

O DIREITO SUCESSÓRIO DE UMA PESSOA PROVENIENTE DE UMA RELAÇÃO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL PÓS-MORTE¹

Francinaldo Carvalho²

Vittorio Ferreira Santos de Almada Lima³

Anna Valéria Cabral Marques⁴

Sumário: 1 Introdução; 2 Princípios do direito de família aplicados ao biodireito; 2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana; 2.2 princípio do planejamento familiar e da paternidade responsável; 2.3 Princípio da igualdade entre filhos; 2.4 Princípios da autonomia, beneficência e justiça; 3 Reprodução assistida; 3.1 Espécie de reprodução assistida; 3.2 A inseminação artificial homóloga; 4 O direito sucessório do indivíduo proveniente de inseminação artificial homóloga; 4.1 Classificação da sucessão; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo discorrer sobre o direito sucessório para aqueles que foram gerados pela inseminação artificial homóloga post mortem. Para tanto, abordaremos os princípios do direito de família que são aplicáveis ao biodireito, o direito das sucessões no ordenamento jurídico brasileiro, suas definições e características, bem como os conceitos de inseminação artificial homóloga. Pretende-se demonstrar a posição doutrinária referente à possibilidade daquele que foi concebido pela inseminação ser sucessor de quem lhe deu origem. Levando em consideração a relação lógica existente entre biodireito e direito sucessório é importante perceber a possibilidade da existência de efeitos no âmbito sucessório de uma pessoa proveniente de inseminação artificial pós morte.

Palavra Chave: Biodireito. Sucessão. Inseminação artificial. *Post Mortem*.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem busca analisar o direito sucessório de uma pessoa proveniente de uma relação de inseminação artificial pós morte. Para que se comece a averiguar essa relação é necessário que se elenque os princípios norteadores do direito de família aplicados ao caso, podendo ser o da dignidade da pessoa humana e o do planejamento familiar e da paternidade responsável. Nesse contexto o artigo parte para a explicação da reprodução

¹ Paper apresentado à disciplina de Direito de Família e Sucessões do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB

² Aluno do curso de Direito, 6º período, vespertino, e-mail: francinaldocarvalho@gmail.com

³ Aluno do curso de Direito, 6º período, vespertino, e-mail: Rafaelladeira94@gmail.com

⁴ Profª. Ma. Orientadora.

assistida e a inseminação homóloga pós morte para então entrar no direito sucessório de alguém surgido de uma inseminação artificial desse tipo.

Almeida (2000) nos ensina que o biodireito tem como alicerce o conjunto de leis positivas cujo objetivo é estabelecer a obrigatoriedade na observância de mandamentos bioéticos. Além dos mandamentos bioéticos podemos considerar que o biodireito e o direito civil possuem uma relação jurídica intensa pelo fato do mesmo poder produzir efeitos na esfera civil, como no caso do direito sucessório.

Determinado momento será demonstrado uma discussão doutrinária acerca do direito sucessório de uma pessoa que surgiu desse tipo de procedimento. Um dispositivo do código civil entende que os seres humanos provenientes de inseminação artificial homóloga, são amparados pela presunção de paternidade. Contudo, o artigo 11798 do Código civil, I dispõe que podem ser chamados à sucessão os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas no testamento, desde que estejam na condição de vivas no momento da abertura da sucessão.

O princípio da igualdade da filiação deve ser destacado porque se deve reprimir qualquer desigualdade existente entre os filhos. Portanto, os princípios constitucionais devem ser utilizados para interpretação dessa questão, além dos incisos III, IV E V do artigo 1597 que trata de reprodução assistida. Através da isonomia deve se considerar que os filhos proveniente do mesmo pai devem ter os seus direitos assegurados.

Cumprе ressaltar a importância do direito sucessório para a sociedade brasileira. Levando em consideração que o direito possui lacunas nessa esfera, é importante tratar os direitos sucessórios derivados de inseminação homóloga pós morte passíveis de análise. O direito civil não possui norma que regulamente efetivamente os caso em questão, sendo a prova disso toda aquela divergência exposta no parágrafo acima. Nesse contexto, se o direito apresenta lacunas para essa questão, fica cada vez mais clara a importância da solução para questões sucessórias desse conteúdo. com o passar do tempo e a evolução da tecnologia, casos de inseminação artificial são cada vez mais comuns.

O artigo têm como objetivo geral analisar direito sucessório de uma pessoa proveniente de uma relação de inseminação artificial pós morte. como objetivos específicos deve se apontar a apresentação dos princípios do direito de família aplicados ao biodireito, a conceituação da reprodução assistida e a abordagem da inseminação artificial homóloga pós morte e o seu direito sucessório.

2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA APLICADOS AO BIODIREITO

2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Conforme Dias (2011), a dignidade da pessoa humana é erigida a condição de fundamento da República Federativa do Brasil pela CF (art. 1º, inciso III, da CF/88), o que significa que a mesma é um macroprincípio e valor fundante de todo o sistema constitucional, devendo ser o norte e o guia que direciona as posições jurídico-subjetivas que definem os direitos e deveres fundamentais.

2.2 Princípio do planejamento familiar e da paternidade responsável

Para Venosa (2012), o direito ao planejamento familiar é regulado pela Lei n. 9.263/96 que declara o direito de todo cidadão à assistência à concepção e contracepção, e que devem ser oferecidos todos os métodos e técnicas cientificamente aceitos que não coloquem em risco a vida e saúde das pessoas. Nessa esteira tem-se que a família tem o direito a definir quantos filhos deverá ter evidentemente levando em consideração a capacidade de mantê-los de forma digna dando-lhes condições materiais e morais.

2.3 Princípio da igualdade entre filhos

O artigo 227, parágrafo sexto da constituição federal prevê que os filhos havidos ou não da relação terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer relações discriminatórias relativas à filiação. A constituição é complementada pelo artigo 1596 do código civil, que possui o mesmo entendimento, sendo assim consagrado o princípio da igualdade entre filhos.

Esta legalidade prevista acima nada mais é do que a regulamentação da isonomia constitucional, ou seja a igualdade em sentido amplo. Dessa forma, todos os filhos são iguais,

havidos ou não durante o casamento. Abrangendo também os adotivos e os advindos de inseminação artificial homóloga e heteróloga (SILVEIRA, 2012).

2.4 Princípios da autonomia, da beneficência e da justiça

No entendimento de Silveira (2012) o princípio da autonomia diz respeito ao dever profissional da área médica de levar em consideração a vontade do paciente, respeitando assim os valores morais e religiosos, devendo o médico no caso de testemunha de Jeová, onde os valores religiosos e médicos se contrapõe, agir em prol da ética médica. O consentimento é livre, desde que informado, não preceitua modo de tomar decisões quando se tratar de pacientes incapazes ou não puder fazer lo por não possuir independência para tal ato.

Segundo Silveira (2012) o princípio da beneficência leva em consideração o auxílio ao paciente, de forma que o médico pode intervir caso seja necessário. Dessa forma não são permitidas técnicas que degradem o paciente. Portanto, esse princípio atua em consonância com os princípios bioéticos para evitar possíveis danos.

O mesmo autor ensina que o princípio da justiça remete a ideia de igualdade onde is iguais devem ser tratados de forma igual. Esse princípio atua de forma a racionalizar os potenciais médicos que atendem ao bem estar da sociedade.

3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA

De acordo com Machado (2006), e resultado da fertilização e desenvolvimento inicial dos embriões ocorrem fora do corpo humano, sendo posteriormente inseminados no útero materno para continuidade do desenvolvimento da vida. Nasce também um dos aspectos legais que para muitos estudiosos entendem que a vida começa nos embriões e como ela nasce também o direito. Para outros, esses são apenas um conjunto de células sem muita importância para o mundo jurídico.

A reprodução assistida surgiu como forma para solucionar o problema de reprodução enfrentado por muitos casais que sofrem por serem estéreis, ou seja, não há a capacidade de fecundação do óvulo com o espermatozoide, restando a impossibilidade de reprodução decorrente da relação sexual entre o homem e a mulher (MACHADO, 2006).

Mais especificamente, a reprodução assistida é um conjunto de técnicas utilizadas por médicos especializados, cujo objetivo principal é a gestação de mulheres com dificuldades

para engravidar. Muitas das vezes estas dificuldades podem gerar crise para o casal e é a partir daí que a ciência chegou com essa metodologia para superar as mesmas.

O surgimento de novos núcleos familiares derivados advindos de inovações tecnológicas fizeram uma série de evoluções em técnicas de reprodução, como por exemplo, a doação de óvulos e semem e a inseminação artificial. O art. 1597 do Código Civil de 2002 trata da técnica de reprodução assistida, nos incisos III, IV e V. Ressaltando se os filhos provenientes de fecundação artificial homóloga, ainda que falecido o marido; os havidos a qualquer tempo, em se tratando de embriões excedentários de concepção artificial do tipo homóloga; e os de inseminação artificial heteróloga, desde que com autorização do marido.

3.1 Espécie de Reprodução Assistida

Com o advento da Lei n. 11.935 de 11 de maio de 2009, a utilização das técnicas de reprodução humana no Brasil foi ampliada, pois agora os planos de assistência à saúde são obrigados a arcarem com os custos do atendimento nos casos de planejamento familiar, o que inclui tanto os métodos contraceptivos como também de concepção, permitindo a difusão da utilização das técnicas de reprodução humana assistida pela população, cujo maior óbice consistia no alto custo, tornando maior o problema quanto à ausência de regulamentação.

As mais antigas e mais simples técnicas de reprodução assistida, nas quais a fecundação se dá dentro do corpo da mulher, são chamadas de inseminações artificiais. Caso os gametas utilizados na reprodução assistida sejam do próprio casal, chamamos de inseminação HOMÓLOGA; caso um ou ambos os gametas sejam obtidos a partir de doadores anônimos, chamamos de inseminação HETERÓLOGA (MACHADO, 2006).

Segundo Machado (2006), as técnicas mais modernas de reprodução assistida são realizadas externamente através do procedimento chamado *fertilização in vitro*. Existem várias técnicas variantes de fertilização in vitro, sendo elas: GIFT, TV-TEST, O ICSI e o IAIU.

O GIFT é uma técnica de transferência do gameta masculino e feminino diretamente na tuba uterina da mulher. A TV-TEST é uma técnica que transfere por via vaginal embrião, em estágio pré nuclear, na altura das tubas uterinas. O ICSI é a técnica mais comum pois trata de uma realização de fertilização *in vitro* pela introdução de um espermatozoide em um ovócito, seguida da transferência via vaginal do ovócito.

Relacionando toda essa questão com o tema podemos considerar que a inseminação artificial pós morte é uma espécie de reprodução assistida pois é capaz de juntar o material genético de alguém que já morreu com o material genético de alguém em vida.

3.2 A Inseminação artificial Homóloga Post Mortem

A inseminação artificial homóloga ocorre quando o espermatozoide do marido ou convivente é colhido previamente e inserido na cavidade do útero da mulher no período em que ela estiver apta para a fertilização (SILVEIRA, 2012).

Quando a inseminação da mulher ou convivente ocorrer após a morte do marido ou convivente tem-se a inseminação artificial homóloga *Post Mortem*. Cumpre destacar que as pessoas que irão utilizar essa técnica devem ser totalmente esclarecidas em relação à técnica, bem como informadas sobre alternativas de tratamento, as chances de sucesso e os riscos inerentes ao procedimento. Vale lembrar que no caso de o pedido ser realizado pela mulher pela morte do homem é importante salientar que a criança que virá ao mundo nascerá órfão de pai e por conseguinte surgirá questionamentos jurídicos importantes (SILVEIRA, 2012).

Segundo machado (2006) a paternidade de um falecido pai, é tratada pelo direito civil e pelo conselho federal de 2002 ainda que para que se institua a paternidade presumida do marido em relação a mulher, a mesma na condição de viúva deve se submeter inseminação artificial, tendo autorização prévia e expressa do marido para que possa utilizar o seu material genético após a sua morte. a utilização do semem deve está diretamente ligada à autorização que o marido der para o fim de inseminação artificial.

4 O DIREITO SUCESSÓRIO DO INDIVÍDUO PROVINIENTE DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

As regras do direito sucessório surgem quando ocorre o evento morte e abrange o patrimônio do de cujus. Essas regras estão dispostas nos arts. 1.784 a 2.027, do Código Civil tendo como norte o disposto na Constituição Federal que assegura o direito de herança previsto no art. 5º, XXX.

O artigo 1784 do código civil menciona que aberta a sucessão, a herança transmite se logo aos herdeiros legítimos e testamentários. Portanto, a questão sucessória será aberta no

momento que alguém morrer e a partir daí é transmitido o que é de direito aos herdeiros legítimos.

No entendimento de Dias (2011), o princípio de saisine preconiza que a sucessão não ocorre entre pessoas vivas, mas que apenas no momento da morte é que o testador transfere seu patrimônio como um todo. Como consequência desse princípio, no momento da abertura da sucessão, a herança do falecido é transmitida aos herdeiros legítimos e testamentários imediata e automaticamente, independentemente de qualquer formalidade.

O artigo 1798 do código civil ensina que : Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Via de regra podemos entender que uma criança havida após a morte de seu pai, através de uma inseminação artificial, seria afastado da herança, cabendo apenas aquelas pessoas já concebidas, independentemente de terem nascido.

Percebe-se que não há previsão legal da técnica conceptiva post mortem, uma vez que nessa espécie, há tão somente o material genético de um dos pais biológicos, devidamente criado e preservado em laboratório para uma possível e futura fertilização. Porém o artigo 1799 abarca o rol de legitimados à suceder, sendo eles: pessoas sequer concebidas, pessoas jurídicas, e até mesmo pessoas jurídicas ainda não concebidas.

Assim, pela leitura do citado artigo, percebe-se que não apenas à pessoa nascida e o nascituro tem garantia ao direito sucessório. Conforme o disposto, a pessoa ainda não concebida possui legitimidade para ser herdeiro testamentário, ou seja, a chamada prole ou filiação eventual. Portanto, para que seja herdeiro aquele antes da concepção, o testador deve indicar a pessoa cujo filho quer contemplar.

Seguindo essa linha de raciocínio Dias (2011) preceitua que a garantia da interpretação das cláusulas testamentárias tem como objetivo buscar o desejo do testados, que nada mais é do que assegurar as garantias constitucionais, mesmo que o sujeito já esteja morto. Dessa forma deve se relativizar a garantia do respeito à manifestação da vontade. É justificada a restrição da liberdade de testar do titular do direito de propriedade para que o mesmo assegure a preservação de sua família.

Como visto nos princípios, o princípio da igualdade de filiação veda qualquer tipo de desigualdade entre os irmãos, determinando que todos os filhos são considerados iguais. O direito de herdar dos filhos será o mesmo, até daqueles concebidos após a morte de quem deixou o material genético, prevalecendo assim o princípio da igualdade de filiação. Ou seja, mesmo que não exista norma regulamentadora, esse princípio como fonte do direito serve para suprir a lacuna que a lei nos deixou.

Nesse contexto, considera-se filho aquele nascido a qualquer tempo, resguardando os seus direitos desde a sua concepção, como menciona o Código Civil em seu artigo 2º os direitos do nascituro.

De acordo com Diniz (2009), o atual estágio do biodireito o filho póstumo não possui legitimidade para suceder pelo fato de ter sido concebido após a morte do pai genético e por isso é afastada a sucessão. A não contemplação de um filho póstumo significaria uma insegurança jurídica para a pessoa humana, levando em consideração a violação dos princípios constitucionais da isonomia e da igualdade de filiação.

Diniz (2009) ensina que no que diz respeito à esse posicionamento do legislador, existe um prazo para ser concebido de até dois anos a contar da data da abertura da sucessão para ser concebido o herdeiro, em conformidade com o par. 4º do artigo 1800 do CC.

A autora fala que no antigo código civil, em seu artigo 338 trazia a ideia de presunção de paternidade havendo previsão de situação nas quais o cônjuge seria declarado presumidamente pai. Porém no atual código presumiam-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos pelo menos 180 dias após o estabelecimento da convivência conjugal, e os nascidos dentro de 300 dias subsequentes a dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação.

Portanto, é possível realizar inseminação artificial pós morte sem haver consequências na filiação, se a concepção tiver ocorrido no momento da morte do genitor ou acontecido posteriormente, nascendo a pessoa nos 300 dias após a morte, sendo enquadrada portanto na previsão do Código Civil.

A inseminação homóloga não deveria ser objeto de discussões por parte da doutrina pelo fato de ser regulamentada pelo artigo 1597, III e IV do CC que assegura a filiação da criança gerada, independentemente da data de nascimento no entendimento de (DINIZ, 2009)

Quanto ao embrião fecundado, não há dúvidas quanto ao fato de serem gerados por meios de técnicas de reprodução, sendo classificados como os demais filhos, sem nenhum critério de discriminação. A problemática surge quanto à capacidade sucessória do embrião conservado fora do útero, uma vez que, o mesmo não é considerado nascituro, embora tenha proteção. Em nosso entendimento, quanto a possibilidade desse embrião vir ser implantado e contemplar a possibilidade de ser herdeiro, desde que haja expressa vontade do testador e a indicação da mãe (SILVEIRA, 2012).

4.1 Classificação da Sucessão

Antes de adentrar efetivamente na classificação da sucessão é importante ter em mente a ideia do que é de fato um herdeiro. Os herdeiros de uma sucessão são aqueles competentes para receberem uma fração do patrimônio do *cujus* (herdeiro propriamente dito). Os herdeiros podem ser propriamente ditos, legatários, universais, testamentários, universais e legítimos.

Dias (2011) em outras palavras expõe a classificação dos herdeiros. Os herdeiros legatários são aqueles contemplados nas disposições de última vontade, como coisa certa e determinada. Os universais são os beneficiados que recebem a totalidade da herança. Os testamentários são beneficiados pelo testamento. Os necessários são os descendentes e ascendentes e os legítimos são os enumerados na ordem de vocação hereditária.

A partir da análise da classificação dos herdeiros, podemos perceber que os filhos dos pais, seja lá qual for a forma de concepção são herdeiros legítimos. Por serem herdeiros legítimos, devido à uma interpretação feita em consonância com o princípio da isonomia filial não devemos titubear ao ponto de não considerarmos os filhos concebidos pós morte não são herdeiros legítimos pois são filhos dos mesmo material genético.

De acordo com Dias (2011), a sucessão pode ser *inter vivos* ou *causa mortis*, a título singular ou a título universal. A sucessão *inter vivos* decorre de um ato *inter vivos*, como é o caso de uma compra e venda. A *causa mortis* está ligada ao tema principal do artigo, ou seja, depende da morte de alguém para acontecer. A sucessão a título singular ocorre quando se transfere um bem ou em certos bens. Já a sucessão a título universal ocorre quando se transfere a totalidade de um patrimônio ou fracionado em partes ideais.

Segundo Dias (2011) a Sucessão Legítima ou *ab intestato* decorre da lei, ou seja, morrendo a pessoa sem testamento transmite-se a herança aos herdeiros legítimos indicados pela lei. Também será legítima se o testamento caducar ou for declarado nulo.

Enquanto a Sucessão Testamentária ocorre por disposição de última vontade, ou seja, testamento. Havendo herdeiros necessários, cônjuge sobrevivente, descendentes ou ascendentes, o testador só poderá dispor de metade da herança (art. 1.789 CC). A outra metade constitui a “legítima”, assegurada aos herdeiros necessários. Não os havendo terá plena liberdade de testar. Mas, se for casado sob o regime da comunhão universal de bens (art. 1.667 CC) o patrimônio do casal será dividido em duas meações e a pessoa só poderá dispor da sua meação.

A sucessão poderá ser, também, simultaneamente legítima e testamentária quando o testamento não compreender todos os bens do de cujus, pois os não incluídos passarão a seus herdeiros legítimos (CC, art. 1.788, 2ª parte).

5 CONCLUSÃO

Como sabemos, o direito é uma ciência que está em constante mudança e que portanto possui várias lacunas, podendo estas na ausência de lei serem supridas pela analogia, costume ou princípios gerais do direito, segundo o que dispõe a lei de introdução ao direito. O caso em cheque é um exemplo fático que demonstra a necessidade de intervenção das fontes secundárias do direito, pela ausência de norma regulamentadora.

A nossa legislação é pouco avançada no que concerne ao direito sucessório concebido após a morte de um de seus pais. Essa “ omissão” que a lei nos trás gera uma insegurança jurídica, que pode ser solucionada pelos princípios gerais do direito. O princípio que mais alicerça esse tipo de relação é o da igualdade de filiação pois preconiza um tratamento isonômico entre os filhos.

As novas tecnologias fizeram com que novos modelos de família surgissem e a partir daí o direito passou a acompanhar essas mudanças de forma a buscar a solução para as lacunas que o mesmo possui.

A capacidade de um filho proveniente de inseminação homóloga pós morte é a grande questão desse trabalho. Porém o direito não conseguiu acompanhá-las de forma que a legislação se encontre defasada, não havendo portanto, solução prevista em lei porém é passível de solução para o direito.

Mesmo que o artigo 1798, I fale que a sucessão só vai existir em face dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas no testamento, desde que estejam na condição de vivas no momento da abertura da sucessão, o artigo 1597 fala da presunção de concepção durante o casamento das pessoas advindas de inseminação artificial pós morte, sendo possivelmente capazes para suceder.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e Biodireito**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

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

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIL, Antônio Carlos. **Como classificar as pesquisas? In: _____ . Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas S.A., 2002. Cap. 4, p. 41-44. Disponível em <https://professores.faccat.br/moodle/pluginfile.php/13410/mod_resource/content/1/como_elaborar_projeto_de_pesquisa_-_antonio_carlos_gil.pdf>. Acesso em 10 mar. 2015

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 1. ed., 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVEIRA, Gabriella Nogueira Tomaz da. Inseminação artificial post mortem e suas implicações no âmbito sucessório. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11926&revista_caderno=6>. Acesso em set 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 5. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2012.