

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO JACY DE ASSIS

ADRIANO CAMILO SILVA SANTOS

DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO “*IN VITRO*”

Uberlândia

2017

ADRIANO CAMILO SILVA SANTOS

DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO “*IN VITRO*”

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II na Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia.

Orientador: Me. Rodrigo dos Santos Ribeiro.

Uberlândia, fevereiro de 2017.

ADRIANO CAMILO SILVA SANTOS

DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO “*IN VITRO*”

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II na Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia.

Banca Examinadora:

Rodrigo dos Santos Ribeiro.

Orientador

Prof. (a). Examinador (a)

Prof. (a). Examinador (a)

AGRADECIMENTOS

A Deus em primeiro lugar por ter me dado a possibilidade de chegar até este lugar me ajudando em todos os momentos da minha vida sendo um guia e um reforço em todas as horas de angustias.

A minha mãe Mirian Gomes Silva que tem sido um exemplo de persistência e por tudo que passou para nos ensinar o que era correto e nos dar caráter para ser boas pessoas.

Ao meu pai Ademir Camilo dos Santos que sempre foi meu herói me ensinando as coisas da vida e a andar sempre pelo caminho reto e mesmo estando longe em vários momentos tem sido um exemplo de homem.

Aos meus irmãos Marcus Vinicius Silva Santos e Carolini Camila Silva Santos que sempre foram companheiros e me ajudaram de diversas formas em minha vida.

Em especial ao meu avô **Antônio Miguel** (*in memorian*), que foi um patriarca de uma grande família, ensinando a todos os valores da vida.

E finalmente a minha esposa Rayanne Nunes Mendes Camilo e companheira que não tem medido esforços para me ajudar nesta caminhada e me auxiliou com sua paciência e confiança de que tudo daria certo.

RESUMO

O trabalho de conclusão de curso constatou a apresentação da capacidade jurídica do direito sucessório da base frutuária de uma fertilização *in vitro post mortem* paternos dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Este estudo possibilita ter o entendimento da garantia do direito sucessório, tendo como base o estudo de diversas fontes legislativas, como a Constituição Federal, o Código Civil e o Conselho Federal de Medicina.

Distingue-se ainda a falta explícita de leis que regulamentam o tema e a urgente necessidade de um documento legal para esclarecer o assunto. Como inexistem leis e até mesmo jurisprudências consolidadas as análises ficam voltadas essencialmente acerca das garantias constitucionais e do biodireito que circundam o tema.

O tema identifica-se com a teoria de formulação da personalidade jurídica, ou seja, o início da consideração da personalidade, e entende-se que ao nascituro devem ser fornecidos diversos direitos, pois os reconhece como sujeito de direitos. Não se pode, portanto, haver qualquer distinção jurídica entre os filhos e os direitos a eles garantidos, independente da forma com que o mesmo tenha sido reproduzido.

Diversas são as discussões em que se pode pautar tal tema, que embasará este trabalho de conclusão de curso, mas, uma das principais discussões está vinculada a vontade do testador, ou de quem se derivou a sucessão sendo esta legítima ou testamentária este no caso da concepção *post mortem* e de não ter inserido tal feto na sua sucessão, sua vontade deveria ser respeitada, ou a partir do momento em que o mesmo aceitou ter seus espermatozoides preservados em congelamento aceitaria de forma tácita tal possibilidade de sucessão, estaria resguardado somente os filhos que possivelmente foram concebidos mediante sua vontade ou não, quais as inseguranças jurídicas que o regime da sucessão poderá sofrer com tais possibilidades. Ademais, o princípio da possível dignidade deste feto sobrepõe a liberdade de vontade das partes na sucessão, a consideração da personalidade jurídica, neste caso, deve ser a partir de que fase, na concepção, quando houver atividade cerebral; no nascimento com vida, quando tal feto teria direito a sucessão ou até mesmo se ele teria direito a alterar um negócio jurídico perfeito no caso da partilha/divisão dos bens já haver sido concluída.

ABSTRACT

The work of conclusion of course found the presentation of the legal capacity of the inheritance right of the fruit base of an in vitro fertilization post mortem paternos within the Brazilian legal order. This study makes it possible to have an understanding of the guarantee of inheritance law, based on the study of several legislative sources, such as the Federal Constitution, the Civil Code and the Federal Medical Council.

There is also an explicit lack of laws regulating the issue and the urgent need for a legal document to clarify the subject. As there are no laws and even consolidated jurisprudence, the analyzes are focused essentially on the constitutional guarantees and the right law that surround the theme.

The theme is identified with the theory of the formulation of legal personality, that is, the beginning of the consideration of the personality, and it is understood that the unborn must be provided several rights, as it recognizes them as a subject of rights. There can therefore be no legal distinction between the children and the rights guaranteed to them, irrespective of the way in which the child has been reproduced.

There are several discussions in which one can base this subject, which will be the basis for this work, but one of the main discussions is linked to the will of the testator, or from which the succession was derived, being this lawful or testamentary, this in the case Post-mortem design and not having inserted such a fetus in its succession, its will should be respected, or once it has accepted its spermatozoa preserved in freezing tacitly accept such a possibility of succession, would be protected only the Children who may have been conceived by their will or not, what legal insecurities the succession regime might suffer from such possibilities. In addition, the principle of the possible dignity of this fetus overrides the freedom of will of the parties in the succession, the consideration of the legal personality, in this case, must be from which stage, at conception, when there is brain activity; At birth alive when such a fetus would be entitled to succession or even if he would be entitled to change a perfect legal deal in case the sharing / division of the goods had already been completed.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DIREITO DE PROPRIEDADE À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	13
1.2 Garantias Constitucionais.....	14
1.2.1 Direito Hereditário	16
1.3 A dignidade da Pessoa Humana	19
1.4. Biodireito e Bioética.....	20
1.5. Reprodução Humana Assistida	21
2 REPRODUÇÃO E O DIREITO CIVIL	24
2.1 Direito de Família e Filiação	24
2.2 Considerações acerca do início da vida.....	26
2.1 Teoria Natalista	28
2.2.2 Teoria Concepcionista	28
2.3 Personalidade Jurídica	29
3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO DE SUCESSÃO	31
3.1 Reprodução Artificial <i>Post Mortem</i> à luz da Legislação	34
3.2 Sucessão do Embrião <i>In Vitro</i>	36
3.3 Sucessão por Fertilização <i>In Vitro</i> e a Incompletude do Ordenamento Jurídico	41
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	49
ANEXO	54

INTRODUÇÃO

Será tratado no presente trabalho de conclusão de curso, acerca da possibilidade jurídica do emprego das leis pertinentes ao direito sucessório do embrião fruto de uma fertilização *in vitro post mortem* de seu genitor (a), dentro do que pulsa e determina o ordenamento jurídico brasileiro.

O tema possui relativa relevância social e jurídica e dada a sua atualidade e as discussões pertinentes. Deste modo, apesar do desenvolvimento e a utilização dessas técnicas científicas andarem de forma crescente e acelerada, o Direito não se desenvolveu de maneira tão veloz, ficando de certa forma com dúvidas quanto à aplicação ou não do direito sucessório dentro da cerca a utilização deste modelo de reprodução humana.

Dessa forma, o tema faz clarear como questão principal a dúvida: é possível, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação e a garantia do direito sucessório para o embrião fruto de uma fertilização *in vitro post mortem*?

São deveras as discussões em que se pode pautar tal tema, que embasará o presente trabalho, mas, uma das principais discussões está vinculada a vontade do sucedido, ou de quem se derivou a sucessão sendo esta legítima ou testamentária este no caso da concepção *post mortem*, ou seja, a fecundação de um feto após a morte do “*de cuius*”, visto que este feto, conforme legislação pode vir a ser fecundado com material genético do cônjuge falecido, e de não ter inserido tal feto na sua sucessão, sua vontade deveria ser respeitada, ou a partir do momento em que o mesmo aceitou ter seus espermatozoides ou a mãe que teve seus óvulos, preservado em congelamento aceitaria de forma tácita tal possibilidade de sucessão.

No caso de uma divisão de bens já findada, qual a possível consequência que o regime da sucessão pode sofrer com tais possibilidades, até mesmo com o avanço da tecnologia e das possibilidades medica, a discussão sobre novos herdeiros estes até mesmo desconhecidos pelo titular da sucessão como os advindos da fecundação como a “*in vitro*”.

Em que momento da vida pode-se agregar a dignidade ou a personalidade jurídica do ser? Após a delimitação da mesma, mesmo se ainda não existir fecundação intrauterina, ou seja, sem possibilidade de vir a nascer, poderia

participar da sucessão de seus progenitores? Quais seguranças jurídicas ou garantias de direitos tem esse embrião fecundado “*in vitro*” ou os outros sucessores em linha reta ou colateral, poderiam ser considerados prejudicados por tal possibilidade de sucessão?

Pelo fato, de ser uma temática nova, e de envolver questionamento quanto ao avanço genético, e de o nosso ordenamento na maioria das vezes não ser tão claro quanto aos questionamentos atuais, como até mesmo da consideração da personalidade jurídica ou da discussão da dignidade, se faz necessário um estudo mais aprofundado para resolução do questionamento, evidenciando assim a importância do trabalho de conclusão de curso. Tal trabalho vem questionar se o embrião constituído pela fertilização “*in vitro*”, participa da sucessão, respaldado pelo princípio da dignidade e também a consideração de personalidade jurídica do embrião, pois a discussão central se baseia na participação deste filho gerado de uma fecundação assistida (fertilização “*in vitro*”), que tem expectativa de vida, e sua participação na sucessão de seus progenitores.

Quais são as repercussões jurídicas, os respaldos e garantias dadas pela lei. Devemos colocar em questão somente, a liberdade ou direito dos que já estão constituídos como sucessores, ou deve-se considerar este feto decorrente desta fertilização, que tem mera expectativa de direito no caso de o mesmo ainda não ter nascido com vida, quais os posicionamentos doutrinários para a constituição de um ser que tem personalidade jurídica, este feto tem direitos ou não a tal sucessão. Enfim, são várias as discussões e justificativas para a abordagem de tais pesquisas, e ao final do trabalho de conclusão de curso, concluirei na possibilidade ou não do Direito sucessório do embrião “*in vitro*”.

Quanto à possibilidade da reprodução assistida, a lei é omissa, estabelecendo somente sobre a presunção de paternidade, ou seja, direito de família, e nada se dispõe quanto ao direito sucessório, no código civil, se encontra os legitimados a suceder, e no mesmo, não se dispõe sobre tal possibilidade genética de um possível herdeiro advindo de fertilização “*in vitro*”.

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Lei nº 10. 406, de 10 de janeiro de 2002.¹

Alguns doutrinadores, como Diniz, nos casos de possível sucessão advindos de reprodução assistida (Fecundação “*in vitro*”), entendem que esse concebido teria apenas possibilidade de ser herdeiro testamentário.

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*. Poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca for à vontade do doador de sêmen de transmitir herança ao filho ainda não concebido, manifestada em testamento. Abrir-se-ia a sucessão à prole eventual do próprio testador, advinda de inseminação artificial homóloga *post mortem*.²

Por outro lado, alguns entendem que, mesmo advindo de uma fertilização assistida e não natural à consideração de filho deve ser a mesma como Gonçalves, “são iguais os direitos sucessórios” dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “concebido na constância do casamento”, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, § 6º, da Constituição.³

Neste diapasão, podemos verificar que existe divergência entre os doutrinadores, quanto aos filhos nascidos após a morte de algum dos seus progenitores, na necessidade de utilização de material genético crio preservado, e tal nascimento ser viabilizado pela reprodução assistida (fertilização “*in vitro*”).

Dignidade é um direito constitucional garantido a todos que tem personalidade jurídica, ou seja, é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito a vida mesmo sendo esta vida em fase embrionária.

Cabe especial referência à menção da igualdade e da justiça feita no preâmbulo da Constituição. O princípio da igualdade tem seu fundamento na

¹ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**.

² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6 ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva 2009, p.550

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito das Sucessões**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2009, v. VII p. 58.

dignidade da pessoa humana; na medida em que todo ser humano é digno, a todos são conferidos os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, portanto, como é uma exigência da justiça, dar a cada um que é devido, têm como destinatários todos os brasileiros, sem nenhuma distinção, o que é expressamente anunciado no art. 4o, inciso III, que descreve os objetivos da nação brasileira.⁴

O ser (indivíduo, pessoa humana) que não está fecundado (e, portanto, não existe enquanto pessoa de direito, não possui personalidade jurídica) é diferente do que teve fecundação “*in vitro*”, mas ainda não foi colocado no útero, mas pode ser considerado ao mesmo de certa forma a personalidade jurídica, que seria a possibilidade de alguém ser titular de relações jurídicas, como forma de expressão da dignidade da pessoa humana e, este seria objeto de tutela privilegiada pelo ordenamento jurídico.

A Declaração dos Direitos do Homem diz: “Todo ser humano tem direito à vida”. Ora, o embrião é um ser humano, como demonstrado, e, portanto, tem direito à vida. Ademais, todo ser humano é pessoa, nos estritos termos do Pacto de São José da Costa Rica, o qual acrescenta que o direito à vida começa com a concepção in⁵.

Portanto a discussão entre a possibilidade ou não do embrião ser participe da sucessão legítima bem como da testamentária é evidente, mas como posteriormente abordado a consideração da dignidade e como a mesma agrega a personalidade jurídica, é evidente a consideração da possibilidade de tal embrião ser parte da sucessão, tendo o mesmo a personalidade jurídica advinda do princípio da dignidade existe sim a segurança jurídica bem como a legitimidade por representação nesta sucessão.

Será abordada a discussão sobre a sucessão do embrião “*in vitro*”, salientando quando este embrião possuirá personalidade jurídica, ou seja, em que estágio de sua concepção. Com base na doutrina se discutirá qual princípio deve ser considerado nestes casos, se o da dignidade do próprio feto ou da liberdade do sucedido, em escolher seus sucessores. Em análise a casos práticos, e discussões jurisprudenciais e doutrinárias quanto à pertinência do tema em questão.

⁴ CF - Leslei Lester dos Anjos Magalhaes, 2012. **O princípio da dignidade da pessoa humana.**

⁵ **A vida dos direitos humanos. Bioética médica e jurídica.** (Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 398).

Um dos métodos de abordagem teórica para a construção do raciocínio acerca da sucessão do embrião “*in vitro*”, no primeiro momento, o dedutivo, de modo a serem apresentados os conceitos gerais da temática, como seus contextos, causas, e efeitos jurídicos e materiais, bem como abordagem de casos práticos e suas respectivas resoluções. Tal método é adequado, pois permitirá ao leitor que se situe no que é exposto pelo tema antes que lhe seja exprimida a discussão, progredindo o texto, ainda através deste método, gradativamente para conteúdo mais específico.

Depois de demonstrado toda a relevância da discussão sobre a possível sucessão ou não do embrião “*in vitro*”, bem como a maneira que o campo doutrinário o define, serão apontados os aspectos positivos e negativos da prática em questão, para que tais ideias contrapostas sejam colocadas em discussão, conforme o método da dialética para assim se extrair soluções.

1- DIREITO DE PROPRIEDADE A LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O homem a partir do momento em que procurou seu crescimento material, tendo a oportunidade de adquirir bens materiais, teve o entendimento de garantir a sobrevivência dos seus familiares, possibilidade está protegida pelo Código Civil, sendo possível esta proteção por diversas formas, segundo Clovis Beviláqua, “propriedade como sendo o poder assegurado pelo grupo social à utilização dos bens da vida física e moral⁶”.

A proteção da propriedade está prevista tanto no Código Civil quanto na Constituição Federal de 1988, sendo uma atribuição necessária para a vida em sociedade conforme elucidado por Flávio Tartuci.

A partir de todas essas construções, pode-se definir a propriedade como o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um Direito fundamental, protegido no art. 5.º, inc. XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a coletividade. A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam do Código Civil de 2002 (art. 1.228), sem perder de vista outros direitos, sobretudo aqueles com substrato constitucional.⁷

A propriedade com relação ao seu uso, ou seja, deter a posse também é protegido no Código Civil e existe inclusive a autotutela, ou seja, defesa da posse em vias de fato, quando é privado do uso e gozo de sua propriedade, como previsto no artigo 1.210, parágrafo 1º e 2º do Código Civil.

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de

⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas. Coleção História do Direito Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2003. v. 1, p. 127.

⁷ TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil**. 2014 V único, p. 664.

defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

§ 2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa⁸.

A Constituição, por sua vez, garante que as pessoas de direito, possam usufruir dos bens adquiridos, e que em algum momento (sucessão), estas propriedades venham a ser transferida aos seus herdeiros, a possibilidade de transmissão dos bens é uma manifestação incontestável da proteção ao Direito de propriedade, sendo agregado a diversas legislações nacionais sendo equiparado como já mencionado a carta magna. No Brasil, o Direito à herança é considerado fundamental, sendo garantido ao cidadão no artigo 5º inciso XXX, da Constituição Federal.

As demais garantias constitucionais têm a previsão de garantir a possibilidade de que os cidadãos tenham proveito da propriedade conquistada, podendo usar de forma livre está, desde que não interfira no uso e gozo dos demais em suas propriedades, bem como igualdade de utilização desta propriedade, segurança para seu usufruto.

1.2 – GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Podem-se elucidar como principais e mais abrangentes a todos os entes que possuem personalidade jurídica, os Direitos Fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como mencionado pelo autor Pedro Lenza, em sua obra Direito Constitucional Esquematizado.

Como vimos, o art. 5.º trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, espécie do gênero direitos e garantias fundamentais (Título II). Assim, apesar de referir-se, de modo expresso, apenas a direitos e deveres, também consagrou as garantias fundamentais. Resta diferenciá-los⁹.

⁸ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm

⁹ LENZA. Pedro – **Direito Constitucional Esquematizado**, 2013. P. 866.

Segundo Rodrigo Padilha, as garantias constitucionais são “o segmento do Direito Público interno que estabelece os fundamentos estruturais do Estado”¹⁰. Com base nas garantias constitucionais e por responsabilidade destas definem-se quais serão o Direito aplicável em suma os “fundamentais” para a convivência dentro do Estado, ou seja, as garantias que possuem os cidadãos que fazem parte desse ente denominado Estado.

Os direitos constitucionais aludidos no artigo 5º são pretensões, ou seja, ressalvas descritas na norma, enquanto as garantias fundamentais é o meio pelo qual se faz efetivo esse direito, possibilitando proteção ou reparação caso sejam violados.

Quanto ao Direito de propriedade, a Constituição de 1988 dedicou várias citações no âmbito do art. 5º como já mencionado e em outros capítulos, conforme afirmado por Gilmar Ferreira Mendes, “Somente no âmbito do art. 5º, mencione-se que os incisos XXII a XXXI tratam do tema do Direito de propriedade em sentido amplo, aqui contemplados o Direito de sucessão, o Direito autoral e o Direito de propriedade imaterial, dentre outros”¹¹.

Entende-se assim que, a propriedade seria um bem maior onde é possível a vida social, acumulação de bens vida em sociedade com suas devidas distribuições é o que acaba contribuindo para a formação de um Estado, como visto se abriu mão da vida livre onde o “Homem era lobo do Homem” para que cada um tivesse sua terra sua propriedade de que desta pudesse formular sua família.

A vida, a possibilidade de ir e vir, a manifestação de opinião e a possibilidade de reunião pertence à natureza do ser humano. Ao contrário, é a ordem jurídica que converte o simples ter em propriedade. A proteção constitucional do Direito de propriedade não teria, assim, qualquer sentido sem as normas legais relativas ao Direito de propriedade e ao Direito de sucessão¹².

¹⁰ PADILHA, Rodrigo – **Direito Constitucional** 2014, p. 43.

¹¹ Mendes, Gilmar Ferreira **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.p. 308.

¹² Mendes, Gilmar Ferreira **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.p. 308.

Nesse sentido, conforme exposto acima, Gilmar Ferreira Mendes também manifesta que a garantia da propriedade conforme dada na Constituição e no Código Civil é necessária para a sociedade o que interfere diretamente no Direito de Sucessão, pois com o ajuntamento de riquezas e tendo que ser passada essa propriedade para as gerações futuras se teve a necessidade de legislar sobre a sucessão ou como será dividido, sempre buscando equidade entre todos os herdeiros.

1.2.1 – DIREITO HEREDITÁRIO

Conforme se destacou desde o começo do presente trabalho, o direito a sucessão está previsto no ordenamento jurídico, sob a qualificação de garantia fundamental, por meio do artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal de 1988.

Analisando a premissa teórica de que as garantias fundamentais são “[...] direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do Direito constitucional positivo de um determinado Estado”, conforme definição de Ingo Wolfgang Sarlet,¹³ com a promulgação da Constituição mencionada o Direito à herança foi erguido ao patamar de garantia fundamental.

Sob uma análise das antigas constituições, pode-se perceber que o direito à herança sempre teve seu destaque desde a primeira Carta até a Constituição de 1967, mas tendo sua expressa elevação somente na atual Constituição, onde este direito ganhou seu devido destaque é passou a ser considerada uma garantia fundamental.

A herança é um conjunto de bens deixados *causa mortis*, que é um instituto garantido como já vimos pela Constituição Federal, a qual lhe deu destaque de garantia fundamental, existindo um complexo normativo que proporciona sua subsistência, e sua aplicabilidade e utilidade no Direito.

Desse modo, quando ocorre o falecimento de um indivíduo e este possuía bens, inicia fenômeno sucessório regido pelos princípios constitucionais quais sejam; dignidade humana e igualdade, bem como pelas regras do Direito Civil e das legislações extravagantes.

¹³ “[...] direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado”, conforme definição de Ingo Wolfgang Sarlet,³¹

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

III - a dignidade da pessoa humana; .

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; {...} ¹⁴

O direito à herança existe praticamente em todas as sociedades, as quais possuem sua organização jurídica, diante da necessidade da transferência dos bens com a morte do sucedido. A doutrina considerada socialista acaba condenando tal direito, neste sentido Washington de Barros Monteiro¹⁵ faz constar que, para tal doutrina, o referido instituto foi introduzido pela preguiça, gerando desigualdades, devendo ser o trabalho a única fonte de renda do homem.

Este entendimento foi se perdendo ao longo dos anos, com a conscientização de que de que a inexistência do direito à herança causaria a perda de um dos aspectos da propriedade.

Nesta esteira, não se pode deixar de destacar o magistério de Cunha Gonçalves¹⁶, que defende a manutenção do direito de herança, argumentando.

A - Abolindo-se a herança, suprime o socialismo um dos mais poderosos estímulos da atividade humana, o desejo de transmitir à prole os meios necessários ao seu conforto e bem-estar; B – A supressão aniquila o espírito de poupança e de capitalização, favorecendo o desperdício e fomentando a prodigalidade. Desaparecerá o interesse pela economia, ninguém mais se preocupará com a acumulação de bens, se obrigado a deixá-los à coletividade após sua morte; C – Estanca uma das mais apreciáveis fontes de renda do erário público, a arrecadação do imposto de

¹⁴ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

¹⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, p. 6. v. VI.

¹⁶ GONÇALVES, Cunha. **Tratado de direito civil**.v. 9. p. 467.

transmissão *causa mortis*; D – Elimina uma das bases de coesão familiar, condenando seus membros ao individualismo, à dispersão de forças e ao egoísmo personalista; E – Espolia a família em proveito da comunidade, esquecidos seus adeptos de que a primeira representa o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social, merecedora, por isso, de maior amparo; F – Não é verdadeira a afirmativa de que o Estado faça melhor aplicação dos haveres, pois infelizmente repetem-se os casos de malversação dos dinheiro públicos; G – Finalmente, a abolição da herança, preconizada pelos socialistas, pode ser facilmente burlada. Como não existe herança, o indivíduo faz doação em vida aos herdeiros, mediante reserva de usufruto. Outro inconveniente: a supressão da herança gera a fraude; o *de cuius* simula ou confessa dívidas fantásticas que absorvam todo o seu patrimônio, assim favorecendo as pessoas que deseja aquinhoar, como sucedeu em Roma com a Lei Vocônia, e na Rússia, quando se banuiu a herança.

Este mesmo pensamento elucidado acima foi o mantido pelos constitucionalistas brasileiros, caracterizando-o como garantia fundamental mediante a positivação do dispositivo do artigo 5º, inciso XXX, que dispõe: “É garantido o direito de herança.”

Ao incluir a herança entre os direitos fundamentais, a Constituição da República garantiu proteção ao instituto, remetendo ao legislador ordinário a tarefa de traçar as regras de direito material, conforme consta do último livro do Código Civil, que se inicia pelo artigo 1.784.

Para sintetizar tais informações, útil se faz o escólio de Gilmar Ferreira Mendes¹⁷, para quem o direito hereditário tem previsão constitucional, caracteriza-se como instituto jurídico e situa-se em um complexo normativo que assegura a “[...] existência, a funcionalidade e a utilidade privada desse direito”.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, p. 154

1.3 – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é uma característica intrínseca, a qual não poderá ser separada de qualquer ser humano, ou seja, é isto que o define como tal. O ser humano é um ente de direitos, os quais devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes. Carmem Lúcia Antunes Rocha, ao comentar o Art. 1º da Declaração dos Direitos Humanos, o festejado dispositivo que decreta a igualdade de todos os seres humanos em dignidade e direitos, faz as seguintes considerações; “Gente é tudo igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada um à sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. {...} . Lida com as agonias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual {...}. A alegria, sente-se igual¹⁸ .

A dignidade da pessoa humana não seria uma formulação da Constituição, ou seja, não veio do pensamento constitucional, mais sim uma concepção a priori, existe tal como a própria pessoa humana.

O entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, quando informa sobre as dificuldades quanto à definição exata sobre a dignidade da pessoa humana.

E como relembra este autor, foi Kant quem definiu o entendimento de que o homem, por ser pessoa, constitui um fim em si mesmo e, então, não pode ser considerado como simples meio, de modo que a instrumentalização do ser humano é vedada. Tal definição tem inspirado os pensamentos filosófico e jurídico na modernidade. A dignidade não pode ser renunciada ou alienada, de tal sorte que não se pode falar na pretensão de uma pessoa de que lhe seja concedida dignidade, posto que o atributo lhe é inerente dada a própria condição humana.¹⁹

O pensamento de dignidade da pessoa humana como valor intrínseco, determinante da situação do ser remonta ao pensamento clássico e tem origem ideológica no pensamento cristão. Pode-se recorrer novamente a Ingo Wolfgang Sarlet, para melhor elucidação: “Ao pensamento cristão coube, fundada na

¹⁸ OLIVEIRA, Pedro A. Ribeiro. **Fé e Política: fundamentos**. São Paulo: Idéias e Letras, 2005.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais - Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

fraternidade, provocar a mudança de mentalidade em direção à igualdade dos seres humanos.”²⁰

O reconhecimento constitucional do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana remete à investigação dos conceitos de pessoa, personalidade e sujeito de direitos. Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho “a pessoa é um *pruis* para o direito, isto é, uma categoria ontológica e moral, não meramente histórica ou jurídica”. E continua o referido autor: “pessoa é todo indivíduo humano, homem ou mulher, por sua própria natureza e dignidade, à qual o direito se limita a reconhecer esta condição”²¹, para Baracho, “o conceito de pessoa e o direito à vida são essenciais para explicitar a concepção de Direitos humanos e a internacionalização dos mesmos e, portanto, para consagrar a dimensão da dignidade da pessoa humana.”²²

Portanto, como mencionado anteriormente, a dignidade da pessoa humana não seria uma formulação da constituição. A Constituição vem notando vigência, transformando este em um valor supremo do ordenamento jurídico, declarando-o como um de seus fundamentos, ou seja, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Pode-se definir que esta seria um valor para a realização dos Direitos fundamentais humanos, intrínsecos ao ser humano, fazendo deste igual a todos por serem sujeitos de direito e dignificando o ser, revelando-se como garantia suprema que dimensiona e humaniza.

1.4 - BIODIREITO E BIOÉTICA

Estes estudos são apontados por alguns doutrinadores, como novo microsistema do Direito, este sendo uma ciência complexa requerendo em constância a interdisciplinaridade com os demais ramos do Direito, aplicando a justiça a cada caso concreto que se manifesta os fundamentos do “biodireito” e sua regulamentação existente em normas e leis esparsa.

²⁰ SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 24.

²¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2006, p. 106.

²² Idem.

Segundo Maria de Fatima Freire de Sá, “O julgamento de um médico perante o Conselho Federal de Medicina seria um julgamento relacionado ao “biodireito”²³, pois se tem a necessidade do envolvimento do Direito e da ética, ambos relacionados, as normas jurídicas não seriam preceitos totalmente fechados mas aplicáveis em princípio.

A aplicação do “biodireito” deve partir como dito anteriormente do estudo dos casos concretos relacionando regras e princípios, entre eles o princípio da precaução, autonomia privativa, princípio da responsabilidade e o da dignidade, onde deve-se buscar uma devida segurança contra possíveis danos, o auto governo da pessoa humana, sendo responsável quanto a cada ato procurando minimizar ou reparar possíveis danos causados e nosso direito indisponível da proteção da pessoa humana a garantia fundamental da dignidade humana.

O principal seguimento da bioética seria a melhoria do “biodireito” através da perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, proposto originalmente por Potter, como mencionado por Diniz²⁴. Os temas derivados da autuação da bioética com relação ao início e findar da vida do ser humano. Com efeito, escreveu Silva que a reflexão sobre a bioética “[...] congrega, sob o foco de uma concepção personalista da humanidade, desde as questões clássicas da deontologia médica até os modernos dilemas da ecologia política”²⁵, posteriormente surgindo o “biodireito”.

1.5 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A procriação sempre foi motivo de estudos da civilização humana, está buscando o controle dos meios de reprodução da sua população por deveras motivações, tal preocupação com a possibilidade de possuir herdeiros, se revela desde a Antiguidade onde mulheres inférteis poderiam ser rechaçadas pelos maridos em razão da sua impossibilidade de procriar.

²³ Sá Maria de Fatima De **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte, Del Rey, 2011, p.23/24

²⁴ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

²⁵ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002, p. 167-168.

Após anos de pesquisa e sobre muita insistência contrária aos avanços científicos, em sua maioria religiosos, a ciência prosseguiu com a tentativa de desvendar os segredos contidos na criação da vida. Aponta-se a Idade Média como sendo o período histórico em que ocorreu a primeira inseminação artificial humana, sob a modalidade homóloga, sendo a heteróloga exitosa somente no final do século XIX. A partir de 1950, as técnicas de inseminação artificial se difundiram com imensa rapidez a ponto de apenas nos Estados Unidos da América mais de vinte mil crianças nascerem anualmente, concebidas através de inseminação artificial²⁶.

Após os devidos avanços e a possibilidade de então dominar a reprodução assistida, teve-se a necessidade de regulamentar tais atos.

O Direito Brasileiro, no parágrafo único do art. 9º da Lei nº 9.263/96, prevê que qualquer método ou técnica conceptiva ou contraceptiva somente poderá ser prescrita após avaliação e acompanhamento clínico, com prévia informação sobre os riscos, vantagens, desvantagens e eficácia da medida, o que pressupõe a existência da infertilidade da mulher, do homem ou do casal, daí o recurso do auxílio médico.

No Código Civil vigente, as técnicas de reprodução humana assistida homóloga são tratadas em dois incisos do art. 1.597, estabelecendo a presunção de que foram concebidos durante o casamento os filhos havidos por “fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido e havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”.²⁷

Pode-se citar também a reprodução humana assistida homóloga em período que o marido ou companheiro já é falecido, também chamada de reprodução humana assistida homóloga *post mortem*, podendo, assim, o nascimento ocorrer após os trezentos dias do falecimento do ex-cônjuge.

Quando o inciso III do artigo 1.597 do Código Civil vigente admite a presunção de paternidade dos filhos que foram concebidos durante o casamento por quaisquer das técnicas de reprodução homóloga, mesmo com o marido já falecido, não soluciona a questão da possível desigualdade entre filhos no campo do Direito sucessório.

²⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**. In: GAMA, Guilherme Camon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. 2003, p. 670.

²⁷ Art. 1.597, inc. III e IV do Código Civil de 2002.

A inseminação *post mortem* (também denominada inseminação intermediária, já que não é homóloga nem heteróloga) não se justifica porque não há mais o casal, e poderia acarretar perturbações psicológicas graves em relação à criança e à mãe, daí a conclusão quanto ao desaconselhamento de tal prática.²⁸

Será heteróloga a reprodução assistida em que o espermatozoide ou o óvulo utilizado na fecundação, ou até mesmo ambos, forem doados por terceiros, que não são aqueles que os pais sócios afetivos da criança gerada, e na maioria dos casos estes são armazenados em banco de sêmen.

O ponto cerne relacionado à paternidade-filiação e à maternidade-filiação, a partir das técnicas de reprodução humana heteróloga, devem ser considerados diferentes, já que se deve ponderar que os cônjuges/companheiros contribuem com seu material genético (espermatozoide ou ovulo), por força da esterilidade. O caso mais corriqueiro de aplicação das técnicas de reprodução heteróloga se dá a partir da doação de espermatozoide de terceiro, ocasionando o não vínculo da consanguinidade à origem da paternidade-filiação. Assim, existe a necessidade de se verificar a presença ou não do aceite do homem para avaliar se o vínculo de parentesco poderá ou não ser reconhecido. Por isso, é essencial observar que o parentesco estabelecido nesse tipo de procriação não será o natural – biológico –, mas o civil.

²⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**

2 - REPRODUÇÃO E O DIREITO CIVIL

Neste capítulo apresentar-se-á uma abordagem doutrinária sobre o Direito Civil envolvente quanto a família e filiação bem como assuntos envolvendo a existência da personalidade jurídica do embrião decorrentes da fertilização *in vitro post mortem*. Especificando seus conceitos gerais, significados, principais características e destacando os pontos relacionados ao tema e que o viabilizam. Tratar-se-á, bem como a cerca das teorias sobre o início vida e o surgimento da personalidade jurídica.

2.1 - DIREITO DE FAMÍLIA e FILIAÇÃO

A filiação, apesar de não possuir um conceito contundente dado pela Constituição Federal, ou ainda, pelo Código Civil, é um importante grau de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau, que pode ser definido pelo nexu jurídico estabelecido entre os pais e seus filhos. É a relação existente entre uma pessoa e àquelas que o geraram ou o receberam como se o tivessem gerado.²⁹

O direito de filiação decorre por consideráveis alterações ao longo das últimas décadas, estas provenientes não apenas das concepções morais da sociedade, como também quanto aos efeitos jurídicos atribuídos aos filhos.³⁰

Uma apontável modificação foi dada com a proibição de qualquer forma de diferenciação quanto à natureza do filho. Portanto, independente de terem sido concebidos ou não dentro do casamento, de forma natural ou por meio de métodos de fertilização ou ainda por meio da adoção, todos terão os mesmos direitos, qualificações e garantias. Essa alteração foi apresentada ao ordenamento jurídico por meio da Constituição Federal Brasileira de 1988, no seu artigo 227 § 6º.³¹

Entre os princípios relacionados com o presente tema existem os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da paternidade responsável, da igualdade entre os filhos, da solidariedade familiar, do melhor

²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 396 v. 5.

³⁰ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil**. 2 ed. São Paulo: Método, 2009, p. 10521054

³¹ BRASIL. **Constituição (1988)**. Brasília, DF: Senado, 1988

interesse da criança, da segurança jurídica e o princípio da legalidade, entre outros princípios aplicáveis.

A *priori*, analisa-se o princípio da dignidade da pessoa humana. Este é o fundamental e mais abrangente dos princípios constitucionais, no que diz respeito ao Direito de família e é incumbido por viabilizar o pleno desenvolvimento e a realização de todos os membros da sociedade.³²

O legislador constituinte consagrou no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal Brasileira, ser o Estado uma fundação voltada para o homem em sua generalidade como espécie e assegurou as exigências básicas do mesmo em suas várias dimensões, incluindo, desta forma, às prerrogativas e garantias fundamentais ao exercício e a manutenção da cidadania. Este é uma garantia fundamental e determina que todos os homens são membros igualitários do gênero humano. Por isso, tal princípio tem a finalidade de impor a todos a obrigação de obedecer ao dever de tutela e respeito para com as demais pessoas.

Outro relevante princípio é o que determina a igualdade entre os filhos. É sabido que este é um princípio que se derivou do princípio formal da igualdade disposto no artigo 5º da Constituição Federal do Brasil, onde todos serão iguais de acordo com a lei. Acontece que a partir do Código Civil Brasileiro de 2002 o princípio da igualdade se materializou de inúmeras outras formas e entre elas na área do Direito de família. Onde a própria legislação passou a garantir que deve existir igualdade entre todas as entidades familiares, entre os cônjuges e companheiros e ainda entre os filhos de qualquer origem.³³

O princípio da igualdade entre os filhos tem disposição na Constituição Federal artigo 227§ 6º, assim como no artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA- Lei nº 8069/90) e no artigo 1596 do Código Civil Brasileiro. Sendo que nestas três formas aparecem com a disposição de que os filhos, havidos ou não dentro de um casamento, ou provenientes de uma doação, terão os mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à sua filiação

É notório que os princípios constitucionais possuem grande atuação e formulação quanto aos limites e dos moldes da filiação. Entretanto, se faz

³² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23, v. 5

³³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 92-95

necessário compreender os mecanismos que envolvem a filiação decorrente de fertilização *in vitro post mortem* de algum dos pais, bem como os entendimentos com relação ao início da vida ou o surgimento da personalidade jurídica.

2.2 - CONSIDERAÇÕES A CERCA DO INÍCIO DA VIDA

As deliberações com relação à personalidade jurídica, além dos aspectos acima abordados, também colidem frontalmente com a questão do início da vida. Afinal, para ser detentor de direitos e obrigações no âmbito jurídico, há requisitos a serem preenchidos, dentre eles o nascimento com vida.

Desta forma, se faz necessário o estabelecimento de um ponto inicial para a atribuição de personalidade ao ser humano, pois, somente após o integral preenchimento dos requisitos, a pessoa passa a ter seus direitos garantidos pelo Estado. Face ao exposto, várias teorias surgiram buscando delimitar o momento em que se daria o início da vida para o direito.

Há que se enfatizar, primeiramente, que o desenvolvimento humano, ou seja, o que fala quanto a vida em si, é um ato contínuo, sequenciado, como bem lembra Rita Espolador, de acordo com a referida autora, é ainda importante se evidenciar que o conceito de indivíduo antecede ao de pessoa propriamente dito, sendo que:

A ideia de individuação no mundo real baseia-se em dois pressupostos: a distinção e autonomia, que significam, respectivamente, ser destacado do todo, reconhecível, e manter organizada, em unidade a pluralidade de elementos que lhe compõe. Apesar do transcurso do tempo. Verifica-se que a compreensão da individualidade dos seres vivos é bastante complexa, pois advém de um processo de individuação. Há dificuldades na identificação do começo do ser vivo, gerado por reprodução sexuada, em razão da forma organicamente sequenciada da geração de vida. No que diz respeito à espécie humana, essa forma de reprodução, em que as etapas se sobrepõem e se concatenam, permite que alguns

entendam que o embrião não passa ovo (sic). De toda forma, o ser humano possui uma singularidade muito antes do seu nascimento.³⁴

Destaca-se ainda que “biologicamente, a vida começa com a fecundação, embora a implantação ou nidação, momento em que se inicia a gravidez, é que garanta a sobrevivência do conceito”.³⁵

Assim, biologicamente, seria “o processo de atividade orgânica e de transformação permanente do indivíduo, desde a concepção até a morte”³⁶. É de cunho significativo expor que, no âmbito médico-científico, só haveria gravidez com a nidação do embrião no útero materno. Desse modo, o embrião *in vitro*, nessa concepção, ainda não seria ainda nascituro, mas somente organismo vivo, uma vida humana em potencial.³⁷

A vida humana irrompe e inicia a sua estruturação somática no exato momento da fecundação, antes, portanto, de o ovo implantar-se no útero. A nidação garante, apenas, o prosseguimento de um processo vital já em andamento, decorrente de seu próprio poder energético, e a continuidade evolutiva de uma complexa arquitetura citológicas, cujas linhas prévias já lhe chegaram esboçadas no desenho das primeiras divisões mitóticas.³⁸

Passaremos, a seguir, a uma análise das teorias jurídicas acerca do tema. Tal análise é de fundamental importância, tendo em vista que a definição do marco inicial para a proteção do ser humano pelos seus direitos, serve de alicerce para a elucidação da tutela da personalidade assegurada aos embriões *in vitro*.

³⁴ ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. **Manipulação genética humana: o controle jurídico da utilização de embriões em pesquisas científicas**. 225 f. Tese (Doutorado em direito das relações sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

³⁵ Idem

³⁶ ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. **Manipulação genética humana: o controle jurídico da utilização de embriões em pesquisas científicas**. 225 f. Tese (Doutorado em direito das relações sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

³⁷ FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

³⁸ BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

2.2.1- TEORIA NATALISTA

Segundo esta corrente a personalidade humana é atributo da pessoa que nasce com vida. Retornamos aqui ao Direito romano, conforme leciona Rita de Cassia Resquetti Espolador³⁹ pois, à época, considerava-se o feto prolongamento da mãe que o abrigava em seu ventre.

Para o ordenamento brasileiro não necessitamos de se comprovar a viabilidade, mas apenas o desmembramento da criança do ventre da mãe, de meio independente do método adotado, desfazendo assim a “unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos com vida orgânica própria”⁴⁰.

2.2.2 - TEORIA CONCEPCIONISTA

A teoria conceptista, por sua vez, considera como marco inicial da vida, bem como da personalidade, a fertilização do óvulo pelo espermatozoide. Os Direitos da personalidade, dessa forma, seriam já classificados a partir da fecundação das células germinativas, pois, desde esse ponto do desenvolvimento humano, já haveria um novo ser. Entende-se assim que, apenas os Direitos patrimoniais ficariam adstritos ao nascimento com vida, sendo que, em relação a tais direitos, o nascimento sem vida seria mera condição resolutiva, segundo Rita de Cassia Resquetti Espolador.⁴¹

Portanto, sendo o embrião portador de personalidade, sujeito de direitos, caracterizada está a necessidade de proteção dos direitos do “nascituro” desde a concepção, de forma independente se já implantado no útero da mãe ou *in vitro*⁴²

Feito esse breve panorama das teorias acerca do início da vida e da tutela jurídica, passaremos a nos atentar para o entendimento consolidado no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que concerne ao Código Civil

³⁹ ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. **Manipulação genética humana: o controle jurídico da utilização de embriões em pesquisas científicas**. 225 f. Tese (Doutorado em direito das relações sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

⁴⁰ Idem

⁴¹ ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. **Manipulação genética humana: o controle jurídico da utilização de embriões em pesquisas científicas**. 225 f. Tese (Doutorado em direito das relações sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

⁴² FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

Brasileiro de 2002, com relação à atribuição de personalidade jurídica à pessoa natural de alguns doutrinadores onde os mesmos fundamentam essa discussão, a fim de contrapormos os entendimentos atuais sobre o tema.

2.3 - PERSONALIDADE JURIDICA

Inicialmente, faz-se necessário ressaltar que a ordem jurídica brasileira, especialmente no que se refere à legislação civil, ao refletir, muitas vezes, sobre aspectos positivistas, salienta direitos de natureza patrimonial, segundo registra Jose Antônio Peres Gediel⁴³. Dispõe o Código Civil de 2002 em seu artigo 2º que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção⁴⁴, os direitos do nascituro⁴⁵”.

Para se possuir personalidade jurídica, assim sendo, há que se ter a entrada de ar atmosférico nos pulmões, mesmo que por um breve intervalo de tempo segundo a teoria “natalista”. Dessa forma, no Direito brasileiro, como afirma Fabio Ulhoa Coelho⁴⁶, não há que se comprovar a viabilidade da vida extrauterina, mas apenas que houve respiração.

A teoria “natalista” ressalta Ricardo Ferreira Júnior Damião⁴⁷ a qual seria a teoria adotada no ordenamento jurídico brasileiro, defende o início da personalidade quando há o nascimento com vida. A respiração seria fator fundamental para a verificação que o ser existe enquanto pessoa.

Destaque-se ainda que, pela expectativa de vir a se tornar sujeito de direitos, há corrente no sentido de acreditar que o nascituro tem seus direitos protegidos, sobre uma perspectiva fortuita. Ou seja, haveria uma mera probabilidade

⁴³ GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000

⁴⁴ O termo concepção utilizado pelo supramencionado artigo pode gerar variadas interpretações. Conforme nos ensina Ulhoa Coelho (2006, p.151), se entendido em um sentido literal, poderia significar tal termo a eficaz união dos gametas masculino e feminino, admitindo assim direitos aos embriões provenientes da fecundação *in vitro*. Entretanto, se interpretarmos o termo concepção como a implantação em útero, e sendo esta considerada necessária no desenvolvimento humano, a referida implantação seria o fato jurídico que definiria a natureza jurídica do embrião *in vitro*.

⁴⁵ Simara Chinelato define nascituro como “pessoa por nascer, já concebida no ventre materno (in anima nobile), a qual são conferidos todos os direitos compatíveis com sua condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz” (CHINELATO e ALMEIDA, 2000, apud NORBIM, 2006, p. 41-42). Ou seja, para ser nascituro teria que se ter a fixação no útero, a nidação.

⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil** – vol. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 137-159.

⁴⁷ DAMIÃO JÚNIOR, Ricardo Ferreira. **Material genético humano: aspectos sobre a sua disponibilização**. Curitiba: Juruá Editora, 2010

de direitos, que seria concreta com o nascimento com vida. Tal proteção não significaria, contudo, que o legislador estivesse considerando o nascituro como detentor de personalidade.

Nessa toada, ao julgar o Recurso Extraordinário 99.038/MG, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por intermédio de seus Excelentíssimos Ministros, asseverando que “EMENTA: nascituro. Proteção de seu direito, na verdade proteção de expectativa, que se tornará direito, se ele nascer vivo. [...] As hipóteses previstas no Código Civil, relativas aos direitos do nascituro, são exaustivas, não os equiparando em tudo ao já nascido”.

Segundo Rita de Cassia Resquetti Espolador, o ordenamento jurídico brasileiro haveria adotado a chamada teoria mista. Receberia este nome a referida teoria, pois, “a normatização brasileira assegura a personalidade somente após nascido com vida, porém sem abandonar a perspectiva de direitos em relação ao nascituro”⁴⁸ Dessa forma, segundo a referida autora, o nascimento com vida é fundamental para possuir personalidade, sendo que essa remonta à concepção.

Por certo, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe acerca dos direitos do nascituro, estabelecendo seu direito à curatela (o art. 1.779 do Código Civil dispõe que “dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro”); Direito à doação (o art. 542 do Código Civil estabelece que “a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”). Ou seja, o nascituro terá direito de receber bens por doação desde que esteja concebido no momento da liberalidade, conforme nos ensina Luciano Dalvi Norbim⁴⁹; Direito à sucessão (o nascimento sem vida é uma condição resolutiva do Direito à herança, pois, se não nascer com vida, é como se não tivesse existido), entre outros.

Realizado breve apanhado a respeito das principais teorias acerca da atribuição de personalidade na ordem jurídica brasileira, podemos notar que a predominância é de pontos divergentes tanto na doutrina quanto no Direito positivo. Afinal, dependendo da vertente adotada, a proteção do nascituro é concebida de formas opostas.

⁴⁸ ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. **Manipulação genética humana: o controle jurídico da utilização de embriões em pesquisas científicas**. 225 f. Tese (Doutorado em direito das relações sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

⁴⁹ NORBIM, Luciano Dalvi. **O direito do Nascituro à Personalidade Civil: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006

3 – CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO DE SUCESSÃO

Conforme demonstrado nos itens anteriores, o Direito de herança esta vinculado tanto a Constituição Federal quanto ao Código Civil. Contudo, anterior a esta consideração constitucional na condição de direito autônomo, foi reconhecido como direito proveniente do Direito de propriedade, o que justifica a utilização da expressão “propriedade que se transmite *causa mortis*”.

A herança é o conjunto de bens deixado *causa mortis*, que é um instituto garantido pela Constituição Federal - que elevou este a consideração de garantia fundamental e que existe um complexo normativo que assegura a sua subsistência, a utilidade e a aplicabilidade deste direito. Contudo, a transferência do patrimônio do “*de cujus*” para seus herdeiros (descendentes ascendentes ou colaterais) se subordina a regras específicas que delimitam os direitos e obrigações de todos os herdeiros e demais interessados.

O Direito das Sucessões, como conjunto de regras que regula a transferência do patrimônio do *de cujus*, para os seus sucedidos, deve ser interpretado de acordo com a atual concepção jurídica, mediante respeito absoluto aos princípios constitucionais norteadores do Direito Público e do Direito Privado, em razão da supremacia da Constituição.

A sucessão pode ser classificada de duas formas, a legítima e a testamentária esta última subdivide-se a título universal ou singular. A sucessão legítima ou *ab intestato*, é decorrente de lei, onde havendo o falecimento e não existindo um testamento a transmissão se dá aos herdeiros legítimos indicados pela lei (descendentes, ascendentes e colaterais), a sucessão também será considerada legítima se o testamento caducar ou for declarado nulo.

A sucessão testamentária se da pela disposição da ultima vontade, liberdade de escolha da destinação dos bens, estabelecida em um testamento. Existindo herdeiros necessários, ou seja, cônjuge/companheiro, descendentes ou ascendentes, o testador só poderá dispor de metade da herança (art. 1.789 CC). A parte restante não poderá ser disponibilizada no testamento por ser a parte “legítima” assegurada aos herdeiros necessários, não existindo estes o “*de cujus*” terá plena liberdade para dispor dos bens, contudo 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.

Na sucessão testamentária a título universal o herdeiro é chamado para suceder na totalidade da herança, fração ou parte dela, assumindo a responsabilidade relativamente ao passivo. Ocorre tanto na legítima como na testamentária, já a título singular o testador deixa ao beneficiário um bem certo e determinado (legado). O herdeiro não responde pelas dívidas da herança.

Destaca-se assim que falecendo um indivíduo que deixa bens, instala-se o fenômeno sucessório, regido pelos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade⁵⁰, bem como pelas regras de Direito Civil e da legislação extravagante.

Imperioso se faz, neste contexto, trazer à baila o conceito de sucessão hereditária, confeccionado por Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira:

[...] A transmissão do patrimônio de alguém que morre, a uma ou a mais pessoas vivas, toma-se em dois conceitos: subjetivo e objetivo. No primeiro, é o direito por força do qual a herança é devolvida a alguém; e no segundo, é a universalidade dos bens que ficaram de um defunto, com todos os seus encargos.⁵¹

A obtenção imediata faz nascer, entre os sucessores, uma comunhão que terá fim somente após um processo regular de inventário e partilha, que lhes permita assumir a posse plena dos bens, inclusive transferindo a propriedade no Registro de Imóveis.

Neste sentido, manifestou-se o desembargador Luiz Tâmbara, do Tribunal de Justiça de São Paulo, no acórdão número 456700, de 23 de outubro de 2003, afirmando que:

(...) a transmissão da herança, na sucessão, é do patrimônio indiviso e se especifica o quanto caberá a cada um dos sucessores. Tal especificação de quinhões dá-se com a partilha, ao final do inventário, e a aquisição efetiva da propriedade ocorre com o

⁵⁰ Tais princípios encontram-se insculpidos no artigo 1º, inciso III e no artigo 5º, caput, da **Constituição Federal de 1988**.

⁵¹ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado do direito das sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

registro, conforme o sistema nosso para a aquisição da propriedade imobiliária.⁵²

No mesmo sentido, afirmando que o princípio de “*saisine*” transmite apenas a posse indireta, e que é a partilha que individualiza os quinhões e determina a apreensão material dos bens que compõem o espólio, salienta a professora Giselda Maria Fernandes Hironaka⁵³

[...] a posse transmitida pelo droit de *saisine* não será sempre representada pela posse ampla, havendo casos em que a apreensão material das coisas que compõem o acervo hereditário só se realizará com a partilha. A posse que se transmite *causa mortis* é sempre a posse indireta.

O Direito sucessório, no Brasil, desde sua origem deu preferência ao parentesco, desmembrando a herança entre os familiares do seu autor⁵⁴ sem impedir, todavia, a manifestação de última vontade transmitida por testamento - que pode beneficiar tanto o parente como o estranho incluem-se neste a possibilidade de se deixar bens para o embrião o qual ainda não foi concebido, tendo assim garantido a igualdade entre os filhos, frente até uma demanda judicial de inventário - resguardada a legítima do herdeiro necessário (artigos 1.845 e 1.846 do CPC)⁵⁵.

O processo de inventário e partilha se condiciona à morte de alguém que deixa patrimônio, ou seja, o seu ajuizamento exige a abertura da sucessão hereditária⁵⁶. É pelo inventário que se conhecem os bens que serão finalmente distribuídos, enquanto a partilha é a fase final de todo o procedimento, visando à extinção da comunhão hereditária.

⁵² Acórdão nº. 456700, Apelação Cível da capital nº 45-6/7, disponível em: Acesso em: 30 mar. 2006

⁵³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das sucessões e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 7.

⁵⁴ Na lição de Lacerda de Almeida, citada por Caio Mário, “[...] o direito sucessório caracteriza-se como regime da propriedade na família.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit, p. 6. Nota 10).

⁵⁵ Herdeiros necessários são parentes privilegiados que sempre possuem direito a 50% do acervo hereditário. São eles os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

⁵⁶ Como é sabido, não existe herança de pessoa viva, de forma que qualquer ação envolvendo patrimônio de uma pessoa falecida exige a prova do óbito, por meio da competente certidão expedida pelo Cartório do Registro Civil. Destaca-se, neste diapasão, que a morte cerebral não autoriza qualquer ação no direito sucessório, já que o óbito é a falência de todos os órgãos vitais.

3.1. REPRODUÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* A LUZ DA DOCTRINA

A reprodução assistida *post mortem* é a possibilidade de se gerar um filho após a morte de seu genitor, valendo-se dos métodos de reprodução assistida, conforme já explanado no presente trabalho. Tema que gera muita polêmica, não só entre os doutrinadores, bem como em toda sociedade, envolvendo questões éticas e jurídicas - neste sentido visualizamos a participação do biodireito - tendo em vista os inúmeros questionamentos levantados em relação a essa criança concebida, dentre eles, a possibilidade, ou não, de participar da sucessão.

No Brasil, pelo fato de ainda não possuímos uma legislação específica quanto a abordagem ou discussão deste assunto, a questão se torna complexa desencadeando discussões diversas, tanto na esfera civil, constitucional, ética, bem como na medicina, dividindo opiniões entre os doutrinadores, profissionais da área, e também em toda sociedade. A Resolução 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina, que disciplina as técnicas de reprodução assistida, mesmo não possuindo força normativa, serve como paradigma ético para sua utilização, e assim dispõe:

[...] 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 crio preservado, de acordo com a legislação vigente⁵⁷.

Pelo fato deste gigantesco lapso legislativo no que diz respeito a possibilidade de sucessão dessas crianças concebidas após a morte de um dos pais, os doutrinadores divergem seus posicionamentos. Parte da doutrina defende, que a criança concebida após a morte do genitor ou genitora poderá, apenas, ser herdeira testamentária, fazendo analogia ao disposto no artigo 1.799, I, do Código Civil, que prevê a possibilidade de ser chamado a suceder a prole eventual de terceiro, de forma a entender que se poderia conceder esse direito à prole do próprio

⁵⁷ Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm Acesso em: 28 set. 2016.

testador, contando que haja autorização expressa do *de cuius* nesse sentido. Dentre os adeptos a essa corrente vale citar o posicionamento de Maria Helena Diniz:

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*. Poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca for a vontade do doador de sêmen de transmitir herança ao filho ainda não concebido, manifestada em testamento. Abrir-se-ia a sucessão à prole eventual do próprio testador, advinda de inseminação artificial homóloga *post mortem*.⁵⁸

Nesse mesmo sentido Ana Cláudia Brandão:

[...] o filho nascido posterior não teria direito a sucessão legítima. Configurar-se-ia a situação de um filho vivo se ver preterido na sucessão de seu pai por outros filhos, ou caso fosse o único filho, por outros herdeiros na ordem de vocação hereditária. Nada obsta, porém que o futuro filho seja contemplado em testamento, conforme estabelece o art. 1.799, inc., I, do Código Civil em vigor que permite a sucessão testamentária para a prole eventual [...].⁵⁹

Em contrapartida, existe entendimento doutrinário que defende a possibilidade de o filho proveniente de inseminação após a morte é assegurado o direito à herança testamentária, bem como a legítima, tendo em vista o que preconiza o artigo 227, § 6º da Constituição, proibindo qualquer tratamento discriminatório em relação aos filhos, bem como o artigo 1.597, III e IV, do Código Civil, que assegura a presunção de concepção na constância do casamento, conforme já explanado no trabalho.

Na mesma vertente está Carlos Cavalcante de Albuquerque Filho “vedar o reconhecimento e o Direito sucessório a quem foi concebido mediante fecundação

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6 ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva 2009, p.550.

⁵⁹ FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 102

artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada”. Pune-se o desejo de realizar um sonho⁶⁰

Para Maria Berenice Dias “a tentativa de emprestar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que vem a nascer, ainda que depois de alguns anos. Bata lembrar que não há limite para o reconhecimento da filiação”⁶¹

3.2 - SUCESSÃO DO EMBRIÃO *IN VITRO*

Com o avanço da ciência, adveio à possibilidade de o material genético poder ser preservado congelado em estado de criogenia, ou seja, resguardado através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo que, após o falecimento de um indivíduo, seu material genético (espermatozoide ou ovulo) possa ser utilizado, na reprodução assistida (fecundação *In Vitro*). Com base no raciocínio desenvolvido, e no caso não há diferença que motive tratamento distinto, a pessoa falecida (ex-cônjuge ou ex-companheiro) será considerada pai ou mãe, diante do fundamento da verdade biológica e do pressuposto do risco para fins de estabelecimento do vínculo parental. Contudo, haverá diferenças no que tange aos efeitos da paternidade-filiação se a pessoa falecida deixou outros filhos que foram concebidos e nascidos durante a vida.

No Direito brasileiro, nos termos dos artigos 1.717 e 1718, do Código Civil de 1916, somente as pessoas que, ao menos, tinham sido concebidas antes da morte do autor da sucessão, teriam aptidão para suceder – tal regra é inserida no âmbito dos artigos 1.798 e 1799, do código civil de 2002⁶², no art. 1.798 de forma mais técnica, porque se refere tanto à sucessão legítima quanto à sucessão testamentária –, sendo que, no caso da técnica conceptiva *post mortem*, ainda sequer havia embrião no momento do falecimento do ex-cônjuge ou ex-companheiro, art. 1.799, inciso I, admite o chamamento, na sucessão testamentária,

⁶⁰ Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho. **Fecundação artificial *post mortem***,190 apud DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 118.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 118.

⁶² **Código Civil 2002 Art. 1.798**. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que tais pessoas estejam vivas à época da abertura da sucessão⁶³.

O posicionamento descrito acima revela a diferenciação dos filhos concebidos após a morte de um dos genitores, notadamente diante da objeção referente ao direito da criança à convivência familiar e, especialmente, considerando o disposto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal⁶⁴, ou seja, o princípio da igualdade entre os filhos, independentemente de qualificação e de origem. Ao se admitir a possibilidade de disposição testamentária em favor da prole eventual decorrente do recurso às técnicas de reprodução assistida homóloga, deve-se considerar que o tratamento é diferenciado, no campo sucessório, entre os filhos, já que ao menos os filhos concebidos após a morte do pai somente poderão herdar por meio de testamento, e não na sucessão legítima segundo Heloisa Helena Barbosa⁶⁵.

A proteção agregada à questão da validade eficácia e possível revogação de algum testamento atualmente é considerada frágil considerando o nascimento posterior da criança gerada por meio de reprodução assistida. O estágio atual em que se encontra a matéria no Direito brasileiro, não há como se admitir, mesmo com vontade expressa deixada em vida pelo falecido (testamento), o acesso da ex-esposa ou ex-companheira às técnicas de reprodução assistida homóloga, diante do princípio da igualdade em direitos entre os filhos⁶⁶.

Atualmente no Direito brasileiro, se eventualmente a técnica for empregada, a paternidade ou maternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico, mas para a possibilidade de sucessão não se teria tal garantia, o que pode guiar a este filho prejudicado futuramente a pleitear a reparação dos danos materiais que sofrer de sua mãe ou seu pai e dos profissionais que a auxiliaram a procriar utilizando-se do sêmen de cônjuge ou companheiro já falecido, com fundamento na responsabilidade civil. Nos termos do artigo 1.597,

⁶³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: biodireito e as relações parentais**. 2003, p. 732

⁶⁴ **CF/88 Art. 227** - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁶⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**

⁶⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit., p. 733

inciso III, do Código Civil de 2002⁶⁷, há a previsão da presunção de que foram concebidos durante o casamento os filhos havidos por qualquer das técnicas de reprodução assistida homóloga ainda que o marido já tenha falecido. Contudo, o Código de 2002 não soluciona a questão a respeito da desigualdade entre os filhos no campo dos Direitos sucessórios⁶⁸.

Deste modo, o pensamento descrito acima não condiz com uma questão importante a ser abordada, que é a reprodução assistida *post mortem* vinculada apenas à técnica da fertilização *in vitro*. Nestes casos se existe a compreensão de que o marido ou a esposa estava vivo a época da fertilização, mas acabou falecendo anteriormente a transferência dos gametas para o corpo da mulher, ou seja, o mesmo já poderia ser considerado sujeito de Direito sucessório. A dúvida é se a condição de tiver havido a fecundação *in vitro*, mesmo sem ter ocorrido à transferência do embrião para o útero materno, mudaria as soluções anteriormente apresentadas.

No Direito brasileiro, a criança nascida depois dos trezentos dias da morte do marido não tem a paternidade automaticamente estabelecida em razão de não ser aplicada a regra da presunção de paternidade relativamente ao falecido. Eduardo de Oliveira Leite considera que a concepção ocorre antes da transferência do embrião para o útero da mulher e, desse modo, o que é relevante é a permanência da vontade do homem que foi manifestada, no âmbito do projeto parental, e que não foi revogada antes do falecimento⁶⁹.

A consideração mencionada acima se figura conforme os pressupostos necessários para o estabelecimento da paternidade-filiação decorrente da fecundação homóloga, porquanto se baseia na expressão da vontade manifesta durante o a convivência matrimonial, o que, é de extrema importância para ser garantida a paternidade (ou, presumido absolutamente tal vínculo). Desse modo, a concepção não pode ser confundida com o início da gravidez, sendo fato reconhecido juridicamente para o fim de não apenas estabelecer a paternidade, mas também para conferir direitos sucessórios à criança a nascer⁷⁰.

⁶⁷ **Código Civil 2002 Art. 1.597.** Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

⁶⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: biodireito e as relações parentais**. 2003, p. 733.

⁶⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**. 2003, p. 393.

⁷⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: biodireito e as relações parentais**. 2003, p. 734.

O legislador, ao redigir as normas presentes no atual art. 1.798, do Código Civil, não se vinculou aos pensamentos e novas tecnologias de reprodução humana, desse modo, adotou o parâmetro do revogado art. 1.718, do Código de 1916, ao se referir apenas às pessoas já concebidas. Deve-se diferenciar embrião do nascituro, pelo fato deste se encontrar em progressão durante a gravidez e, assim, é apenas necessária à consideração do início da vida conforme discussão apresentada anteriormente se é pelo nascimento ou pela concepção para verificar-se se houve ou não, a aquisição da herança ou do legado.

No que tange ao embrião ainda não implantado no corpo humano, ou seja, para alguns ainda não se pode considerar uma gravidez, a questão se coloca em outro contexto. Pode-se considerar com base nos estudos do nosso ordenamento jurídico, que o embrião ainda não implantado não pode ser considerado compreendido no art. 1.798, do Código Civil vigente, já que, no sistema jurídico brasileiro, é vedada a possibilidade da reprodução assistida post mortem, diante dos princípios da dignidade da (futura) pessoa humana, da igualdade dos filhos em direitos e deveres e, principalmente, do melhor interesse da criança (artigos 226, § 7º, e 227, caput, e § 5º, ambos da Constituição Federal)⁷¹.

Pelo fato da possível insegurança e garantia dos direitos dos filhos já nascidos à morte do titular da herança bem como a igualdade entre os filhos, a doutrina contemporânea, especialmente à luz do Código Civil de 2002, apresenta posturas diversas a respeito do assunto.

Francisco José Cahali observa que, no sistema jurídico anterior ao Código Civil de 2002, era inadmissível a constituição de vínculo de parentesco entre a criança gerada e o falecido (cujo material genético fora utilizado) sob o fundamento de que a morte extinguiu a personalidade; contudo, diante da regra do art. 1.597, do Código Civil vigente, o autor concluiu, a contragosto, que o filho do falecido fruto de técnica de reprodução assistida *post mortem*, terá direito à sucessão como qualquer outro filho, havendo sério problema a ser resolvido quando ocorresse o nascimento da criança depois de já encerrado o inventário e a partilha (ou a adjudicação) dos bens do autor da sucessão⁷².

⁷¹ Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/verquestoes.asp?con=54>. Acesso em: 10 outubro. 2016.

⁷² Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/verquestoes.asp?con=54>. Acesso em: 10 outubro. 2016

Eduardo de Oliveira Leite, por sua vez, distingue duas situações: a) a do embrião concebido *in vitro*, com sua implantação posterior ao falecimento do pai e b) a do embrião formado a partir do sêmen preservado (e pode-se, atualmente, também acrescentar o óvulo congelado) depois do falecimento daquele que forneceu o material fecundante. Para o autor, a primeira hipótese autoriza o direito à sucessão hereditária, pois já houve concepção, ao passo que, na segunda, não, pois não havia concepção no momento da abertura da sucessão.

Neste sentido, a doutrina contemporânea possui diversos posicionamentos a respeito do tema, sendo que não se relaciona problema anterior ao próprio Direito das Sucessões, quanto à questão da admissibilidade jurídica das técnicas de reprodução assistida post mortem no Direito brasileiro. Com fulcro nas garantias e princípios constitucionais em sua maioria e de forma especial, relacionados à dignidade da pessoa humana e à efetivação dos direitos humanos e fundamentais também no âmbito das relações privadas, é inegável a vedação do emprego de quaisquer das técnicas de reprodução assistida no período pós-falecimento daquele que, anteriormente, forneceu seu material fecundante e consentiu que o embrião formado ou seu material fosse utilizado para formação de nova pessoa humana, evidenciando assim sua disposição de vontade, ou seja, liberdade para dispor sobre seu material genético e o que seria realizado com o mesmo após seu falecimento.

No entanto, em sendo reconhecida a admissibilidade jurídica do recurso às técnicas de reprodução assistida *post mortem* (e, assim, sua constitucionalidade), a melhor solução a respeito do tema é a de considerar que o art. 1.798, Código Civil vigente, disse menos do que queria, devendo o intérprete proceder ao trabalho de estender o preceito para os casos de embriões já formados e aqueles a formar (abrangendo, pois, as duas hipóteses antes indicadas). O problema que surge, caso a criança venha a nascer após o término do inventário e da partilha, pode ser tranquilamente solucionado de acordo com o próprio sistema jurídico atual em matéria de herdeiros legítimos preteridos – por exemplo, na hipótese de filho extramatrimonial não reconhecido pelo falecido, sendo assim plenamente possível a sucessão do embrião gerado *in vitro*, pois conforme o caso do filho extramatrimonial é possível sua sucessão após término do inventário e da partilha de um filho concebido e este vindo a nascer após a morte do autor da herança.

Deste modo, deve-se admitir a petição de herança, com o pedido deduzido dentro do prazo prescricional de dez anos a contar do falecimento do autor da sucessão, pleiteando, assim, equalizar os interesses da pessoa que se desenvolveu a partir do embrião ou do material fecundante do falecido e, simultaneamente, os interesses dos demais herdeiros. Temos a partir deste pensamento novo hipótese de cabimento para os casos de petição de herança, a saber, aquela envolvendo o emprego de embrião gerado *in vitro* por técnica.

3.3 - SUCESSÃO POR FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* E A INCOMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A completude do ordenamento jurídico se apresentava como postulado da Escola da Exegese, ao determinar que o Direito positivado fosse constituído de normas jurídicas responsáveis por regular e dispor acerca das situações fáticas e necessárias de interesses do indivíduo. Dessa maneira, de acordo com essa acepção jurídica, o Direito seria pleno e não deveria apresentar lacunas.⁷³

Pode-se entender de forma mais precisa, quanto à plenitude, como a expectativa do ordenamento jurídico poder dar resolução em qualquer caso. Sendo assim, a incompletude deste ordenamento poderá ser determinada pelo fato de o sistema jurídico não possuir normas que proibam um determinado comportamento ou ainda que o permita de forma clara e específica. Dessa maneira, nos casos em que não houver nem a proibição ou a permissão de um caso concreto entende-se que o sistema é considerado como incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna.⁷⁴

Porém diante do atual desenvolvimento dos casos fáticos e suas complexidades, o ordenamento jurídico não é capaz de acompanhar tal avanço. Ou seja, em resumo, o que ocorre é que a sociedade avança muito mais rápido do que o desenvolvimento do Direito, acarretando assim, no aparecimento de normas ultrapassadas e no surgimento de lacunas.

⁷³ COSTA, Wellington Soares da. A incompletude do ordenamento jurídico. Disponível em: <<http://www.urutagua.uem.br/03costa.htm>> Acesso em: 01 out. 2013

⁷⁴ BOBBIO, Norbert. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10 ed. 1999. p.115

Neste mesmo sentido traz o artigo 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro que a partir do momento em que for a lei omissa, caberá ao juiz utilizar-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito para decidir o caso incompleto em questão.⁷⁵ Poderá ainda, embora não disposto pela Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, fazer uso da equidade desde que haja permissivo legal expresso, como se verifica pela determinação do artigo 127 do Código de Processo Civil.⁷⁶

Enquanto este país não apresenta uma legislação específica ao caso, médicos e magistrados se submetem às determinações oriundas das resoluções do Conselho Federal de Medicina que tratam do assunto.

A mais recente é a CFM nº 2013/2013 que além de revogar a CFM nº 1957/10, resolução anterior que versa sobre o assunto, adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida como sendo dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Entretanto, quanto ao tema da inseminação *post mortem* a resolução se limitou a afirmar que há a possibilidade da realização desta modalidade de reprodução assistida desde que haja prévia autorização do falecido, conforme já trazia as determinações legais vigentes. Evidenciando assim a lacuna, de tratar sobre o ponto em questão que é o Direito sucessório do filho concebido por fertilização *in vitro post mortem* e mantendo-se inerte as dúvidas e problematizações decorrentes do Direito sucessório desse indivíduo.

Desde a promulgação da Constituição Federal um ramo do Direito que progrediu de forma surpreendente é o ramo das tecnologias, pertencentes à quarta geração de direitos. Dentre estes avanços, um dos temas mais abordados é a reprodução humana assistida, por apresentar grandes divergências e discussões entre os juristas e por ainda não haver legislações específicas sobre o assunto.

Ocorre que diante da relevância do tema e a incompletude do ordenamento, a Constituição Federal como base hierárquica do sistema jurídico, deve agir como sendo o próprio alicerce das resoluções dos litígios, bem como a base da regulamentação competente. São as determinações e especificações dos

⁷⁵ BRASIL. **Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 10 out. 2016

⁷⁶ FIGUEREDO, Roberto e FIGUEREDO, Luciano. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: < <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/CIVIL%20-OAB%20-SITE.pdf>> Acesso em: 10 out. 2016

princípios trazidos pela própria Constituição que serão observados todas as vezes que surgir um fato novo, não previsto em lei específica

Alguns dos Direitos presentes nesse artigo da Constituição Federal, como o direito à vida, à saúde, à dignidade, à liberdade, são Direitos fundamentais assegurados a todos os indivíduos, determinados pelo artigo 5º da lei maior. Em contrapartida, os direitos à profissionalização, à convivência familiar e comunitária são direitos específicos às crianças e adolescentes. Ressalta-se com isso a importância dada pela Constituição Federal, que por mais que se torne redundante repetindo Direitos fundamentais, visa elencar os direitos que sejam determinantes para o interesse e a manutenção do menor. Sendo assim, este deve ser um importante princípio a ser observado que no que diz respeito ao Direito sucessório decorrente da fertilização *in vitro post mortem*. Uma vez que é de inteira relevância para a Constituição que sejam mantidos e preservados os interesses do menor.⁷⁷

Já o princípio da igualdade é um dos pilares de sustentação do meio jurídico. Visto como sendo uma forma essencial e justa de se viver em sociedade. É assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 5º onde determina que todos os indivíduos serão considerados e tratados como iguais diante a lei, sem que haja entre eles distinções de qualquer natureza.⁷⁸

Em decorrência do princípio da igualdade o legislador da Constituição Federal determinou ainda em seu artigo 227 § 6º o princípio da igualdade entre os filhos. Através deste princípio foi possível se afastar a diferenciação entre os filhos, estabelecendo uma igualdade absoluta entre eles. Inexistindo, a partir de então, distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, o poder familiar e ao Direito sucessório.⁷⁹

Após tomar conhecimento acerca das determinações da Constituição Federal de 1988 acerca da sucessão por fertilização *in vitro*, bem como da importância que seus princípios possuem para a completude do ordenamento jurídico resta-se compreender e analisar o posicionamento decorrente do que traz as disposições do Código Civil de 2002.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 214

⁷⁸ BRASIL. **Constituição (1988)**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁷⁹ DELFIM, Márcio Rodrigo. **As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem***. São Paulo: Revista do Direito Privado. v. 9, n 34, abr./ jun. 2008. p.214

O Código Civil de 2002- Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – foi o propulsor de temas nunca antes cogitados pela codificação brasileira. Porém, apesar de toda a sua inovação constata-se a sua proposital omissão a respeito de vários aspectos importantes, como por exemplo, os que norteiam e determinam evolução e a aplicação da reprodução humana assistida heteróloga.

Para iniciar a análise da sucessão por fertilização *in vitro* a partir das determinações do Código Civil de 2002 verifica-se na redação do seu artigo 2º a disposição deque uma pessoa somente se tornará apta a ter direitos a partir do momento em que haja seu nascimento com vida. No entanto, ela terá seus direitos salvaguardados desde a sua concepção⁸⁰

Ao se falar em fertilização *in vitro* surgem diversas dúvidas, tais como, qual deve ser o tratamento jurídico atribuído a este embrião humano ou quando começa a sua vida, em que momento ele adquire dignidade e até mesmo se seria possível atribuir a ele a tutela de direitos. Porém, essas são as indagações que visasse esclarecer.

Cabe ressaltar, que ao que tange a tutela civil do embrião concebido *in vitro*, bem como se ele teria ou não personalidade jurídica, são temas em que não há qualquer disposição do Código Civil. Entretanto, não se pode negar que há uma evidente aproximação entre o embrião *in vitro* e o nascituro, merecendo assim, o embrião, eminente proteção jurídica.⁸¹

Essa proteção jurídica ao embrião *in vitro* é necessária para que seja viável a existência de garantias e proteções de que estes embriões não sejam utilizados de formas comerciais ou ainda para que não haja a sua eliminação pura e simples. Além do mais, qualquer atividade que aconteça a fim de prejudicar tais embriões estará agindo de forma contrária às determinações oriundas dos Direitos constitucionais de proteção à vida e à dignidade humana.

No que tange a sucessão e a reprodução humana assistida o Código Civil/02 determina em seu artigo 1.798 que serão legítimos a suceder apenas aquelas pessoas que for nascida ou concebida até o momento em que ocorrer a

⁸⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **Sobre a repercussão geral e os recursos especiais repetitivos, e seus reflexos nos processos coletivos**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT- 882- abr.2009- 98 ano p. 12

⁸¹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Novos temas de biodireito e bioética: Os embriões humanos mantidos em laboratório**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 91-92.

abertura da sucessão.⁸² Sendo assim, o embrião concebido após a morte de seu genitor não teria direitos a receber a parte legítima de sua herança que receberia caso tivesse sido concebido antes da morte do genitor e autor da herança.⁸³

Sendo que a solução apresentada para o caso foi determinada pelo artigo 1.799, inciso I onde esclarece que os filhos ainda não concebidos poderão suceder por sucessão testamentária.⁸⁴ Desde que as pessoas indicadas por este como genitores da futura prole estejam vivas no momento da abertura da sucessão e que o filho seja concebido dentro do prazo de dois anos, caso não haja disposição testamentária específica.⁸⁵

Acontece que de acordo com essas determinações, os filhos frutos de uma inseminação realizada post mortem, prole eventual, não seriam herdeiros legítimos, podendo suceder apenas através da sucessão testamentária. O que contraria de forma clara o princípio da igualdade entre os filhos, previsto pela Constituição Federal no artigo 227§ 6º, onde há a determinação de que os filhos deverão ter os mesmos direitos e qualificações, independentemente de sua origem, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias quanto à filiação.⁸⁶

Levando em consideração tal contrariedade entre o Código Civil e a Carta Magna compreende-se que qualquer prática agressiva aos direitos de um indivíduo, independentemente de seu estágio de vida, atinge a sua dignidade. E é inconcebível qualquer atitude e norma que contrarie o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.⁸⁷

Após a análise acerca das determinações do Código Civil, verifica-se que a doutrina que compreende a possibilidade do Direito à sucessão decorrente da fertilização *in vitro post mortem* merece maior relevância, pois está calcada em princípios constitucionais norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo a dignidade da pessoa humana, igualdade entre os filhos e a segurança jurídica dos demais envolvidos na questão sucessória. Atentando-se tanto quanto

⁸² BRASIL. **Código Civil**. 12 Ed. São Paulo. Riddel. 2012

⁸³ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 p.112.

⁸⁴ BRASIL. Código Civil. 12 Ed. São Paulo. Riddel. 2012

⁸⁵ ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. **A reprodução assistida e as relações de parentesco**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3127>> Acesso em: 30 out 2013

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 p. 112.

⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2007.v. VII: p. 55

aos direitos da criança como quanto àqueles que também estão envolvidos com a herança do *de cuius*.

CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tratou do estudo do direito de sucessão e da possibilidade o embrião *in vitro* ser titular de sucessão, com o intuito de defender tal direito ao mesmo.

Para comprovar tal tese, foi feita uma análise de diversos aspectos que podem envolver o nascituro, tais como os direitos fundamentais, as legislações que podem ser aplicadas e garantidas a eles e também as teorias sobre a personalidade jurídica, visando com isso concluir que o nascituro também pode ser beneficiário do Direito sucessório quando fruto de uma fertilização *in vitro* post mortem.

No decorrer do trabalho foi analisado o direito de propriedade, do qual provem posteriormente a possibilidade de sucessão, pelo fato desta derivar dos bens conglobados durante a vida do sucedido após seu falecimento.

Após a realização de várias pesquisas doutrinárias observou-se que a todos os seres humanos, sem distinção, devem ser assegurados direitos como à vida, ao desenvolvimento digno, à assistência social, à saúde e à sucessão. E com tais direitos surgem os princípios que também devem ser protegidos, como a dignidade da pessoa humana, à igualdade, à igualdade entre os filhos, liberdade, paternidade responsável. Sendo assim, não caberia à legislação brasileira o papel de discriminar e pormenorizar um nascituro, simplesmente, pelo fato do mesmo ter sido reproduzido artificialmente e após a morte de seu genitor.

Analisaram-se dispositivos constitucionais e infraconstitucionais relacionados à possibilidade de sucessão bem como garantias fundamentais como a dignidade, igualdade, os quais estão intrínsecos ao ser humano desde sua concepção ou fertilização conforme estudo.

Tendo por base todos os pontos apresentados anteriormente, tanto com relação à possibilidade somente da participação na sucessão do filho proveniente de fertilização *in vitro* pela via da sucessão testamentária conforme artigo 1.799, inciso I e em contra partida a essa manifestação, o pensamento quanto a possibilidade de participação além da testamentária também da legítima, pelo fato deste assunto possuir tamanha relevância e envolver princípios constitucionais e entendimentos doutrinários entende-se que tal sucessão seria possível em suas duas formas pelo fato da própria exposição de vontade do autor da sucessão, visto que nos casos de

fertilização *in vitro* o mesmo se encontrava em vida quanto da concepção ou seja, realização do procedimento, falecendo antes da fecundação no útero materno, ou em um ventre que não seja o da mãe caso a mesma seja a autora da sucessão, mas já com entendimento de que essa vida futura já era de sua responsabilidade.

Verifica-se, assim, ser extremamente necessária legislação acerca da inseminação post mortem. Cabe ao Direito, como ciência jurídica das relações sociais, proteger os interesses das pessoas, sua autonomia, bem como salvaguardar direitos e garantias, em especial nos casos de notável necessidade. Ainda que não haja previsão normativa expressa, até que seja regulamentado, cabe ao aplicador analisar cuidadosamente a questão e ao Direito agir em consonância com o que já previsto, evoluindo conforme a sociedade. Dessa forma, o biodireito, deve tratar de questões complexas inerentes e ao desenvolvimento sócio-biológico sempre munido de dispositivos legais e princípios fundamentais, bem como balizado pela ética.

Em conclusão ressaltasse que, o ordenamento jurídico brasileiro não abrange a possibilidade de sucessão do embrião *in vitro* e os dispositivos relacionados no trabalho não são capazes de dirimir todas as questões que envolvem e permeiam o tema em questão. O que demonstra com clareza a incompletude perante o ordenamento jurídico brasileiro e a necessidade eminente de uma lei que viabilize e determine as regras para que seja realizada esta técnica. Isso por que o Direito exige por parte do legislador uma consciência exata do seu papel, não aceitando omissões jurídicas que acarretem incertezas e insegurança à sociedade.

Todavia diante da necessidade de garantir o direito do embrião *in vitro*, modo de fertilização utilizado cada vez mais no Brasil⁸⁸, sendo assim se faz jus a tal discussão abordada neste trabalho, a fim de estabelecer liames para a melhor decisão quando se tratar do direito que envolve o embrião *in vitro*.

⁸⁸ Número de fertilizações *in vitro* mais que dobra no Brasil em quatro anos, disponível em <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/05/numero-de-fertilizacoes-vitro-mais-que-dobra-no-brasil-em-quatro-anos.html>

REFERENCIAS

- A vida dos Direitos humanos. Bioética médica e jurídica.** (Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 398).
- ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. **A reprodução assistida e as relações de parentesco.** Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3127>> Acesso em: 30 out 2013
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional.** Editora Fórum: Belo Horizonte, 2006, p. 106.
- BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”.** Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas. Coleção História do Direito Brasileiro.** Brasília: Senado Federal, 2003. v. 1, p. 127.
- BOBBIO, Norbert. **Teoria do ordenamento jurídico.** Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10 ed. 1999. p.115
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil 1988.**
- CAPEZ. Fernando. **Direito Civil Direito de Família e Sucessões _ 2008_ 2ª ed.**
- Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho. **Fecundação artificial post mortem**,190 apud DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 118.
- CF - Leslei Lester dos Anjos Magalhaes, 2012. **O princípio da dignidade da pessoa humana.**
- COELHO. Fabio Ulhoa 2012. **Curso de Direito Civil. Vol. 5. Família & Sucessões**
- COSTA, Wellington Soares da. **A incompletude do ordenamento jurídico.** Disponível em: <<http://www.urutagua.uem.br//03costa.htm>> Acesso em: 01 out. 2013
- DAMIÃO JÚNIOR, Ricardo Ferreira. Material genético humano: **aspectos sobre a sua disponibilização.** Curitiba: Juruá Editora, 2010
- DELFIM, Márcio Rodrigo. **As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem.** São Paulo: Revista do Direito Privado. v. 9, n 34, abr./ jun. 2008. p.214
- DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 p. 112.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 118.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro: Direito de família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23, v. 5

DINIZ. Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6 ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva 2009, p.550

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. **Manipulação genética humana: o controle jurídico da utilização de embriões em pesquisas científicas**. 225 f. Tese (Doutorado em direito das relações sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

FABRIS. Sérgio Antônio. **A vida dos Direitos humanos. Bioética médica e jurídica**. Porto Alegre, 1999.

FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 102

FIGUEREDO, Roberto e FIGUEREDO, Luciano. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/CIVIL%20-OAB%20-SITE.pdf>> Acesso em: 10 out. 2016

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: biodireito e as relações parentais**. 2003, p. 732

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000

GONÇALVES. Carlos Roberto, 2012. **Direito Civil Brasileiro. Vol. 7 Sucessões**.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das sucessões e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 7.

Leal Jéssica e Macêdo Silva. **O Direito sucessório e o instituto da fertilização in vitro post mortem de embriões crio preservados**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31265/o-direito-sucessorio-e-o-instituto-da-fertilizacao-invivo-post-mortem-de-embrioes-criopreservados#ixzz3qyl07WVu>>. Acesso em: 11 de outubro de 2015.

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm

PADILHA, Rodrigo – **Direito Constitucional 2014**, p. 43.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**. 2003, p. 393.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**. In: GAMA, Guilherme Camon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. 2003, p. 670.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**.

LENZA, Pedro – **Direito Constitucional Esquematizado**, 2013. P. 866.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 92-95

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de Direito civil**. 2 ed. São Paulo: Método, 2009, p. 10521054

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos, **O princípio da dignidade da pessoa humana**, 2012.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Novos temas de biodireito e bioética: Os embriões humanos mantidos em laboratório**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 91-92

Mendes, Gilmar Ferreira **Curso de Direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.p. 308.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, p. 154

Míria Soares Enéias; Pereira Majoriê de Souza. **A reprodução assistida post mortem à luz do Direito sucessório brasileiro**. Disponível em: <http://imepac.edu.br/oPatriarca/v4/arquivos/trabalhos/ARTIGO04MIRIA.pdf> Acesso em: 15. Outubro de 2015.

Montalbano, Ana Caroline Oliveira. **Inseminação post mortem e seus reflexos no Direito de família e sucessões**. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/download/48/49>>. Acesso em: 11 de outubro de 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito civil: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, p. 6. v. VI.

NORBIM, Luciano Dalvi. **O Direito do Nascituro à Personalidade Civil: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado do Direito das sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

OLIVEIRA, Pedro A. Ribeiro. **Fé e Política: fundamentos**. São Paulo: Idéias e Letras, 2005.

SA Maria de Fatima De **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte, Del Rey, 2011, p.23/24

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais - Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 24.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 214

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002, p. 167-168.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. **O embrião humano: sua personalidade e a embrioterapia**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, n. 46, p. 151-179, 2007.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil**. 2014 V único, p. 664.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **Sobre a repercussão geral e os recursos especiais repetitivos, e seus reflexos nos processos coletivos**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT- 882- abr.2009- 98 ano p. 12

Wanderley Adriana. **Fertilização in vitro após abertura da sucessão o embrião terá Direito a sucessão legítima e testamentaria**. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/fertilizacao-in-vitro-apos-abertura->

dasucessao-o-embriao-tera-direito-a-sucessao-legitima-e-testamentaria-5186675.html>. Acesso em: 15 de outubro de 2015

ANEXO

Liminar do Processo nº 27862/2010

Autos nº 27862/2010

I. Kátia Adriana Lenerneir pretende compelir a Androlab – Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia a submetê-la a procedimento de inseminação artificial com o sêmen congelado de seu falecido marido Roberto Jeffersson Niels. Argumenta-se que era a vontade do esposo e que tem a autorização de família do falecido para concretizá-la, ao que se opõe o Androlab não consta disposição a respeito da destinação do material após seu óbito. Invoca fundamentos de fato e de direito em prol de sua pretensão e, afirmando o periculum in mora, pede antecipação de tutela. II. Registro, inicialmente, que não se podem confundir o sêmen e a vida com ele eventualmente gerada. A decisão não terá por objeto senão exclusivamente o material orgânico confiado à guarda do laboratório. E não se trata de amesquinhar a importância da questão trazida à apreciação deste juízo – hoje inusitada, mas que certamente será corriqueira com o evoluir da ciência médica e das técnicas de fertilização artificial. Pretende-se simplesmente repelir a idéia de que venha este juízo a decidir sobre a vida. Quanto à pretensão em si, penso que não deva impedi-la a preocupação com a paternidade. A preocupação não seria maior do que a inspirada pelos casos de inseminação artificial feita com o sêmen de doador anônimo, eventualmente identificado, estando o caso em questão, em princípio, albergado pelo Direito, a partir da interpretação do art. 1.597, inciso III, do Código Civil vigente, que trata de presunção de paternidade nos casos de fecundação artificial homóloga (gametas provenientes dos pais da criança a ser gerada). O dispositivo não restringe a presunção somente à hipótese de concepção na constância do casamento (inseminação/ fecundação antes do cônjuge), admitindo que também se presuma a paternidade no caso de concepção fora da constância do casamento. A redação dada pelo legislador parece pretender justamente regular casos como o presente, notadamente quando inequívoca a vontade do pai, apta a sustentar a presunção nos casos de fecundação heteróloga (um ou outro dos gametas, ou ambos, provenientes de terceiros, distintos dos pais), como prescreve o inciso V. Já se sustentou que —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 (Enunciado nº 106 aprovado na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>). Não parece, porém que essa manifestação de vontade deva ser necessariamente escrita; deve ser, sim, inequívoca e manifestada em vida, mas sendo também admissível a vontade não expressada literalmente, mas indiscutível a partir da conduta do doador – como a do marido que preserva seu sêmen antes de submeter-se a tratamento de doença grave, que possa levá-lo à esterilidade, e incentiva a esposa a prosseguir no tratamento. Aliás, também se entendeu que, —no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa da paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento (Enunciado nº 104 aprovado por ocasião dos mesmos estudos). Se a vontade implícita do pai é admissível nos casos de inseminação artificial heteróloga, com muito maior razão haverá de ser admitida para a inseminação homóloga, se inequívoca. Constituindo a vontade do pai o elemento-chave a amparar a pretensão, não se pode senão entender estarem os sucessores do doador falecido autorizados a dispor do material genético, coletado como garantia do propósito frustrado pelos tratamentos químicos e radioterápico e pela morte prematura, nunca esperada em razão da célere evolução da enfermidade que acometeu o esposo da autora, que esses tratamentos não puderam evitar. Em outros termos, podem os sucessores, ante o contido nos arts. 1.829, II, 1.836, 1837 e 1845, do Código Civil, pretender autorizar a utilização do esperma congelado, desde que para concretizar a vontade de Roberto Jeffersson Niels, sendo essa pretensão exercitável isoladamente pela autora, segundo os arts. 1791, parágrafo único, e 1.314, caput, do mesmo Código. O caráter personalíssimo do direito ao próprio corpo e, pois, ao próprio material genético, parece não impedir que se

aborde o tema na óptica do direito sucessório. A doutrina já reconhecia a disponibilidade de partes destacadas do próprio corpo quando destinadas a fins altruísticos ou científicos, estando a matéria hoje regulada expressamente no art. 14 do Código Civil vigente, que ressalva a intransmissibilidade dos direitos da personalidade prescrita pelo artigo 11 do mesmo Código. O disposto no artigo 199, par.4º, da Constituição Federal não repele essa idéia, por não dirigir-se ao tratamento de situações como a de que continuam estes autos, mesmo por estar a doação de espermatozóide excluída da disciplina e das limitações impostas pela regulamentação da norma constitucional (Lei nº 9.434/97, art. 1º, parágrafo único) e, ainda sim, por não parecer afrontá-la a pretensão ora analisada. Importante também esclarecer que essa abordagem não pretende tratar o espermatozóide coletado como herança deixada pelo *de cujus*. Prefere-se entrever, no fundamento da matéria sob o aspecto sucessório, simplesmente a busca de algum regramento, diante da lacuna da lei, para a transmissão de um aceitável direito de levar a cabo a vontade do falecido, sem que se deixe de reconhecer à autora o exercício de um direito próprio, mais fonte do que o direito de —fazer cumprirll, eventualmente transferido por sucessão. Realmente, Carlos Alberto Bittar, tratando do direito à disposição sobre o próprio corpo, o fazendo referência ao Código de 1916, considera-a —essencial para a consecução dos fins do matrimônio (Código Civil, arts. 229 e 231), definido exatamente como comunhão espiritual e material entre os cônjuges para a realização dos objetivos pessoais de cada um dos filhos e para a perpetuação da espécie. Daí tem os cônjuges direitos e deveres recíprocos quanto aos respectivos corposll (Os direitos de personalidade. 4. ed. rev. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 80). A autora, portanto, além da provável legitimação, como sucessora, para realizar a vontade do marido, parece ter também o direito de concretizar os planos feitos com ele, utilizando-se dos meios que deixou, notadamente porque, segundo prescrevem os §§5º e 7º do art. 226 da Constituição federal, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo os direitos referentes à sociedade conjugal —exercidos igualmente pelo homem e pela mulherll. Normas que, não por redundância, mas por sua importância, estão reafirmadas no art. 1565 do Código Civil vigente e no art. 2º da Lei nº 9.263/96. Eis o *fomus boni iuris*, a verossimilhança do direito invocado na petição inicial, que se respalda nos documentos de fls. 48/52, quanto à finalidade do

material coletado, quanto à vontade do esposo e quanto à anuência dos familiares à concretização do plano traçado em vida pela autora e por seu marido. Quanto ao periculum in mora, deve ser aceito como indicativo da urgência do provimento jurisdicional o relatório médico de fl. 54, segundo o qual haverá, com o passar dos meses, diminuição da perspectiva de sucessos no procedimento de fertilização pelo envelhecimento ovular e pela deterioração das condições necessárias à gravidez segura. No dizer do Dr. Edison Luiz Almeida Tizzot, —somando-se às tentativas anteriores frustradas de gravidez, os sucessos em sua obtenção, assim como à possibilidade de evolução segura da gravidez e de bom prognóstico fetal, são hoje inversamente proporcionais à demora, a qual pode, de fato, trazer danos irreversíveis ao direito invocado pela autora. Acresça-se que a possível irreversibilidade fática da liminar pretendida não deve obstar a sua concessão. O que o §2º do art. 273 pretende evitar é que a eventual irreversibilidade da lesão ao direito eventual do réu. No caso em questão não se entreve de que forma a irreversibilidade venha a afetar o laboratório, cujos interesses parecer já estar resguardados pela só postura responsável manifestada no documento de fl. 46, de exigir o suprimento judicial de omissões da lei ou do termo de fl. 38. O risco de irreversibilidade não obsta o provimento antecipatório se o indeferimento vier a tornar o direito do reivindicante inviável (STJ, AgRg no Ag 502.173/RJ, DJ 29.08.05, p.247) III. Sendo assim, defiro a antecipação de tutela e determino à Androlab – Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia que realize o procedimento de inseminação artificial em Kátia Adriana Lernerneier com o sêmen armazenado pertencente a seu marido Roberto Jeffersson Niels. Cite-se o réu, com as advertências dos arts. 285 e 319 do CPC, para que ofereça contestação em 15 dias. Intimem-se. Curitiba, 14 de maio de 2010.