

**FILHOS HAVIDOS POR FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* E A
POSSÍVEL CONSIDERAÇÃO DO MATERIAL REPRODUTOR COMO HERANÇA:
OS EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO HIPOTÉTICA DA SUCESSÃO
GENÉTICA SOB AS PERSPECTIVAS FAMILIAR E SUCESSÓRIA DO ATUAL
DIREITO CIVIL BRASILEIRO¹**

Josafá Maia de Oliveira e Thalyta Maria Lopes²
Anna Valéria de Miranda Araújo Cabral Marques³

Sumário: Introdução. 1 A possibilidade da herança de material reprodutor por meio do testamento biológico em Israel: precedentes para um experimento inédito no mundo; 2 Um estudo comparado: adoção da sucessão genética no Brasil sob o viés sucessório, com fins de inseminação artificial *post mortem* e o testamento vital; 3 Consequências e direitos do filho *post mortem* advindo de sucessão genética conforme as perspectivas familiar e sucessória do direito civil brasileiro atual. Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente trabalho busca traçar, hipoteticamente, a viabilidade de aplicação da figura do testamento biológico - observado em Israel -, visando a sucessão de material reprodutor para inseminação *post mortem* no ordenamento jurídico brasileiro, em análise conjunta com o tratamento da possibilidade da figura do testamento vital; elencando, para tanto, as possíveis consequências e direitos do filho *post mortem* conforme as perspectivas familiar e sucessória do Direito Civil brasileiro atual.

Palavras-chave: Testamento biológico. Fecundação homóloga *post mortem*. Sucessão. Filiação.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos observaram-se situações intrigantes no Estado de Israel, onde se estabeleceram precedentes inéditos no mundo acerca de temáticas familiar e sucessória: veio à tona a utilização de sêmen e óvulos como possíveis objetos de sucessão. Com esses precedentes,

¹ Paper apresentado à disciplina Direito de Famílias e Sucessões, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco.

² Alunos do 6º período do Curso de Direito, da UNDB.

³ Professora Mestra, orientadora da disciplina.

abriram-se outros processos com o mesmo teor em Israel, passando a ser concedido pelas cortes o acesso a esses gametas armazenados pelos falecidos para a reprodução de filhos deste.

Analisando a figura e o teor desse testamento biológico, fomenta-se a idealização de uma nova possibilidade nos ordenamentos jurídicos das sociedades, em principal, no âmbito jurídico brasileiro, preocupando-se em delinear novos modelos de constituição de família; o direito ao próprio material genético, direito à procriação, e as consequências no que toca o direito de sucessões. Em suma, idealiza-se perante essa novidade possíveis efeitos e as consequências da aplicação hipotética da sucessão genética sob as perspectivas familiar e sucessória do atual Direito Civil brasileiro; levando, assim, a análise de possíveis mudanças nos paradigmas e análises procedimentais no que tange a novidades observadas na construção social, uma vez que o direito, como ciência social, não pode se engessar ao longo do tempo, e deve sofrer mudanças reais e positivas. A hermenêutica civil, nesse caso, propõe um novo olhar sobre a disponibilização de material genético, sobre perpetuação do indivíduo e ciência da sucessão familiar, dando a relevância do estudo, que analisa os fatos empíricos, sociais, e a relação formal subjetiva e objetiva da possível inclusão dessa nova figura no ordenamento jurídico brasileiro

1 A POSSIBILIDADE DA HERANÇA DE MATERIAL REPRODUTOR POR MEIO DO TESTAMENTO BIOLÓGICO EM ISRAEL: PRECEDENTES PARA UM EXPERIMENTO INÉDITO NO MUNDO

A justiça de Israel acatou uma ideia pioneira no mundo, que foi a possibilidade de concepção e nascimento de crianças a partir de material genético deixados como “herança” aos pais do de cujus, por meio de um testamento biológico escrito e instruído por este. A partir de precedentes, foram observados outros casos em que pessoas armazenavam o seu material genético e discriminavam a sua sucessão como último ato de vontade expreso seguido das coordenadas para o uso desse material; assim, ao falecer, os gametas armazenados seriam sucedidos para as pessoas que foram indicadas pelo testador do documento, a fim de que utilizassem para originar um filho do de cujus com uma pessoa selecionada por quem herdou o material genético (FLINT, 2014).

Conforme traz Bartolo (2014):

O Testamento Biológico é um documento escrito, formalizado perante testemunhas onde o testador declara a sua vontade de ser pai ou mãe após a morte, com um detalhe único, os pais do testador é que escolherão quem será o pai ou a mãe de seus netos,

ou seja, a concepção e o nascimento de bebês a partir de óvulos ou de sêmen deixados como “herança” por pais já mortos

E assim foi o caso de Nissim Ayash, que “tem um filho de 2 anos, que veio ao mundo vários anos depois que sua mãe morreu de câncer. Ela havia deixado óvulos fertilizados congelados para criar um filho do casal”; cumprindo, assim, o testamento de sua esposa (FLINT, 2014).

Para a advogada israelense Irit Rosenblum, idealizadora do testamento biológico, trata-se de uma ideia revolucionária e futurista, que permite a realização do direito de dar continuidade à vida, à sua linhagem genealógica, e tal vontade deve ser respeitada mesmo após a morte do autor do testamento biológico. Além disso, a advogada assevera que esta seria uma opção melhor que a adoção, pois a criança já nasceria nos laços familiares de sua própria linhagem sanguínea, saberá quem foi seu pai (ou mãe), quem são seus avós e demais parentes, resguardaria o vínculo genealógico original (FLINT, 2014).

Contudo, em um dos casos de julgamento para a execução de testamento biológico, a Promotoria de Israel alegou que teria um aspecto negativo caso fosse realizado a sucessão do material genético para os avós para gerar um neto, que seria o fato de que a criança já nasceria órfã. Porém, mesmo assim a decisão do juiz foi em favor da execução do testamento biológico (FLINT, 2014).

Dessa forma, a referida prática enseja um vislumbamento perante a realidade jurídica de outros países, visto que as formas de constituição familiar evoluem no transpor do tempo, e tal ideia nascida em Israel pode algum dia vir a fazer parte da realidade de muitas sociedades inclusive a brasileira. Nesse viés dá-se a tentativa hipotética de alocação do testamento biológico - conforme observado em Israel – na atual conjuntura sucessória brasileira, conforme exposto a seguir.

2 UM ESTUDO COMPARADO: ADOÇÃO DA SUCESSÃO GENÉTICA NO BRASIL SOB O VIÉS SUCESSÓRIO, COM FINS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM E O TESTAMENTO VITAL

Direito de Família e Direito Sucessório configuram ramos do ordenamento civil que necessariamente se entrelaçam. A capacidade humana de se relacionar sob diferenciadas vertentes alimenta as abordagens sobre os direitos familiares, em diversos aspectos, seja em formação familiar; alimentos; afetividade, que se modificam em detrimento dos anseios sociais, e da capacidade humana de reinventar relações, e que, por consequência, acabam por ensinar

uma necessidade quanto à dinamicidade das sucessões, no ordenamento jurídico, na medida em que acompanhe todas as mudanças ocorridas ao longo dos anos e evoluções da sociedade no que toca a mudança de titularidade patrimonial.

A adoção da Sucessão genética sob o viés sucessório com fins de inseminação artificial perpassa, necessariamente, pelo necessário acompanhamento do direito sucessório, no que relaciona o tipo de patrimônio, a forma de “herança”, dentre outros aspectos. O direito Sucessório, respaldado constitucionalmente no artigo 5º da Constituição Federal, elenca a herança como direito fundamental, irradiando assim, tal disposição para o ordenamento, fazendo de tal instrumento direito de todo e qualquer cidadão conforme as circunstâncias legais previstas no Código Civil. De *succedere*, expressão latina que significa “colocar-se sob algo, ou alguma coisa”, a sucessão é uma espécie de continuação de determinado vínculo; transmissão de relações com o advento da morte, numa espécie de manutenção de relações jurídicas, em especial, da família.

No que tange a fundamentalidade de suceder algo, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.25) afirma

O fundamento da transmissão sucessória, ou seja, a razão pela qual se defere a uma pessoa indicada por lei, ou **pela vontade manifestada em vida pelo autor da sucessão**, o acervo de direitos e obrigações que até então a este pertencia, apresenta variações conforme o momento histórico que se esteja a analisar e a corrente de pensamento a que se queira filtrar

É nesse esteio, que se aborda a adoção da sucessão genética. Em tempos que a ciência permite a *reprodução assistida*, isto é, o planejamento familiar a curto ou longo prazo em que se permite a viabilização de filhos para as famílias daqueles indivíduos que possuem dificuldades, sejam circunstanciais, sejam físicas para procriação, a conservação no eixo familiar de um bem classificado como direito, patrimônio genético, é tema novo para o direito sucessório, não havendo, portanto, regulamentação legal sobre o chamado *testamento biológico quanto a utilização de material genético post mortem*, que inova o direito sucessório em ordenamentos jurídicos fora do Brasil.

O testamento biológico com tal finalidade surge para conservação desse patrimônio genético, classificado como direito, dentro de um grupo específico: entidade familiar. Ocorre que no Brasil, não há diploma legal que delinieie juridicamente tal vontade específica. No ordenamento pátrio há regulamentação para a inseminação artificial *post mortem*, que na conceituação de Regina Tavares é “é aquela técnica de inseminação utilizada com sêmen ou embrião conservado, por meio de técnicas especiais, após a morte do doador do sêmen”. Isto é,

o material genético do marido ou companheiro é criopreservado, possibilitando ao outro parceiro, seja cônjuge ou companheira, que mesmo após o falecimento do doador, se utilize o material genético de pré-moriente. A técnica de fecundação levanta diversos embates doutrinários e jurisprudenciais, em que parte da doutrina ratifica a inseminação artificial *post mortem* baseada na paternidade presumida art. 1597, III, do Código Civil, isto é, tendo pleno trato legal e legitimidade, uma vez que as implicações quanto ao direito sucessório e de família restariam feitas, uma vez que o diploma legal presume como concebidos na constância do casamento os filhos advindos de técnicas de reprodução assistida homóloga, isto é, com material genética do próprio casal ou heteróloga com autorização, coadunando ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos, fazendo com que a criança esteja apta para a sucessão a partir de subsídios fornecidos pela doutrina e jurisprudência, uma vez que não há presunção expressa legalmente para a sucessão.

Já outra parte da doutrina alega a falta de validade constitucional da referida prática, por afrontar aos princípios da paternidade responsável, dignidade humana, melhor interesse da criança e igualdade dos filhos. (LEVY, 2013). A doutrina alega que não se pode falar em direitos sucessórios, pois a herança se dá em consequência da morte, art. 1784, CC, e participando dela apenas “pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”

Deste modo, na hipótese de inseminação artificial homóloga póstuma, tendo o filho sido concebido após a abertura da sucessão, estaria afastado do recebimento da herança deixada por seu pai, muito embora seja considerado filho do pré-morto, conforme garante o art. 1.597, inciso III do Código Civil. Esse pensamento prima pela proteção dos herdeiros que já se encontravam nascidos ou concebidos quando da morte do autor da herança, evitando assim insegurança jurídica, vez que eles teriam que esperar indefinidamente pelo nascimento de criança, ou crianças, oriundas de inseminação, o que causaria revisões sempre possíveis de seus quinhões hereditários. (LIMA JUNIOR, 2012, p. 4)

Dessa maneira, a mulher deve ser “viúva” (Nos casos de cônjuge, e companheiro falecido para a União Estável) e ter posse de autorização expressa do doador do material genético para que se processa a continuação do planejamento familiar; não há aqui fala na doutrina sobre autorização vir como parte integrante do testamento, isto é, “última vontade do falecido”, o que se percebe, é que a autorização deve ser dada expressamente, independente do texto testamentário. O entrave se dá quanto o tempo da concepção para que haja legitimidade para ser herdeiro ou legatário do potencial filho, uma vez que podem ser necessários, ou facultativos.

A inseminação artificial *post mortem* enseja uma nova modalidade familiar, em que se preserva o direito ao planejamento familiar, mesmo que depois da morte, assegurando o direito à procriação quanto a inviolabilidade da vida; a livre iniciativa do casal quanto à constituição familiar, todos presumidos no texto constitucional, sendo o Estado auxiliador quando estimula o desenvolvido científico, bem como atende os princípios do biodireito quando atende à boa vontade dos pacientes, agindo para respeitá-la e auxiliar no que for necessário, dentro da imparcialidade, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana em qualquer relação jurídica. Nesse sentido, O Enunciado n. 267 CJF/STJ, da III Jornada de Direito Civil diz que “A regra do art.1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança”.

Por outro cerne, os questionamentos sobre sucessão genética comumente se confundem com a figura do testamento vital. O testamento vital, no entanto, não se relaciona a possibilidade de manutenção da prole, ou do material genético, mas sim, intimamente ligado ao direito à vida, de tratamento e de morte; trata-se da dignidade ao morrer, à forma de viver, que perpassa pelo princípio máximo da dignidade da pessoa humana. É um testamento para ser aberto em vida que enseja discussões sobre onde o Estado pode intervir na manutenção da vida humana.

Assim, o testamento vital é visto como uma diretiva de vontade, garantida constitucionalmente quando do direito de liberdade dos indivíduos quanto à expressão, sua saúde, corpo e vida. O Conselho de Justiça Federal, na V Jornada de Direito Civil, com o enunciado nº 527, que assim estatui: “é válida a declaração de vontade, expressa em documento autêntico, também chamado ‘testamento vital’ em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade” (XIMENES, 2014, p. 2). A autora alega ainda, que o testamento vital como diretiva de vontade reafirma o princípio da autonomia privada e nos princípios bioéticos da beneficência e justiça.

Juridicamente falando, o testamento vital não figura como instrumento sucessório, mas sim, como negócio jurídico formal e todas suas características, desde que não haja afronta ao ordenamento jurídico. A resolução do código de ética do CFM 1.931/09, veda que o médico abrevie a vida do paciente, à ex. da eutanásia, mas permite que nos casos de ações diagnósticas e terapias que não obtém sucesso, deve-se considerar o desejo expresso do paciente, ou de seu representante, uma vez que deve haver dignidade quanto a morte.

Feita, portanto, a diferenciação no que toca sucessão genética desses dois institutos, se pode analisar, por um viés comparativo, a possível adoção da sucessão genética como um bem, abalizado por sucessão testamentária. A vontade de ser pai ou mãe após a morte é possível graças as mudanças tecnológicas atuais; o testamento biológico inova uma vez que deixa tal material como “herança” para seus pais, ou entes familiares, sem que necessariamente seja material já fecundado, podendo dar a estes a chance de escolher quem será o outro polo, inovando na formação familiar e sucessória. Como já mencionado, não há garantias legais para essa prática no ordenamento jurídico brasileiro.

O testamento biológico entraria no rol no art. 1786, do CC, em que afirma que “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade” Essa última vontade compreende a figura do testamento, que deve compreender todos os bens do testador para sucessores a título universal ou particular (herdeiro ou legatário) de acordo com o art. 1857, caput e 1585, CC em que testamento constitui ato personalíssimo e revogável, pelo qual alguém dispõe a totalidade de seus bens, ou parte dele para depois de sua morte. (GONÇALVES, 2014, p. 226). Mais especificamente tal instrumento funcionaria como espécie de legado, isto é, coisa certa e determinada deixada a alguém, o legatário. Silvio Rodrigues (2002, p. 197) “a liberalidade tem por objeto uma coisa determinada ou uma cifra em dinheiro, como no caso de o testador dispor que deixa a certa pessoa, diferente da herança que sucede por força de lei, em universalidade.” Seria no que toca a classificação um legado singularizado, individualizando-a, e especificando-a, à ex. do material deixado em tal clínica especializada, a tal tempo. Assim, o testamento biológico seria para herdeiros legítimos, ou não, desmistificando a inseminação artificial homóloga ou heteróloga no viés sucessório atual, importando aqui, a continuação da linhagem sanguínea e a possibilidade de guardar esse material num banco de gametas para ser utilizado quando necessário.

No que toca aceitação e renúncia, funcionaria no viés legal no que dispõe o legado, bem com a legitimidade para ser legatário, com base no elencando no Código Civil.

Assim, a discussão central é acerca do tipo de “bem”, se legítimo, uma vez que não há lastro qualquer no ordenamento jurídico brasileiro. A doação de material genético como bem singularizado pressupõe discussões sobre a coisificação da vida, e como esta seria tratada pós-morte, quanto a seguridade de seus direitos, como o melhor interesse do menor; filiação igualitária, que contrapõe o direito ao planejamento familiar do testador, e da autonomia de vontade.

Nesse esteio, as discussões se assemelham as supracitadas sobre inseminação artificial *post mortem*, diferenciando pelo caráter homólogo, que no testamento biológico não

o seria necessariamente, e a filiação igualitária quanto a convivência com os pais, formação familiar e afetiva diferenciada, pela criação feita por quem for escolhido como genitor e para quem for deixado o bem, abrindo novos caminhos para a classificação de famílias, quanto aos bens do testador, como genitor, se o menor entraria como herdeiro numa cota-parte, ou se já seria por si só um bem.

Nesse sentido:

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria ‘natalista’, em contraposição às teorias ‘concepcionista’ ou da ‘personalidade condicional’). E quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até a ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea, está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. I. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. (ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, DJE de 28-5-2010.)⁴

3 CONSEQUÊNCIAS E DIREITOS DO FILHO *POST MORTEM* ADVINDO DE SUCESSÃO GENÉTICA CONFORME AS PERSPECTIVAS FAMILIAR E SUCESSÓRIA DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO ATUAL

Observado o tratamento da possibilidade de adoção da sucessão genética dentro do contexto sucessório brasileiro, busca-se agora traçar os direitos que tem o filho advindo da utilização do material genético, conforme a vontade do falecido, conforme o direito das famílias e o direito das sucessões.

Para tanto, notado que se realizará uma prática de inseminação *post mortem*, tratar-se-á aqui a geração de um filho do morto, ensejada por testamento biológico, semelhante à fecundação artificial homóloga *post mortem*, que segundo Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 325):

⁴ Disponível no site do Supremo Tribunal Federal.

O vocábulo *fecundação* indica a fase de reprodução assistida consistente na fertilização do óvulo pelo espermatozoide. A fecundação ou inseminação *homóloga* é realizada com sêmen originário do marido. Nesse caso o óvulo e o sêmen pertencem à mulher e o marido, respectivamente, pressupondo-se, *in casu*, o consentimento de ambos. A fecundação ou inseminação artificial *post mortem* é realizada com embrião ou sêmen conservado, após a morte do doador, por meio de técnicas especiais.

Assim, a vontade testada pelo *de cujus* de ter um filho a partir do seu material deixado e a vontade de sua esposa, ou de uma mulher escolhida pelos pais do morto, de ser mãe do filho do falecido, a partir a concepção dos materiais genéticos originários dos dois, caracteriza uma certa semelhança com a fecundação homóloga *post mortem* trazida no Direito Civil brasileiro.

No Código Civil atual, traz em seu artigo 1597, inciso III, dispõe que: “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”, para efeitos da filiação. Neste caso, se o testador deixa seu material genético para sua esposa com o intuito de que realize a vontade de ser pai, alocar-se-ia a situação trazida no aludido dispositivo, sendo a filiação da criança evidentemente presumida, visto que o material genético é do morto e que houve anuência de sua vontade de ser pai daquela criança por meio do testamento biológico.

Porém, difícil seria discutir a filiação nos casos em que a pessoa que faleceu deixou um testamento biológico afirmando a sua vontade de ser pai, deixando seu material genético para seus pais (por exemplo), instruindo-os a escolher uma companheira que os agrade para ser a mãe de seu neto, ou seja, não há um casamento para que se presuma a filiação do filho advindo de fecundação *post mortem*. Porém, há a força do DNA que é comprovadamente o mesmo do falecido, visto que a “paternidade é presumida nos casos de filhos nascidos por inseminação artificial homóloga, inclusive *post mortem*” (LIMA JUNIOR, 2013, p.3); e deve-se respeitar a última vontade do testador que é ser pai, e que para tanto deixou aos seus pais o seu material genético para assim concretizar a sua última vontade.

Além disso, pode-se alegar princípios basilares para justificar a necessidade da criança advinda do testamento biológico ter como pai (ou mãe) aquela pessoa já falecida; nesta seara tem-se o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, visto que a constituição de família como última vontade do falecido deve assegurar, assim como o direito do reconhecimento de filiação da criança reproduzida *post mortem*; tal respeito à dignidade humana também se estende para os pais e demais familiares do morto, que ensejam ter próximos de si a prole do falecido ente querido, a sensação de continuidade da vida daquele que partiu. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana dá ensejo ao reconhecimento da filiação do filho

post mortem advindo de testamento biológico, independente se o de cujus já era casado com a mãe ou se esta foi escolhida pelas pessoas para quem o falecido deixou testado a instrução de utilização de seu material genético. A criança não pode ficar desamparada quanto a esse direito.

Assim, “na perspectiva do direito de família, não se vislumbram expressivas discordâncias quanto ao reconhecimento do status de filho ao concebido por inseminação artificial, inclusive *post mortem*, posto que a paternidade seja biologicamente inegável” (LIMA JUNIOR, 2013, p. 4). Estendendo-se isso ao caso central do trabalho, também não haveria grandes impedimentos no reconhecimento da filiação do filho em que o pai (ou mãe) falecido(a) que deixou como objeto de sucessão os seus gametas para gera-lo, não há como negar o DNA.

Contudo, uma vez admitida a filiação da criança em relação ao pai já morto, surge uma questão bastante debatida entre os doutrinadores, que é em relação à capacidade sucessória para com filhos advindos de fecundação homóloga *post mortem*. Essa capacidade sucessória “consiste na legitimidade para suceder. Aqueles dotados de capacidade estarão aptos para receber a herança deixada pelo falecido” (LIMA JUNIOR, 2013).

De um lado, temos posicionamentos que asseveram que o Código Civil de 2002 somente trouxe solução relação ao estado de filiação do filho gerado por inseminação artificial homóloga *post mortem*, não traçando nada acerca da capacidade sucessória deste, como é exposto por Maria Helena Diniz, José de Oliveira Ascensão e Sílvio Venosa (LIMA JUNIOR, 2013). Carlos Roberto Gonçalves traz o posicionamento de Caio Mário, que adverte: “não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte e dela participam as ‘pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão’ (art. 1798).” (MÁRIO, 2013 *apud* GONÇALVES, 2013, p.325).

Assim reitera Daniel Verissimo de Lima Júnior (2013, p. 5):

A primeira corrente doutrinária, e que vem se consolidando, defendida por Maria Helena Diniz, Sílvio Venosa e José de Oliveira Ascensão, dentre outros, nega a capacidade sucessória ao concebido *post mortem*, em razão do disposto no art. 1.798 do Código Civil e sob o fundamento de que pelo princípio da *saisine* torna-se indispensável a existência ao menos do concebido para que se dê a transferência da herança. Adotam, portanto, um critério de análise legalista do código, aparentemente mitigando a aplicabilidade do princípio constitucional da igualdade entre os filhos ao caso.

Assim, como trata-se aqui a fecundação advinda de testamento biológico semelhante à fecundação homóloga *post mortem*, para esses doutrinadores não haveria a possibilidade de sucessão para esses filhos, apenas o reconhecimento da filiação.

Contudo, por outro lado há quem defenda a possibilidade desses filhos entrarem na sucessão dos pais já mortos, como é o caso de Maria Berenice Dias, Silmara Chinelato, Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho, entre outros. Conforme traz Daniel Verissimo de Lima Júnior (2014, p.5):

Negar a capacidade sucessória do concebido por inseminação artificial póstuma, consiste em retroagir ao sistema jurídico anterior, em que vigorava a discriminação entre os filhos. Contudo, prevalece no atual sistema o princípio da igualdade entre os filhos e tendo a filiação reconhecimento por força do art. 1597, inciso III do Código Civil de 2002, da mesma forma deverá ser atribuído o direito sucessório aos concebidos postumamente.

Ou seja, a criança originária desta técnica não pode ser desamarrada pelo direito, devendo ser levado em consideração os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre filhos, os quais são garantidos constitucionalmente, e assim seria garantido o melhor interesse da criança.

O atual ordenamento civil carece de disposição acerca da sucessão dos filhos homólogos *post mortem*, e como aqui assemelhou-se a este os filhos advindos de sucessão genética por meio do testamento biológico, também não há lei sólida para fomentar uma possível sucessão para esses filhos, mesmo considerando como inegável a sua filiação; “enquanto não houver uma reforma legislativa, até mesmo para atender ao princípio constitucional da não discriminação de filhos, caberá à doutrina e à jurisprudência fornecer subsídios para a solução dessa questão” (GONÇALVES, 2013, p. 325).

Assim, conclui-se que a alocação do filho advindo de testamento biológico no viés sucessório é de difícil visualização na atual conjuntura legal civil brasileira, pois a mesma é carente em caso admitido por lei, que é o caso de filhos de fecundação homóloga *post mortem*. Caso tal testamento fosse adotado no Brasil, dever-se-á legislar a respeito da sucessão desse filho *post mortem*, visto que se mostra até inconstitucional não tratá-lo na sucessão, pois, como dito, seria uma forma de discriminação entre filhos.

CONCLUSÃO

Diante das considerações expostas e das análises feitas, se observa que o Direito possui multifaces e a incrível capacidade de se transmutar no decorrer do tempo sem perder a essência que o compõe. Como ciência, o direito se sistematiza, o que não significa que deva permanecer estático e obsoleto, uma vez que é ciência social, que em linguagem prática

significa o dever-ser que vai além da axiologia, e sim, alcança os ideais e as maneiras de concretiza-los.

Para corroborar o entendimento em questão Marcus Valério de Souza afirma que “circunstância analítica mais profunda e objetiva, a ciência do Direito, trabalha com fenômenos sociais, aplicando um complexo sistema interpretativo-descritivo de fatos sociais, não limitado à mera valoração dos mesmos, num extenso processo de normas” O que se conclui é que o Direito deve ir além do mero formalismo interpretativo da própria norma. Por sua vez, dialeticamente falando, a ciência do direito está onde se encontra a sociedade e suas necessidades, o Direito e o Estado são elementos presentes na mesma balança, são elementos que se correlacionam necessariamente para serem eficazes.

Assim, como parte da ciência jurídica se verifica a importância do Direito Civil e suas multifaces que se inter-relacionam intimamente, à exemplo do direito de família e sucessório em detrimento das novas nuances surgidas à medida que avançam as tecnologias e o entendimento sobre o próprio corpo; a liberdade quanto à autonomia de vontade e à vida. Bem como se observa a necessária urgência da sociedade para que o legislador acompanhe essas mudanças sociais, respaldando a segurança jurídica para que a última vontade do indivíduo seja respeitada em integralidade.

O estudo sobre o caso em Israel desponta como inovação no direito sucessório e familiar, servindo de exemplo para o ordenamento jurídico brasileiro no que toca o trato quanto à questões pertinentes que são regulamentadas com omissão, à exemplo da biomedicina, inseminação artificial *post mortem*, o testamento vital, vistos aqui, como sementes do testamento biológico, uma vez que ocorre *post mortem*, sendo o testamento vital exemplo de autonomia de vontade quanto às disposições da vida, de seu corpo, e da morte, como ocorre no testamento biológico, em que se quer dispor de parte do corpo e material genético como bem jurídico.

Os direitos decorrentes de tal testamento também são incógnitas para legislação brasileira, ainda muito tímida sobre questionamentos da espécie, restando embates doutrinários e jurisprudenciais quanto à presunção de paternidade, e direito à sucessão entre o patrimônio do testador ou de quem irá receber o patrimônio genético, restando a cargo da hermenêutica e dos imperativos constitucionais às interpretações à respeito do tema. O que se percebe é a necessidade de mudança paradigmática do judiciário quanto aos princípios da dignidade da pessoa humana e planejamento familiar, não cabendo ao Estado cerceamento de direitos da vida privada.

Portanto, é natural que o tempo e as modificações que delineiam os caminhos seguidos pelos diversos grupos que compõe as sociedades, incidam, também, sobre o direito, que precisa estar em constante mutação para atender seu escopo social. Dessa forma, resta evidente, que as modificações são necessárias, como visto no segundo capítulo comparada e no terceiro capítulo com as novas perspectivas, ficando o questionamento de até onde o Estado pode interferir, e como deve ser tratada a vida humana no aspecto de concepção, vida familiar, dentre outros direitos inerentes à uma formação social e moral.

REFERÊNCIAS

- BARTOLO, Alessandro. **Testamento biológico**. 2014. Disponível em: <<http://alessandrobartoloadv.blogspot.com.br/2014/02/testamento-biologico.html>>. Acesso em: 19 fev. 2014.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICIA. Código de Ética Médica: Resolução CFM n. 1931/09, de 17 de Setembro de 2009. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. Disponível em <http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/%C3%89tica/C%3%93DIGO%20DE%20%C3%89TICA%20M%C3%89DICA.pdf>. Acesso em 03 de Novembro de 2014.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I, II, III, IV e V Jornada de Direito Civil: Enunciados Aprovados. Disponível em <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em 02 de Novembro de 2014.
- FLINT, Guila. **“Testamento biológico” permite nascimento de filho de pais mortos em Israel**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/02/140217_testamento_biologico_gf_cc.shtml>. Acesso em: 21 ago. 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LEVY, Laura Affonso da Costa. Inseminação artificial post mortem e a reflexão constitucional. Revista Ambito Jurídico, 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9192&revista_caderno=9>. Acesso em 28 de Outubro de 2014.
- LIMA JUNIOR, Daniel Veríssimo de. **Reflexos da inseminação artificial homóloga post mortem no âmbito do direito sucessório**. Revista JusNavegandi, 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23960/reflexos-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-no-ambito-do-direito-sucessorio/2#ixzz3IxWCjFvB>>. Acesso em 26 de Outubro de 2014
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Novo Código Civil Comentado.** . 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003

XIMENES, Rachel Leticia Curcio. **Testamento vital possibilita o direito à dignidade.** Revista Consultor Jurídico: 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-09/rachel-ximenes-testamento-vital-possibilita-direito-dignidade>>. Acesso em 29 de Outubro de 2014.