da República, ou seja, a leitura da legislação infraconstitucional passou a ser feita sob a ótica dos valores constitucionais.²⁰

Quando são aplicados os princípios, se impede que a interpretação da lei aconteça de forma livre, sem que cada intérprete tenha a sua posição sobre o assunto, pois “violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção aos princípios implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos”.²¹

¹⁸ MAGALHÃES, Sandra Marques. **Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga *post mortem***. Portugal: Coimbra Editora, 2010. p. 162-163, 181.

¹⁹ SCALQUETTE apud BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 119.

²⁰ DELINSK, Julie Cristine. **O novo direito de filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.p. 103.

²¹ LEITÃO, Camila bezerra de Menezes. **Análise Jurídica sobre direitos sucessórios decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem***. 2011. 92 f. Monografia (Especialista em Direito). Universidade Estadual do Ceará - Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2011. Disponível em:

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

De acordo com o apresentado, se compreende a necessidade de que essa lacuna deixada pela legislação seja sanada, sob a ótica constitucional, pois os concebidos por esta técnica não podem ser prejudicados quanto ao seu direito sucessório, devendo os mesmos ser assegurados, assim como lhes foi garantida a presunção de filiação.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se com o presente trabalho a necessidade de que, quando a legislação não acompanhar a rápida evolução da sociedade, sejam utilizados os princípios constitucionais para sanar a lacuna deixada.

Para atender a falta de legislação, é possível a utilização dos referidos princípios, sendo imprescindível que essa interpretação se faça sob a ótica constitucional, consistindo este o meio adequado pra satisfazer a lacuna deixada pelo direito civil frente ao direito sucessório dos filhos concebidos pelas técnicas de reprodução humana assistida homóloga *post mortem*.

Mas esta medida não basta, sendo fundamental a criação de normas específicas para regulamentar esta situação, para maior segurança jurídica destes filhos, evitando problemas futuros.

REFERÊNCIAS

BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 set.14.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.403 de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 set. 14.

DELINSK, Julie Cristine. **O novo direito de filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
VII MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC)
25 de novembro de 2014

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

LEITÃO, Camila bezerra de Menezes. **Análise Jurídica sobre direitos sucessórios decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem.** 2011. 92 f. Monografia (Especialista em Direito). Universidade Estadual do Ceará - Escola Superior do Ministério Público, Fortaleza, 2011. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/analise.juridica.sobre.direitos.sucessorios.decorrentes.da.inseminacao.artificial.pdf>>. Acesso em: 13 set. 14.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil.** Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

MAGALHÃES, Sandra Marques. **Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem.** Portugal: Coimbra Editora, 2010.

MONTEITO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões.** v. 6. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PETRACCO, Alvaro; BADALOTTI, Mariangela; ARENT, Adriana Cristine. **Bioética e reprodução assistida.** In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RESOLUÇÃO Nº 2.013/2013, **Conselho Federal de Medicina.** Item V-3. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf. Acesso em: 16 set. 14.

SCALQUETTE apud BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.