

CENTRO DE EDUCACAO SUPERIOR REINALDO RAMOS – CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS – FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

NATALYA DE SOUZA SOARES

**INSEMINAÇÃO *HOMÓLOGA POST MORTEM* – O DIREITO SUCESSÓRIO DO
EMBRIÃO INSEMINADO**

CAMPINA GRANDE – PB

2018

NATALYA DE SOUZA SOARES

**INSEMINAÇÃO *HOMOLOGA POST MORTEM* – O DIREITO SUCESSÓRIO DO
EMBRIÃO INSEMINADO**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado à banca examinadora do Curso de Direito da Faculdade Reinaldo Ramos – CESREI, em cumprimento ao requisito parcial para a obtenção de título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Mestre Antônio Pedro de Mélo Netto

CAMPINA GRANDE – PB

2018

-
- S676i Soares, Natalya de Souza.
Inseminação homóloga *post mortem* – o direito sucessório do embrião inseminado / Natalya de Souza Soares. – Campina Grande, 2018.
46 f.
- Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2018.
"Orientação: Prof. Me. Antônio Pedro de Mélo Netto".
1. Direito de Família – Brasil. 2. Inseminação Homóloga *post mortem*.
3. Direito Sucessório do Embrião. 4. Ordenamento Jurídico Brasileiro.
I. Mélo Netto, Antônio Pedro de. II. Título.

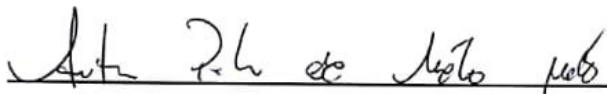
CDU 347.61(81)(043)

NATALYA DE SOUZA SOARES

INSEMINAÇÃO HOMÓLOGA POST MORTEM – O DIREITO SUCESSÓRIO
DO EMBRIÃO INSEMINADO

Aprovada em: 10 de 12 de 2018.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Ms. Antonio Pedro de Mello Neto

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

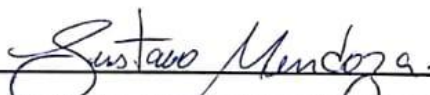
(Orientador)



Profa. Ms. Renata Maria Brasileiro Sobral

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(1º Examinador)



Prof. Msc. Gustavo Giorgio Fonseca Mendonza

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(2º Examinador)

Aos meus pais, que mesmo em momentos de angústia, nunca me deixaram pensar que eu não era capaz, e não me deixarem desistir, sempre fazendo o necessário para o meu sonho se tornar real. E, *in memoriam* de minha avó Beatriz, que tanto torceu por esse momento, e mesmo sem estar presente em corpo, está presente no meu coração e na minha alma.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, me resumo em gratidão, pois não foi fácil chegar até aqui, e Deus em sua infinita bondade me capacitou dia após dia, mediante momentos de caos, perdas e muita turbulência. Mas, chegou à hora de agradecer, pois nesses longos anos, inúmeras foram às vitórias, aprendizado, amadurecimento, risadas e aperreios.

Agradeço a Deus por todo amor e cuidado e por ter me sustentado nos momentos (que não foram poucos) em que pensei em desistir.

Aos meus pais Marinaldo e Damiana que fizeram o possível e às vezes até o impossível para tornar meu sonho real, que mesmo com todo meu estresse, nunca deixaram de ficar ao meu lado, e que sempre se mostraram orgulhosos pelo caminho que eu busquei trilhar.

Aos meus irmãos Arthur, Maryana e Davi que me aturaram em momentos de agonia e principalmente quando eu só queria chorar e eles me mostravam mesmo de forma indireta e sem saber, que eu sou exemplo, e que jamais poderia desistir, pois, um dia eles irão passar por isso, e se lembraram dos meus dias de luta.

Aos meus avós, Francisca e Francisco, Beatriz (*in memoriam*) e Manoel Mourão, pois nunca duvidaram da minha capacidade, e mesmo sem entender toda a responsabilidade que carreguei sempre me trataram com ternura, compreensão e muito amor.

A minha melhor amiga Ilara, que sem sombra de dúvidas foi minha alma gêmea do curso de Direito, que mesmo com nossa distância no meio do caminho, se manteve ao meu lado, me ajudou nos piores momentos e sempre buscou enaltecer minhas qualidades.

As minhas tias, tios, primas, primos, toda família que sempre acreditaram em mim, em especial tia Déia e seu marido João, por todo apoio e acolhimento.

Aos meus amigos que me acompanharam nessa jornada: Carol, Anna Beatriz, Gui Cutcher, Lorie, Bia, Karla, Tati, Luana, Vandise, Amanda, Rhavila, Matheus, Kalina, foram tantas pessoas especiais que contribuíram para meu crescimento que

fica difícil mencionar um por um, e possa ser que acabe não mencionando alguém e sendo injusta.

A todos aqueles que contribuíram com meu aprendizado profissional, me passando seus conhecimentos, broncas e experiências.

Em especial, a Daniel Pereira, que me faz parecer uma super jurista, mesmo sendo mera mortal, por todo carinho, paciência e dedicação, mesmo nos momentos em que eu sou a pessoa mais chata do mundo e ele me apoia e me entende, sempre me incentivando e acreditando em mim, mais até do que eu acredito.

Ao meu orientador Antonio Pedro e minha professora de metodologia Juaceli, pois me ajudaram a fazer o impossível.

A dona Gilda por todo carinho, sempre compreensiva, acolhedora, amável e especial, não tenho palavras para agradecer a confiança depositada.

Aos funcionários da CESREI por sempre ajudarem nos momentos em que se faziam necessários.

Meus sinceros agradecimentos a todos aqueles que passaram por minha vida e ajudaram no meu crescimento como pessoa, e principalmente, na minha vida acadêmica.

“De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto. ”

Rui Barbosa

RESUMO

O âmbito jurídico nem sempre se desenvolve na mesma velocidade em que os fenômenos sociais acontecem, pois a sociedade encontra-se em constante mutação, todos os dias surgem inovações de acordo com a necessidade da evolução humana, e as leis não conseguem tutelar de forma ágil e eficaz as mudanças recorrentes, surgindo assim, lacunas no ordenamento jurídico. Nos dias atuais já há a possibilidade de conceber um filho mesmo que seu pai seja falecido, o referido instituto já é causa superada para a medicina, no entanto, não há lei específica que regule o direito sucessório do embrião, como deve proceder sua partilha, quais são os bens ao qual o feto tem direito, e também de como se dá o reconhecimento a paternidade. Diante da problemática apresentada, cabe aos legisladores suprir essas lacunas, uma vez que não pode o embrião ficar sem regulamentação quanto ao seu direito sucessório, pois é uma garantia.

PALAVRAS-CHAVE: Inseminação homóloga post mortem. Direito sucessório do embrião.

ABSTRACT

The legal framework does not always develop at the same speed as social phenomena happens, as society is constantly changing, every day innovations emerge according to the needs of human evolution, and the laws can't protect in an agile way and effectively the recurring changes, resulting in loopholes in the legal system. Nowadays there is already the possibility of conceiving a child even if his father is deceased, the said institute is already surpassed for medicine, however, there is no specific law that regulates the succession law of the embryo, as it should proceed its sharing, what are the assets to which the fetus is entitled, and also how the recognition of paternity. Faced with the problem presented, it is up to legislators to fill these gaps, since the embryo can't be left unregulated by its succession law, since it is a guarantee.

KEY WORDS: post-mortem homologous insemination. Embryo succession law.

Sumário

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | |
| CAPÍTULO I | 15 |
| 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA E AS DIVERSAS FORMAS DE REPRODUÇÃO | 15 |
| CAPÍTULO II..... | 23 |
| 2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE ATINGEM A REPRODUÇÃO HOMÓLOGA | 23 |
| 2.1 PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 23 |
| 2.3 PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR E DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL | 25 |
| 2.4 PRINCÍPIOS DO MELHOR INTERESSE DO MENOR | 26 |
| 2.5 PRINCÍPIOS DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS | 27 |
| 3 O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO INSEMINADO <i>POST MORTEM</i> | 30 |
| 3.1 INSEMINAÇÕES <i>HOMÓLOGAS POST MORTEM</i> NO DIREITO BRASILEIRO..... | 31 |
| 3.2 RECONHECIMENTO DOS FILHOS..... | 33 |
| 3.4 FUNDAMENTOS PARA QUE OS FILHOS CONCEBIDOS <i>POST MORTEM</i> TENHAM DIREITO À SUCESSÃO | 36 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 39 |
| REFERÊNCIAS | 41 |

INTRODUÇÃO

A importância do estudo da inseminação *post mortem* se dá em razão da inovação do direito no campo do biodireito, com o surgimento e a popularização da reprodução assistida, que tornou ao decorrer dos tempos uma opção real para as famílias que por algum motivo encontravam-se impossibilitadas de gerar um feto pelos meios biológicos naturais.

Com o desenvolvimento da ciência, se fez necessário que o ordenamento jurídico começasse a versar sobre os direitos que legitimam a reprodução assistida, tendo em vista que tal evolução biológica gera impactos também no “mundo das leis”.

Ainda há inúmeras lacunas acerca dos direitos do embrião, e a legitimidade da inseminação homóloga *post mortem*, não havendo ainda um posicionamento adotado nos tribunais brasileiros, mas sim decisões esparsas que obrigam os juristas a decidirem de acordo com a ética, moral, preceitos sociológicos e até religiosos.

A importância da pesquisa do referido tema, é em relação ao direito do embrião inseminado após a morte do cônjuge, descobrir acerca da transmissão dos bens do de cujus ao seu herdeiro, haja vista que o patrimônio de uma pessoa que faleceu será transmitido para quem lhe cabe por direito, sendo um filho, mesmo que gerado através de inseminação artificial *post mortem*, ainda é considerado filho para todos os efeitos.

A forma de concepção do embrião, não retira o direito que lhe assiste em herdar o que fora construído enquanto vivo os bens daquele que lhe possibilitou o dom da vida. Não apenas os bens, mas sim a herança de um modo geral, incluindo-lhe os direitos.

Decorrendo do pensamento que o casal quando se propõe a ir em um laboratório para congelar material genético para futura concepção, independentemente do motivo que os levaram a tal, podemos extrair dessa vontade tácita que desejam um filho, e essa vontade não pode ser esquecida ou reprimida por ocorrer a cessação da vida, com a morte de um dos cônjuges, quando a

vontade do que ficou deve representar a daquele que se foi, que não se encontra mais aqui para expressar sua vontade. Deve haver uma presunção de que o futuro filho é detentor do direito sucessório.

Por perceber a lacuna no ordenamento brasileiro em tutelar o direito sucessório do embrião inseminado *post mortem*, nasce então à curiosidade de pesquisa do referido tema, explicando de forma clara e objetiva os aspectos relativos a inseminação, sua evolução, seu direito tutelado e conseqüentemente, sua sucessão, o que é reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, o que ainda há controvérsias.

Ilustrar como será resolvida a vontade de quem não está mais nesse mundo para assim expressá-la.

Neste sentido, questiona-se: Como ficará o direito sucessório do embrião em relação aos seus direitos?

Os direitos sucessórios do embrião inseminado não podem ser suprimidos pelo fato do feto ter sido inseminado após o falecimento do pai, e não fecundado de forma biológica natural, ou ainda, não tenha sido inseminado quando o pai se encontrava vivo. Tal diferença na divisão da herança afronta diretamente o princípio de igualdade entre os filhos, onde a constituição em seu artigo 227 § 6^o prevê a igualdade de filiação, proibindo qualquer que seja a discriminação.

Mesmo que não haja o consentimento de forma expressa, pois ninguém pode prever o dia que virá a óbito, há uma presunção relativa, tácita, de que quando um casal se propõe a congelar material genético desejam a concepção de um filho, e essa vontade que estava sendo buscada pode não ser interrompida e a mãe lavar adiante. Sendo assim, não há como restringir os direitos sucessórios do embrião concebido *post mortem*, pois seria uma forma injusta em relação ao futuro desse feto.

¹Art. 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 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.

Espera-se que o direito sucessório do embrião seja equiparado aos direitos sucessórios de um filho já concebido no momento em que seu pai vem a óbito, espera-se que a repartição dos bens seja feita de forma justa para todos os herdeiros.

Pode ser que com a repressão do direito sucessório do embrião em relação aos bens deixados pelo *de cujus*² a divisão da herança não seja justa, e assim o ordenamento jurídico esteja cerceando o direito que o embrião tem, mesmo não tendo sido expresso pelo pai falecido, há a presunção de vontade em um pai construir seu patrimônio para deixar aos seus descendentes, e tal ordenamento esteja ferindo o direito a sucessão que o embrião poderia ter.

Ao término do trabalho será possível a compreensão de como pode se resolver as lacunas existentes no ordenamento jurídico em não versar sobre o direito de suceder do embrião inseminado *post mortem* em relação aos bens do *de cujus*.

Pesquisar sobre a transmissão das relações patrimoniais do embrião inseminado *post mortem*, buscando os direitos e também os deveres do herdeiro.

Compreender os institutos jurídicos em relação a repartição dos bens entre os descendentes inseminados *post mortem*, e assim entender o posicionamento dos juristas sobre o tema.

Analisar como será interpretada a vontade do *de cujus* em relação aos bens que é deixado para seus sucessores inseminado *post mortem*.

²falecido cujos bens estão em inventário.

Metodologia

De acordo com o método, essa pesquisa é dedutiva. Segundo Gil (2008, p.28), esse método “parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica.” Dessa maneira, este presente trabalho busca se aprimorar no direito sucessório do embrião inseminado *post mortem* e com esse conceito estabelecer os parâmetros que o Direito Civil Sucessório tem adotado ante as lacunas apresentadas na legislação.

A pesquisa é de natureza aplicada, pois segundo Gil (2008, p.46), essa pesquisa é aplicada, mas apresenta muitos pontos de contato com a pura, porque:

Depende de suas descobertas e se enriquece com o desenvolvimento; todavia, tem como característica fundamental o interesse na aplicação, utilização e consequências práticas dos conhecimentos. Sua preocupação está menos voltada para o desenvolvimento de teorias de valor universal que para aplicação imediata numa realidade circunstancial. (Gil, 2008, p.46)

Baseado no autor, o estudo proposto nos direciona a uma pesquisa que tem por objetivo a aplicação no dia-a-dia, quando houver a necessidade de decidir sobre a partilha dos bens deixados pelo *de cuius* para seus filhos, e entre aqueles que são detentores de tal Direito, o embrião que foi inseminado após seu falecimento, ficando a cargo do legislador versar sobre a vontade do *de cuius* que não encontra-se expressa, nem tampouco há como ser reavida ou consultada.

Quanto à abordagem, ela é qualitativa. Gil (2002, p.90) esse tipo de abordagem “(...) requer a existência de uma teoria sobre a qual a pesquisa possa apoiar-se para explicar o fenômeno ou a situação.” Assim sendo, a pesquisa aqui delineada está representada pela elaboração de um conceito, direito sucessório dos embriões inseminados *post mortem*, com base nas perspectivas da partilha de bens dos descendentes do *de cuius* e como poderia relacioná-las aos preceitos do Direito.

De acordo com os objetivos a pesquisa é exploratória. Gil (2002, p.41), afirma que nas pesquisas exploratórias o objetivo principal é o aprimoramento de idéias, e ainda ressalta que, na maioria dos casos assume a forma de pesquisa bibliográfica

ou de estudo de caso. Neste trabalho será abordada uma revisão bibliográfica no que diz respeito aos conceitos vigentes sobre o direito sucessório do embrião fecundado por meio de inseminação *homóloga post mortem*, bem como situar os conceitos com os devidos procedimentos que a lei rege.

Para os procedimentos técnicos, se utilizará neste trabalho uma pesquisa bibliográfica. Para Gil (2002, p. 44), a pesquisa bibliográfica é “desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos.” Dessa forma, o estudo aqui proposto visa analisar a forma de como os juristas irão se posicionar quanto aos direitos sucessórios do embrião inseminado de forma *homóloga post mortem*, e que, para tanto, se utilizará como fonte fundamental de pesquisa livros, constituição federal, código civil, código de processo civil, trabalhos científicos e artigos.

CAPÍTULO I

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA E AS DIVERSAS FORMAS DE REPRODUÇÃO

A família é um instituto social, ao qual desde seus primórdios, é essencial para a organização do Estado. O direito de família procura tutelar as relações entre aqueles que estão ligados por algum vínculo afetivo, seja de forma matrimonial, pela união estável ou até mesmo pelo parentesco.

No que tange às relações familiares no direito romano, segundo Carlos Roberto Gonçalves, (2013)³, a família era considerada uma instituição de ordem econômica, religiosa, política e jurisdicional, sendo norteadas pelo princípio da autoridade patriarcal, sendo a mulher e os filhos subordinados a tal. Apenas com o decorrer do tempo, o cenário familiar foi sendo modificado, passando a surgir patrimônios individuais que eram administrados por pessoas que estavam sob o poder do *pater*, e assim, com a evolução da sociedade a família foi se tornando cada vez mais independente, se afastando da autoridade absoluta do *pater* e conquistando autonomia para as mulheres e os filhos.

Até a Constituição Federal de 1988 (CF/88), as famílias eram reconhecidas unicamente pelo casamento, na qual o pai figurava como autoridade inquestionável da família, onde todos seus descendentes e sua esposa deveriam obedecer, tendo suas relações regidas de forma hierárquica. No entanto, com as inovações trazidas pela CF/88, novas formas de famílias surgiram, sendo priorizada desde então, a família socioafetiva, não se restringindo a laços sanguíneos, mas sim de afinidade, sendo a forma afetiva fortalecida cada vez mais pela doutrina e jurisprudência.

O conceito de família sofreu inúmeras mutações desde o século XX até a sociedade contemporânea, tendo como base novos valores e princípios, diferentemente dos quais eram tutelados na época da Colônia, tendo sua definição decaído em uma crise institucional desde a época do Império, e tendo como marco social de transformação a Constituição Federal de 1988, no qual o Estado que antes

³ Carlos Roberto Gonçalves. Direito Civil Brasileiro. **Direito de família**. 2013, p. 31.

era inerte passou a figurar como instituição de forma ativa e direta, tutelando seu interesse pelas relações familiares. (Lôbo, 2017, p.15)⁴

A nova constituição buscou proteger a família competindo ao Estado propiciar formas de oferecer recursos para que fosse garantidos princípios como o da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da paternidade responsável, fornecendo meios educacionais e científicos, garantido assim, uma atenção especial ao planejamento e assistência familiar aos indivíduos que compõem a prole. Ainda, regulamentou que cabe ao casal a decisão de como compor sua família, conforme preceitua o artigo 226 inciso 7º da Constituição que veda “qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou particulares”. (Gonçalves, 2013).⁵

Diante de tantas inovações no âmbito constitucional familiar, influenciou então a aprovação do Código Civil de 2002, trazendo como tutela um instituto denominado “paternidade responsável”, sendo um princípio constitucional previsto no artigo 226, § 7º, CF/88:

“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”

Em tal princípio reconhece uma família consistente, real, na qual a afetividade se enaltece em relação aos critérios biológicos, não havendo discriminação entre os filhos, sendo eles advindos do casamento ou não.

O reconhecimento de novas formas de entidades familiares por parte da doutrina trouxe diversos conceitos para a denominação de “família”, na qual tutela situações não previstas na CF/88, segundo Carlos Roberto Gonçalves (p. 35)⁶ são elas: Família matrimonial que é decorrente do casamento; Família informal que é formada por aqueles que se encontram em uma união estável; Família monoparental que é formada por um dos genitores com seus filhos; família

⁴ Paulo Lobo. Direito Civil. **Famílias**. 2017. 7 edição. p. 15.

⁵ Carlos Roberto Gonçalves. Direito Civil Brasileiro. **Direito de família**. 2013, p. 33.

⁶ Carlos Roberto Gonçalves. Direito Civil Brasileiro. **Direito de família**. 2013, p. 35.

anaparental sendo aquela em que apenas os filhos constituem-se como entidade familiar; Família homoafetiva composta por pessoas do mesmo sexo; Família eudemonista onde é caracterizada apenas pelo vínculo de afetividade entre seus componentes. E ainda, a lei de adoção (Lei 12.010/09) trouxe a denominação de família extensa, para aquela que é formada com parentes próximos onde a criança tem uma rotina de convivência e mantém vínculos afetivos.

A família é considerada a base do Estado, contribuindo para a organização social, sendo assim, é fundamental para o desenvolvimento humano. Em *lato sensu*, a definição de família é considerada com aqueles que comportam vínculo sanguíneo, vindo do mesmo tronco ancestral em comum, e ainda, aqueles que são unidos de forma afetividade e pela adoção. (Gonçalves, 2017)⁷

O direito de família constitui o ramo do direito civil que disciplina as relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco, bem como os institutos complementares da tutela e curatela, visto que, embora tais institutos de caráter protetivo ou assistencial não advenham de relações familiares, têm, em razão de sua finalidade, nítida conexão com aquele. (GONÇALVES, 2017, p.17-18)

Sendo assim, a reprodução é o meio crucial para o desenvolvimento humano, seja essa reprodução de forma natural (concebido mediante relação sexual entre o casal) ou artificial (é uma técnica de reprodução assistida em que a fertilização acontece dentro do corpo da mulher, assim como ocorreria naturalmente após uma relação sexual, não sendo necessária a retirada de seus óvulos)⁸.

Desde que se tem conhecimento de sociedade, a reprodução da espécie foi fator fundamental para o desenvolvimento humano, geralmente, essa evolução se dá por meio da procriação, quando um casal toma a iniciativa de gerar herdeiros, ou seja, de ter filhos, reproduzindo a espécie humana e com o intuito de formar família, fazendo com que suas raízes sejam estendidas a futuras gerações, deixando um legado através de seus descendentes.

⁷ Carlos Roberto Gonçalves. Direito Civil Brasileiro. **Direito de família**. 2017, p. 17-18.

⁸ Inseminação artificial - reprodução humana e fertilidade. <<https://fertilidade.org/content/inseminacao-artificial>> Acesso em 01 de dezembro de 2018.

A procriação é uma forma de preservar a vida, só por meio desta é possível que se dê continuidade a sociedade. Antigamente, acreditava-se que a mulher que não podia procriar era amaldiçoada, pois a procriação era uma dádiva divina. Vejamos os relatos do doutrinador Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 24). Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos:

[...] na Antiguidade houve época em que a esposa estéril poderia ser repudiada pelo marido em razão da sua impossibilidade para procriar, o que a tornava menos digna sob o prisma social e gregário. E, tal busca, impulsionada pelo enorme desejo de procriação, conduziu as ciências da vida a desenvolver métodos e técnicas objetivando solucionar a impossibilidade de algumas pessoas procriar naturalmente. Ainda que sob forte resistência e oposição de determinados setores da sociedade – especialmente de cunho religioso -, a ciência prosseguiu suas atividades decifrando alguns pontos obscuros da reprodução humana [...] (LEITE, 1995, p. 24)

Diante da impossibilidade de alguns casais conseguirem de forma natural formar sua prole, a ciência se viu obrigada a procurar métodos para preencher essa lacuna que se alastrava em algumas famílias, procurando assim métodos científicos tecnológicos para prosseguir com a reprodução humana, e tornar realidade o sonho de dar continuidade a sua essência de existência.

Quando um casal decide reproduzir, e por qualquer motivo genético não tem aptidão para tal, busca então um meio de reprodução assistida com seu material genético, esse tipo de reprodução com o próprio material genético sem necessidade de buscar em outra pessoa, é chamado de inseminação homóloga. Homóloga, pois, é entre o casal que há o colhimento de material genético.

De acordo com as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, Resolução 2.121 de 2015 do Conselho Federal de Medicina⁹, para ocorrer a separação de material genético, não se faz necessário que a inseminação seja imediata, o casal pode decidir pelo congelamento de seu material genético em clínicas de reprodução humana, e o motivo podem ser diversos.

Diante da impossibilidade de o casal procriar de forma natural, é evidente que a ciência evoluiu, trazendo inúmeras técnicas de tornar o sonho de formar uma

⁹ Resolução CFM 2121/2015. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf> Acesso em 01 de dezembro de 2018.

família com filhos possível, dentre as técnicas, existem algumas que são tidas como principais na preferência de casais que passam por esse tipo de limitação, são chamadas de: inseminação artificial *homóloga ou heteróloga*, fecundação “*in vitro*” e também “mães de substituição”.

Posto isto, podemos verificar que existem duas formas presumíveis de reprodução, sendo elas: *homóloga e heteróloga*. No caso de inseminação homóloga, o material genético introduzido na mulher não precisa ser de um terceiro, e sim do próprio cônjuge, companheiro, pessoa ao qual ela mantenha uma relação. Já no caso de inseminação *heteróloga*, buscam-se gametas de uma terceira pessoa, denominado doador, pois não se faz possível a utilização de seu material genético, e só com a doação de gametas de um terceiro é possível a reprodução.

Falando agora de fecundação “*in vitro*” e “mães substitutas”. Segundo Eduardo Leite (1995), em sua obra já mencionada¹⁰, na primeira temos uma tática em que em laboratório é colhido material genético do casal, realizando a fecundação do embrião antes de ser injetado no útero da mulher, sendo assim, há uma peculiaridade nesse procedimento, que é a implementação de apenas alguns embriões, sendo o restante mantidos congelados, podendo ser usados em momento oportuno que não seja aquele momento, podendo ser inseminado futuramente sem prejuízo.

Em relação às mães substitutas, são mulheres que “emprestam” o útero para que possa ser implantado o embrião fecundado e assim ocorra a gravidez, só se faz necessário a figura das “mães substitutas” quando a própria mulher não consegue suportar a gravidez.

No século em que se vive, é cada vez mais normal a possibilidade de guardar material genético para caso um dia o casal decida usar o material genético congelado, seja pelo motivo de que a idade esteja avançando e o momento oportuno ainda não tenha chegado, seja porque o casal tenha optado por priorizar a carreira e não possuir interesse em ter uma criança no momento que está no auge de sua profissão, esses são apenas alguns exemplos de inúmeras possibilidades que

¹⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.68.

possa surgir para que a decisão de inseminar surja, dentre elas, a impossibilidade de reprodução pelos métodos naturais.

Diante de tanta inovação na sociedade, o mundo jurídico não conseguiu acompanhar essa aceleração do desenvolvimento humano, conseqüentemente, passa a existir divergências doutrinárias quanto aos temas que necessitam de posicionamento para dirimir possíveis litígios.

É indiscutível que o Código Civil de 2002 (CC/02) trouxe inovações quanto ao reconhecimento de filhos concebidos por meio de inseminação homóloga, conforme podemos notar no artigo 1.597 CC/02. Vejamos:

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

I - Nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a 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;

Ora, conforme nota-se no inciso III do artigo mencionado acima, o Código Civil de 2002 reconhece como filho aquele que foi concebido por meio de inseminação artificial homóloga, mesmo que o marido tenha falecido.

Diante disto, se pode presumir que um filho concebido por inseminação *homólogapost mortem* se equipara ao filho concebido por inseminação homóloga quando o marido encontrava-se vivo e pode comparar-se ainda, ao filho nascido de forma natural, pois há um princípio constitucional chamado “Princípio da igualdade entre os filhos” que está previsto no artigo 227, § 6º da CF/88, que precisa ser respeitado.

De acordo com este princípio, não pode haver quaisquer que sejam discriminação entre os filhos. Desde a carta magna de 1988, foi abolido qualquer que seja a diferença e/ou privilégio que um filho possa ter sobre o outro. Tal pensamento se mostra cristalino ao analisarmos o artigo 277, §6º da Constituição Federal de 1988. Vejamos:

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.

Ainda, o Código Civil em seu artigo 1.596, reafirma o pensamento de igualdade entre os descendentes mais uma vez. Vejamos:

Art. 1.596. 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.

Segundo Flávio Taturce em seu artigo científico “Novos princípios do direito de família brasileiro (2006)”, se pode verificar que a igualdade entre os filhos atinge também o âmbito patrimonial, e não apenas em relação ao pessoal, pois não é admitida QUALQUER QUE SEJA a discriminação, isso valerá em todos os aspectos do prisma jurídico.

Sendo assim, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 podemos afirmar com toda convicção existente que não há de nenhum modo, quaisquer que sejam a diferenciação entre os filhos, não importando mais desde então se são filhos do mesmo pai, concebidos na constância do casamento, ou mesmo que seja feito por inseminação artificial.

Ao retratar casos de inseminação *post mortem*, inúmeras são os questionamentos em relação ao direito sucessório pertencente a criança, uma vez que no Brasil não há lei que regulamente tal instituto, nem tampouco há previsão de sucessão nos casos em que a criança é concebida após o falecimento de seu pai.

Partindo desta ótica quanto ao direito sucessório do embrião, devemos analisar o princípio da *saisine*, o qual está previsto no artigo 1.784 do Código Civil de 2002, que aluz: “Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”

Neste sentido, podemos perceber que o ordenamento jurídico brasileiro é contraditório quanto ao reconhecimento da sucessão do embrião inseminado, uma vez que reconhece sua concepção no artigo 1.597 do Código Civil de 2002 mencionado anteriormente, e logo após, prevê que os bens devem ser transmitidos no momento da abertura da sucessão, sendo tal fator impossível no caso de inseminação homóloga *post mortem*, pois no momento da morte, o embrião ainda não teve sua personalidade jurídica criada.

CAPÍTULO II

2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE ATINGEM A REPRODUÇÃO HOMÓLOGA

A Constituição Federal no Brasil é lei suprema, devendo todo o restante do ordenamento jurídico decorrer da mesma, obedecendo a seus princípios e valores regidos. Com a promulgação da CF/88 houve inúmeras conquistas quantos aos direitos fundamentais, tutelando não apenas a vida, mas sim, trazendo dignidade a forma de se viver.

2.1 PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana está prevista no artigo 1º, inciso III da CF/88¹¹, sendo o fundamento e o fim do Estado Democrático de Direito. Para entender o conceito de “dignidade humana” deve-se levar em consideração o pensamento de Immanuel Kant, onde entende que o homem é um fim de si mesmo, e não serve para fazer a vontade de terceiros, decorrendo desse pensamento, José Afonso da Silva (2008)¹² aduz:

Dignidade é atributo intrínseco da essência da pessoa humana, como valor de todo ser racional [...]. Porque a dignidade acompanha o homem até a sua morte, por ser essência da natureza humana, é que ela não admite discriminação alguma, e não estará assegurada se o indivíduo for humilhado, discriminado, perseguido ou depreciado. (SILVA, 2008, p. 39)

Insta salientar que a denominação deste princípio surgiu na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, neste sentido, elucida Rodrigo da Cunha Pereira (2005):

¹¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

¹² SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição, p. 39.

A inscrição da dignidade humana nos ordenamentos jurídicos é o resultado e consequência de uma reflexão filosófica acumulada nos séculos anteriores, cuja grande contribuição, como se disse, foi dada por Kant com sua *Metafísica dos costumes*, colocando o homem como fim e não meio de todas as coisas. Além disso, esse ideal de dignidade só positivado nos ordenamentos jurídicos contemporâneos porque significou também a consequência de um processo de lutas políticas, ideias de liberdade, igualdade e exigências de organizações políticas econômicas e sociais do pós-guerra. (PEREIRA, 2005, p. 99)

Ainda, no mesmo sentido, pode-se dizer que tal princípio não visa assegurar formas dignas de existências para aqueles já nascidos, mas também para as gerações futuras, sendo assim, Gabriela Bresciane Rigo (2009)¹³ defende que tal princípio não deve respaldar apenas quem tem o desejo de procriar, mas também assegurar o embrião formas dignas de existência e sobrevivência. Vejamos:

Toda pessoa é portadora de dignidade e titular de direitos inatos, inalienáveis e imprescritíveis que o Estado, bem como as outras pessoas, deve respeito, pois são estes direitos os meios naturais para o cumprimento do próprio fim estatal. Portanto, a dignidade não é criação do Direito, uma vez que é preexistente a toda experiência especulativa, como a própria pessoa humana. Considerando que os embriões pertencem à mesma natureza das pessoas humanas já nascidas, a eles é aplicável o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, toda e qualquer atitude que pretenda atingir negativamente um ser humano ainda não nascido está atingindo diretamente a Constituição. (RIGO, 2009, p. única)

Consequente, o princípio da dignidade da pessoa humana rege todos os outros princípios constitucionais, protegendo os valores fundamentais, sendo um princípio que visa dar proteção ao homem até mesmo antes do seu nascimento até sua morte, pois ele visa assegurar a dignidade em razão de sua própria subsistência.

¹³ RIGO, GabriellaBresciani. O status de filho concebido post mortem perante o Direito Sucessório na legislação vigente, p. única.

2.3 PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR E DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

Nos dias atuais, não há mais como definir família sendo composta com um casal e filhos, com as inovações foi explanado anteriormente que existem inúmeras modalidades de famílias reconhecidas pelos doutrinadores contemporâneos.

No artigo 226, caput¹⁴ da Carta Magna foi disciplinado no texto que a proteção das famílias seria regida com base, pelo Estado. No mesmo artigo, no parágrafo 4º¹⁵, foi reconhecida a chamada “família monoparental”, onde não se tem um padrão, a família pode ser constituída entre o pai com um filho, a mãe com seu filho, não como antes que se fazia necessário o conjunto para ser reconhecidos como família.

Atualmente, há o reconhecimento de apenas uma pessoa ser reconhecida como entidade familiar, conforme já explicado anteriormente, tal instituto familiar é chamado de “família unipessoal”, e vasto a definição para entidade familiar.

Sendo assim, não há um modelo para seguir, um padrão que seja aceitável, não se faz necessário um casamento para que seja possível a configuração da entidade familiar. Diante disto, temos o posicionamento de José Antônio da Silva (2008), vejamos:

Não é mais só pelo casamento que se constitui a entidade familiar. Entende-se também como tal “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” [...] Essa família monoparental abrange a comunidade de pai ou mãe solteiros e seus descendentes naturais (filhos, netos, etc.) ou por adoção, a comunidade de pai ou mãe divorciados e seus filhos. A dissolução de uniões estáveis também pode gerar uma (ou até duas) família monoparental. A inseminação artificial já tem gerado entidade familiar monoparental. A chamada “produção independente”, realizada especialmente por mulheres solteiras que desejam filhos (mas que

¹⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

¹⁵ § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

homem também pode realizar), também pode ser causa de surgimento do fenômeno.¹⁶ (SILVA, 2008, p. 85)

O princípio do planejamento familiar está previsto no artigo 226, § 7º da CF/88, no qual assegura ao casal a forma de como irão realizar o planejamento de sua família, não devendo o Estado intervir, apenas fornecer meios educacionais e científicos para tal. O planejamento familiar está vinculado ao direito parental, versa sobre o poder de decisão dos pais em terem autonomia para planejarem conforme seus desejos como irão compor sua prole.

2.4 PRINCÍPIOS DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Conforme já mencionado em outras oportunidades, e notório que a Constituição Federal de 1988 trouxe grandes mudanças para o sistema jurídico brasileiro, dentre elas, a igualdade entre os cidadãos, no qual passou a conhecer todos como sujeitos de direitos e deveres, incluindo crianças e adolescentes, no qual encontra previsão legal no artigo 227 da CF/88. Vejamos:

Art. 227- 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-los a salvo de toda forma de negligências, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

Tal princípio também se encontra respaldado no decreto lei de número 99.710/90, em seus artigos 4º e 5º consagrou o cuidado que todos devem exercer para com as crianças e adolescentes:

Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

¹⁶ SILVA, José Afonso da. Obra citada, p. 85.

dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único- A garantia da prioridade compreende:

- a) Primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) Precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º - Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Insta salientar que tal princípio visa estabelecer o melhor para a criança e o adolescente, se sobrepondo ao interesse de seus pais, pois a criança e adolescente são vulneráveis precisando de maior proteção para assegurar seu bom desenvolvimento moral, social e psicológico.

2.5 PRINCÍPIOS DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS

O princípio da igualdade (ou isonomia) é um dos princípios fundamentais e um dos mais importantes da Constituição Federal de 88, desde os primórdios na graduação do curso de Direito se aprende que deve-se “tratar os iguais de forma igual, e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades”¹⁷.

No artigo 5º da CF/88¹⁸ tal princípio resta cristalino ao prever que todos são iguais perante a lei. Partindo dessa premissa, o artigo 227, § 6º¹⁹ também da CF/88

¹⁷ Aristóteles

¹⁸Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

traz a previsão da igualdade entre os filhos, rezando assim que, é vedada qualquer tipo de distinção entre os filhos, não importando se foram concebidos na constância do casamento ou não, seja por meio de adoção ou concebido de outra forma.

Inúmeras são as previsões legais para regular a igualdade entre os filhos, dentre estas, temos o artigo 20 do ECA²⁰. Vejamos:

Art. 20. 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.

No mesmo sentido, temos o artigo 1.596 do CC/02:

Art. 1.596. 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.

Diante de tal reconhecimento de igualdade entre os filhos, discorre Maria Helena (2004)²¹:

Esse preceito coroou uma longa e árdua evolução da sociedade e do direito, já que, durante muito tempo, filhos havidos fora do casamento não tinham os mesmos direitos dos oriundos de matrimônio civil, sendo excluídos da “cidadania jurídica”, em favor de uma falsa harmonia nas relações matrimoniais. (DINIZ, 20014, p. 727)

Os filhos eram tratados com diferenciação no Código Civil de 1916, sendo classificamos como legítimos e ilegítimos. Os legítimos eram aqueles que foram concebidos na constância do casamento, e os ilegítimos seriam aqueles que decorreram de uma relação extramatrimonial, onde os pais não tinham

¹⁹Art. 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 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.

²⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente

²¹DINIZ, Maria Helena. Novo Código Civil Comentado, p. 727.

relacionamento amoroso, ou tinham algum impedimento para tal. Desta forma, no que versava sobre seus direitos também havia diferença, neste sentido, aduz Paulo Nader (2009):

Anteriormente, dado o grande interesse em valorizar o casamento, protegendo-o contra fatos que pudessem abalá-lo, impedia-se a ação de investigação de paternidade em face de pessoa casada. A injustiça era patente. Considerava-se relevante o casamento, ao mesmo tempo em que se condenava ao desamparo o ser inocente, humilhado ainda por não ostentar o nome paterno. A visão humanista do Direito, alcançada na segunda metade do século XX, deslocou o foco da lei, afastando-o do casamento para concentrá-lo na pessoa humana, reconhecendo-lhe a dignidade imanente. Prevalece o princípio *the Best interest of the child* – o melhor interesse da criança. (NADER, 2009, p. 226)

Deste modo, é vedado a distinção dos filhos, que no CC/16 era feita de forma discriminatória, sendo assim, todos os filhos têm igualdade de direitos no que tange aos alimentos, ao nome, poder familiar e também na sucessão. Não podendo haver distinção entre os filhos, também não poderá haver distinção entre o embrião inseminado post mortem, sendo assim, RIGO (2009) defende que tal princípio também deve ser aplicado ao embrião, vejamos:

Para muitos autores, o princípio da igualdade estende-se a todos os seres humanos, aos já nascidos, ou aos apenas concebidos [...] Uma interpretação literal do art. 1º da Declaração dos Direitos Humanos pode ensejar dúvida quanto aos seres humanos já concebidos, mas ainda não nascidos. Todavia, em uma leitura integral e mais cuidadosa de toda a Declaração, nota-se que não há distinção entre os seres já nascidos e os não nascidos. Mesma interpretação deve ter o parágrafo 2º do art. 1º do Pacto de São José da Costa Rica, não dando espaço a distinção entre a vida intra e extra-uterina. (RIGO, 2009, p. 210)

Diante de todo o exposto, conclui-se que não deve haver qualquer distinção entre os filhos INDEPENDENTEMENTE da forma pela qual ele é concebido, devendo os filhos concebidos por meio de inseminação *homóloga post mortem* exercer perante a justiça seu direito a sucessão de forma igualitária.

CAPÍTULO III

3 O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO INSEMINADO *POST MORTEM*

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2017)²² sucessão em *lato sensu* é a transmissão da titularidade de determinados bens, de uma pessoa para a outra. Transmite o patrimônio do *de cuius* para seus herdeiros, seja de forma testamentária²³ ou por força de lei. O patrimônio é transferido aos herdeiros testamentários e legatários de modo instantâneo, no momento em que o *de cuius* falece há a transmissão da herança, mesmo que ainda não tenha havido a abertura do inventário.

A sucessão decorre da necessidade dos bens contraídos pelo falecido em vida, tenha continuidade por meio de seus legatários, além do mais, conforme preceitua Giselda Hironaka (2007)²⁴ os bens deixados pelo *de cuius* tem o intuito de dar segurança a família, pois não está ligada apenas a acumulação de bens. Carlos Roberto Gonçalves apud Clóvis Beviláqua (1945)²⁵, conceitua o direito das sucessões sendo “complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir.”

A transmissão dos bens conforme já mencionado acima, pode ser realizada de forma testamentária, que é mediante a manifestação de vontade que o *de cuius* se utilizou em vida, mediante um documento denominado testamento, no qual obedece formas expressas em lei, e caso não tenha deixado testamento, a partilha decorre de forma defesa em lei, obedecendo a vocação hereditária, que respeita a seguinte ordem: descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente, colaterais e na falta destes, os bens são transmitidos ao Estado.

Deste modo, se pode concluir, que o direito sucessório tem como base a manutenção da propriedade e sua função social, preocupando-se com a amparo da prole deixada.

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. **Direito das Sucessões**. 2017. p. 19.

²³ Ato de vontade que decorre do *de cuius* ainda em vida.

²⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p.5

²⁵ GONÇALVES apud BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. 4. ed. 1945. p. 44.

3.1 INSEMINAÇÕES HOMÓLOGAS POST MORTEM NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil não há legislação que regule os casos de inseminação *post mortem*, seja tal inseminação *homóloga* ou *heteróloga*, sendo assim, inúmeras são as lacunas no ordenamento jurídico, pois houveram avanços por parte da ciência e o mundo jurídico não acompanhou, sendo assim, quando se depara com conflitos existentes na sociedade juristas são obrigados a decidirem por analogia de outros países, gerando assim uma insegurança jurídica por não haver um parâmetro de decisão, nem tampouco uma garantia de aplicação eficaz e condizente com as leis brasileiras, pois quando decide-se de acordo com legislações diversas daquela existente no país há o risco de se ter uma decisão maculada de vícios.

No que tange ao planejamento familiar, a CF/88 não faz óbice a forma de como se dará a reprodução da prole, estando previsto apenas o princípio da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, há uma lei que regulamenta o planejamento familiar, sendo a Lei número 9.263/96, que em seu artigo 3º, parágrafo único, inciso I estabelece que o SUS²⁶ tem a obrigatoriedade de prestar serviço de concepção e contraceção. Vejamos:

“Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I – a assistência à concepção e contraceção.

²⁶Sistema Único de Saúde

A Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (CFM)²⁷ regulamenta a reprodução assistida, tem como intuito explicar as formas de reprodução, seus efeitos, suas possibilidades, os riscos, de forma geral, dar conhecimento às pessoas que se submeteram aos procedimentos de inseminação artificial.

Ainda, tem-se previsão sobre reprodução assistida no artigo 1597 do Código Civil de 2002, em seu inciso III, que reconhece o filho concebido por inseminação artificial, porém, menciona que seja concebido na constância do casamento. Vejamos:

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

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. (Grifo nosso)

Diante de tanto impasse acerca dos casos de inseminação artificial se resta cristalino a necessidade de uma lei que possa regular tais casos, uma vez que a decisão por analogia gera uma diversidade de posicionamento entre os legisladores.

No âmbito jurídico, a maior divergência sobre o regulamento das relações sucessórias se dá em torno da inseminação homóloga post mortem, diante das lacunas do ordenamento jurídico em não tutelar o direito sucessório do embrião inseminado após o falecimento de seu genitor. Eduardo de Oliveira Leite (2012, p. 140) exemplifica os termos do vocábulo inseminação *post mortem*. Vejamos:

a) pode referir-se ao caso “em que o doador do sêmen ou doadores do embrião tenham falecido antes de seu emprego, ou implantação, em uma mulher receptora; b) implantação em mulher viúva, de um embrião humano em cuja formação não tenha tomado parte o esposo falecido, e c) inseminação de uma mulher viúva com sêmen do marido falecido, ou implantação do embrião fecundado com sêmen deste.” (LEITE, 2012, p. 140)

²⁷ Resolução n. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm> Acesso em 01.12.2018.

Nos casos de inseminação *homologa post mortem* cabe ressaltar que são os casos em que no momento de recolhimento do material genético do homem, o homem e a mulher que realizará o procedimento de inseminação, formam um casal.

O intuito da inseminação seria o de garantir ao casal a procriação, por meio do congelamento de esperma humano, evitando que com a infertilidade masculina o casal se prejudique não conseguindo gerar sua criança, neste intuito, se tem a resolução de nº 1.957/2010 que garante a reprodução humana assistida post mortem, desde que o marido autorize o uso de seu material genético para inseminação após seu falecimento.

VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

Neste sentido, Eduardo de Oliveira Leite (2012) aduz que o intuito da reprodução humana assistida é dar aos pais aquilo que a natureza lhe retirou, que foi a reprodução natural, e no âmbito jurídico já é garantido por meio da adoção, sendo assim, criou-se a garantia de forma biológica.

Sendo assim, chega-se à conclusão que para realizar a inseminação *post mortem* se faz necessário a autorização do *de cujus* enquanto ainda em vida, desta forma, pode presumir que havia dolo em conceber o embrião, estabelecendo assim, o vínculo com a prole deixada.

3.2 RECONHECIMENTO DOS FILHOS

Entende-se por filiação, o vínculo familiar dos filhos para com seus pais, é a primazia do direito familiar, vincula de forma presumida o reconhecimento da paternidade e maternidade no seio da prole. Segundo Carlos Roberto Gonçalves

(2017, p. 313)²⁸, filiação é a relação de parentesco consanguíneo que liga os filhos aos seus pais, seja eles ligados por vínculo sanguíneo, ou afetivo. Vejamos:

Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa aquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado. Todas as regras de parentesco consanguíneo estruturaram-se a partir da noção de filiação, pois a mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco é a que se estabelece entre pais e filhos. (GONÇALVES, 2017, p. 313)

Ainda, a Constituição Federal de 1988 regulou um instituto que até então não era reconhecido, que foi a igualdade entre os filhos, sendo estes gerados na constância do casamento, ou não. Desde então, não há diferença entre os filhos, devendo todos ser tratados de forma igualitária, tal previsão se encontra no artigo 227, § 6º da CF/88. Vejamos:

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 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.

A igualdade entre os filhos passou a ser reconhecida na Constituição Federal de 1988, e também passou a ser regulada pelo Código Civil de 2002, pois segundo Carlos Roberto Gonçalves (2017)²⁹, o Código Civil de 1916 fazia distinção entre os filhos, sendo necessário dedicar um capítulo a legitimidade dos filhos como um dos efeitos do casamento, fazendo diferenciação nas modalidades de legítima, reconhecendo a igualdade apenas entre os filhos havidos antes do casamento (que

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. **Direito das Sucessões**. 2017. p. 313.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. **Direito das Sucessões**. 2017. p. 314.

eram denominadas legitimados), e os filhos concebidos na constância do casamento (esses seriam os legítimos).

Atualmente, não há tratamento diferenciado para os filhos, todos são reconhecidos como iguais, mesmo que tenham sido concebidos fora do casamento, não importa a forma pela qual foram concebidos, todos os filhos devem ser tratados de forma igualitária, tanto em sua denominação de filiação, como em seus direitos perante a sociedade. O princípio da igualdade entre os filhos também encontra respaldo além da CF/88, pois o Código Civil de 2002 em seu artigo 1.596 enfatiza tal igualdade. Vejamos:

Art. 1.596. 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.

Diante do reconhecimento pela igualdade dos filhos ter adquirido força no ordenamento pátrio, após a entrada em vigor da CF/88, e o reconhecimento da igualdade entre os filhos pelo Código Civil de 2002, aluz Paulo Nader (2009)³⁰:

A Constituição Republicana de 1988 é um grande marco na evolução do Direito de Família, tanto na definição das entidades familiares quanto na fixação do princípio da isonomia entre a prole. Anteriormente os filhos havidos fora do casamento, além de acimados, pejorativamente de ilegítimos, não possuíam iguais direitos aos concebidos no casamento, então chamados legítimos. As discriminações, então existentes, foram eliminadas pelo texto constitucional, artigo 227, § 6º, reproduzindo *ipsis verbis* pelo artigo 1.596 da Lei Civil. (NADER, 2009, p. 266)

O direito de filiação encontra-se regulamentado também no Estatuto da Criança e do Adolescente, Segundo Donizeti (2010)³¹, o direito de filiação é personalíssimo, indisponível e imprescritível.

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça. (DONIZETI, 2010, p. 28)

³⁰ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: **Direito de família**. 2009. p. 266.

³¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, p.28.

Sendo assim, somente o filho pode exercer seu reconhecimento como tal, mesmo que seja assistido, pois trata-se de um direito personalíssimo, é intransferível, não podendo ser renunciado em nenhum momento, por isso é reconhecido como indisponível, e imprescritível, uma vez que não há momento para que sua pretensão se vença, no momento que o filho julgar oportuno, pode usar-se da sua qualidade de filho.

Diante de todo o exposto, há a conclusão que inúmeras são as definições para filiação, pois com a mutabilidade de tal conceito, basta apenas a configuração da família como tal e a proteção da paternidade e maternidade, mesmo que não haja um vínculo de fato, mesmo que as pessoas no seio familiar não sejam ligadas de forma biológica, ou de forma afetiva, e ainda, adotiva, diversas são as formas para definir a filiação, não sendo obedecido um padrão.

3.4 FUNDAMENTOS PARA QUE OS FILHOS CONCEBIDOS *POST MORTEM* TENHAM DIREITO À SUCESSÃO

São notórias as grandes revoluções trazidas pela CF/88 no campo do direito de família, inclusive, no campo sucessório, não podendo haver distinção entre os filhos. Ainda, a herança é prevista como direito fundamental, regulada pelo artigo 5º, inciso XXX³², desta forma configura-se como cláusula pética.

Carlos Roberto Gonçalves (2017, p.19) conceitua sucessão como: “Ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens.”

A sucessão se dá no momento da morte do autor da herança, transmitindo assim os bens aos seus herdeiros de forma imediata, sejam eles legítimos ou testamentários.

³² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXX - é garantido o direito de herança;

Os casos testamentários são regidos pela lei (também reconhecida como *ab intestato*), que são os casos em que o autor da herança não manifestou sua vontade em vida, não tem testamento, sendo assim, não há uma definição de partilha, devendo recorrer a lei para proceder com a partilha, sendo assim, Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 115-117) explica sobre o como a lei definirá os herdeiros:

Se a pessoa falecer sem testamento (*ab intestato*), a lei determinará a ordem pela qual serão chamados os herdeiros: a ordem de vocação hereditária. Tal ordem, no Código Civil de 2002, vem estabelecida no artigo 1.829 (...) A ordem de vocação hereditária fixada na lei vem beneficiar os membros da família, pois o legislador presume que aí residem os maiores vínculos afetivos do autor da herança. (VENOSA, 2008, p; 115-117)

Os herdeiros assumem o patrimônio, mas também as dívidas do autor da herança, no entanto, cabe destacar que eles não irão arcar com as dívidas caso ultrapasse o patrimônio do *de cuius*, mas sim, até o seu montante deixado.

Nos casos de sucessão testamentária, o que é levado em consideração é a vontade expressa do de cuius, por meio de um documento que tem fé pública, pois obedeceu ato solene perante cartório e tabelião. No testamento pode dispor não apenas da divisão dos bens, mas também sobre questões extrapatrimoniais, na qual pode incluir o reconhecimento de um filho inseminado.

A morte, a abertura da sucessão e a transmissão da herança acontecem de forma simultânea e imediata, todos os herdeiros participam do fenômeno de posse da herança conjuntamente, deste modo, aplica-se o princípio da *saisine* conforme Carlos Roberto Gonçalves (2017): “o próprio defunto transmite ao sucessor a propriedade e a posse da herança”.

O direito sucessório não encontra regulamentação para os casos de inseminação *homóloga post mortem*, o Código Civil faz menção e reconhece que há tal forma de reprodução assistida, porém, não regulamenta. Ainda, reconhece a presunção de paternidade, mas em nada se manifesta quanto ao direito sucessório do embrião.

O Código Civil reconhece para fins de sucessão, somente aqueles nascidos, ou já concebidos no momento da sucessão, conforme reza o artigo 1.798:

“legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

No entanto, o ordenamento abre brechas para discussões e divergência doutrinária, uma vez que reconhece a igualdade entre os filhos determinando que não haja quaisquer que seja a distinção entre eles. E excluir o embrião que foi inseminado *post mortem* da sucessão, é tirar-lhe o direito de participar da partilha de bens concorrendo com os sucessores do *de cuius*.

Diante do embate de opiniões quanto ao direito do embrião a sucessão, e a falta de norma reguladora quanto ao direito de herança, pode-se levar em consideração o princípio da igualdade de filiação e dignidade da pessoa humana, não podendo sofrer a perda do seu direito em participar da partilha, uma vez que o legislador não se posicionou quanto ao tema. Excluir o embrião seria cercear seus direitos constitucionais. Uma vez que a CF/88 reconhece a igualdade entre os filhos, não há como discriminar o embrião pela forma que o mesmo foi concebido, pois a própria constituição garante a igualdade entre os irmãos, prevalecendo assim, seu direito de herança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No trabalho ilustrado, pode-se identificar as lacunas do ordenamento jurídico quanto ao acompanhamento das evoluções científicas, restando cristalino o impasse e divergências na própria lei quanto ao reconhecimento ou não do direito sucessório, bem como, do direito a filiação e igualdade entre os irmãos.

Além do mais, foi possível identificar a evolução da sociedade como família, sua composição e as novas formas de estrutura familiar.

As leis, costumes, jurisprudências, doutrinas, são institutos para regular a forma em que a sociedade se estrutura como justiça, devendo se ater as mutações surgidas no meio social, pois a sociedade encontra-se em constante mutação. No entanto, pode perceber que ainda há uma deficiência no campo jurídico, uma vez que as inovações surgem e falta regulamento por parte da lei.

Os avanços tecnológicos e científicos estão cada vez mais rápidos, o que a tempos atrás parecia intocável e totalmente fora da realidade, na atualidade se tornaram coisas comuns, um dos exemplos é a reprodução humana, anos atrás não era possível imaginar que seria possível conceber uma criança por meio de inseminação artificial, e ainda, conceber uma criança após o falecido de seu pai.

Do mesmo modo, se pode verificar os avanços com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, os direitos e garantidas surgidos que influenciaram no Código Civil de 2002, decorrendo assim o reconhecimento de tratamento igualitário dos filhos sem que houvesse quaisquer que fosse a distinção entre eles, o princípio da dignidade humana garantindo não só a vida mas as formas de como a criança viverá, visando sempre o melhor interesse da criança e do adolescente, ainda, houveram avanços quanto a composição familiar, na qual o Estado não deve intervir, apenas promover meios tecnológicos e educacionais para o desenvolvimento da prole.

Nos dias atuais há inúmeras técnicas para que seja realizados procedimentos de reprodução assistida, no entanto, o presente trabalho se ateu aos casos de inseminação artificial, fertilização “*in vitro*” e os casos de mães de substituição.

Nos casos de inseminação o procedimento é realizado de forma intracorpórea, que seja, dentro do corpo da mãe, sendo homologa quando o material genético utilizado é do casal e *heteróloga* quando o material genético é de uma terceira pessoa alheia a relação do casal.

Já nos casos da modalidade “in vitro” é realizado de forma extracorpórea, onde o material genético é colhido em laboratório, há a fecundação dos gametas e após, é introduzido no útero da mulher

Se tratando das mães substitutas, são os casos em que mesmo com inseminação, a mulher não consegue gerar o embrião, neste caso entra a figura de uma terceira pessoa que empresta seu útero (sem fins lucrativos) para a concepção do embrião.

Diante de todo o exposto, conclui-se que deve ser levado em consideração os princípios constitucionais abordados, pois seria um meio de garantia o pai expressar interesse em que haja a reprodução, mesmo que o mesmo não se encontre em vida, e em caso de interesse de reprodução post mortem, que seja reservado uma cota de sua herança aqueles que ainda não foram concebidos, evitando possíveis divergências na divisão de seu patrimônio.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. 6. Direito das Sucessões.** 25. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, **Novo Código Civil Comentado.** Disponível em <http://www.academia.edu/7105831/Codigo_civil_comentado_-_maria_helena_diniz_-_doutrina_-_ja_impresso>. Acesso em 01 dez 2018.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2002.

_____, **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões.** 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, **Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões.** 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

_____, apud BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das sucessões.** 4. ed. 1945.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões.** 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____, **Estudos de Direito de Família e pareceres de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2012

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** 11. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de família.** vol. 5, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009

Org.: Equipe Revista dos Tribunais. **VadeMecum RT**. Código Civil. 14ª ed. – São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução Assistida: Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório**. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 09 de setembro de 2018

RIGO, GabriellaBresciani. **O status de filho concebido post mortem perante o Direito Sucessório na legislação vigente**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 8 jul. 2009. Disponível em <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849-o-status-de-filho-concebido-post-mortem-perante-o-direito-sucessorio-na-legislacao-vigente>>. Acesso em 1 dezembro 2018

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2008

SIQUEIRA, Patricia. **O direito à identidade genética na reprodução humana artificial heteróloga**. p. 3. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c003c81e1a36826b>>. Acesso em 28 de novembro de 2018.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. 2006. Disponível em <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1036&revista_caderno=14> Acesso em 02 de setembro de 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: **Direito de família**. Vol. 6, 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400>. Acesso em 10 de setembro de 2018.

Direito à sucessão hereditária do embrião fecundado post mortem. Disponível em <<https://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/artigos/257625464/direito-a-sucessao-hereditaria-do-embriao-fecundado-post-mortem>> Acesso em 10 de setembro de 2018.

Inseminação artificial - reprodução humana e fertilidade. <<https://fertilidade.org/content/inseminacao-artificial>> Acesso em 01 de dezembro de 2018

Resolução CFM 2121/2015. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf> Acesso em 01 de dezembro de 2018.

Resolução CFM 1.957/2010. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957_2010.htm> Acesso em 01 de dezembro de 2018

Resolução CFM 1.358/1992. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm> Acesso em 01 de dezembro de 2018.