



•NOVA•
UCSAL

“Eu também tenho Direito à herança do meu pai”:

FILHOS DA INSEMINAÇÃO POST MORTEM

Clara Finotti Colavolpe¹

Tereza Cristina Ferreira de Oliveira²

Resumo

Com propósito de averiguar a lacuna normativa existente no que diz respeito aos direitos sucessórios do embrião concebido post mortem, através de pesquisas exploratórias e descritivas, o presente artigo será fundamentado com base na acareação das letras normativas, vislumbrados em fontes secundárias, como artigos, livros e manuais, a fim de comparar o texto Constitucional dos artigos 1.597, do Código Civil de 2002, que implica na presença da filiação e o reconhecimento da paternidade, ainda que seja realizado procedimento artificial homólogo post mortem, e o artigo 1.784, também do Código Civil de 2002, que designa como parte legítima à sucessão as pessoas vivas ou, pelo menos, já concebidas no momento de abertura do processo sucessório, excluindo aqueles que ainda poderão vir a ser concebidos posteriormente à morte do autor da herança. Diante disso, busca-se analisar de que forma a inseminação homóloga post mortem repercute no Direito de Família e Sucessório, bem como as consequências jurídicas e psíquicas ao filho oriundo da fertilização póstuma.

Palavras chave: Inseminação Homóloga Post Mortem. Sucessão. Princípios Constitucionais. Filiação. Reconhecimento de Paternidade.

Resume

In order to investigate the existing normative gap with regard to the succession rights of the embryo conceived post mortem, through exploratory and descriptive research, this article will be based on the care of normative letters, envisioned in secondary sources, such as articles, books and manuals, in order to compare the Constitutional text of Articles 1,597 of the Civil Code of 2002, which implies the presence of parentage and the recognition of paternity, even if the homologous artificial procedure is carried out post mortem, and Article 1,784, also of the Civil Code of 2002, which designates as a legitimate part of the succession the living persons or, at least, already conceived at the time of opening of the succession proceedings, excluding those that may still be conceived after the death of the author of the inheritance. Therefore, we seek to analyze how the homologous postmortem insemination has repercussions on family and succession law, as well as the legal and psychic consequences to the child from posthumous fertilization.

Keywords: Homologist Post Mortem Insemination. Succession. Constitutional Principles. Membership. Recognition of Paternity.

¹Graduanda no curso de Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL. E-mail: clarafcolavolpe@gmail.com

²Advogada/OAB-BA, professora do Curso de Direito da Faculdade Ruy Barbosa, especialista em Direito Civil (UFBA) e especialista em família: Relações Familiares e Contextos Sociais (UCSAL). Doutoranda em família na Sociedade Contemporânea; Mestra em família: Relações Familiares e Contextos Sociais (UCSAL). Orientadora. E-mail: teresacristinaadv@hotmail.com

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES 3. CONCEITO DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA 4. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA 5. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM 6. A INSEMINAÇÃO POST MORTEM E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS 6.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 6.2 O PRINCÍPIO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR 6.3 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE 6.4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS 6.5 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE 7. O DIREITO DE FAMÍLIA DOS CONCEBIDOS ATRAVÉS DA TÉCNICA DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM 8. A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM E O DIREITO SUCESSÓRIO 9. A LACUNA NORMATIVA ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O CÓDIGO CIVIL 10. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

É incontroverso os avanços tecnológicos e suas repercussões nas relações familiares. O entrelace entre a conduta humana no campo da ciência reflete nos valores e princípios morais e jurídicos, conjecturando, conseqüentemente, na tutela dos direitos dos indivíduos e sua família.

Atualmente já é imaginável congelar o material genético do indivíduo para uma futura gravidez. Adiante disso, já existe também a possibilidade de se conceber um embrião post mortem, pela qual a mulher tem o poder de escolher suscitar o feto usando os gametas deixados pelo cônjuge após o falecimento deste, através do procedimento da inseminação artificial homóloga. Ocorre, que para além da medicina, cada vez que novos procedimentos como esse são adotados, surgem novas demandas sociais que necessitam de regulamentação jurídica.

Ocorre que as conseqüências jurídicas da fertilização póstuma geram conflitos constitucionais e legais. O Direito de Família, prevê no artigo 1.597, do Código Civil de 2002, a garantia de filiação e reconhecimento da paternidade à cria gerada através do material genético deixado genitor falecido. Por outro lado, a apreciação do Direito Sucessório, no artigo 1.784, do mesmo código, não reconhece o filho concebido post mortem como um herdeiro legítimo, ou seja, apenas através de testamento o filho proveniente de uma concepção porvindoura tem direito à herança deixada pelo de cujus,

uma vez que sugere o legado apenas aos nascidos ou pelo menos já concebidos no momento de abertura da sucessão.

Assim, por mais que o Direito Sucessório busque estipular segurança jurídica aos herdeiros que já possuem vida no momento da partilha sucessória, deixa de resguardá-la aos que ainda podem vir a nascer. Por isso, o presente artigo pretende analisar a desconformidade entre o Direito das Sucessões, de Família e as Letras Normativas, a fim de assegurar a vocação hereditária ao embrião concebido post mortem.

2 BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

São notórias as constantes mudanças sociais, principalmente quando se trata do entendimento da estrutura familiar. O que antes era visto sob uma perspectiva arcaica e patriarcal, hoje enfrenta a desconstrução de paradigmas, entendendo-se que família vai muito além do laço matrimonial e que existem diferentes formas de se estabelecer uma concepção familiar. (BRASILEIRO, 2016).

Como menciona Maria Berenice Dias (2001), a família era uma entidade patrimonializada, a qual tinha o seu reconhecimento pela força de trabalho e a procriação era sinônimo de melhores condições de sobrevivência, possuindo um perfil hierarquizado.

Ao longo do tempo, a instituição familiar fora sofrendo transformações, deixando para trás a ótica de autoridade exercida pelo homem, sendo este, ilustrado como chefe, administrador e representante da sociedade conjugal, em razão da submissão da mulher, que apenas desempenhava os papéis domésticos e maternos, o que gerou o rompimento dos moldes da conjuntura familiar como unidade econômica, religiosa e política (WELTER, 2004).

É possível perceber esta comutação ao estabelecer um senso de comparação na letra normativa da Constituição Federal de 1916 e 1988, de maneira que primeira afirmava que família apenas era considerada aquela proveniente de um casamento entre o homem e a mulher, sem haver a possibilidade de divórcio. No núcleo familiar, o contrato social predominava em detrimento da afetividade e não era permitido qualquer outro tipo de composição conjugal. Nesta época, o pai era visto como figura de poder, de modo a não restar espaço para a mulher tomar decisões ou impor alguma vontade. Existiam apenas deveres e obrigações nupciais, sendo irrelevante os costumes afetuosos. (GHILARD, 2013)

Com as alterações trazidas pela Constituição de 1988, fundamentadas na igualdade e dignidade da pessoa humana, expandiu-se o entendimento a respeito das estruturas familiares, surgindo as formações conjugais advindas da união estável, do relacionamento homoafetivo, da família monoparental, dentre outras múltiplas formas de reconhecimento que afastam a ideia da base patriarcal. Assim, extinguiu-se todo o conceito da uniformidade familiar e desenvolvia a percepção de família como membros que se veem desta forma, de modo a enaltecer o campo afetivo e garantir proteção a todos (RODRIGUES, 2009).

Indica Michel Bozon (2004), que os relacionamentos entre diversos gêneros, o controle da taxa de natalidade, a inserção da mulher no mercado de trabalho e a nova perspectiva de encarar a sexualidade também contribuíram para o surgimento de novos modelos familiares, e, conseqüentemente, ensejou novas atuações da figura feminina perante a sociedade, deixando de lado a procriação como principal papel. Logo, passa-se a ser repensada a vontade de ter filhos e a forma de concepção destes.

Não menos importante, o surgimento da pílula anticoncepcional e de outros métodos contraceptivos refletiram no poder de escolha e de imposição da vontade da mulher no que diz respeito a sua função materna, garantindo-lhe uma maior liberdade na decisão de querer e quando gerar filhos. Atrelado a isso, com o avanço da medicina, aperfeiçoaram-se as técnicas de reprodução humana, de maneira a garantir mais autonomia a mulher para a escolha de conceber um filho (PEDRO, 2003).

Com efeito, com a evolução da ciência, a maternidade moderna passou a ser questionada e ser vista como uma opção, não havendo mais espaço para aquela concepção conferida à mulher enquanto mãe e esposa, sendo alterada a percepção tradicional de família e paternidade (BRAZ, 2003).

Desta forma, é possível afirmar que os vínculos afetivos dos novos tipos de relacionamentos e as conquistas da classe feminina após do século XX fomentaram a desconstrução dos padrões referente a geração de descendentes. De igual modo, com o auxílio das técnicas científicas atuais, não há mais conformismo do modelo familiar clássico – composto por pai, mãe e filhos – quebrando o estereótipo das relações familiares singulares (Cunha, Ferreira, 2008).

3 CONCEITO DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Seja por necessidade ou vontade do casal, pela infertilidade da mulher ou pelo desejo da reprodução monoparental, com os avanços tecnológicos e novas descobertas científicas, possibilitou-se a gestação através de métodos artificiais de reprodução,

deixando-a de ser realizada apenas de forma natural, mas mantendo o respeito pela pessoa humana, à sua vida, integridade e dignidade. (DINIZ, 2014).

A Reprodução Assistida Humana, conhecida também como procedimento R.A., é o conjunto de técnicas utilizadas por profissionais especializados da medicina, capazes de gerar um embrião sem a necessidade de conjuntura carnal entre o homem e a mulher, ocorrendo, com a intervenção da medicina, de forma totalmente artificial (PASSOS, 2018).

Como aduz Maria Helena Diniz (2001), estas maneiras sintéticas de conceber um feto é o “conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano”.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015) afirmam que a reprodução artificial parte da interferência da medicina na reprodução humana, o que consequentemente gera a necessidade de entendimento do procedimento para interpretar suas consequências jurídicas e proteger os bens tutelados pelo ordenamento jurídico. Assim, intrínseco ao processo medicinal, diversos questionamentos surgem no âmbito da esfera jurídica, uma vez que traz questões como paternidade, filiação e vocação hereditária.

O Código Civil de 2002, não regulamenta de forma clara a reprodução assistida, apenas menciona em dispositivos do artigo 1.597 a problemática, o que demonstra a carência de letras normativas capazes de suprir e regimentar temas atuais a fim de acompanhar o desenvolvimento e mudanças sociais.

“Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: **I-** nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; **II-** nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; **III-** havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; **IV-** havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; **V-** havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

Vide artigo mencionado, a inseminação artificial pode ser homóloga ou heteróloga, tendo elas presunções jurídicas diferentes. Contudo, existem outros métodos de concepções artificiais que também necessitam de regulamentação judicial.

4 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Esclarece Elizandra Mara da Silva (2006), que existem diversos métodos para a reprodução assistida, que variam entre a fecundação dentro do próprio corpo da mulher,

chamadas de inseminação artificial homóloga, quando se é utilizado o material genético do próprio casal, ou heteróloga, quando usa-se gametas de um terceiro anônimo, o doador; bem como a reprodução que ocorre fora do corpo feminino, reconhecida como fertilização in vitro.

De acordo com a mesma autora, na inseminação artificial, através da masturbação, é recolhido o material genético masculino e implementado no colo ou na cavidade do útero da mulher. Já na fertilização in vitro, também chamada de ectogênese, a fecundação ocorre de forma externa, onde simula-se as condições naturais do corpo feminino para a concepção embrionária, possibilitando, inclusive, a doação tanto de óvulos, por parte da mulher, quanto de espermatozoides, por parte do homem, uma vez que a manipulação do óvulo ocorre de maneira extracorpórea.

5 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM

A inseminação artificial homóloga post mortem ocorre quando a mulher decide implementar o material genético, ora congelado, do próprio marido, após a morte deste. Como já mencionado, o artigo 1.597, do Código Civil de 2002, em seu inciso III, traz concessão jurídica para o reconhecimento do embrião concebido no decurso do matrimônio através do procedimento artificial com a utilização do material genético do cônjuge, ou seja, homólogo, ainda que este já seja falecido.

Contudo, a I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários, realizada no Superior Tribunal de Justiça em 2002, através do Enunciado nº 106, bem como o Conselho Federal de Medicina, pela Resolução 1.957/10, presume que há necessidade que o falecido tenha deixado uma autorização expressa para a efetuação desta prática, sob pena de não consideração da paternidade do menor concebido por meio da fertilização.

Menciona Douglas Phillips Freitas (2008) que pela resolução do Conselho Federal de Medicina, é notável a vontade do doador, o que necessariamente dispensa necessidade de qualquer instrumento testamentário para garantir os direitos sucessórios de um filho póstumo, salientando ainda, que sonegar tais direitos é infringir os princípios da dignidade humana, planejamento familiar e paternidade responsável.

Neste contexto, surgem as brechas normativas e divergências doutrinárias quando questionados os direitos resguardados pelo bebê proveniente do procedimento realizado após a morte do pai. Se houve prévia ciência e autorização do de cujus para uma futura concepção, deve o filho, além da paternidade e filiação, ter direito à herança deixada? (RIGO, 2009).

Moreira Filho (2002), compreende que no momento em que há a fertilização, deduz-se que existe também manifestação de vontade da gestação, o que provoca, além da presunção da paternidade e filiação, o direito à herança.

O Direito, embora traga esta realidade social, ainda não acompanha e não estende a previsão legal às consequências jurídicas de uma inseminação post mortem, uma vez que o próprio Código Civil, em seu artigo 1.798, apenas legitima a sucessão às pessoas nascidas ou, ao menos, já concebidas no momento da abertura da sucessão, ou seja, na ocasião em que morre o indivíduo, excluindo a hipótese do embrião concedido após a morte do genitor ser portador do direito hereditário.

Sobre isto, há discordância entre doutrinadores, uma vez que a própria letra normativa deixa espaço para ampla compreensão a respeito do tema. Para o jurista Caio Mário Da Silva Pereira (2007), não há o que se falar em direito sucessório para os fetos concebidos post mortem, visto que não houve reforma legislativa prevendo tal hipótese, o que poderia resultar na infração do princípio da não-discriminação do filho.

Por outro lado, Giselda Maria Fernandes Hironaka (2007), assegura que o embrião fruto da inseminação post mortem, se preenchido todos os requisitos mencionados no Enunciado nº 106, por vez já citado, deverá ser possuidor do vínculo paternal e de todos os direitos que dele derivam, até mesmo o sucessório.

Assevera, então, que a inseminação homóloga post mortem é matéria que necessita de análise legislatória, bem como dos princípios que dela procedem, para que não haja deturpação dos direitos adquiridos na origem do nascituro originário de um genitor já finado.

6 A INSEMINAÇÃO POST MORTEM E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Dentre tantos direitos originados após a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1978, inerentes a todos os seres humanos independente qualquer condição, o alicerce familiar e o direito à procriação é uns dos pilares basais.

Por conseguinte, em 1996, com o surgimento da Lei nº 9.263, regulamentou o artigo 226 da Constituição Federal, cujo envolve o capítulo a respeito da família e do casamento, houve a apresentação, através de medidas legais a respeito do planejamento familiar, que resultou na promoção da igualdade nos acessos à informação, métodos, técnicas e regulamentação quanto a fecundidade.

A sociedade, principalmente quando unida aos avanços tecnológicos e científicos, clama por mudanças, a fim de proteger seus bens jurídicos tutelados, sobretudo quando este bem é a vida e a personalidade do indivíduo. As inquietações sociais refletem em todo

ordenamento jurídico, que muitas vezes se torna insuficiente para suprir todas as demandas derivadas das transformações humanas, em sua esfera individual e coletiva, entretanto componentes do patrimônio individual também merecem proteção jurídica, como é o caso da dignidade pessoal, por exemplo. (BITTAR, 2015).

Salienta, Myrna Maria Rodrigues Neves Gomes (2009), que a compleição familiar faz parte da apreciação dos princípios e garantias atrelados aos artigos vigentes do ordenamento jurídico brasileiro implantados ao longo do tempo, tais quais o princípio da dignidade da pessoa humana, do livre planejamento familiar, do melhor interesse da criança e do adolescente, da igualdade entre os filhos e o da afetividade, que precisam ser ponderados sob a perspectiva de não contrapor com os direitos adquiridos em prol das modificações sociais.

6.1 O Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana

O sistema jurídico, em seu conjunto de normas e princípios, destacou a dignidade humana no primeiro artigo da Constituição Federal, o que revela a importância da humanização na interpretação dos preceitos do sistema legal (TEIXEIRA e CAXEIRA, 2007).

O Estado busca proteger o indivíduo e não o contrário, sendo assim, o ser humano é a maior escopo das atividades estatais, sendo seu amparo, jurídico e social, a maior finalidade (ALMEIDA JUNIOR, 2003).

Para Pelegrini (2004), este princípio proporciona ao homem uma existência digna, destruindo qualquer possibilidade de ofensas à sua dignidade. Intrínseco a isto, Immanuel Kant (1980), sintetiza que o homem deve ser visto como fim para si mesmo, não devendo submeter-se a inclinações para a realização de seus projetos, bem como carece de agir de acordo com seus deveres, para que desta forma conquiste autonomia e, conseqüentemente, a dignidade.

Segundo Roberto Andorno (2012), o princípio supracitado clareia a biomedicina, a fim de proporcionar o bem-estar físico e emocional de todos, sendo a medicina o elemento para servir ao homem.

6.2 O Princípio do livre planejamento familiar

O Princípio do Livre Planejamento Familiar, respaldado no artigo 226, §7º da Constituição Federal, bem como na Lei nº 9.263/1996, garante ao cidadão a liberdade de planejar sua estrutura familiar, sem qualquer intervenção Estatal ou de outrem, dentro da

autonomia privada do indivíduo (LÔBO, 2008).

Para o mesmo autor, a consolidação deste princípio está diretamente relacionada a dignidade da pessoa humana, uma vez que é necessário conceder autonomia de vontade para compleição familiar, não cabendo ao legislador definir qual gênero de família é o mais adequado à sociedade.

Pertence ao indivíduo o direito de decidir sobre ter ou não filhos, livre de qualquer intromissão no que fere a restringi-lo ou condicioná-lo, uma vez que repercute inteiramente na privacidade e intimidade da esfera da vida pessoal (CANOTILHO, 2013).

O casal, ou pessoa, nos casos das famílias monoparentais, devem optar pela concepção da sua prole, bem como na forma que esta será suscitada, se por intermédio da fertilização artificial ou de caráter natural, haja vista ter a tutela do seu direito de escolha e livre arbítrio no que diz respeito ao planejamento familiar (SCALQUETTE, 2010).

6.3 O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

Este princípio, preferido pelo ONU através da Declaração Universal dos Direitos da criança, em 1959, compreende a criança não apenas como um elo familiar, mas como um ser particularizado que merece atenção reiterada e intensificada, devendo ter proteção da comunidade e Estado (DEL REY, 2000, p. 203).

O melhor interesse para criança e adolescente parte do pressuposto que estes seres, ainda em desenvolvimento, são detentores de direitos e não devem ser percebidos apenas como objeto de intervenção judicial nos conflitos de possível existência (LÔBO, 2011).

Estes seres merecem cuidado primordial, a fim de velar pela saúde mental, emocional e social, amparando-lhes pela vulnerabilidade e provendo uma formação sadia (DA CUNHA PEREIRA, 2008).

6.4 O Princípio da igualdade entre os filhos

O princípio da igualdade entre os filhos, presente no artigo 227 da Constituição Federal, prevê a isonomia das necessidades da prole, rechaçando qualquer tratamento que os diferencie uns dos outros. Somado a isto, com a instituição da chamada Constituição Cidadã, foi reiterado o impedimento de tratamento diferente entre os filhos, principalmente no que diz respeito à filiação e aos outros direitos inerentes à paternidade (PIMENTA, 2008).

O art. 1596 do Código Civil, corrobora a carta Constitucional ao discorrer que os filhos, independentemente de existirem proveniente da relação de casamento ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, vedando qualquer tipo de diferenciação e discriminação, admitindo que toda a prole necessita em igual parte que as demandas vitais sejam atendidas pelo genitor a fim de garantir a sua dignidade quanto pessoa humana, proibindo discriminação com relação a filiação (DELFIM, 2009).

Na prática não implica se o filho foi fruto de um casamento, se a procriação foi natural carnal, por meio da reprodução assistida ou adotiva, isto porque todo e qualquer filho deverá ter os mesmos direitos, equipando-se, em razão deste princípio, juridicamente também (GAMA, 2008).

6.5 O Princípio da afetividade

A concretização da afetividade nas relações sociais é a demonstração de que a análise jurídica não pode ser afastada dos aspectos contidos nos relacionamentos, ou seja, cada vez mais se faz necessária intromissão do Direito nos âmbitos afetuosos familiares (CALDERON, 2011).

Apesar de não haver previsão legal, o princípio da afetividade está intrínseco no sistema jurídico brasileiro. Ao analisar normas, jurisprudências, costumes e aspectos sociais, percebe-se que este princípio constitui relevantes considerações para tomada de decisões em toda estrutura jurídica aplicada no âmbito familiar (ASCENSÃO, 2005).

O Direito de Família tem recorrido à subjetividade e afetividade para solucionar os conflitos familiares existentes, considerando-os como pilares fundamentais para os vínculos existentes entre os membros, elencando o campo afetivo como fator essencial às relações (GROENINGA, 2008).

7 O DIREITO DE FAMÍLIA DOS CONCEBIDOS ATRAVÉS DA TÉCNICA DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM

O Código Civil de 2002, prevê a filiação tanto para os filhos concebidos de forma natural quanto para àqueles provenientes da inseminação artificial. Prevista no artigo 1.597 do Código, por ora já mencionado, a fertilização pode ocorrer post mortem, ou seja, a mulher tem autonomia para decidir conceber o embrião usando o material genético do seu cônjuge após o falecimento deste, o que permite afirmar que, no Direito de Família, ainda que o genitor já seja falecido, há garantia de filiação e reconhecimento da paternidade.

Há divisão de juízos na doutrina quando se trata da inseminação homóloga post mortem, visto que a própria letra normativa admite brechas para distintas interpretações. Guilherme Calmon Nogueira (2008) raciocina que tal técnica deve ser repelida, justificada pela falta de validade constitucional e injúria aos princípios como o da dignidade humana, melhor interesse da criança e igualdade entre os filhos, haja vista o papel parental ser exercido somente pela mãe e os danos psicológicos futuros que podem ser gerados na criança, por simples vontade materna.

Por outro lado, Douglas Phillips Freitas (2008) discorre que, em virtude do livre planejamento familiar, o direito de conceber um filho post mortem não poderá ser cedido. Ainda, salienta que por expressar sua vontade de doar seu material genético, mesmo que seja utilizado apenas após a morte, este direito deverá ser tutelado, à esposa e à futura criança, sem qualquer tipo de restrição judicial, tanto para o Direito de Família, quando ao Sucessório.

Em benefício das lacunas normativas e assistência à ética, o Conselho Federal de Medicina, na Resolução nº 1358/92, definiu a necessidade de consentimento expresso do cônjuge para utilização do seu material genético, incluindo a possibilidade post mortem, o que, conseqüentemente, demonstra vontade do de cujus no reconhecimento da sua paternidade.

Admitindo o inciso III, do artigo 1.597, do Código Civil de 2002, a possibilidade do reconhecimento de paternidade aos filhos concebidos através da inseminação homóloga post mortem, os filhos advindos de técnicas científicas de reprodução humana devem ter seu direito de filiação e paternidade reconhecidos e adimplidos, sem qualquer detrimento de tratamento perante outros, caso haja, ainda que mediante procedimentos distintos.

Neste aspecto, Gabriella Bresciani Rigo (2009) questiona:

“Se não houvesse o sonho da paternidade, qual seria o motivo para um homem deixar seu sêmen congelado em um centro de reprodução humana medicamente assistida? O depósito do material é o autêntico consentimento do falecido para tal procriação”.

A genética é uma característica culminante para que não se fomente dúvidas sobre a legitimidade de um filho, se revelando de forma análoga à personalidade, como o nome, por exemplo (IBDFAM/Del Rey, 2002).

8 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM E O DIREITO SUCESSÓRIO

Assegurado pelo art. 5º, XXX, da Carta Magna Brasileira, o direito à herança, caracterizado pela transferência imediata de propriedade dos bens do falecido aos herdeiros, se divide em duas espécies, a sucessão legítima e a testamentária, amparadas nos artigos 1798 e 1799 do Código Civil, respectivamente, cuja a primeira qualifica-se pela falta de testamento, que resulta no deferimento do patrimônio do *de cuius* aos seus herdeiros necessários e facultativos, respeitando a ordem prevista em lei, protegida pelo art. 1829, também do Código Civil, sendo primeiro aos descendentes em concorrência com o cônjuge, em segundo aos ascendentes, também em concorrência com o cônjuge, em seguida o próprio cônjuge e, por último, os colaterais. Já o decurso testamentário, diz respeito à discricionariedade da vontade do falecido sob cinquenta por cento da herança deixada, registrada em instrumento civil.

Adotando uma postura natalista, o Código Civil brasileiro resguarda o direito sucessório àqueles nascidos ou pelo menos já concebidos no momento da abertura da sucessão, como apresenta o art. 1798. Ocorre, que, como discorrido anteriormente, com o avanço médico e tecnológico, atualmente existem métodos artificiais de procriação que geram reflexos no campo jurídico e precisam de amparo legal para tutelar os direitos dos que ainda não nasceram mas abrigam a possibilidade de vir a existir, a exemplo dos casos de embriões concebidos de feição póstumo (FREITAS, 2008).

Para os bebês provenientes da inseminação artificial homóloga post mortem, são pronunciados os direitos de filiação e paternidade, ora já comentado no presente artigo, mas lhe são vedadas as garantias sucessórias, a menos que seu genitor deixe expresso em testamento, como demonstra o artigo 1.799, inciso I, do Código Civil.

Percebe-se assim, uma incongruência normativa no que tange os direitos sucessórios dos embriões porvindouros, afinal há respaldo para as diretrizes do Direito de Família, com o reconhecimento de paternidade e filiação protegidos pelo Código Civil, bem como a isonomia entre a prole, incluindo o direito de herdar, amparado pela própria Constituição Federal, mas não existe apreciação do direito patrimonial ao futuro descendente (LEITE, 2003).

Neste assunto, Dias (2011, p. 123), afirma:

“Na **concepção homóloga** (grifo do autor), não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza a e legitima a inseminação

post mortem. A norma constitucional que consagra a igualdade de filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos **herdeiros necessários** (grifo do autor).”

Apõe ainda, no artigo 1800, § 4º, do Código Civil, a condição da vocação hereditária testamentária ao prazo de dois anos para a realização do procedimento artificial homólogo, sob pena de transferência dos bens aos herdeiros legítimos já nascidos, caso não haja informação diversa no instrumento testamentário deixado pelo cujus.

Embora as leis ainda deixem de oferecer segurança jurídica aos fetos advindos de procedimento artificial homólogo póstumo, a doutrina compreende a necessidade da assistência legal à esses seres, como questiona Moreira Filho (2002), ao expor que de acordo com o prévio consentimento do falecido, não restam dúvidas quanto o direito à herança.

Concorda também Luiz Gavião de Almeida, compreendendo a necessidade de ampliação no entendimento dos direitos do concepturo, ser ainda não concebido, bem como no acréscimo de alcance dos termos legais sucessórios a estes, haja vista o ordenamento brasileiro não ter se atualizado perante as novas realidades sociais e tecnológicas. (ALMEIDA JUNIOR, 2003).

9 A LACUNA NORMATIVA ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O CÓDIGO CIVIL

A Constituição Federal veda qualquer tipo de distinção no tratamento entre os filhos, sejam eles gerados de forma natural, por meio da adoção ou por métodos artificiais, dentro ou for a do casamento. O art. 227, § 6º, é claro em sua proibição a qualquer ato discriminatório perante os descendentes, independentes de sua origem. O laço afetivo se debruça sob qualquer genética quando se trata do assunto, até mesmo na dinâmica jurídica.

Sob outra perspectiva, o Código Civil projeta sua letra normativa de forma incompleta, ao acoplar parcialmente a tutela dos direitos aos embriões concebidos post mortem, uma vez que cria condições para instauração da vocação hereditária à estes, o que reflete no prejuízo sucessório destes quando comparados aos outros filhos, ainda que seja reconhecido como filho legítimo e possua seus direitos de filiação e paternidade garantidos, deixando estes direitos a mercê de uma reforma legislativa que preveja tais hipóteses (PEREIRA, 2007).

Pondera Freitas (2008), que o Código Civil não deveria deixar de vislumbrar o direito à herança para os filhos póstumos, independentemente da existência de testamento, haja vista a necessidade de reservar os bens da prole eventual, possibilitada pelo autor da herança ao registrar sua vontade no banco de sêmen com o ato da doação.

De acordo com o mesmo autor, é notório, ao analisar o texto das leis, que o Código Civil entra em contradição com os princípios norteados pela Constituição Federal, uma vez que esta acoberta a igualdade entre os filhos, o livre planejamento familiar, a dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança e do adolescente, fato que não advém no Código ao admitir falta de garantia sucessória àqueles concebidos depois da morte do seu genitor, restringindo-os ao instrumento testamentário.

Sugere, Carlos Cavalcanti De Albuquerque Filho (2006), que o prazo de dois anos para a consumação do tratamento artificial homólogo, previsto no art. 1800, do Código Civil, é uma alternativa de implemento análogo para os casos dos embriões concebidos post mortem. Ou seja, se neste período não houver a concepção, não há o que se falar em herança, independente da existência de um testamento.

Estipular um prazo, ainda que diferente do que o artigo já menciona, é uma possível solução para ocasionar estabilidade e segurança jurídica tanto para os herdeiros já existentes no momento de abertura da sucessão, quanto para àqueles que possam vir a nascer (FISCHER, 2008).

De acordo com a mesma autora, para os já concebidos, o prazo é importante para que não esperem *Ad Eternum* a possibilidade de ter seu quinhão requisitado, podendo haver um planejamento e garantia. Para os filhos póstumos, é formidável pela falta de obrigatoriedade do testamento, tendo seu reconhecimento não só de filho, mas também de herdeiro legítimo.

10 AS CONSEQUÊNCIAS PSICOJURÍDICAS

Com as novas estruturas familiares deparadas na sociedade, não há mais espaço para repressões coletivas perante qualquer núcleo familiar, independentemente do quão inovador este seja aos olhos de outrem, é necessário apartar qualquer tipo de julgamento e argumento capaz de afastar seu reconhecimento íntimo e doméstico. (KIM, 2010).

Família é o alicerce para intercessão do homem com a sociedade, e atualmente admite-se dizer que os princípios socioafetivos devem se sobrepor a qualquer relação familiar, tendo em vista seus impactos sociais e psicológicos. (MELLO, L. Obra citada, p.

26). Ainda, adverte Santos, Angoneze (2016) que atuação familiar é indispensável para o bom desenvolvimento infantil.

Ressalta ainda Benczik (2011), que a figura paterna é fundamental para o desenvolvimento psíquico da criança, tendo relação direta com sua interação social, fazendo com que conclua-se que negligenciar esta relação, tirando-lhe os direitos sucessórios que lhe pertence, é puni-lo duplamente, haja vista já nascer órfão de pai.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o objetivo de analisar a desconformidade entre o Direito Sucessório, de Família e a Constituição Federal, a fim de assegurar a vocação hereditária ao embrião concebido post mortem, mediante toda doutrina e preceitos, é razoável compreender que se no Direito de Família é garantido o reconhecimento à paternidade e a filiação, ainda que o genitor já se encontre falecido, é justo que os Direitos Sucessórios também sejam afiançados à criança, ainda que de caráter póstumo, tendo em vista que ao deixar de contemplar esse direito, cria-se distinção entre os filhos, vedada pela própria Constituição Federal, que repulsa qualquer distinção entre a prole deixada pelo autor da herança, bem como deixa o novo indivíduo sem segurança jurídica quanto aos bens do próprio pai.

A falta de resguardo patrimonial respaldado pela vocação hereditária, traz uma enorme incongruência entre as leis que regem esta temática, principalmente porquê se, em vida, o de cujus concordou com o procedimento de congelamento do seu material genético e autorizou sua realização, houve consentimento e vontade, ainda que tácita, de ter um filho legítimo, não devendo este ser entendido como um mero legatário, e sim como um herdeiro necessário que possui direitos sucessórios perante o seu genitor independente da existência do instrumento testamentário.

Salienta que além de desejo implícito, entendido pela realização da prática de inseminação homóloga por livre arbítrio, o progenitor expressa sua vontade de assumir o descendente como filho legítimo, e se isto lhe garante o reconhecimento de paternidade e o direito de filiação, não há justificativa para que não seja concedido o direito de gozar dos bens patrimoniais, objetos do processo sucessório.

As estratégias metodológicas, debruçadas em pesquisa e estudos de artigos, livros, manuais e códigos normativos, permitiram mapear as desarmonias entre os sistemas jurídicos das seções sucessória e familiar, uma vez que estabelecem diferentes condições para asseverar os direitos dos fetos idealizados post mortem. Ora, por mais que o Direito das Sucessões busque estipular garantia legal aos herdeiros que já possuem vida no

momento de abertura da sucessão, deixa de resguardá-la aos que ainda podem vir a nascer, o que não sugere justiça de fato, afinal ainda que sua concepção seja póstuma, o filho contempla-se do material genético.

Diante dos resultados encontrados, certas implicações práticas podem ser consideradas, como a estipulação de um prazo para a concepção do novo herdeiro, deixando sua cota parte reservada, sem a necessidade de instrumento testamentário, haja vista que ao sujeitar o direito de sucessão à condição de um testamento, é, inevitavelmente, vulnerabilizar a segurança jurídica daquele possível nascituro porvindouro, infringindo ainda outros preceitos fundamentais da Constituição Federal, como o da dignidade da pessoa humana e do direito de procriação. Caso não venha a existir neste período, a cota em questão, repartir-se-ia entre os outros herdeiros legítimos já existentes.

Portanto, diante do que foi constatado no presente estudo, identificou-se a necessidade de pesquisas futuras que se aprofundem nos direitos transcorridos da inseminação homóloga post mortem prevista pelo Código Civil brasileiro, sejam da esfera familiar ou da sucessória, com intuito de afiançar justiça as novas questões ansiadas pela sociedade.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Andréia. ANDRADE, Marília. **DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS CONCEBIDOS POST MORTEM. 2009.** Disponível em: < <file:///D:/PPD/TEXTOS/TEXT0%20%20-%202.pdf> > Acesso em 18 de março de 2020.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Direito a Identidade Genética.** PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis.* Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família

BARRETO, Luciano. **EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DA FAMÍLIA.** Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13. 10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos. Volume I.

BAUER, Renata Borges; ARDIGÓ, Maria Inês França. A aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente na adoção. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica.** Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 3, n.2, p. 1237-1248, 2º Trimestre de 2012

Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 384.

BITTAR, Carlos Alberto. **OS DIREITOS DA PERSONALIDADE** - 8ª edição de 2015.

BOZON. Michel. **Sociologia Da Sexualidade.** 1ª edição. FGV editora. 2004

Braz, M., & Castro, L. **Clonagem humana, reflexões bioéticas e psicanalíticas: Manufatura de humanos? Estados gerais da psicanálise: Segundo Encontro Mundial.** 2003. Disponível em: < <http://www.estadosgerais.org> > Acesso em 25 de março de 2020.

BRASIL, Lei 10406/02 CC - Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

CHEMIN, Pauline. Importância do princípio da dignidade humana. 23 de janeiro de 2009. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2009-jan-23/importancia_principio_dignidade_humana_constituicao_88 > Acesso em: 17 de março de 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010. Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79.**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 5 de outubro de 1988.

CORRÊA, Marilena & COSTA, Cristiano. **Reprodução Assistida. Ghente Org.** Disponível em < <http://www.ghente.org/temas/reproducao/index.htm> > Acesso em 25 de março de 2020.

CORRÊA, Marilena & Loyola, Maria. **Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso.** Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 25 [3]: 753-777, 2015.

COSTA, Vieira Bruna & JOHANN, Marcia Fernanda da Cruz Ricardo. **DIREITO SUCESSÓRIO: SUCESSÃO DO EMBRIÃO FECUNDADO POST MORTEM. 2017.** Disponível em: < <file:///D:/PPD/TEXTOS/TEXTOS%20-%20-%20.pdf> > Acesso em 18 de março de 2020.

CUTRIM, Felipe & PIRES, Kelly & NASCIMENTO, Hélio & SOUSA, Wanderson. **Testamento biológico para utilização de óvulos e sêmen post mortem.** 2016. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/54254/testamento-biologico-para-utilizacao-de-ovulos-e-semen-post-mortem> > Acesso em 25 de março de 2020.

DE ARAÚJO, Julia Picinato Medeiros & DE ARAUJO, Carlos Henrique Medeiros. **Biodireito e Legislação Na Reprodução Assistida.** Disponível em: < <http://revista.fmrp.usp.br/2018/vol51n3-2018/TEM-Biodireito-e-legislacao-na-reproducao-assistida.pdf> > Acesso em 06 de junho de 2020

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO, Adriana Pereira Dantas. **Técnicas de Reprodução Humana Assistida: O Direito de Nascer do Embrião.** Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/26010/tecnicas-de-reproducao-humana-assistida-o-direito-de-nascer-do-embriao/2> > Acesso em 03/06/2020

FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque. **FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM E O DIREITO SUCESSÓRIO.** Disponível em: < <file:///D:/PPD/TEXTOS/TEXTOS%205%20-5.pdf> > Acesso em 18 de março de 2020.

FISCHER, Karla. **Inseminação Artificial Post Mortem e Seus Reflexos no Direito de Família e no Direito Sucessório.** Disponível em: < <file:///D:/PPD/TEXTOS/TEXTOS%203%20-%203.pdf> > Acesso em 18 de março de 2020.

FLEMING, Bianca. **Paternidade socioafetiva x paternidade biológica.** Janeiro, 2019. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/71258/paternidade-socioafetiva-x-paternidade-biologica/4> > Acesso em: 10 de março de 2020.

FREITAS, Douglas Phillips. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança.* Disponível FRIAS, Lincoln & LOPES, Nairo. **Rev. direito GV vol.11 no.2 São Paulo July/Dec. 2015.**

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Efeitos patrimoniais do biodireito com relação ao nascituro GOZZI, Camila. **Princípio do livre planejamento familiar como direito fundamental.** IBDFAM. 7/08/2019. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1349/Princípio+do+livre+planejamento+familiar+como+direito+fundamental> > Acesso em 09 de abril de 2020.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito Civil. Volume 7.** Direito de Família. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008, p. 28.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As Inovações Biotecnológicas e O Direito Das Sucessões.** 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290>; acesso em 21/05/2020.

Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V Enunciados Aprovados. Brasília-DF Março – 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 75.

JÚNIOR, Aluer Baptista Freire & SILVA, Maria Leidiane. **As Novas Entidades Familiares e A Atual Concepção de Família.** Disponível em < <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-161/as-novas-entidades-familiares-e-a-atual-concepcao-de-familia/> > Acesso em 03/05/2020

JÚNIOR, Aujôr De Souza. **A Política Demográfica Da Igreja Católica e A Medicalização da Contracepção (1960-1980).** Disponível em < <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106584/225827.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > Acesso em 29/05/2020

MELLO, L. Para além do heterocentrismo na família. In: MELLO, L. Novas famílias: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo. Ed. Garamond, 2005.

MONTEIRO, Juliano. **A dignidade da pessoa humana na clínica médica.** 12 de dezembro de 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-dez-12/juliano-monteiro-dignidade-pessoa-humana-clinica-medica> > Acesso em 17 de março de 2020.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente em ações de guarda de menores. Publicado por Direito Familiar. Disponível em: < <https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/403447184/o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-em-acoes-de-guarda-de-menores> > Acesso em 05 de abril de 2020.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000, p. 203.

Organização das Nações Unidas. ONU. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/> > Acesso em: 14 de março de 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. Vol. V. 16ª Ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002 por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 318.

PIRES, Elenize. DIREITO DE FAMÍLIA: O RECONHECIMENTO DE FILHO SOCIOAFETIVO. UNIJUÍ – UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO

Planalto. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. LEI Nº 9.263, DE 12 DE JANEIRO DE 1996.**

Revista Ciência Contemporânea jun./dez. 2017, v.2, n.1, p. 45 - 53

REVISTA DA ESMESC, v. 19, n. 25, 2012

RIBEIRO, Fugencio. **Sucessão Legítima. 2014. Disponível em** : < <https://ribeirooliveiraadvogados.jusbrasil.com.br/artigos/114684196/sucessao-legitima> > Acesso em 02 de abril de 2020.

SANTOS, Miriam. **Revista Ártemes**. Vol. 7. Dezembro 2007, pp. 88-92.

SARTORI, Giana. **Reprodução Humana Assistida**, um Direito Fundamental?. 1ª edição. Appris editora. 2015

SENA, Gerson. AS CONSEQUÊNCIAS DA FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM NO DIREITO SUCESSÓRIO: NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO. MONOGRAFIA FINAL DE BACHARELADO EM DIREITO – UFPE. Recife. 2018. Disponível em:<<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/27788/1/TCC%20FINAL%20GERSO%20SENA.pdf>> Acesso em 04 de abril de 2020.

SILVA, Elizandra Mara da. **A Filiação em face da Reprodução Humana Assistida**, Revista da Esmesc, v.13, n. 19, 2006. Disponível em < www.esmesc.com.br/upload/arquivos/2-1247232309.PDF > Acesso: 06 março 2020.

SINGLY, François. **Sociologia da Família Contemporânea**. 1ª edição. FGV editora. 2007

TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2012. Disponível em: < <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia> > Acesso em 02 de Abril de 2020.

TEIXEIRA, Leônia & PARENTE, & Flávia. BORIS, George. **Revista Psico**. v. 40, n. 1, p. 24-31, jan./mar. 2009

TRAVNIK, WIELAND. **Reprodução Humana Assistida - Breves Aspectos Jurídicos e Legais. 2014**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/34113/reproducao-humana-assistida-breves-aspectos-juridicos-e-legais> > Acesso em 13 de março de 2020.

VECCHI, SABAHI. O livre planejamento familiar e o papel do estado como agente subsidiário de recursos e suportes para o desempenho do poder familiar responsável.