



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA- UNICEUB
FACULDADE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS- FAJS
Curso de Direito

THAIS MILENE DOS SANTOS ALVES

**DIREITO SUCESSÓRIO DECORRENTE DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS NO
DIREITO VIGENTE BRASILEIRO**

Brasília

2017

THAIS MILENE DOS SANTOS ALVES

**DIREITO SUCESSÓRIO DECORRENTE DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS NO
DIREITO VIGENTE BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias Ribeiro

Brasília

2017

THAIS MILENE DOS SANTOS ALVES

**DIREITO SUCESSÓRIO DECORRENTE DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS NO
DIREITO VIGENTE BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais do Centro Universitário de Brasília –
UniCeub.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias Ribeiro

Brasília, _____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Júlio César Lérias Ribeiro
Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

RESUMO

O presente trabalho teve por objetivo a análise da possibilidade jurídica de direito hereditário decorrente de reprodução assistida por utilização de embrião excedentário, tendo em vista a omissão legal nesse sentido. O estudo temático baseou-se na controvérsia existente entre os princípios constitucionais, direito de família e direito das sucessões, além da inexistência de legislação específica. O direito constitucional garante a todos os cidadãos diversos direitos decorrentes da filiação, como o a igualdade entre os filhos e o direito hereditário. No mesmo sentido se posiciona o artigo 1.597 do Código Civil ao presumir concebidos na constância do casamento os filhos de correntes de reprodução assistida *post mortem*. Por outro lado, o artigo 1.798, também do Código Civil apenas considera legítimas para suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Por fim, apesar da necessidade de legislação específica é possível garantir efeitos futuros ao embrião.

Palavras-Chave: Civil. Direito Hereditário. Reprodução Assistida. Embrião Excedentário.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 DIREITO HEREDITÁRIO NA DOCTRINA DO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO	1
1.1 Direito Civil Contemporâneo	7
1.2 Direito Hereditário: generalidades	12
1.3 Direito Hereditário: herança decorrente de reprodução assistida por embrião excedentário	18
2 DIREITO HEREDITÁRIO DECORRENTE DE EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	24
2.1 Direito Hereditário decorrente de reprodução assistida por embrião excedentário e a Constituição Federal de 1988	24
2.2 Direito Hereditário decorrente de reprodução assistida por embrião excedentário e o Código Civil de 2002	28
2.3 Direito Hereditário decorrente de reprodução assistida e a Legislação extravagante	34
3 TUTELA JUDICIAL DO DIREITO HEREDITÁRIO DECORRENTE DE EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO	39
3.1 JURISPRUDÊNCIA FAVORÁVEL A HIPÓTESE	39
3.2 JURISPRUDÊNCIA DESFAVORÁVEL HIPÓTESE	42
4 CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	49
ANEXO	52

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho é a possibilidade jurídica de direito hereditário decorrente de reprodução assistida por utilização de embrião excedentário, quando questionado judicialmente, é objeto de bastante discussão por se tratar de matéria relativamente nova e omissa de lei específica, principalmente no que tange aos direitos decorrentes da filiação, como o direito hereditário.

A medicina acompanha as mudanças da sociedade e suas demandas, por isso busca inovações para atender às necessidades humanas. Porém, o direito não é capaz de acompanhar as mudanças simultaneamente, gerando a problemática de existirem novas situações sem regulamentação legal, como é o caso da omissão em relação aos direitos sucessórios dos embriões excedentários. A busca de muitos casais por técnicas de reprodução assistida, traz a tona a importância de se ter regulamentação sobre o assunto, para que se resguardem os direitos fundamentais das crianças nascidas por este meio. Por essas razões apresenta o presente estudo a seguinte questão central: é possível na interpretação do direito sucessório o direito decorrente de reprodução assistida por utilização de embrião excedentário?

A hipótese responde afirmativamente ao problema proposto conforme se verificará nos argumentos doutrinários legais e jurisprudenciais a serem desenvolvidos nessa pesquisa monográfica.

O primeiro capítulo dessa monografia tratará de argumentos doutrinários para fundamentar o tema proposto, evidenciando a controvérsia existente entre a Constituição Federal, Direito de Família e o Direito Sucessório, no Código Civil. O ordenamento jurídico brasileiro, no direito de família, tratará da possibilidade da reprodução assistida, inclusive após a morte do cônjuge, mas ele apenas aceitará a presunção de paternidade e acabará por se omitir quando aos direitos sucessórios.

No segundo capítulo investigar-se-á, sob o panorama legal, as disposições a respeito dos direitos fundamentais e sucessórios. A princípio será analisada a Constituição Federal de 1988 que garante a todos o direito hereditário, bem como, prevê o princípio da igualdade entre os filhos, que proíbe qualquer forma de distinção entre os filhos. No mesmo sentido se posiciona o Código Civil de 2002 ao

tratar da presunção de paternidade em relação àqueles embriões excedentários, gerados por reprodução assistida, a qualquer tempo. Em contrapartida, no que tange a legitimidade sucessória, o Código Civil de 2002 apenas a reconhece aos filhos que ao tempo da abertura da sucessão já tenham sido no mínimo concebidos, deixando desamparados os embriões excedentários.

No terceiro capítulo verificar-se-ão casos e suas respectivas decisões no poder judiciário brasileiro e estrangeiro. As demandas judiciais questionavam a possibilidade da inseminação artificial *post mortem*. A jurisprudência foi favorável em dois dos três casos apresentados, ambos se pautando na necessidade ou não de expressa manifestação de vontade do doador em se fazer a inseminação após sua morte.

O marco teórico do presente trabalho encontra-se em Doutrinas do Direito Civil Contemporâneo e Constitucional, bem como enunciado do Superior Tribunal de Justiça e Resolução do Conselho Federal de Medicina.

A monografia será executada por meio de pesquisas bibliográficas em doutrinas, leis e jurisprudências, buscando demonstrar a necessidade do legislador em criar lei para regulamentação do assunto e conseqüentemente assegurar o direito dos embriões excedentários.

1 DIREITO HEREDITÁRIO NA DOUTRINA DO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Neste capítulo tratar-se-á de argumentos doutrinários para fundamentar o tema proposto, evidenciando a controvérsia existente entre a Constituição Federal, Direito de Família e o Direito Sucessório, no Código Civil. O ordenamento jurídico brasileiro, no direito de família, tratará da possibilidade da reprodução assistida, inclusive após a morte do cônjuge, mas ele apenas aceitará a presunção de paternidade e acabará por se omitir quando aos direitos sucessórios.

1.1 Direito Civil Contemporâneo

O Direito Civil Contemporâneo visa estudar as leis do Código Civil à luz dos fundamentos da Constituição Federal de 1988 e a incidência do neoconstitucionalismo. “Os próprios constitucionalistas reconhecem o fenômeno da interação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional como realidade do que se convém denominar *neoconstitucionalismo*, ou da *invasão da nova constituição*.”¹

A Constituição Federal de 1988 trouxe como um de seus princípios a dignidade da pessoa humana, fato que influenciou as demais leis posteriores que deixaram de considerar o patrimônio como principal bem a ser protegido pela legislação brasileira e passaram a considerar e tratar de forma prioritária a dignidade da pessoa. Ou seja, “colocou a pessoa como centro das preocupações do ordenamento jurídico, de modo que todo o sistema, que tem na Constituição sua orientação e seu fundamento, se direciona para a sua proteção.”² “A proteção da dignidade da pessoa humana, a partir do modelo de Kant, conforme propugna Tartuce, constitui o principal fundamento da *personalização do Direito Civil*, da valorização da pessoa humana em detrimento do patrimônio”.³

¹ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2011. p.53.

² FACHIN, Luiz Edson. Apreciação Crítica do Código Civil de 2002 na Perspectiva Constitucional do Direito Civil Contemporâneo. *Revista Jurídica*, São Paulo, ano. 51, n. 304, p. 17, fev. 2003.

³ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2011. p. 54.

Segundo Lobo,

O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiraram o marco regulatório estampado nos arts. 226 a 230 da Constituição de 1988.⁴

De acordo com esta nova visão acerca do valor do indivíduo, o Estado fica comprometido a proporcionar uma vida digna a todos os brasileiros, portanto, o princípio da dignidade humana é um dos principais fundamentos do estado democrático de direito. Dias defende em sua obra que “a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica. Houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade.”⁵

Morais formula sua conceituação de dignidade da pessoa humana:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.⁶

As mudanças na Constituição afetaram todo o ordenamento jurídico brasileiro. Observa-se que a principal mudança no Direito Civil foi a alteração do caráter patrimonialista, anteriormente adotado. O princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser considerado como a base dos demais princípios do ordenamento jurídico brasileiro, incidindo especialmente nos princípios do Direito de Família. Sustenta Fachin que “a Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista do Século XIX, em especial do Código de

⁴ LÔBO, Paulo. *Direito Civil Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23.

⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 62.

⁶ MORAIS, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.48.

Napoleônico, migrando para uma concepção que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada em suas relações interpessoais visando à sua emancipação”⁷

“O princípio da dignidade humana, significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio que tem contornos cada vez mais amplos”⁸.

O Código Civil de 2002, baseado no novo modelo constitucional e também privilegiando a importância da dignidade da pessoa, é fundamentado por três grandes princípios, que são o Princípio da Eticidade, Princípio da Operabilidade e Princípio da Socialidade.

O Princípio da Eticidade, visa à inserção da ética no direito, como sugere o próprio nome.

o tipo de ética buscado pelo novo Código Civil é o defendido pela corrente kantiana: é o comportamento que confia no homem como ser composto de valores que elevam o patamar de respeito pelo semelhante e de reflexo de um estado de confiança nas relações desenvolvidas, quer negociais, quer não negociais. É, na expressão kantiana, a certeza do dever cumprido, a tranquilidade da boa consciência.⁹

Enquanto o Princípio da Operabilidade tem como objetivo de simplificar e afastar complexidades na aplicação do novo Código Civil. Esse princípio traz por consequência, maior amplitude interpretativa da norma por parte do juiz, pois ele analisará a forma mais equilibrada para resolução dos conflitos.

Finalmente, o Princípio da Socialidade que decorre da necessidade de romper com o individualismo para valorizar o coletivo que são ideias decorrentes de transformações históricas, políticas e sociais ocorridas.

⁷ FACHIN, Luiz Edson. Apreciação Crítica do Código Civil de 2002 na Perspectiva Constitucional do Direito Civil Contemporâneo. *Revista Jurídica*, São Paulo, ano. 51, n. 304, p. 17-22, fev. 2003. p.18

⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.63.

⁹ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2011. p.45

“Todas as categorias civis tem função social: o contrato, a empresa, a propriedade, a posse, a família, a responsabilidade civil.”¹⁰ Segundo Tartuce e Simão, “a sociedade muda, a família se altera e o Direito deve acompanhar essas transformações... não reconhecer a função social à família e à interpretação do ramo jurídico que a estuda é como não reconhecer função social à própria sociedade”¹¹

A Constituição Federal de 1988 trouxe também o Princípio da Isonomia ou Igualdade, garantindo tratamento igualitário e justo a todos os cidadãos. De acordo com este Princípio é vedada a criação de qualquer lei que venha a contrariar a igualdade ou gerar discriminação de qualquer natureza, salvo as situações que necessitam de tratamento divergente para que a igualdade e justiça sejam alcançadas. Em suma “Podemos entender por Princípio da Igualdade o mandamento aristotélico de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”.¹²

A nova Constituição também tratou da igualdade, especificamente quanto ao direito de família. Os filhos de qualquer origem familiar, dos biológicos aos não biológicos ficaram equiparados, tendo os mesmos direitos, inclusive os de pensão alimentícia e a mesma proporcionalidade na divisão da herança. Completa Tartuce

Diante disso, não se pode mais utilizar as odiosas expressões filho adulterino, filho incestuoso, filho ilegítimo, filho espúrio ou filho bastardo. Apenas para fins didáticos utiliza-se o termo filho havido fora do casamento, eis que, juridicamente, todos são iguais.¹³

Um outro princípio do Direito de Família que surgiu na nova Constituição foi o do planejamento familiar que consiste na autonomia do casal para planejar sua família, seja em relação à quantidade de gestações, ao intervalo entre elas e até mesmo quanto ao recurso da reprodução assistida. Ademais, deve ser assegurada a todos saúde sexual e reprodutiva, sendo assim o Estado deve garantir o tratamento

¹⁰ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2011. p.23.

¹¹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. *Direito Civil v.5: Direito de Família*. São Paulo: Método, 2006.p.40.

¹² SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 298.

¹³ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2011. p.989.

para os distúrbios reprodutivos. Segundo Rizzardo, “o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”¹⁴.. É de livre escolha ainda, conforme a necessidade, a forma de concepção, se natural ou artificial.

A procriação artificial surge como meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de ter filhos em benefício de um casal estéril.¹⁵ Ou seja, legalmente, os casais estão autorizados a procurar clínicas de reprodução assistida para a concepção de sua prole. Dias explica que “o acesso aos modernos métodos de concepção assistida é igualmente garantido em sede constitucional, pois planejamento familiar também significa buscar a realização do projeto de parentalidade.”¹⁶

Em suma, a autonomia consiste na liberdade total quanto ao planejamento familiar, o que significa dizer que nem o Estado nem a sociedade podem estabelecer limites quanto à filiação, sendo vedada qualquer forma de coerção por parte de instituições privadas ou públicas em relação a esse direito.¹⁷

O destaque dado ao Princípio da Dignidade Humana na nova Constituição acaba por direcionar os demais princípios presentes no ordenamento jurídico brasileiro, interferindo principalmente no direito de família. Ademais, os princípios da igualdade e planejamento familiar decorrem da dignidade da pessoa humana e servem como base para resguardar os direitos do indivíduo dentro da família. Portanto, fica clara a influência da nova concepção da Constituição de 1988 no novo Código Civil.

É correto afirmar, na verdade, que essa divisão entre direito patrimonial e direito existencial atinge todo o Direito Privado. Tal organização ainda remete à tendência de personalização do Direito Civil, ao lado da sua despatrimonialização, uma vez que a pessoa é tratada antes do patrimônio. Perde o patrimônio o papel de ator principal e se torna mero coadjuvante.¹⁸

¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 15 e 16.

¹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 26.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 326.

¹⁷ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2011. p. 990.

¹⁸ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2011. p. 985.

1.2 Direito Hereditário: Generalidades

Sucessão é o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra substituindo-a na titularidade de determinados bens. Cabe ressaltar que a substituição de titularidade não se trata apenas dos direitos, mas também das obrigações contraídas pelo falecido. Portanto, o Direito das Sucessões é o conjunto de normas para a legalização do acervo patrimonial deixado pelo falecimento de alguém a seus herdeiros.

“É a sucessão *mortis causa* que, no conceito subjetivo, é o direito por força do qual alguém recolhe os bens da herança, e, no conceito *objetivo*, indica a universalidade dos bens do *de cuius*, que ficaram com seus direitos e encargos.”¹⁹

O Direito das Sucessões, assim como outros ramos do Direito, respeita os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, que são os princípios gerais, como o princípio da dignidade humana, igualdade e boa-fé. Não obstante, o Direito das Sucessões também possui seus princípios específicos como a função social da herança e a territorialidade.

É importante destacar os princípios específicos do Direito das Sucessões por serem incomuns no restante do ordenamento. Gagliano e Pamplona Filho trazem o princípio da “Saisine” que consiste no “reconhecimento, ainda que por ficção jurídica, da transmissão imediata e automática do domínio e posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários, no instante da abertura da sucessão”.²⁰ Ademais, completam Gagliano e Pamplona Filho que “trata-se, em verdade, de uma ficção jurídica, que pretende impedir que o patrimônio deixado fique sem titular, enquanto se aguarda a transferência definitiva dos bens aos sucessores do falecido”.²¹

Um segundo princípio trazido por Gagliano e Pamplona Filho é o *non ultra vires hereditatis*, em que “deve-se considerar, por força da lei, que as dívidas do falecido,

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro Direito das Sucessões*. 29 ed. v.6. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 26.

²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil Direito das Sucessões*. 3 ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 58.

²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil Direito das Sucessões*. 3 ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 65.

de fato, devem ser pagas somente com seu próprio patrimônio, não ultrapassando as forças da herança”.²²

Outro princípio próprio do Direito das Sucessões é o da Função Social da Herança. Posto em menor medida do que no exercício do direito de propriedade, também a herança possui uma função social, porquanto permite uma redistribuição da riqueza do de cujus, transmitida aos seus herdeiros.²³

O Direito das Sucessões também traz o princípio da territorialidade que versa sobre o local da abertura da sucessão. Segundo dispositivo legal, o local da abertura da sucessão é aquele do último domicílio do falecido, em regra. Porém, existem casos excepcionais em que o local poderá ser diferente, como o falecido que não possuía domicílio, caso em que a abertura da sucessão seria o local da situação do bem. Se os bens se encontrassem em locais diversos o local da abertura seria o do óbito do falecido. Finalmente, se existir pluralidade de domicílios a abertura do inventário se dará em qualquer um dos locais de domicílio correspondente àquele defunto.

Um outro princípio do Direito das Sucessões é o da temporariedade, que trata da lei que regerá o processo de abertura do inventário. O Código Civil atual diz que a lei será a vigente no momento da abertura da sucessão, garantindo segurança jurídica. Entretanto, nova lei não prejudicará direito adquirido no momento da morte. Segundo Gagliano e Pamplona Filho, “é preciso ter em mente que a lógica do sistema é de que toda a transferência patrimonial se deu *ipso facto* da morte, regra básica de direito material.”²⁴ Dessa forma, se a legislação for mudada após a morte não teria condão de modificar os fatos ao tempo da morte.

Finalmente, vem o princípio do respeito à vontade manifesta, que é exposto no momento em que o falecido faz seu testamento, todavia, no caso de haver herdeiros necessários, o testamento não pode atingir a reserva legal, ou seja, superior a 50%

²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil Direito das Sucessões*. 3 ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 65.

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil Direito das Sucessões*. 3 ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 67.

²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil Direito das Sucessões*. 3 ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 69.

do patrimônio do defunto. Em suma, a pessoa pode dispor da forma que melhor lhe convier, em testamento, de até metade de seu patrimônio, se existirem herdeiros necessários. No caso destes últimos herdeiros não existirem, a pessoa poderá dispor de seu patrimônio da forma que bem entender.

Maluf e Maluf explicam em seu livro

É válido ressaltar que a liberdade de testar não é absoluta, como ocorreria no direito romano, devendo-se respeitar em primeiro lugar a legítima dos herdeiros necessários, isto é, na ocorrência de descendentes, ascendentes ou cônjuge ou companheiro sucessíveis, determinados pelo art 1.845 do Código Civil, somente poderá o autor da herança dispor da metade de seus bens, como prevê o art 1.789 do mesmo Código.²⁵

A observância dos princípios do Direito das Sucessões é de grande relevância para que se possa dar início ao processo de inventário e direcionar a sucessão que possui uma série de particularidades e classificações.

A sucessão pode acontecer a título universal e a título singular, no primeiro caso há a transmissão do patrimônio do falecido ou a quota-parte dele, enquanto no segundo caso a sucessão tratará de um bem específico. Aquele que sucede universalmente é chamado herdeiro, já o que sucede singularmente é chamado legatário.

“Sucede a *título universal* quem recolhe a totalidade dos bens da herança ou uma fração aritmética da universalidade. Sucede a *título singular* quem recebe bens determinados, certa generalidade de coisas, ou uma quota concreta de bens.”²⁶

A sucessão também pode ser legítima, situação em que os sucessores são especificados pela lei, ou também pode ser testamentária em que os sucessores serão indicados em um testamento feito pelo *de cuius*, antes da morte, indicando sua última vontade de transmissão de seus bens.

“A sucessão legítima ou *ab intestato* é aquela que resulta da lei, quando o falecido não deixar qualquer ato de última vontade, deferindo todo o patrimônio às

²⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito das Sucessões*. São Paulo: 2013. p.75.

²⁶ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 6.

peças expressamente indicadas pela lei”²⁷. Esse tipo de sucessão é considerado a regra.

A sucessão testamentária é aquela que decorre de testamento válido ou de disposição de última vontade. Devem-se então observar as disposições testamentárias e atribuir a herança às pessoas indicadas pelo disponente no último ato de vontade. A sucessão testamentária é exceção.

“No que tange à abertura da sucessão, do art. 1.784 do Código Civil de 2002 impõe a regra de suma importância: na abertura da sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.²⁸ Ou seja, o momento da abertura da sucessão é o da morte do *de cuius* e a transmissão é automática.

Ao tratar de sucessão legítima somos remetidos à ideia de herdeiros elencados pelo Código Civil, que são conhecidos como herdeiros legítimos. É importante destacar a diferença entre herdeiros legítimos e herdeiros necessários. Os herdeiros legítimos são os descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente e os colaterais, todos indicados no Código Civil de 2002. Entretanto, nem todo herdeiro legítimo é necessário, os herdeiros necessários são apenas os descendentes, ascendentes e o cônjuge.

Segundo Gomes

Na classificação dos herdeiros legítimos, distinguem-se os necessários, também designados legitimários “reservatórios”, dos facultativos; mas a expressão, empregada no sentido lato, designa quem, por prescrição legal, é chamado à sucessão do que faleceu intestado; já em acepção estritíssima, refere-se aos filhos, primeiros herdeiros necessários.²⁹

Os herdeiros facultativos são os legítimos, porém não são necessários, segundo Dias, “os colaterais, ainda que sejam herdeiros legítimos, não fazem jus à

²⁷ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito das Sucessões*. São Paulo: 2013. p. 74.

²⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito das Sucessões*. São Paulo: 2013. p. 57.

²⁹ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 40.

legítima, pois são herdeiros facultativos. Podem ficar fora da sucessão, mesmo não existindo herdeiros das classes antecedentes.”³⁰

Portanto, na falta de testamento, os herdeiros necessários terão direito a todo o patrimônio do defunto, o qual será dividido em quotas-partes (quinhão), no caso de pluralidade de herdeiros, e posteriormente destinado àqueles de forma igualitária. Todavia, na existência do testamento será assegurado aos herdeiros necessários metade do patrimônio do falecido, que pode dispor de seus bens da forma que desejar, de acordo com o princípio do respeito à vontade livre e manifesta, desde que não ultrapasse a reserva legal destinada aos herdeiros necessários. “O que não pode haver é violação ao direito dos herdeiros necessários”³¹. “Se, em vida, o autor da futura herança dispuser de mais da metade do seu patrimônio – ultrapassando a “parte disponível”, e invadindo a “legítima” – estará realizando uma doação inoficiosa, passível de invalidação”³²

Entre os parentes sucessíveis, o Código Civil aponta a ordem em que a sucessão irá ocorrer, ou seja, institui a ordem de preferência para o recebimento do quinhão hereditário. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e os parentes colaterais até o quarto grau.³³

É importante destacar que uma classe só será chamada caso não existam herdeiros da classe preferencial anterior. “Sendo assim, se o autor da herança apenas deixar descendentes e ascendentes, só os primeiros herdarão, pois a existência dos descendentes retira a sucessão dos ascendentes”³⁴

Os descendentes são a primeira classe a ser chamada na sucessão, essa classe compreende os filhos, netos, bisnetos e todos os seguintes. Observa-se que aqui também existe ordem de preferência, os netos só serão chamados para

³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2 ed. São Paulo: Revista dos tribunais. 2011. p .127.

³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil Direito das Sucessões*. 3 ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2016. p.193.

³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil Direito das Sucessões*. 3 ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2016. p.195.

³³ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva. 2013. p.190.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro Direito das Sucessões*. 29 ed. v. 6. São Paulo: Saraiva. 2015. p.125

suceder caso não existam filhos, e assim sucessivamente, ou seja, o parente mais próximo exclui o mais remoto. “Na linha reta de sucessão há o direito de representação, ou seja, existe a possibilidade de os filhos representarem o pai ou a mãe premorta na herança do avô, concorrendo com os filhos ainda vivos (seus tios)”³⁵. O neto que entrar na partilha no lugar de seus pais já mortos, não receberão herança como os demais filhos do avô, eles receberão a parte que corresponderia à seu pai ou mãe, esta parte correspondente ao pai ou mãe já mortos será dividida entre os netos (filhos deste pai ou mãe já mortos).

“Na falta de descendentes sucessíveis, situados na primeira classe, são chamados à sucessão os ascendentes, pertencentes à segunda classe, em concorrência com o cônjuge ou companheiro supérstite.”³⁶ Diferentemente do que ocorre na sucessão para os descendentes, aqui não existe a possibilidade de representação, caso não exista um ascendente no grau mais próximo o outro herda toda a herança sozinho ou em concorrência com o cônjuge. A herança só irá para os graus mais remotos caso não existam nenhum dos dois ascendentes mais próximos. Segundo Maluf, se os herdeiros forem os avós, a parte materna receberá metade da herança e a paterna a outra metade, independente de só haver um dos avós em uma das partes.

A sucessão do cônjuge é necessária, porém, pode se dar de diferentes formas, a depender do regime matrimonial de bens. Vale lembrar que a herança é diferente da meação, que se dá devido o regime de comunhão universal e parcial dos bens. O cônjuge poderá herdar junto com os ascendentes, caso não existam filhos e ainda pode herdar sozinho, caso não existam filhos nem ascendente.

³⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito das Sucessões*. São Paulo: 2013. p.191.

³⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva. 2013. p.195.

1.3 Direito Hereditário: herança decorrente de reprodução assistida por embrião excedentário

Para que haja a transmissão da herança é necessária a capacidade sucessória, que é a aptidão da pessoa para receber os bens deixados no tempo da abertura da sucessão, é diferente da capacidade civil genérica. É possível que a pessoa tenha capacidade genérica e não tenha capacidade sucessória, como os casos de exclusão da sucessão, feito em testamento em que o autor da herança pode excluir os herdeiros por indignidade ou deserdação.

A sucessão legítima exige legitimidade sucessória. O Código Civil dispõe que apenas tem legitimidade para suceder, aqueles que já eram nascidos ou concebidos ao tempo da abertura da sucessão. “Desta forma, a condição vital para que exista o direito sucessório, além da morte do autor da herança, é, obviamente necessário, que o herdeiro exista e sobreviva àquele, ou esteja pelo menos concebido”.³⁷ Já a vocação hereditária, no que tange aos herdeiros testamentários, exige apenas que esses estejam indicados no testamento, tanto que podem ser pessoas jurídicas e pessoas ainda não concebidas desde que os genitores estejam vivos ao tempo da abertura da sucessão.

A medicina tem acompanhado a evolução da vida humana, adaptando e buscando novas descobertas às necessidades da sociedade, porém, o direito não consegue acompanhar as mudanças ao mesmo tempo, diante da complexidade em se criar novas normas, gerando a problemática de existirem novas situações sem regulamentação legal. A busca de muitos casais por técnicas de reprodução assistida, trás a tona a importância de se ter regulamentação sobre o assunto. Ademais, “ o respeito às pessoas que se submetem ao processo de assistência à reprodução e também à seriedade e cuidado no trato com a vida humana devem ser sentidos por parte de todos os envolvidos e devem ser garantidos pelo Estado”³⁸. Todavia, o devido atendimento não tem chegado a todos os cidadãos que necessitam do tratamento. A questão sobre a falta de assistência do Estado brasileiro é abrangente, pois este é deficitário em praticamente todos os setores,

³⁷ MALUF, Carlos Alberto Dabus e MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva. 2013. p.108.

³⁸ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 329.

como saúde, educação e segurança, não havendo prioridade ou preocupação com à prestação de reprodução assistida.

Segundo Maluf

No Brasil, existem apenas aproximadamente 117 centros de reprodução humana assistida, dois dos quais apenas seis instituições oferecem tratamento gratuito e três oferecem tratamento semigratuito – com medicação paga pelo casal –, sendo ainda que a grande maioria desses centros localizam-se no Estado de São Paulo, não sendo o tratamento acessível à população como um todo.³⁹

A Reprodução Humana Assistida auxilia pessoas que tem dificuldades de diversos gêneros para procriar, caso em que “o médico especialista em reprodução humana irá, em face dos caracteres levantados, analisar o tratamento mais indicado pra cada caso”.⁴⁰ O processo pode acontecer de diversas formas, de acordo com as necessidades individuais, as quais são avaliadas pelo médico que indicará o procedimento mais adequado para cada caso.

Entende Maluf

a reprodução humana assistida implica em um conjunto de técnicas, a saber: relação programada, inseminação artificial intrauterina e fertilização extracorpórea, que abrange a fertilização *in vitro* clássica e a fertilização *in vitro* por meio de injeção intracitoplasmática de espermatozoide.⁴¹

A reprodução assistida pode ser homóloga, quando for utilizado o material do casal, ou heteróloga, quando for necessário o material de um terceiro. “Pode ser também realizada *in vivo*, *in vitro* ou *post mortem*, decorrente da técnica reprodutiva indicada para cada caso específico (feita diretamente no corpo da receptora, ou fora dele, em laboratório), bem como o momento em que sua realização tiver lugar.”⁴²

³⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2015. p.197.

⁴⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2015. p.195.

⁴¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2015. p.195.

⁴² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2015. p.198.

É importante ressaltar que há diferença entre os termos fecundação e concepção. Para a medicina, a fecundação ocorre quando há a fertilização do óvulo pelo esperma, enquanto a concepção é o momento posterior à fecundação, quando um produto da união dos gametas já foi formado. O termo concepção para o Direito tem sido objeto de muita controvérsia, uma vez que existe a corrente que defende a concepção como o momento em que há a fecundação do óvulo pelo esperma, e a segunda que defende que a concepção só ocorre quando o embrião é implantado no corpo da mãe, corrente esta adotada pelo STF.

Maluf e Maluf trazem em sua obra uma síntese da ADIn 3510 esclarecendo entendimento exarado pelo STF quanto da avaliação da constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança

As diversas técnicas de fertilização *in vitro* e do congelamento de embriões humanos levantou a polêmica de qual seria o momento a se considerar juridicamente o nascituro, entendendo-se que a vida tem início com a concepção no ventre materno. Assim, na fecundação artificial *in vitro* mesmo havendo a fusão do material genético dos pais, não poderá o embrião pré-implantatório ser equiparado ao nascituro, pois é necessária a nidação do zigoto para que o início da vida se efetue realmente.⁴³

O nascituro é aquele que já foi concebido no ventre materno e apresenta capacidade de direito, mas não de fato, ou seja, ele tem seus direitos protegidos na legislação. “As diversas técnicas de fertilização *in vitro* e de congelamento de embriões humanos levantou a polêmica de qual seria o momento a se considerar juridicamente o nascituro, entendendo-se que a vida tem início com a concepção no ventre materno”.⁴⁴ Portanto, ainda que haja a fusão do material genético materno e paterno, enquanto não ocorrer a implantação no ventre da mãe, não será considerado nascituro. Todavia, no que tange ao embrião gerado por técnicas de reprodução assistida e ainda não implantados, conhecidos por embriões excedentários, a legislação carece de proteção. “À luz dos direitos da personalidade, creditamos ao embrião o direito à vida, desde a concepção, em face da sua carga

⁴³ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito das Sucessões*. São Paulo: 2013. p. 114.

⁴⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2015. p.159.

genética diferenciada, que lhe outorga dignidade, mesmo enquanto pré-implantado”.⁴⁵

O direito de suceder do nascituro depende de já estar concebido no momento da abertura da sucessão. O novo texto do Código Civil, em seu art. 1.597, considerou, também concebidos os embriões excedentários havidos a qualquer tempo, decorrentes de concepção artificial homóloga. Sério problema ocorrerá com a possibilidade de inseminação *post mortem* dos embriões excedentários. Em vida do autor da herança, o embrião só poderá ser inseminado com autorização do próprio. Porém, após seu óbito, a autorização dada em vida perderá seu valor.⁴⁶

Para que sejam aplicadas técnicas de reprodução assistida, é necessária expressa autorização dos envolvidos. Esta autorização é dada em vida, no momento em que as clínicas responsáveis pelo procedimento são procuradas, obedecendo o princípio da autonomia da vontade. Entretanto, como explicou Gomes anteriormente, após a morte do autor da herança, a autorização para inseminação perderá o seu valor, contrariando o princípio da autonomia da vontade.

“A lei e só silêncio. Resolução do Conselho Federal de Medicina exige a expressa manifestação de vontade para o armazenamento e criopreservação de espermatozoides, óvulos e pré-embriões, e a lei de biossegurança limita-se a proibir sua comercialização”.⁴⁷ Em suma, o Código Civil se cala quanto à sucessão dos embriões excedentários, que deveria ser legítima, como a dos demais filhos, respeitando princípios constitucionais. Entretanto, é necessária que haja legislação elaborada de forma a proteger também os direitos dos filhos já existentes para que não sejam prejudicados no recebimento de seus quinhões correspondentes, devido uma possível demora para a concepção do filho *post mortem*.

O Código Civil protege os embriões excedentários quanto à presunção de paternidade, considerando havidos no casamento aqueles filhos que foram gerados por fertilização *in vitro* homóloga, ainda que *post mortem*. Entretanto, como foi dito anteriormente, para efeitos sucessórios, só terão capacidade para receber herança a

⁴⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito das Sucessões*. São Paulo: 2013. p.102.

⁴⁶ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 30.

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p.122.

prole que no mínimo tenha sido concebida. A situação gera controvérsia, pois negar direitos sucessórios aos embriões excedentários seria uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e principalmente da igualdade entre os filhos e planejamento familiar. “Filho póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu “pai” genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou ab intestato.”⁴⁸

O Código Civil quando trata de prole eventual, exige que os genitores estejam vivos, é o caso do avô que deixa herança em testamento para prole eventual de seu filho, que deve ser concebido e nascer dentro do prazo estipulado pela lei, caso contrário a herança deixada à prole eventual será entregue aos herdeiros legítimos. Porém, neste caso o embrião excedentário gerado com material do próprio *de cujus* continua sem devida proteção legal.

Scalquette esclarece a consequência de se adotar efeitos *ex tunc* em relação a uma partilha já realizada para beneficiar o embrião póstumo. Segundo a autora, “determinar que a situação fosse reposta ao seu estado anterior, no que tange à partilha de bens, é insuficiente em termos sucessórios, pois seria admitir o comprometimento das relações jurídicas”⁴⁹. Todavia, a autora pondera, diz que “negar o direito constitucional garantido no art.5.º, quanto à herança, é, sem dúvida, limitar os direitos daqueles que nós próprios agora reconhecemos como filhos por presunção”⁵⁰

Scalquette brilhantemente ensina em sua obra que “para que lhes seja garantida a participação na herança, além da manifestação expressa da vontade daquele que deixou seu material genético criopreservado, a implantação deve ocorrer em até três anos contados a partir da abertura da sucessão”.⁵¹

Maluf em seu livro compara sistemas jurídicos no mundo quanto aos direitos hereditários dos embriões excedentários, segundo ela

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro Direito das Sucessões*. 29 ed. v.6. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 550.

⁴⁹ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 211.

⁵⁰ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 211.

⁵¹ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 338

A Lei da Louisiana trata da sucessão do embrião pré-implantatório em seu §133, traduzindo que o direito hereditário não pode ser reconhecido ao ovo fertilizado *in vitro*, enquanto *in vitro*, mas apenas quando estiver no estágio embrionário de nascituro e que nasça com vida. O direito à herança não provém de doadores genéticos.⁵²

Já o Direito português prevê a proteção ao embrião crioconservado, permitindo que ele seja adotado, caso não seja utilizado no prazo de três anos ou por morte, interdição ou qualquer outra inabilitação de qualquer dos beneficiários.

⁵² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2015. p.181.

2 DIREITO HEREDITÁRIO DECORRENTE DE EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE BRASILEIRO

Neste capítulo investigar-se-á, sob o panorama legal, as disposições a respeito dos direitos fundamentais e sucessórios. A princípio será analisada a Constituição Federal de 1988 que garante a todos o direito hereditário, bem como, prevê o princípio da igualdade entre os filhos, que proíbe qualquer forma de distinção entre os filhos. No mesmo sentido se posiciona o Código Civil de 2002 ao tratar da presunção de paternidade em relação àqueles embriões excedentários, gerados por reprodução assistida, a qualquer tempo. Em contrapartida, no que tange a legitimidade sucessória, o Código Civil de 2002 apenas reconhece aos filhos que ao tempo da abertura da sucessão já tenham sido no mínimo concebidos, deixando desamparados os embriões excedentários.

2.1 Herança decorrente de reprodução assistida por embrião excedentário e a Constituição Federal/88

A autoridade máxima da Constituição, reconhecida pelo constitucionalismo, vem de uma força política capaz de estabelecer e manter vigor normativo do texto.⁵³ Tal poder conferido à constituição é conhecido por poder constituinte originário, que segundo Mendes e Branco “é a força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política”⁵⁴. Portanto, a legitimação conferida à autoridade da Constituição em relação às demais normas é fundamentada pelo poder constituinte.

A estrutura hierárquica da ordem jurídica de um Estado é, a *grosso modo*, a seguinte: pressupondo-se a norma fundamental, a constituição é o nível mais alto dentro do Direito nacional.⁵⁵ Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 117.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 117.

⁵⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 182

Poderes estatais.⁵⁶ Segundo Kelsen, a constituição é a lei suprema do Estado e a ideia de supremacia está diretamente ligada à ideia de hierarquia de normas, mais conhecido como “modelo da pirâmide”, de modo que todas as normas devem se subordinar à constituição.

Como bem explicam Mendes e Branco:

O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre nulidade absoluta.

“Consideradas em conjunto, as normas constitucionais são vistas como a pertencer a um sistema normativo, que lhes imprime uma certa ordem de propósitos e que configura um todo”.⁵⁷ “Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios”.⁵⁸

A Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 1º, III o princípio da dignidade da pessoa humana que é visto como princípio norteador dos demais no ordenamento jurídico brasileiro. Ensinam Mendes e Branco que “é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência respeito à vida, à liberdade, à integridade física íntima de cada ser humano.”⁵⁹

Segundo Dantas,

apontado pela doutrina como a fonte primordial de todo o ordenamento jurídico, e, sobretudo, dos direitos e garantias fundamentais do homem, este princípio fundamental exige que o indivíduo seja tratado com um fim em si mesmo, que seja encarado como a razão de ser do próprio ordenamento, impondo não só ao

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p.21.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 80.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p.21.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 159.

Estado, como também aos particulares, que o respeitem integralmente, evitando qualquer conduta que degrade sua condição humana.⁶⁰

A nova Constituição se aproximou dos cidadãos, procurando proteger a pessoa primordialmente e não o patrimônio, como era anteriormente. “O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e bens, não apenas pelo eventual proveito que se possam trazer a uma ou a algumas pessoas.

A dignidade da pessoa humana existe para assegurar direitos dos cidadãos no estado democrático de direito, o qual assegura também igualdade entre todos os cidadãos, portanto todos serem tratados de forma digna e igualitária, sendo vedado qualquer tipo de diferenciação. Nessa continuidade, explica Barroso, em seu livro, que “O princípio promove uma *despatrimonialização* e uma *repersonificação* do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade”.⁶¹

O artigo 5º da Constituição aborda em seu *caput* a igualdade entre os brasileiros e estrangeiros residentes no país, trazendo em seus incisos as garantias a todos que aqui estão. No inciso XXX do artigo 5º é garantido expressamente o direito sucessório. Portanto, todos aqueles que têm os requisitos para herdar, devem ser contemplados, seja na modalidade legal, em que o herdeiro deve ser filho, ascendente ou cônjuge, como na modalidade testamentária em que o *de cujus* indica quem será o beneficiário.

A nova Constituição trouxe também alterações e novas proteções no que tange ao direito de família, em comparação ao Código Civil de 1916 que diferenciava os filhos de acordo com sua procedência, fato que afetava também o direito sucessório. Todavia, de acordo com o novo dispositivo constitucional, em seu artigo 227, §6º, foram garantidos a todos os filhos os mesmos direitos, independente de sua procedência. “Os direitos decorrem do simples fato de filiação, e não da circunstância de se nascer em determinado momento, antes ou depois da união

⁶⁰ DANTAS, Paulo Roberto Figueiredo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Atlas. 2012, p. 141.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p.25.

matrimonial, ou paralelamente a esta, mas em união com uma pessoa estranha.”⁶² Segundo Rizzardo, a distinção não mais perdura, uma vez que qualquer designação feriria a Constituição, pois todo filho é filho, independente da relação de seus pais.

A Magna Carta de 1988 precisou ser adequada de acordo com as modificações sociais que estava ocorrendo, como ensina Lôbo, “a sociedade que servia de paradigma para a codificação civil brasileira e os fundamentos ideológicos do Estado liberal e do correlativo individualismo jurídicos já estavam superados”⁶³.

A constituição de 88 passou a colocar o indivíduo como principal bem jurídico a ser protegido e a entidade familiar também ganhou garantias e princípios. “O direito de família, especialmente, passa por uma revolução, com destaque para a afetividade em prejuízo de concepções puramente formais ou patrimoniais”.⁶⁴ “A noção de família passa a ser permeada não mais pela ingerência do Estado por meio da instituição do casamento, mas por relações afetivas e de solidariedade, que encontram na dignidade da pessoa humana, e na valorização da cidadania, seu mais perfeito fundamento de validade”.⁶⁵

Um outro princípio do direito de família trazido pela Constituição de 1988 foi o do planejamento familiar que consiste na livre escolha do casal quanto à planificação de sua família, em nada o Estado podendo intervir.

“Dispõe o art.226, §7º, da Constituição Federal que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável”.⁶⁶ “ O direito à vida importa no direito à procriação, não existindo leis no território nacional brasileiro que imponham alguma limitação da natalidade.”⁶⁷ Não existem óbices à plena liberdade de procriar, mesmo que total a incapacidade material, cultural e social dos pais para o sustento, a educação, e a capacidade dos filhos para o futuro”⁶⁸

⁶² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. Ebook

⁶³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.18.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p.23.

⁶⁵ LUCARELLI, Maria Virginia G. Paiva. *Direito Constitucional Temas Atuais*. São Paulo: Método. 2007. p.139.

⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v.6. 6.ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p.9.

⁶⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. Ebook

⁶⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. Ebook

Como bem destaca Rizzardo

O Código Civil nada evoluiu sobre o assunto, delegando ao casal decidir sobre o assunto, delegando ao casal decidir sobre o planejamento familiar, e reservando ao Estado o simples papel de fornecedor de recursos para essa finalidade, que se traduz, na prática, em fornecimento de preservativos às classes populacionais desprovidas de condições mínimas para a criação e educação da prole.⁶⁹

“A constituição de 1988 consagra a proteção à família no art. 226, compreendendo tanto a família fundada no casamento, como a união de fato, a família natural e a família adotiva”.⁷⁰ Assim sendo, segundo Venosa, a nova Magna Carta trouxe proteções e garantias para o âmbito familiar que foram complementadas e estendidas pelas demais leis, como o Código Civil. Portanto, “em nosso país, a Constituição de 1988 representou, sem dúvida, o grande divisor de águas do direito privado, especialmente, mas não exclusivamente nas normas do direito de família.”⁷¹

2.2 Herança decorrente de reprodução assistida por embrião excedentário e o Código Civil/02

Este tópico cuidará do cerne desta pesquisa. Nesta linha, buscar-se-á saber se é possível conceder-se direito hereditário decorrente de inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Desde sua origem a filiação representa o vínculo mais importante da união do casal. Mesmo que haja a ruptura do linhame conjugal, os laços de parentesco permanecem inalterados. Pode-se entender como conceito de filiação a relação jurídica desinente da ligação de parentesco entre indivíduos com ascendência comum ou outra origem.

O Código Civil em seu art. 1.596⁷² o princípio constitucional da igualdade entre os filhos. Portanto, qualquer tipo de diferenciação seria ilegítima, inclusive quanto

⁶⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. Ebook

⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito de Família*. v.6. 14. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p 17.

⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito de Família*. v.6. 14. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p 7.

⁷² BRASIL. *Lei nº 10.406 de janeiro de 2002 Código Civil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 29 mar. 2017. Art.

aos filhos adotados e os gerados por reprodução assistida. Ademais, em se tratando de reprodução assistida, resolve Veloso:

vindo o embrião a ser implantado e havendo termo na gravidez, o nascimento com vida e conseqüente aquisição de personalidade por parte do filho, este filho posterior é herdeiro, porque já estava concebido quando o genitor faleceu, e dado ao princípio de igualdade entre os filhos no art. 227, §6º, da CF.⁷³

O código civil considera a paridade jurídica entre todos os filhos, livremente de sua origem, porém existem constantes mudanças na estrutura familiar de maneira que a legislação deve observar essas transformações e portanto, alterar o ordenamento jurídico com as devidas adequações aos novos acontecimentos sociais.

A dificuldade de gerar descendentes enfrentada por casais, fez com que as técnicas de reprodução assistida avançassem e assim, ocorreu a conseqüente demanda de regulação sobre o assunto, que foi abordado pelo Código Civil de 2002. No artigo 1.597, incisos III e IV⁷⁴, da citada lei, há a proteção dos embriões gerados artificialmente segundo o instituto da presunção de paternidade, assegurando a reprodução assistida como fato gerador de paternidade.

Assim sendo, a inseminação artificial homóloga constitui parentesco natural, com a previsão de paternidade, bem como também reconhece como filho aquele oriundo de reprodução assistida homóloga, ainda que falecido o marido.

O Superior Tribunal de Justiça, na Jornada de Direito Civil em Junho de 2002, trouxe o enunciado 106, referente ao inciso III do artigo 1.597 do CC:

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.

⁷³ VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. p.1972.

⁷⁴ ⁷⁴ BRASIL. *Lei nº 10.406 de janeiro de 2002 Código Civil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 março 2017.

Art. 1.596. 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;

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.⁷⁵

A inseminação artificial homóloga pode ensejar embriões que não foram fecundados, os quais são denominados excedentários. Ressalta-se que estes embriões são aqueles gerados *in vitro*, porém ainda não foram introduzidos no corpo da mãe, permanecendo crioconservados.

Na mesma Jornada de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça em Junho de 2002, também foi tratado o inciso IV do artigo 1.597 do Código Civil, no enunciado 107, resolvendo:

Finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.⁷⁶

Ademais, ainda que o casamento tenha findado pela morte do marido, conforme dispõe o artigo 1.571 do código civil, a mulher ainda pode buscar o local onde se encontram congelados os materiais correspondentes ao casal para gerar o filho, sendo ele protegido pela presunção de paternidade, segundo o art. 1.597, inciso IV do Código Civil. “É válido ressaltar que o referido artigo não atribuiu capacidade sucessória a esses filhos concebidos após a abertura da sucessão”⁷⁷. Segundo o artigo 1.798 do Código Civil, “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”⁷⁸.

⁷⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *III Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em 12 nov. 2016

⁷⁶ Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em 12 nov. 2016

⁷⁷ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva. 2013. p.113.

⁷⁸ BRASIL. *Lei nº 10.406 de janeiro de 2002 Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 12 nov. 2016.

A legislação civil não se atentou quanto às consequências advindas da prole gerada artificialmente, deixando pairar a dúvida acerca da possibilidade do direito hereditário para os filhos produzidos *in vitro post mortem*. A controvérsia é ressaltada quando feita a análise do art. 1.597 e o 1.798, ambos do Código Civil, pois o primeiro dispositivo reconhece a presunção de paternidade perante a prole gerada por reprodução assistida - ainda que *post mortem* - enquanto o segundo só garante o direito hereditário para os que já haviam sido concebidos no momento da abertura da sucessão.

Desta feita, há controvérsias entre os referidos artigos, os quais dispõe de forma distinta posições referente aos dispositivos de lei, ocasionando com isso incertezas em relação aos filhos concebidos por reprodução assistida após o falecimento do marido.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama relata a problemática, ao dizer que

o legislador, ao formular a regra contida no art. 1.798 do Código Civil, não atentou para os avanços científicos na área da reprodução humana, ao referir somente às pessoas já concebidas. Mais um cochilo que traz muitas incertezas.⁷⁹

Ao permitir o direito hereditário apenas aos filhos já concebidos no momento da sucessão, o Código Civil acaba por afrontar o princípio constitucional da igualdade entre os filhos. “Vê-se que é de grande seriedade a omissão do legislador, uma vez que a Constituição Federal prevê em seu art. 227, §6º, a igualdade dos filhos, e a grande tendência doutrinária é não garantir a sucessão.”⁸⁰ Maluf e Maluf explicam que tal posicionamento da doutrina gera desigualdade patrimonial entre os filhos. Portanto, segundo Caio Mário, “questão controversa há de ser solucionada pela doutrina e jurisprudência no que concerne aos direitos sucessórios dos filhos oriundos de reprodução assistida e nascidos após a morte do marido”⁸¹

⁷⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil Sucessões*. 2.ed. São Paulo: Atlas. p.169

⁸⁰ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva. 2013. p.113.

⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v.4. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 409. Ebook

A doutrina majoritária se posiciona no sentido de não admitir os direitos hereditários dos filhos gerados por inseminação artificial homóloga. Como Zeno Veloso bem esclarece, “o herdeiro até por imperativo lógico, precisa existir quando morre o hereditando, tem de sobreviver ao falecido, trata-se de um princípio adotado pela generalidade da legislação.”⁸²

No mesmo sentido de Zeno Veloso entende Caio Mário, porém, este segundo sinaliza a necessidade de reforma na legislação em relação ao assunto, pois segundo ele, “não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*; reforma legislativa deverá prever tal hipótese, até mesmo para atender ao princípio constitucional da não discriminação de filhos”.⁸³

O impasse levanta diversas questões polêmicas ao se buscar uma solução para o problema, como bem aponta Ana Claudia Scalquette esclarece que “determinar que a situação fosse reposta ao seu estado anterior, no que tange à partilha de bens, é insuficiente em termos sucessórios, pois seria admitir o comprometimento das relações jurídicas”.⁸⁴ Assim sendo, se a sucessão fosse aberta no momento da morte e assim, conseqüente partilha dos bens entre os herdeiros já nascidos, e posteriormente um novo herdeiro viesse a ser concebido *post mortem*, tendo os bens que serem retornados ao estado anterior à partilha, efeito *ex tunc*, para que uma nova partilha fosse feita de modo a contemplar o novo herdeiro, geraria insegurança jurídica.

Todavia, também não se pode prejudicar a prole gerada por inseminação artificial homóloga *post mortem*, vetando o seu direito hereditário e conseqüente distinção em relação aos filhos concebidos antes da abertura da sucessão. Scalquette analisa também a situação pelo ângulo protecionista ao direito sucessório do embrião excedentário, segundo ela “negar o direito constitucional garantido no art. 5º, quanto à herança, é, sem dúvidas, limitar os direitos daqueles que nós próprios agora reconhecemos como filhos por presunção”.⁸⁵

⁸² VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1792.

⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v.4. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 409. Ebook

⁸⁴ SCALQUETTE, Ana Claudia. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 211.

⁸⁵ SCALQUETTE, Ana Claudia. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 211.

Brilhantemente, Scalquette formula uma possível solução. Segundo ela, uma lei específica poderia determinar um prazo para que houvesse a implantação do embrião e conseqüente resguardo dos direitos sucessórios. Havendo a morte de um dos genitores e desde que ele deixe expressamente autorizado o uso de seu material genético crioconservado e o prazo determinado em lei tenha decorrido, sem que a implantação tenha sido feita, esse embrião perderia seu direito hereditário. Quanto aos bens e os demais herdeiros, a autora sugere que seja aberta uma sucessão provisória, situação em que os herdeiros apenas entrariam na posse dos bens do falecido – sendo que os bens imóveis só poderiam ser alienados com autorização judicial -, enquanto corre o prazo (que seria determinado em lei específica) para a implantação do embrião.

A hipótese colocada por Scalquette busca equilibrar o interesse dos futuros herdeiros já nascidos ou concebidos e dos que podem vir a nascer. No caso daquele que sequer foi concebido, lhe seria assegurado o direito hereditário e patrimonial, obedecendo os princípios constitucionais de dignidade, igualdade e direito de herança. Ao mesmo tempo, a hipotética solução protegeria os filhos que já nasceram, pois eles não ficariam eternamente na expectativa de direito sobre o quinhão que lhe será correspondente.

Abrindo-se a sucessão provisória, com o nascimento de possíveis filhos, todos os interesses estariam resguardados: o interesse da coletividade que não correria o risco de conviver com uma situação de insegurança jurídica e o interesse de todos os herdeiros envolvidos na situação⁸⁶

A autora tomou como base o instituto da ausência, caso em que o legislador conseguiu conciliar “o interesse dos futuros herdeiros do ausente, que receberão seus bens caso sua morte seja confirmada ou presumida”⁸⁷ e o interesse do ausente, para que os bens sejam conservados e que possam ser desfrutados no caso de um retorno. Dessa forma, seria solucionada a controvérsia quanto a existência ou não de direitos hereditários dos filhos gerados por inseminação

⁸⁶ SCALQUETTE, Ana Claudia. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 213.

⁸⁷ SCALQUETTE, Ana Claudia. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 212.

artificial homóloga *post mortem*, além de assegurar o interesse deles e dos demais herdeiros já concebidos no momento da abertura da sucessão.

A solução apresentada pela autora é coerente e sensata, pois deste modo conservaria os interesses dos filhos já nascidos e concebidos, bem como daqueles que por ventura viesse a nascer após a abertura sucessória, levando a termo as controvérsias relativas ao tema.

2.3 Herança decorrente de reprodução assistida por embrião excedentário e a legislação extravagante

O Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído em 13 de julho de 1990, pela lei 8.069, tem como objetivo primordial estabelecer uma série de medidas para garantir a maior proteção possível aos interesses do menor, dentre elas o direito à vida, à dignidade, ao respeito, à liberdade, as quais estão diretamente associadas à Constituição Federal de 1988.

Dispõe ainda que o Estado é responsável as questões afetas a estas garantias, bem como se comprometerá a realizar por meio de políticas sociais públicas as quais visem a admissibilidade do nascimento e o crescimento sadio e regular, em condições dignas de vida da criança e do adolescente. Portanto, não é admitindo o emprego de qualquer meio de discriminação, exploração, negligência, violência, coação e perversidade que possam afrontar essa proteção, devendo o infrator ser responsabilizado e devidamente punido quando da pratica dessas ações ou omissões que por ventura venha a sofrer o menor, em razão da inobservância dos direitos fundamentais assegurados por lei.

O artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁸⁸ garante ao menor todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa, o que não poderia ser diferente, por tratar-se de garantia constitucional.

⁸⁸ BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017.

Ademais, no parágrafo único do artigo 3º do Estatuto⁸⁹, ainda é assegurada a permissão do seu desenvolvimento em condições de igualdade, não sendo portanto direitos sem efeitos, alienáveis, transmissíveis, prescritíveis ou renunciáveis.

Desta feita, por ser direito fundamental inerente a pessoa humana, a criança possui ainda o direito subjetivo de desenvolvimento relativo à moral, ao social, espiritual, físico e mental, tendo o Estado como agente garantidor, razão pela qual limitar o direito sucessório do rebento gerado por reprodução artificial *in vitro post mortem* seria uma forma de discriminação e afronta a nossa carta magna.

Ao pensarmos em proteção integral aos direitos da criança e do adolescente, não há como ignorá-los em relação aos nascidos da reprodução artificial *in vitro post mortem* do pai, em decorrência da consonância do artigo 5º do Estatuto da Criança e Adolescente e o artigo 227 Caput da Constituição Federal de 1988⁹⁰.

Da mesma forma, que o artigo 5º do Estatuto⁹¹ defende a punição de qualquer atentado aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, torna-se evidente que privar o rebento de seu direito hereditário afrontaria o artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal⁹², que garante o direito de herança a todas as pessoas.

⁸⁹ BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Art. 3º, Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017

⁹⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 30 mar. 2017. 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.

⁹¹ BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017.

⁹² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017. 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;

O autor Ishida⁹³ frisa a importância da legislação extravagante do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois foi ele que primordialmente considerou a tortura de qualquer espécie como crime de conduta hedionda, buscando efetivamente zelar pela integridade total do menor. O Estatuto dispôs, inclusive, o cabimento impreterível ao servidor da administração estatal quando em serviço denunciar as autoridades competentes qualquer ato que por ventura presenciasse ou viesse a tomar conhecimento, corroborando desta maneira com a manutenção da integridade física, moral e psíquica relativa à criança. Desse modo, é imperioso ressaltar que o artigo 18 do Estatuto⁹⁴ objetiva despertar nas pessoas o sentimento de solidariedade, buscando com isso combater ações de crueldade, humilhação e constrangimento contra os referido menores.

Neste sentido o mesmo diploma legal, vem estabelecendo em seu artigo 20⁹⁵ a proibição discriminatória em razão da origem da filiação, motivo pelo qual toda a prole possui os mesmos direitos. Desta maneira, o referido artigo coaduna com o artigo 227 § 6º da Constituição Federal de 1988⁹⁶, que também garante a todos os filhos igualdades de direitos. Por isso, em se tratando das questões afetas a sucessão, não há que se retirar deste contexto os filhos gerados por inseminação artificial homóloga *post mortem* do marido.

A partir da incidência do princípio constitucional da isonomia entre os filhos e as garantias previstas no Estatuto, se evidencia a impossibilidade de privar os direitos hereditários dos filhos concebidos por reprodução *in vitro*. O posicionamento

⁹³ ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente – doutrina e jurisprudência*. 16 ed. Atlas: São Paulo. 2015.

⁹⁴ BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017.

⁹⁵ BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017.

⁹⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017. Art. 227, §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.

foi adotado na III Jornada de Direito Civil, Enunciado 267/CJF/STJ⁹⁷, e estendeu aos embriões provenientes de reprodução assistida a regra do art. 1.798 do CC quanto à vocação hereditária, devendo os efeitos patrimoniais se submeterem às regras previstas para a petição de herança. Entretanto, o entendimento não é pacífico na doutrina e na jurisprudência, alguns autores entendem que o embrião crioconservado é diferente do nascituro, visto que o segundo já se encontra concebido, por isso eles não devem ser equiparados.

O STF, no julgamento da ADI 3.510 em 2008, entendeu “que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana”⁹⁸. O voto do relator, ministro Carlos Ayres Britto, foi pela total improcedência da ação com fundamento em

dispositivos da Constituição Federal que garantem o direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e a pesquisa científica. Destacou, também, o espírito de sociedade fraternal preconizado pela Constituição Federal, ao defender a utilização de células tronco embrionárias na pesquisa para curar doenças.⁹⁹

Portanto, o STF não entendeu ser inconstitucional o artigo 5º da lei de biossegurança, evidenciando o posicionamento de diferenciação entre o nascituro e o embrião.

A Lei 11.105 de 2005, conhecida como Lei de Biossegurança, foi instituída para regular os organismos geneticamente modificados (OGM) e estabelece normas como o cultivo, produção, manipulação, transferência, armazenamento e descarte desses organismos. Ademais a lei busca proteger a vida e a saúde humana, animal e vegetal.

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *III Jornada de Direito Civil*. Enunciado 267 – Art. 1.798: A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana ao nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

⁹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Notícias STF*. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=89917>>. Acesso em 09 mar. 2017.

⁹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Notícias STF*. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=89917>>. Acesso em 09 mar. 2017.

No que tange a embriões humanos produzidos por fertilização in vitro, a lei permite para fins de pesquisa e terapia, em seu artigo 5º, a utilização de células-tronco dos embriões não utilizados no processo. Todavia, o artigo condiciona tal utilização. A lei determina que para que sejam utilizadas as células os embriões devem ser inviáveis ou já congelados há três anos ou mais (contados da data da publicação da lei) e aqueles que depois da lei completarem 3 anos congelados.

O referido artigo destaca em seu parágrafo primeiro a necessidade do consentimento dos genitores para que possa se utilizar tal material. Ademais, no parágrafo terceiro do artigo 5º a lei proíbe a comercialização do material biológico e considera a conduta como crime, tipificado no artigo 15 da lei 9.434 de 1997 ¹⁰⁰.

O Conselho Federal de Medicina também se posicionou em relação ao tema. Com intuito de uniformizar o tratamento de técnicas de reprodução assistida, elaborou a resolução 1.957 de 2010. Tal resolução também tratou dos embriões decorrentes de reprodução assistida *post mortem*. Segundo o item VIII da resolução, “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.”¹⁰¹

¹⁰⁰ BRASIL. *Lei nº 9.434/97, de 4 de fevereiro de 1997*. Dispõe sobre remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 29 mar. 2017. Art. 15.

Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano

¹⁰¹ BRASIL. *Resolução CFM nº 1.957/2010*. Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em 09 mar. 2017.

3 TUTELA JUDICIAL DO DIREITO HEREDITÁRIO DECORRENTE DE EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO

Neste capítulo verificar-se-ão casos e suas respectivas decisões no poder judiciário brasileiro e estrangeiro. As demandas judiciais questionavam a possibilidade da inseminação artificial *post mortem*. A jurisprudência foi favorável em dois dos três casos apresentados, ambos se pautando na necessidade ou não de expressa manifestação de vontade do doador em se fazer a inseminação após sua morte.

3.1 Jurisprudências Favoráveis à hipótese

O primeiro caso a tratar da inseminação artificial *post mortem* ficou conhecido como “*affair parpalaix*” e aconteceu na França, no ano de 1984. Os jovens Corine Richard e Alain Parpalaix se apaixonaram e posteriormente descobriram que o rapaz tinha câncer nos testículos. Sendo assim, como o casal queria muito ter filhos e o tratamento quimioterápico podia causar a esterilidade de Alain, o casal decidiu congelar o material genético dele, para que ainda pudessem ter sua prole. Pouco tempo após o casamento o rapaz faleceu em decorrência da doença e Corine resolveu se submeter à inseminação artificial com a utilização do material criopreservado de seu falecido marido, o que foi negado pelo banco de sêmen. Então, a moça buscou a proteção de seus direitos, iniciando uma “*batalha judicial*”¹⁰².

A discussão tratava do contrato no qual o banco de sêmen se obrigava a restituir o material genético. O banco de sêmen alegava ser obrigado a restituir o material à pessoa que o tinha doado, “uma vez que o material genético de pessoa morta não era comerciável e que na França não havia legislação que autorizasse a inseminação artificial *post mortem*”¹⁰³.

¹⁰² COCO, Bruna Amarijo. *Reprodução assistida post mortem e seus aspectos sucessórios*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21747/reproducao-assistida-post-mortem-e-seus-aspectos-sucessorios/3>>. Acesso em 15 mar. 2017.

¹⁰³ COCO, Bruna Amarijo. *Reprodução assistida post mortem e seus aspectos sucessórios*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21747/reproducao-assistida-post-mortem-e-seus-aspectos-sucessorios/3>>. Acesso em 15 mar. 2017.

Ao fim do conflito judicial, o banco de sêmen foi condenado pelo tribunal francês de Cretéil, de forma que deveria enviar o material genético ao médico de preferência da viúva. Todavia, a inseminação não foi realizada, pois com a demora decorrente do litígio, os espermatozoides não eram mais aptos à fecundação.

É possível relacionar a decisão judicial francesa com o princípio da operabilidade, existente no ordenamento jurídico brasileiro, o qual autoriza que o juiz tenha maior amplitude interpretativa da norma, de forma a buscar a solução mais equilibrada ao conflito. Apesar de não existir lei específica ao tempo da lide que resguardasse o direito do uso do sêmen *postem mortem*, a sentença autorizou seu uso, demonstrando a interpretação do magistrado acerca das normas já existentes de forma que chegou à solução mais equilibrada, ao ponto de vista do juiz.

O primeiro caso a tratar do assunto no Brasil ocorreu em 2010, na autoria da professora Katia Knerneier, nos autos de número 27862/2010, na 13ª Vara Cível da comarca de Curitiba/PR. Katia, professora, casou-se em dezembro de 2004 e em um determinado momento o casal decidiu que seria a hora de ter um filho, porém, após diversas tentativas frustradas de ter filhos naturalmente, decidiram procurar uma clínica de reprodução. Descobriram então que o marido possuía um melanoma em grau avançado e que o tratamento o deixaria estéril, por isso o casal optou por congelar o material genético do homem, assim poderiam aguardar o final do tratamento para realizarem a inseminação. Contudo, decorrido um tempo do tratamento contra o câncer, o homem veio a óbito e a esposa permanecia com a vontade de ser mãe, ter o filho que ela e seu falecido marido haviam planejado, o que lhe foi negado pela clínica ré.

A clínica negou o procedimento sob o argumento de não existir o consentimento expresso do falecido de que seu material poderia ser utilizado após sua morte, portanto o suprimento da vontade dele deveria ser judicial. A ré ainda deixa claro não existir conflito de interesses, mas apenas gostaria de conhecer a possibilidade de atender o pedido da autora, à luz da legalidade.

As clínicas de reprodução assistida e bancos de sêmen possuem responsabilidade no caso do serviço prestado não oferecer segurança suficiente, por

isso no caso de Kátia o banco de sêmen buscou autorização judicial para efetuar procedimento com material genético do falecido. Scalquette esclarece que

diante da natureza contratual da relação médico-paciente e em sendo a assistência médico-reprodutiva uma obrigação de meio, termos de analisar se o médico será responsabilizado por eventual descumprimentos deveres, objetiva ou subjetivamente.¹⁰⁴

Portanto, a clínica apenas tinha como intuito a segurança da sentença judicial, para assim ter a certeza de que não estavam cometendo ato ilícito.

O juiz entendeu pela procedência do pedido e assim a consequente autorização ao procedimento, caso em que estaria resguardando o planejamento do casal. Desta forma, deixaria de ser necessária a expressa manifestação de vontade do falecido marido, pois a vontade podia ser evidenciada de outras formas. Segundo Rizzardo, “o acesso aos modernos métodos de concepção assistida é igualmente garantido em sede constitucional, pois planejamento familiar também significa buscar a realização do projeto de parentalidade”¹⁰⁵

A decisão judicial foi pautada no princípio constitucional do livre planejamento familiar que consiste na autonomia do casal para planejar sua família, inclusive no que tange ao uso ou não de técnicas de reprodução assistida, como bem explica Dias, o “acesso aos modernos métodos de concepção assistida é igualmente garantido em sede constitucional, pois planejamento familiar também significa buscar a realização do projeto de parentalidade.”¹⁰⁶ Isto posto, o juiz entendeu que o comportamento do casal de procurar a clínica de inseminação artificial, por possuírem dificuldades na procriação, por si só já seria suficiente para a caracterização do planejamento familiar, consagrado no art.226, §7º da CF/88¹⁰⁷, bem como seria suficiente para demonstrar a vontade do casal em ter filhos. A

¹⁰⁴ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 337.

¹⁰⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 15 e 16.

¹⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 326.

¹⁰⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art.227, §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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 de mar. de 2017.

decisão judicial foi no mesmo sentido do estudo de Leite, segundo o autor, “a procriação artificial surge como um meio legítimo de satisfazer o desejo de ter filhos em benefício de um casal estéril”.¹⁰⁸

3.2 Jurisprudência Desfavorável à hipótese

Caso semelhante ao anterior que chegou ao conhecimento do poder judiciário brasileiro, e se deu na circunscrição judiciária de Brasília/DF, na 7ª Vara de Família, em que no polo ativo figurava o espólio do falecido e no passivo a clínica de reprodução assistida. A autora mantinha união estável com o *de cuius*, que reverteu vasectomia realizada anteriormente, no intuito de terem filhos. Todavia, o homem descobriu que sofria de neoplasia maligna e teria que ser submetido a tratamento quimioterápico. Sabendo da agressividade da quimioterapia, decidiram colher e conservar o sêmen em clínica especializada.

Após a morte do companheiro, a empresa responsável pela conservação do material comunicou a seus clientes que estariam desativando suas atividades, motivo pelo qual deveriam procurar outra empresa para transferir seus materiais crioconservados. A autora tentou fazer a remoção, porém se deparou com a barreira de não existir autorização do *de cuius* para a utilização de seu material *post mortem*, razão pela qual negavam que a autora pudesse fazer a remoção.

A autora pedia a remoção do material para outra empresa, a autorização para o uso deste *post mortem*, bem como a declaração dos autores sobre o material genético e seu uso para reprodução assistida. Já a empresa ré alegava que no contrato celebrado com o *de cuius* condicionava a utilização do sêmen à prévia autorização. Assim, na ausência da declaração de vontade os autores não poderiam exercer direito sobre o material, ressalta-se que este é o entendimento do Conselho Federal de Medicina, em sua resolução 1.957, VIII, de 2010¹⁰⁹, de que deve haver

¹⁰⁸ Leite, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.26.

¹⁰⁹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução 1.957/2010*. 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 crioconservado, de acordo com a legislação vigente. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017.

manifestação de vontade expressa do doador nesse sentido. O argumento da clínica é explicado por Gomes

O novo Código Civil, em seu art. 1.597, considerou, também concebidos os embriões excedentários havidos a qualquer tempo, decorrentes da concepção artificial homóloga. Sério problema ocorrerá com a possibilidade da inseminação *post mortem* dos embriões excedentários. Em vida do autor da herança, o embrião só poderá ser inseminado com autorização do próprio. Porém, após seu óbito, a autorização dada em vida perderá seu valor.¹¹⁰

Portanto a autorização que o doador efetuou para a clínica se tratava do uso do material enquanto vivia. Ao morrer essa autorização perderia sua validade, por isso no caso de querer que o material fosse utilizado *post mortem*, deveria ter deixado assentimento expresso nesse sentido.

A parte ré ainda sustentou que o casal teve tempo suficiente para fazer a inseminação desde a data da coleta do material até o óbito, mas não o fizeram.

Neste caso, para a inseminação artificial *post mortem*, o juiz entendeu serem necessários os requisitos da manutenção do estado de viuvez e a autorização do dono do material genético. Os requisitos decorrem do art. 1597, III do CC/02¹¹¹, que presume concebido na constância do casamento o filho havido por fecundação artificial, ainda que o marido já tenha falecido.

Resultam também do Enunciado 106 das Jornadas de Direito Civil¹¹², que interpreta o artigo supracitado de forma que para que a paternidade seja presumida na inseminação *post mortem*, o marido deve autorizar, por escrito, a utilização de seu material após sua morte.

¹¹⁰ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 30.

¹¹¹ BRASIL. *Lei nº 10.406 de janeiro de 2002 Código Civil*. Art. 1.597,III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 12 nov. 2016.

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *III Jornada de Direito Civil*. Enunciado 106. Art. 1.597, inc III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

O magistrado ainda reconheceu que embora o art. 1.597 do CC/02¹¹³ trate especificamente do casamento, na realidade atual temos a figura da união estável, portanto ela é reconhecida como família. Ademais, afirma que no caso da procedência do pedido, o critério de reconhecimento de paternidade seria biológico, portanto resguardaria a igualdade constitucional entre os filhos, prevista no art.227, §6º da CF/88¹¹⁴. A única ressalva em relação ao filho gerado por inseminação artificial *post mortem* seria em relação à sucessão, que a ele seria vedada, respeitando o dispositivo do art.1.798 do CC/02¹¹⁵ que apenas considera legítimos para suceder os já nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão.

Entretanto, o juiz entendeu não ser necessária a autorização escrita para que se caracterize a vontade expressa do doador, uma vez que não lhe foi dada a orientação correta quanto a utilização *post mortem* e era possível notar a real vontade do homem de ter um filho, pelos atos e forma que conduziam a vida juntos. Quanto à manutenção do estado de viuvez, não haveria de ser questionado, uma que a autora não se casou ou constituiu nova união estável. Portanto o juiz autorizou a remoção do material genético para uma nova empresa, bem como a utilização no material crioconservado.

No que tange a orientação em relação aos requisitos necessários para o uso do sêmen em cada momento, deve ser esclarecido pela clínica. Assim defende Scalquette, a responsabilização por falta de segurança necessária nos procedimentos será objetiva, bem como a “responsabilização que também ocorrerá se houver informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e os riscos dos

¹¹³ BRASIL. *Lei nº 10.406 de janeiro de 2002 Código Civil*. Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 12 nov. 2016.

¹¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. art.227, §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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 29 mar. 2017

¹¹⁵ BRASIL. *Lei nº 10.406 de janeiro de 2002 Código Civil*. Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 12 nov. 2016.

serviços prestados. É o que determina o art.14 do Código de Defesa do Consumidor”.¹¹⁶

A parte ré recorreu, segundo o Acórdão de n.820873, 20080111493002APC, Relatora Nídia Corrêa Lima, Relator Designado Getúlio de Moraes Oliveira e Revisor Getúlio Moraes de Oliveira, 3ª Turma Cível do TJDF, ainda com o argumento da ausência de previsão legal específica sobre o assunto e por não existir manifestação de vontade expressa do doador para a utilização de seu material *post mortem*, frisando a impossibilidade de sua presunção.

Inicialmente, foi afastada a preliminar de litisconsórcios necessários entre a ex companheira e os demais herdeiros do *de cuius* no que tange à inseminação artificial, pois o entendimento foi de que o direito sucessório dos demais herdeiros não seria afetado. No mesmo sentido entende Diniz, pois alega que “filho póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu “pai” genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou ab intestato”.¹¹⁷

Quanto à utilização do material, o tribunal entendeu que por não existir previsão legal expressa em relação ao tema, não se poderia presumir o consentimento do falecido, se pautando no princípio da autonomia da vontade, tratada no art. 421. do CC/02¹¹⁸, e condiciona a utilização *post mortem* do sêmen à manifestação de vontade expressa. Em razão de tais argumentos, o tribunal entendeu pelo conhecimento e provimento do recurso interposto pela parte ré.

Buscando chegar à uniformidade nas decisões judiciais e consequente segurança jurídica, o senador Blairo Maggi apresentou ao senado o projeto de lei nº 749, de 2011 que consiste em adicionar ao Art. 1.597. do CC/02¹¹⁹ um parágrafo único que clarificaria o modo de se interpretar a matéria sobre os filhos decorrentes

¹¹⁶ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 337.

¹¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro Direito das Sucessões*. 29 ed. v.6. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 550.

¹¹⁸ BRASIL. *Lei nº 10.406 de janeiro de 2002 Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017. Art.421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹¹⁹ BRASIL. *Lei nº 10.406 de janeiro de 2002 Código Civil*. Art.1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 30 mar. 2016.

de inseminação artificial *post mortem*. Segundo o projeto, o parágrafo teria a seguinte redação

Parágrafo único. Para efeitos do disposto nos incisos III e IV do *caput*, a utilização *post mortem* do sêmen do marido ou companheiro ou de embriões excedentários somente poderá ser feita pela esposa ou companheira, no prazo de até doze meses após o óbito, e mediante existência de autorização expressa do falecido.¹²⁰

A justificativa para a necessidade da lei é a omissão no ordenamento jurídico, pois apesar de se tratar de situação rara, quando ocorre é alvo de conflitos éticos e jurídicos, gerando insegurança. “Essa insegurança jurídica é especialmente prejudicial à criança nascida por esse meio, que fica em situação vulnerável quanto aos direitos decorrentes da filiação.”¹²¹

O projeto, atualmente, se encontra na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal, aguardando a designação do relator.

¹²⁰ SENADO FEDERAL . *Publicação e Documento*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=21/12/2011&paginaDireta=55071>>. Acesso em 18 mar. 2017.

¹²¹ SENADO FEDERAL . *Publicação e Documento*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=21/12/2011&paginaDireta=55071>>. Acesso em 18 mar. 2017.

CONCLUSÃO

A discussão acerca do tema apresentado é polêmica, razão pela qual carece de processo judicial para que demandas acerca do direito sucessório decorrente de reprodução assistida por embriões excedentários sejam decididas de forma justa e uniforme.

A relevância social fica destacada pois como o assunto foi recentemente incluído na esfera de recorrência para as pessoas que não podem ter filhos, ou de alguma forma preferem utilizar esse método, tem aumentado. Portanto, é importante que sejam regulados também os direitos decorrentes de filiação, como o sucessório.

A Constituição Federal, Direito de Família e o Direito Sucessório, no Código Civil, trataram da matéria de direitos fundamentais e filiação de forma que gerou a dúvida acerca de como o juiz, no caso concreto, deveria proceder. O Código Civil de 2002 previu que a presunção de paternidade também pode ocorrer se a filiação decorrer de inseminação artificial *post mortem*. Todavia, o Código Civil de 2002 não previu a possibilidade do embrião excedentário que teve sua paternidade presumida de receber direitos hereditários.

Quanto ao silêncio do Código Civil em relação à sucessão dos embriões excedentários, deveria ser legítima, como a dos demais filhos, respeitando princípios constitucionais. A criação de lei específica foi entendida necessária para garantir os direitos do embrião, bem como do herdeiro que já existe. Sugeriu o projeto de lei nº 749 de 2011, em tramitação no Senado Federal, um prazo de doze meses, após o óbito, para a utilização do sêmen *post mortem*.

Os casos concretos que chegaram ao judiciário trataram da possibilidade da utilização ou não do material crioconservado foi entendido de duas formas distintas. A jurisprudência favorável entendeu não ser necessária a manifestação de vontade expressa do doador para que seu sêmen fosse utilizado após sua morte, pois seu comportamento ao procurar uma clínica de inseminação já seria expressão de sua vontade de ter filhos. Em contrapartida, a jurisprudência desfavorável não aceitou a presunção de manifestação de vontade pelo mero comportamento do *de cuius*.

Ao final, conclui-se pela validade da hipótese eleita ao problema proposto no início dessa pesquisa, conforme argumentação doutrinária, legal e jurisprudencial desenvolvida nos capítulos da presente monografia.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30. mar. 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BRASIL. *Lei nº 9.434/97, de 4 de fevereiro de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 29 mar. 2017.

BRASIL. *Lei nº 10.406 de janeiro de 2002 Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 29 mar. 2017

BRASIL. *Resolução CFM nº 1.957/2010*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em 09 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *III Jornada de Direito Civil*. Enunciado 267

COCO, Bruna Amarijo. *Reprodução assistida post mortem e seus aspectos sucessórios*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21747/reproducao-assistida-post-mortem-e-seus-aspectos-sucessorios/3>>. Acesso em 15 mar. 2017.

DANTAS, Paulo Roberto Figueiredo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Atlas. 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2 ed. São Paulo: Revista dos tribunais. 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro Direito das Sucessões*. 29 ed. v.6. São Paulo: Saraiva, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. *Apreciação Crítica do Código Civil de 2002 na Perspectiva Constitucional do Direito Civil Contemporâneo*. *Revista Jurídica*, São Paulo, ano. 51, n. 304, p. 17, fev. 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil Direito das Sucessões*. 3 ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil Sucessões*. 2.ed. São Paulo: Atlas.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v.6. 6.ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente – doutrina e jurisprudência*. 16 ed. Atlas: São Paulo.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

LÔBO, Paulo. *Direito Civil Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUCARELLI, Maria Virginia G. Paiva. *Direito Constitucional Temas Atuais*. São Paulo: Método. 2007.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2015.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito das Sucessões*. São Paulo: 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

MORAIS, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v.4. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. Ebook

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. Ebook

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SENADO FEDERAL . *Publicação e Documento*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=21/12/2011&paginaDireta=55071>>. Acesso em 18 mar. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *III Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em 12 nov. 2016

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Notícias STF*. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=89917>>. Acesso em 09 mar. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2011.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. *Direito Civil v.5: Direito de Família*. São Paulo: Método, 2006.

VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito de Família*. v.6. 14. ed. São Paulo: Atlas. 2014

ANEXO – PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 749, DE 2011

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 749, DE 2011

Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil –, para dispor sobre a utilização *post mortem* do sêmen do marido ou companheiro.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 1.597 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.597.

Parágrafo único. Para efeitos do disposto nos incisos III e IV do *caput*, a utilização *post mortem* do sêmen do marido ou companheiro ou de embriões excedentários somente poderá ser feita pela esposa ou companheira, no prazo de até doze meses após o óbito, e mediante existência de autorização expressa do falecido.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O ordenamento jurídico é omissivo em relação à fecundação artificial homóloga mediante a utilização de sêmen do marido ou companheiro falecido. Essa situação, ainda que rara, quando ocorre, suscita grande discussão e polêmica, que refletem a existência de conflitos éticos e jurídicos quanto à legitimidade do procedimento. Essa insegurança jurídica é especialmente prejudicial à criança nascida por esse meio, que fica em situação vulnerável quanto aos seus direitos decorrentes da filiação.

O atual Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – determina que sejam presumidos como concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, e os havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga.

No entanto, o Código não é explícito quanto à possibilidade de a fecundação artificial homóloga ser realizada após o falecimento do marido ou companheiro. Como o procedimento não se encontra devidamente regulado, permanece em situação de insegurança jurídica a criança dele oriunda.

Quem está apto a utilizar o sêmen armazenado após a morte do marido ou companheiro? Até quando é possível utilizá-lo? É necessária a anuência expressa do doador do sêmen? Essas são questões que precisam estar reguladas, para que a criança que venha à luz possa ter o seu direito à filiação devidamente reconhecido, enquadrando-se, sem margem de dúvidas, nos casos previstos pelo Código Civil.