INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRES. TANCREDO DE ALMEIDA NEVES

PAULA TRINDADE MOREIRA

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM* E O DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO

SÃO JOÃO DEL-REI

2012

PAULA TRINDADE MOREIRA

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *P*OST *MORTEM* E O DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO

Monografia apresentada ao curso de Bacharel em Direito do Instituto de Ensino Superior “Pres. Tancredo de Almeida Neves” – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do Título de Graduação, sob orientação do Prof. Adriano Márcio de Sousa.

SÃO JOÃO DEL-REI

2012

PAULA TRINDADE MOREIRA

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM* E O DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO

Monografia apresentada ao curso de Bacharel em Direito do Instituto de Ensino Superior “Pres. Tancredo de Almeida Neves” – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do Título de Graduação.

COMISSÃO EXAMINADORA

_____

Professor Esp. Adriano Márcio de Souza

_____

Professor Esp. Fúlvio Jacowson Gomes

_____

Professor Esp. Welinton Augusto Ribeiro

A Deus, pelo dom da vida, por sempre estar presente nos momentos difíceis e pela oportunidade de estar cursando uma graduação, pois sem Ele, não teria forças para essa longa caminhada.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo amor e carinho incondicional, pela preocupação para comigo, peça fundamental para que eu tenha me tornado a pessoa que sou hoje, se não fosse por eles esse grande sonho não teria se realizado, ao meu irmão pelo carinho e confiança, ao meu filho e ao meu esposo pelo amor, carinho e compreensão nos momentos em que a dedicação aos estudos foi exclusiva.

Aos meus amigos que fiz durante o curso, pela amizade e cuidado que tiveram comigo, em especial, aqueles que tiveram ao meu lado, fazendo dessa trajetória inesquecível.

Ao meu orientador professor Adriano e ao co orientador professor Fúlvio, pela dedicação e auxílio na elaboração e execução deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho sobre reprodução humana assistida *post mortem* e o direito sucessório do concebido, tem por objetivo mostrar as consequências jurídicas que a reprodução assistida realizada após a morte do doador, poderá trazer para o ordenamento jurídico. Tal tema será analisado conjuntamente com os principais princípios da Constituição da República Federativa do Brasil, tais como o da dignidade humana e o da igualdade, valorando a pessoa e primando pela igualdade entre os filhos. Conclui-se pela possibilidade do concebido *post mortem* por reprodução assistida em laboratório ter legitimidade sucessória, garantindo essa proteção constitucional.

Palavras-chave: reprodução assistida*; post mortem*; legitimidade sucessória; igualdade; concebido.

SUMÀRIO

INTRODUÇÃO.....09

1. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISITIDA POST MORTEM.....10
1.1 Conceito.....10
1.2 Origem histórica.....12
1.3 Tipos de Reprodução Humana Assistida.....14

2. PRINCÍPIOS NORTEADORES..... 18
2.1 Conceito de Princípio..... 18
2.1.1 Princípio da Dignidade Humana..... 19
2.1.2 Princípio da Igualdade.....20
2.1.3 Princípio da *Saisine*.....22

3. DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO *POST MORTEM*..... 24
3.1 O Direito a filiação e a competência do Ordenamento Jurídico Brasileiro.24
3.2 Planejamento Familiar 25
3.3 Origem do Direito das Sucessões..... 26
3.4 Conceito do Direito das Sucessões.....28
3.5 Direito de Sucessão do Conceido *Post Mortem* 30
3.6 Direito Comparado.....34
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....37

REFERÊNCIAS.....39

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

IIU - Inseminação Intra-Uterina

ICSI – Injeção Intra-Citoplasmática de Espermatozóides

GIFT – Transferência Intatubária de Gametas

ZIFT – Transferência Intratubária de Zigotos

FIV – Fertilização *In Vitro*

Art. – Artigo

CF - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 / Carta Magna

CC – Código Civil

INTRODUÇÃO

A reprodução humana assistida é um conjunto de técnicas que auxiliam os médicos, que tem por objetivo ajudar casais que tem dificuldades de realizarem o sonho de ter filhos. Iremos analisar no primeiro capítulo desse trabalho as principais técnicas desenvolvidas, como por exemplo, a inseminação *in vitro*, entre outras. Elas são consideradas como terapia da infertilidade.

Essas técnicas de reprodução assistida ajudam os casais a resolverem problemas com infertilidade humana, facilitando o processo de procriar. Fazendo com que, cada vez seja mais procurado, modernizando cada vez mais para atender a evolução humana.

No segundo capítulo, iremos destacar os principais princípios que a Constituição da República Federativa do Brasil traz garantindo a proteção do concebido *post mortem* por técnicas empregadas em laboratório. Princípios que protegem os direitos das pessoas como seres humanos, como por exemplo, o princípio da dignidade humana, que traz os valores do ser humano e o respeito que qualquer pessoa merece ter, tal princípio abrange os direitos individuais, como também os de ordem cultural e social.

Será analisado juntamente com o princípio da igualdade que garante o tratamento igualitário trazidos pela Constituição. O que será incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro qualquer forma que venha diferenciar os filhos independente de sua natureza ou origem. A igualdade perante a lei significa uma limitação para editar regras que estabeleçam privilégios.

No terceiro e último capítulo, iremos falar sobre direito da sucessão, que é a substituição de uma pessoa pela outra na titularidade de bens. O concebido *post mortem* através de reprodução assistida por técnica em laboratório tem o direito de garantir parte da herança do falecido, garantia esta, trazida pelo ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com os princípios da dignidade humana e o da igualdade é assegurado ao concebido *post mortem* que os filhos nascidos ou não da relação do casamento terão os mesmos direitos, proibindo quaisquer designações discriminatórias.

1. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM*

1.1 Conceito

Reprodução Humana Assistida é o conjunto de técnicas que auxiliam o processo de reprodução humana, utilizadas por médicos especializados na área, com o objetivo de tentar ajudar os casais que têm dificuldades para engravidar. (GHENTE, 2012, s/p).

Trata-se de verdadeira revolução no campo do Direito, assim é que nosso Ordenamento Jurídico através do novo Código Civil regulamenta a reprodução assistida nos incisos III, IV e V do art. 1.597. Conforme já ressaltado, a reprodução assistida é indicada para tratamento do problema de esterilidade de casais, e hoje com o novo Código Civil em vigor constitui um direito legitimamente regulado.

Entretanto, foi em 1995, que passou a viger a precursora Lei nº 8.974 que dispõe sobre a manipulação dos embriões humanos. Assim, essa verdadeira revolução repercutiu nos conceitos civilistas até então considerados sólidos, quais, sejam, filiação, filiação materna e filiação paterna.

A reprodução assistida pode ser divida em métodos de baixa complexidade, quando a mulher é submetida à estimulação ovariana sob monitorização da ultrassonografia do crescimento folicular, para saber o momento certo da ovulação. O objetivo é oferecer chances semelhantes às de um casal normal que tem relação no período fértil, ou seja, em torno de 20%. Elas podem ser definidas em: coito programado, a Inseminação Intra-Uterina (IIU). E métodos de alta complexidade, que são realizados em laboratório, com preparo do sêmen e dos óvulos, portanto *in vitro*. O recolhimento dos espermatozóides pode ser feito por ejaculação espontânea ou por meio de procedimentos cirúrgicos (extração testicular ou epididimária dos espermatozóides), com o auxílio de anestesia, as técnicas são a Injeção Intra-Citoplasmática de Espermatozóides (ICSI) e a fertilização *in vitro* (CHR SANTANA, 2012, s/p).

Para Barbosa (2004, p. 225): “são várias as técnicas existentes para a reprodução humana assistida, elas são consideradas como uma forma de terapia da infertilidade”. Isso não quer dizer que a infertilidade vai ser curada, mesmo depois do emprego vai continuar. A reprodução humana não decorre somente de contato

sexual, embora seja sexuada, há técnicas intracorpóreas, onde a fecundação acontece em laboratório, como por exemplo, a fertilização *in vitro.*

Então podemos dizer que todas essas técnicas de reprodução humana assistida são estudadas a fim de realizar o sonho de casais a terem filhos.

Segundo Sá e Naves (2009, p. 110) reprodução humana assistida é o:

> conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana.

Torna-se claro o avanço das pesquisas que estão cada vez mais se modernizando para atender à evolução humana. As pessoas estão buscando cada vez mais o conhecimento científico, para solucionar os problemas conjugais e o preconceito devido a infertilidade que, ainda, é considerado um tabu para a sociedade.

Para Leite (1995, p.15):

> a expressão inseminação artificial é empregada para designar a introdução do esperma na vagina ou no útero de uma mulher por outros meios que a relação sexual. A técnica é utilizada por certos casais que de outra forma, não poderiam conceber, mas nas quais o homem não é totalmente estéril. O recurso à inseminação artificial garante maiores chances de uma gravidez concentrando o esperma do marido ou introduzindo-o.

Esclarece, ainda, Sá e Naves (2009, p. 109): que “o final do século XX foi palco de inúmeras e aceleradas transformações advindas dos avanços biotecnológicos”. A reprodução humana assistida trouxe técnicas avançadas permitindo a possibilidade de efetivação de experiências genéticas que envolvam embriões humanos.

Diniz (2009, p. 548) esclarece quando será possível fazer a inseminação artificial:

> Ter-se-á inseminação artificial quando o casal não puder procriar, por haver obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como esterilidade, deficiência na ejaculação, má formação congênita, pseudo-hermafroditismo, escassez de espermatozóides, obstrução do colo uterino, doença hereditária, etc.

Então podemos definir que reprodução humana é o conjunto de operações para fazer a união dos gametas femininos e masculinos por meios artificiais, para dar origem a um ser humano. Podemos dizer, também, que quando forem usados gametas do próprio casal será a inseminação Homóloga e quando gametas forem doados de outras pessoas, doadores anônimos, vão chamar de inseminação Heteróloga.

Está se tornando indispensável para os operadores do Direito, o conhecimento da reprodução humana, para se adequarem as normas jurídicas já existentes, para buscar soluções para os casos concretos e para promoverem a criação de novas leis para que o ordenamento jurídico ande lado a lado com a medicina (JUS VIGILANTIBUS, 2012, s/p).

Leite entende que a reprodução assistida constitui um remédio à esterilidade do casal, assim ele faz a seguinte afirmação: "remédio à esterilidade do casal; este é o princípio, o meio e o fim que sempre regeu, e continua regendo, a matéria das procriações artificiais".

Com isso, conclui-se que se fazem necessários estudos para acompanhar a evolução da sociedade, o que impõem aos juristas mais profundas
reflexões e melhor desenvoltura.

1.2 Origem Histórica

A Reprodução Humana Assistida surgiu com a evolução da Medicina Reprodutiva que é a especialidade médica-cirúrgica voltada para a morfologia, fisiologia, biologia, química e patologia da reprodução no homem e em outros animais. E também nos problemas biológicos, médicos e veterinários de fertilização e de lactação. Inclui a indução da ovulação, diagnóstico de infertilidade e perdas repetidas de gravidez e tecnologias de reprodução assistida como a transferência de embrião, a transferência de embrião, a fertilização *in vitro* e a transferência intratubária de zigotos. A Medicina Reprodutiva trata dos assuntos relacionados ao sistema reprodutor humano.

Já tínhamos relatos da inseminação artificial em seres humanos desde a Idade Média, mais só foi concretizado com exatidão em 25 de julho de 1978, com o nascimento do primeiro bebê de proveta Louise Brown, no Hospital Geral de Oldham

em Manchester, na Inglaterra, foram pelo menos 50 tentativas para dar certo, antes disso só havia experiências com animais. Comemoramos três décadas em 2008, na concretização da inseminação artificial em seres humanos até então parecia ser impossível, foi causa de muito alvoroço no hospital e também naquela época, deixando muitas especulações na sociedade mais também muitas esperanças aos casais que tinham o sonho de serem pais (GUIA DO BEBÊ, 2012, s/p).

Nos Estados Unidos não foi diferente, as pesquisas continuaram a crescer, em 1981 nasceu Elizabeth Jordan Carr, o primeiro bebê de proveta.

Em 1983 foi a vez do Brasil, com o nascimento de Ana Paula Caldeira, mas a tecnologia já estava disponível desde os anos 80.

Segundo o Site Linhas Jurídicas (2012), em 1992 o Conselho Federal de Medicina elaborou a resolução de nº 1.358/92, que estabelece os critérios a ser observado, como o limite máximo de embriões a serem implantados na fertilização artificial, a proibição da escolha do sexo, a obrigatoriedade do consentimento para os procedimentos nos pacientes, e de doação de gametas garantindo o anonimato dos doadores, e além de proibir a vinculação comercial em casos de gestação de substituição, a famosa barriga de aluguel.

Mas como mostra o Site portal medico (2012), essa resolução foi revogada pela de nº 1.957/2010, trazendo novas alterações.

De acordo com o Site Guia do Bebê (2012), existem no Brasil, aproximadamente, 190 clínicas de reprodução humana, quase 15 mil ciclos de fertilização, o que resulta 4 mil nascimentos por ano, e esse número vem crescendo, devido à tecnologia que vem se desenvolvimento rapidamente.

Então, podemos criar uma linha evolutiva da história da Reprodução Humana Assistida. Em 1978, nasceu o primeiro bebê de proveta do mundo, Louise Brown na Inglaterra; em 1983, no Brasil, o primeiro nascimento feito com óvulos doados; em 1984, nasce na Austrália um bebê após o descongelamento de embrião; em 1985, foi o primeiro nascimento após útero de substituição; 1987, o primeiro nascimento se deu através de óvulo congelado. Aqui em Minas Gerais, nasceu, em 1989, o primeiro bebê de proveta, no Hospital MaterDei, daí por diante não parou mais, só tem crescido o número de casais procurando essas técnicas, para realizarem o sonho de serem pais.

1.3 Tipos de reprodução Humana assistida

Esclarecem Sá e Naves (2009, p. 110), os tipos de reprodução humana:

> Há vários os métodos de reprodução assistida e, neste espaço citaremos apenas os mais conhecidos sendo eles: A Transferência dos Gametas para dentro da Trompa, denominado GIFT (*Gamete IntrafallopianTransfer*); a Transferência do Zigoto para dentro da Trompa, ZIFT (*Zygote Intrafallopian Transfer*); a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóide, ICSI (*Intracytoplasmic Sperm Injection*); e, por último, mas talvez o mais importante, a Fertilização in vitro, FIV.

Então, podemos definir alguns conceitos dos procedimentos mais utilizados na reprodução humana assistida.

O GIFT é uma técnica utilizada em mulheres com infertilidade sem causa determinada ou com presença de endometriose que é o aumento de endométrio, tecido especial que recobre o interior do útero na época da ovulação e permite a fixação do feto. Quando ele prolifera em outros locais, provoca cólicas, sangramentos fora de época entre outras complicações mais sérias. Nessa técnica reúne o óvulo e os espermatozóides selecionados em um mesmo cateter e transfere para a tuba uterina da mulher.

O Site Revista Autor (2012) acrescenta sobre GIFT:

> Esse método foi idealizado pelo médico argentino Ricardo Ash, em 1984, e consiste na captação de óvulos da mulher através de laparoscopia, exame endoscópico da cavidade abdominal, via pequena incisão na parede do abdome feminino, ao mesmo tempo em que se colhe o esperma do marido.

Podemos definir o ZIFT como a primeira divisão do zigoto, ele que dará origem ao embrião dentro da trompa, no seu ambiente natural, as células se multiplicaram e o embrião em formação irá para o útero.

Diniz (p. 543, 2009) define como: “a retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião ao seu útero ou no de outra”.

O Site Revista Autor (2012) afirma:

> Neste tipo de reprodução humana assistida, ambos os tipos de gametas – espermatozóide e óvulo – são postos em contato “in vitro” (ambiente artificial), em condições apropriadas para sua fusão. O zigoto ou zigotos resultantes são transferidos para o interior das

> trompas uterinas, visando que o organismo humano reconheça aquele embrião como seu e inicie a gestação. Em caso de rejeição o embrião será expelido pela menstruação. A expressão ZIFT quer dizer transferência intratubária de zigotos, ou como querem seus criadores: “Zygote IntraFallopian Tube Transfer”. Esse método é idêntico ao GIFT, apresentando uma única diferença: enquanto o ZIFT introduz o embrião pronto nas trompas de falópio, o GIFT aguarda a formação desse embrião “in vivo”, isto é, transferem-se o espermatozóide e o óvulo, aguardando-se a fecundação. Dada essa equivalência o ZIFT apresenta os mesmos inconvenientes do GIFT, sendo o pior deles a imprescindibilidade de laparoscopia, a qual submete a paciente ao incômodo de uma anestesia geral. Ademais, o ZIFT apresenta um baixo índice de êxito, além da sobra de vários zigotos não colocados no corpo da mulher, os quais podem ser conservados congelados, mas que suscitam inquietantes questões jurídicas sobre seu eventual descarte.

A técnica de reprodução ICSI, é a injeção intracitoplasmática de espermatozóides é utilizada quando a quantidade de espermatozóides se faz pequena na ejaculação, sendo uma técnica auxiliar. São recolhidos os espermas cuidadosamente e colocado no citoplasma do óvulo. É uma técnica relativamente nova, descrita pela primeira vez em 1992. Foi desenvolvida para ajudar homens com alterações nos parâmetros espermáticos. O procedimento envolve a do óvulo usando uma agulha muito fina.

De acordo com Sá e Naves (2009, p. 111) “o espermatozóide é introduzido diretamente no óvulo por meio de uma agulha. Essa técnica também é conhecida como micromanipulação do óvulo”.

Olmos (2003, p. 199) citado por Sá e Naves (2009, p. 111) esclarece que técnica de ICSI, também conhecida como micromanipulação do óvulo:

> Sua utilização recente inclui até mesmo alguns casais que eram considerados estéreis em razão de baixíssimas quantidades de espermatozóides produzidas pelo parceiro ou da falta de motilidade dos gameta masculinos para impulsionar a entrada no óvulo.

A técnica IAIU (inseminação artificial intra-uterina) é considerada um método de baixa complexidade, foi desenvolvido para ser usada quando houver dificuldade ou impossibilidade do sêmen em alcançar o óvulo nas tubas uterinas, não deixando ocorrer a fecundação. Essa técnica consiste na deposição mecânica do sêmen no aparelho genital da mulher. É muito utilizada em casos em que os espermatozóides não conseguem atingir as trompas, então ocorre a transferência dos

espermatozóides previante recolhidos e selecionados, morfologicamentee mais normais e móveis, para a cavidade uterina.

O Site ghente (2012), destaca que: “ocorre pela colocação via vaginal, de espermatozóides diretamente na altura da tuba uterina”.

O procedimento TV-TEST é a técnica que transfere, por via vaginal, um embrião já formado, em estágio pré-nuclear, para altura das tubas uterinas.

Coito Programado que é o acompanhamento do ciclo menstrual da mulher para indicar o momento mais favorável à ocorrência da gestação. O ciclo pode transcorrer de forma natural, sem o uso de medicações indutoras da ovulação. No entanto, freqüentemente, faz-se uso de fármacos capazes de estimular a ovulação. A medicação mais conhecida e usada para este fim é o citrato de clomifeno, o período do tratamento será indicado pelo médico. Outra forma é a realização de ultra-sonografias e, em alguns casos, dosagens hormonais, para indicar o período mais favorável para o casal ter relações sexuais. Com a técnica de "coito programado" procura-se restabelecer a taxa média de fecundidade que é de 10 a 20% de chance de engravidar por ciclo.

E por fim, vamos conhecer o procedimento Ectogênese, mais conhecido como Fertilização *In Vitro*. Referido procedimento consiste na colocação de 50 a 100 mil espermatozóides, ao redor de cada ovócito II, Os ovócitos ou oócitos, são células germinativas femininas ou células sexuais produzidas nos ovários dos animais, procurando obter pré-embriões de boa qualidade em laboratório, que serão transferidos, posteriormente, para a cavidade uterina.

É um procedimento realizado em laboratório, onde é feito o encontro do espermatozóide com o óvulo após o tratamento com indutores. Depois que isso acontece, transfere o embrião para o útero, só será feito esse procedimento depois de ter tentado os outros (SÁ; NAVES, 2009, p. 111).

O Site Revista Autor (2012) destaca:

> Inicialmente, a técnica consiste no estímulo dos ovários da mulher, via injeções hormonais, a fim de desenvolver vários folículos (e, portanto, vários óvulos), ao invés de um só. Isso aumenta, gradativamente, as chances de obtenção de, ao menos, um ovo fecundável externamente.Durante muito tempo, a técnica de aspiração dos óvulos em seus folículos era realizada com a ajuda de uma longa agulha e era necessária intervenção cirúrgica (laparoscopia), sob anestesia geral. Entretanto, atualmente, o

> procedimento cirúrgico não é mais necessário, bastando à “doadora” o comparecimento em ambulatório e, sob leve anestesia, – controle feito por ecografia – realiza-se a aspiração dos óvulos. Após esta aspiração, os óvulos são unidos aos espermatozóides para a fertilização e colocados em estufas que simulam as mesmas condições que seriam encontradas dentro do organismo humano. Passados de 3 (três) a 5 (cinco) dias, os melhores embriões são selecionados e, ato contínuo, são transferidos para o útero materno.
> Frise-se que o termo “melhores embriões” aqui empregado se traduz na maior probabilidade em gerar gestação saudável e tendente ao parto, nunca se confundindo com qualquer alusão à eugenia. Essa técnica ficou conhecida como FIVETE já que esta expressão significa fertilização in-vitro (ambiente artificial) seguida de transferência de embriões. Segundo o Professor Jaques Testart, a FIVETE é cada vez mais utilizada para tratar a esterilidade de origem masculina e começa a predominar entre os métodos na luta contra a infertilidade, não somente porque é o mais eficaz, mas também porque sua realização evoluiu, reduzindo os desconfortos impostos ao paciente. De 1986 a 1991, a proporção de FIVETE’s realizados por conta de infecundidade masculina aumentava de 13 a 19%, enquanto as relativas à infertilidade feminina diminuíam de 59 para 44%.Por derradeiro, importa reproduzir dado de pesquisa internacional feita sobre o assunto em 1989. Nela foram identificadas 500 equipes que praticavam a FIVETE em 27 países, entre eles encontrava-se, já naquela época, o Brasil.

Existem outras técnicas complementares da reprodução humana assistida que é a doação de óvulos, sêmen, embriões, congelamento de material biológico reprodutivo e de embriões, diagnóstico genético pré-implantatório, entre outros (GHENTE, 2012).

Esses procedimentos de reprodução humana assistida ajudam a resolver os problemas de infertilidade humana, com isso facilita o processo de procriar, dando ao casal o direito à descendência.

2. PRINCÍPIOS NORTEADORES

Neste segundo capítulo, iremos dar continuidade à monografia, abordando os principais princípios constitucionais que protegem os direitos das pessoas como seres humanos, amparados pela Constituição Federal (CF).

2.1. Conceito de Princípio

As normas jurídicas são um gênero que comporta duas grandes espécies que são as regras e princípios.

Os princípios são normas com um grau de abstração elevado. No caso concreto os princípios precisam ser concretizados pelo legislador ou pelo juiz, por serem vagos e indeterminados (CANOTILHO, 2003, p. 1160).

No sistema das fontes de direito, os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico.

Segundo Barroso (2011, p. 204) os princípios são

> elementos essencias do pensamento jurídico contemporâneo. Eles são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do direito, para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo ordenamento, influenciando à interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do direito.

Portanto, os princípios relacionam-se às normas que expressam decisões políticas fundamentais, valores a serem observados em razão de sua dimensão ética, como dignidade humana, segurança jurídica, razoabilidade, entre outros. Os princípios podem referir-se tanto a direitos individuais como a interesses coletivos (BARROSO, 2011, p. 206).

Os princípios no plano jurídico funcionam como referencial geral ao intérprete, como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos, apontando objetivos e caminhos.

Logo, observa-se que princípios são normas predominantemente finalísticas, pois estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos

decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários. Nestes termos, princípios indicam uma direção, um valor, um fim (BARROSO, 2011, p. 210).

2.1.1 Princípio da Dignidade Humana

O termo dignidade humana significa o respeito que qualquer pessoa merece. Não significa somente um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, mas também, que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. Significa também que um ser deve ser tratado e considerado como um fim em si mesmo e não para a obtenção de algum resultado (CARVALHO, 2006, p. 462).

Carvalho (2006, p. 462) destaca que

> a dignidade da pessoa humana decorre do fato de que, por ser racional, a pessoa é capaz de viver em condições de autonomia e de guiar-se pelas leis que ela própria edita: todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas, já que é marcado, pela sua própria natureza, como fim em si mesmo, não sendo algo que pode servir de meio, o que limita, consequentemente, o seu livre arbítrio, consoante o pensamento Kantiano.

O princípio da dignidade humana abrange os direitos individuais, como a ordem econômica que assegura a todos a existência digna, conforme a justiça a social abrange também a ordem cultural e social.

A pessoa humana tem como qualidade intrínseca a dignidade. Ela é irrenunciável e inalienável e qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado. A dignidade humana representa o valor absoluto de cada ser humano e possui uma dimensão cultural e histórica e resulta o trabalho de diversas gerações e do comportamento pessoal de cada ser humano.

Segundo Carvalho (2006, p. 464) a dignidade humana é:

> um valor que informa toda a ordem jurídica, assegurados os direitos inerente à pessoa humana os direitos fundamentais constituem, por isso mesmo, explicitações da dignidade da pessoa, já que em cada direito fundamental há um conteúdo e uma projeção da dignidade da pessoa.

De acordo com Barroso (2011, p. 250): “a dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do respeito ao próximo”.

Torna-se claro a importância de tal princípio que identifica um espaço de integridade a ser garantido a todas as pessoas, por sua só existência no mundo, é um respeito a criação que independe de crença quanto à sua origem. É relacionada tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência.

O princípio da dignidade humana é um conjunto de valores civis, representando o patrimônio da humanidade, dele é extraído o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais para a tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça.

Então de modo geral podemos extrair do princípio da dignidade humana os denominados direitos de personalidade que é reconhecido a toda descendência humana e oponível aos demais indivíduos e ao Estado (BARROSO, 2011, p. 253).

2.1.2 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade está disposto na Constituição Federal em seu artigo 5º no caput:

> 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...

Consoante semelhante inciso todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Então devemos buscar não somente a igualdade formal que é consagrada no liberalismo clássico, mais o da igualdade material, quando a lei trata igualmente os desiguais e desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades (LENZA, 2009, p. 679).

Como podemos observar o próprio constituinte estabelece as desigualdades, como a relação à igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, diante disto, podemos citar o serviço militar obrigatório, aposentadoria diferenciada para mulheres, o tempo de contribuição é menor entre outros exemplos.

Lenza (2009, p. 680) afirma que a grande dificuldade consiste em saber em até que ponto a desigualdade não gera inconstitucionalidade,

Para Carvalho (2006, p. 526) a igualdade formal é vista como igualdade de oportunidades, aquela perante a lei, o que não é suficiente para efetivar a igualdade material, que é a igualdade de todos os homens perante os bens da vida. O que dificulta em efetivar esse princípio, é que mesmo sendo iguais em dignidade, os homens são desiguais como a estrutura física e psicológica entre outras coisas. Por isso, torna-se incorreto o artigo 5º da Constituição Federal, quando diz que todos são iguais sem distinção de qualquer natureza.

Carvalho (2009, p. 528) destaca que:

> Pondera-se ainda que a ideia de desigualdade se relaciona com a da própria justiça, quando se trata de exigir de cada um aquilo que sua capacidade e possibilidade permitirem, e conceder algo a cada um, de acordo com os seus próprios méritos (justiça distributiva).

A igualdade perante a lei significa uma limitação ao legislador em proibi-lo de editar regras que estabeleçam privilégios, como classe ou posição social, da raça, religião fortuna ou sexo. Como também de uma regra de interpretação, o juiz deverá dar sempre a lei o entendimento que não crie privilégios.

Para Canotilho (2003, p. 426) o princípio da igualdade é um dos princípios mais estruturantes dos direitos fundamentais. A igualdade formal, jurídica ou liberal é estritamente postulada pelo constitucionalismo político, ela é considerada como um pressuposto para a uniformalização do regime das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico. Com isso a igualdade jurídica nasce da própria liberdade individual.

Segundo Canotilho (2003, p. 426) as leis:

> devem ser executadas sem olhar as pessoas. A igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido, e como se irá verificar, ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelo órgãos da administração e pelos tribunais.

Então, a igualdade na própria lei, é um postulado de racionalidade prática para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através

da lei, iguais situações ou resultados jurídicos. O princípio da igualdade vale como princípio jurídico informador de toda a ordem jurídico-constitucional.

No âmbito do direito da igualdade, existem as ações afirmativas, são medidas de desigualização, elas são consideradas positivas porque visam corrigir desvantagens que as minorias teriam sofrido no passado.

Essas ações afirmativas envolvem um conjunto de estratégias, iniciativas políticas ou públicas que têm o intuito de favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição na sociedade em razão da prática de discriminações negativas presentes ou passadas (CARVALHO, 2006, p. 531).

Essas medidas objetivam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que sejam eles neutralizados, concretizando medidas providência efetivas em favor daquelas categorias que se encontram em situação desvantajosa. As ações afirmativas se acham estabelecidas de um número preciso de lugares ou da reserva de algum espaço em favor de membros do grupo beneficiado, normalmente chamadas de quotas.

2.1.3 Princípio da *Saisine*

A sucessão é aberta com a morte, transmitindo-se, desde logo, aos herdeiros a propriedade e a posse da herança. *Saisine* significa posse, os parentes do falecido tem direito de tomar a posse de seus bens sem qualquer formalidade.

A posse é mera situação de fato, nem sempre suscetível de ser transferida por determinação legal, o que a lei determina é atribuir ao herdeiro a condição de possuidor.

Segundo Rodrigues (2006, p. 13), a transmissão da posse da herança, por força da lei, era desconhecida pelos romanos. A posse só era adquirida pelo herdeiro através da apreensão da coisa. A ideia de que a posse se transmite *in continenti* aos herdeiros, surge com o princípio da *saisine.* O referido princípio surgiu no direito francês, e só foi introduzido no direito português pelo alvará de 9 de novembro de 1754. A partir daí, que foi recepcionado pelo direito brasileiro, consolidando no artigo 1.572 do Código Civil (CC) de 1916, e agora, no artigo 1.784 do Código Civil de 2002, que diz: “aberta à sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

O herdeiro passa a desfrutar da herança na própria situação que o falecido desfrutava, porque ninguém pode transmitir mais direitos do que tem. Se o antecessor tinha uma posse justa e de boa-fé o sucessor terá o mesmo efeito.

De acordo com Gonçalves (2011, p. 38):

> O princípio da *saisine* surgiu na Idade Média e foi instituído pelo direito costumeiro francês, como reação ao sistema feudal. Por morte do arrendatário, a terra arrendada devia ser devolvida ao senhor, de modo que os herdeiros do falecido teriam de pleitear a imissão na posse, pagando para tal uma contribuição. Para evitar o pagamento desse tributo feudal, adotou-se a ficção de que o defunto havia transmitido ao seu herdeiro, e no momento da sua morte, a posse de todos os seus bens.

Gonçalves (2011, p. 41) destaca que

> uma vez que a transmissão da herança se opera no momento da morte, é nessa ocasião que se devem verificar os valores do acervo hereditário, de forma a determinar o monte partível e o valor do imposto de transmissão *causa mortis*.

Diante disso, podemos concluir que o princípio da *saisine* se concretiza no momento da morte, assim abre a sucessão transmitindo-se automaticamente a herança aos herdeiros legítimos e testamentários do falecido, mesmo que estes ignorem o fato.

No terceiro e último capítulo iremos abordar sobre o direito a sucessão do concebido *post mortem* através de reprodução assistida por técnicas de laboratório, observando seus direitos elencados na Constituição Federal através de seus princípios protegendo-o.

3 DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO *POST MORTEM*

A possibilidade de ser realizada a reprodução assistida *post mortem* é um assunto bastante discutido no ordenamento jurídico, devido às conseqüências jurídicas trazidas por essas técnicas como os efeitos sucessórios do concebido, que abordaremos nesse presente capítulo.

3.1 O Direito a filiação e a Competência do Ordenamento Jurídico Brasileiro

As modalidades existentes de reprodução assistida como já visto, são consideradas como forma de terapia da infertilidade, embora não traga a cura, mesmo depois do emprego de uma das técnicas, essa infertilidade irá continuar. Embora a medicina trazendo seus avanços científicos para realizar o sonho de milhares de casais, gera problemas de difícil solução de natureza jurídica. Esses problemas de natureza jurídica não abordam somente ao direito a filiação, mais também na área do Direito das Sucessões.

Segundo Barbosa (2009, p. 232) a filiação é

> o núcleo do parentesco, situando-se no “centro do direito de família”, sendo a relação jurídica que liga o filho a seus pais. Encarada pelo lado paterno denomina-se paternidade e do lado materno, maternidade. É, portanto, a mesma relação jurídica que se designa diferentemente, quando considerada na linha ascendente ou na descendente.

O direito de filiação está protegido pela Constituição Federal em seu artigo 227, parágrafo 6º que diz “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatória relativas à filiação”.

O presente artigo, pois fim às injustas diferenciações que o ordenamento jurídico fazia em relação aos filhos havidos na constância do casamento ou não, e entre os biológicos e adotivos. Então determinou que os filhos, independentemente da relação jurídica que lhes deu origem, devem ser tratados igualmente, havendo qualquer forma de diferenciação entre estes, se irrazoável e arbitrária, é ilegal e deve ser retirada do ordenamento jurídico. (NÓBREGA, 2011, p. 40).

O ordenamento jurídico brasileiro sofreu uma enorme mudança com a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988, em relação ao respeito da

entidade familiar, estabelecendo a plena igualdade entre os filhos, havida ou não da relação do casamento, ou por adoção, como determina o presente artigo citado acima.

Essa exigência de tratamento igualitário aos filhos está prevista não somente do artigo 227 da CF, mas, também, no artigo 5º da CF, em seu caput, que tem por fundamento o princípio da igualdade, tratado no capítulo anterior desse trabalho, que compõe o sistema constitucional e o ordenamento jurídico brasileiro. (NÓBREGA, 2011, p. 40).

Em relação aos filhos, sempre deve orientar-se pelo princípio da igualdade, qualquer que seja a origem da filiação, os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, proibindo qualquer discriminação entre eles (Barbosa, ano, p. 233).

Segundo Nóbrega (2011, p. 48)

> é incompatível com o atual ordenamento jurídico brasileiro qualquer entendimento ou disposição que, arbitrariamente e sem qualquer fundamento lógico e razoável, venha a diferenciar os filhos de uma mesma pessoa, qualquer que seja a natureza da sua origem e a relação jurídica de seu genitores.

O assunto no novo Código Civil ganhou o merecido destaque entre as relações de parentesco, estabelecendo regras, interpretações atinentes as regras e normas constitucionais, definindo proteção aos filhos havidos ou não do casamento

3.2 Planejamento Familiar

O planejamento familiar foi fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, é uma decisão livre do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (Barbosa, 2009, p. 228).

Foi reconhecida em sede oficial, após a Conferência de Cairo de 1994 a denominação “direitos reprodutivos” como direitos fundamentais ou humanos, que são entendidos como os direitos de decidir livremente sobre o número de filhos e o espaçamento entre o nascimento dos filhos, o tipo de educação, conforto, qualidade de vida, condições sociais e culturais e seus níveis e também de acessar informações, instruções e serviços sobre o planejamento familiar.

Está assegurado o direito do planejamento familiar na Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que garante o direito a todo cidadão. Em seu artigo segundo, fala o que é planejamento familiar é o: “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta seus direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

A lei afirma também, que o planejamento familiar orienta-se pelas ações preventivas e educacionais e pela igualdade a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade. Todos os métodos e técnicas científicas que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas. As normas gerais do planejamento familiar são definidas pelo Sistema Único de Saúde.

As técnicas de reprodução assistida são abordadas pela citada lei. Mas ao reconhecer o direito a procriar é indispensável que considerem os direitos fundamentais da criança, o de nascer, à dignidade humana e à formação de sua personalidade no âmbito de uma dupla imagem de genitores, paterna e materna, pois muitas vezes esse direito é contrariado (Barbosa, ano, p. 231).

Barbosa (2009, p. 231) destaca que:

> a análise, em particular a jurídica, das disciplinas e ações relativas ao planejamento familiar, entre elas as técnicas de reprodução assistida, deve sempre levar em conta, além do princípios da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, o melhor interesse da criança e do adolescente, a plena igualdade entre os filhos, o de acesso universal e igualitário à ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

É evidente o benefício do planejamento familiar, o casal pode se preparar para oferecer um futuro mais estável para sua família é também uma maneira de preservar a saúde da mulher evitando gestações indesejadas e de risco, reduzindo a mortalidade materna e infantil.

O planejamento familiar é um ato consciente, tornando possível ao casal programar o aumento da família o que é essencial nos dias de hoje.

3.3. Origem do Direito das Sucessões

Antigamente a morte de uma pessoa não alterava a situação jurídica do patrimônio. No início da socialização dos indivíduos, não existia a propriedade

individual, mas só coletiva. Os grupos ou núcleos sociais que eram os titulares dos bens (CAHALI; HIRONAKA, 2003, p. 25).

Com a chegada da individualização da propriedade, passando ao sujeito a titularidade do patrimônio, criou-se o instituto da sucessão hereditária o que deu o início de discussões filosóficas e jurídicas a respeito de seu fundamento.

De acordo com Cahali e Hironaka (2003, p. 26) a sucessão nas antigas civilizações teve seu fundamento exclusivamente na religião, para continuar a religião dos falecidos e a subsistência do culto.

Rodrigues (2006, p. 4) destaca:

> o culto dos antepassados constitui o centro da vida religiosa nas antiqüíssimas civilizações, não havendo castigo maior para uma pessoa do que falecer sem deixar quem lhe cultue o altar doméstico, de modo a ficar seu túmulo ao abando.

Então o primeiro fundamento da sucessão foi à ordem religiosa. A propriedade era familiar e a família era chefiada pelo varão mais velho, que tomava o lugar do falecido na condução do culto doméstico (GONÇALVES, 2011, p. 25).

A sucessão durante séculos transmitia apenas pela linha masculina, a filha era afastada da sucessão pelo fato de que iria se casar, com isso passaria a integrar outra família, perdendo seu laço com a família de seu pai, onde cultuaria inclusive outros deuses da família do marido.

Já a biologia e a antropologia reconhecem que a transmissão hereditária dos bens seja uma continuação biológica e psicológica dos progenitores, se dá pela continuação da vida através de várias gerações.

Gonçalves (2011, p. 26) destaca que “propriedade não existiria se não fosse perpétua, e a perpetuidade do domínio descansa precisamente na sua transmissibilidade *post mortem*”.

O direito sucessório deve ser analisado de acordo com a política legislativa de uma Nação. O mesmo encontra-se fundamentado no próprio direito de propriedade. Essa transmissão *causa mortis* decorre do direito de propriedade, se caracteriza pela perpetuidade, prolongando-se além da morte do seu titular.

A transmissão *causa mortis* possibilita uma função social, valorizando a propriedade e o interesse individual na formação e no avanço patrimonial.

Podemos dizer então, que esse avanço patrimonial estimula o desenvolvimento pessoal no progresso econômico, o que desenvolve direta ou indiretamente a sociedade.

3.4. Conceito do Direito das Sucessões

Sucessão significa pessoa que substitui a outra na titularidade de determinados bens, ocorre no direito das obrigações, reais, e de família.

A Constituição Federal garante em seu artigo 5º, XXX, o direito à herança, onde inclui o incluiu entre os direitos fundamentais e trouxe proteção também em seu artigo 227, parágrafo 6º onde assegura a paridade de direitos, inclusive sucessórios, entre os filhos, havidos ou não do casamento como os por adoção, garantindo o direito de igualdade, preservando um dos principais princípios do ordenamento jurídico (GONÇALVES, 2011, p. 24).

O direito de sucessão é o ramo do direito que cuida da transmissão de bens, direitos e obrigações em decorrência da morte de alguém, é a substituição de uma pessoa pela outra em seus direitos e obrigações. Está previsto nos artigos 1.784 à 2.027 do Código Civil Brasileiro.

Rodrigues (2006, p. 3) afirma que

> a ideia de sucessão sugere, genericamente , a de transmissão de bens, pois implica a existência de um adquirente de valores, que substitui o antigo titular. Assim, em tese, a sucessão pode operar-se a título gratuito ou oneroso, *inter vivos* ou *causa mortis*. Todavia, quando se fala em direito das sucessões entende-se apenas a transmissão em decorrência de morte, excluindo-se de bens por ato *inter vivos*.

O direito das sucessões é o conjunto de disposições jurídicas que regem a transmissão de bens ou valores e dívidas do falecido ao herdeiro. Portanto é a transferência do patrimônio de uma pessoa, depois da sua morte, por testamento ou virtude de lei (DINIZ, 2010, p. 3).

Então podemos destacar o artigo 1786 do nosso Código Civil: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”.

Com a transmissão da herança o herdeiro passa a ter a titularidade da relação jurídica, sem que haja qualquer alteração na relação de direito, mesmo

com a mudança do sujeito. O herdeiro assume os direitos e obrigações do antigo titular (DINIZ, 2010, p. 3).

A herança tem que ser aceita pelo sucessor para ter validade, uma vez aceita ela é irretratável. A aceitação pode se dar de forma expressa que é por declaração escrita, de forma tácita, resultando somente de atos próprios da qualidade de herdeiro ou de forma presumida que é quando o herdeiro permanece em silêncio, depois de ser notificado. Ele tem o prazo não superior a 30 dias para dizer se aceita ou não a herança.

Gonçalves (2011. p. 29) traz uma importante observação dizendo:

> que o novo Código Civil de 2002 elevou o cônjuge e o companheiro a sucessores em grau de concorrência com os descendentes e ascendentes do *de cujus*, em quota-parte dependendo de verificação de certos pressupostos. Assim agindo o legislador enquadrando entre aqueles que vêem como fundamento do direito sucessório não apenas o direito de propriedade em sua inteireza como também o direito de família, com o intuito de protegê-la, uni-la e perpetuá-la.

Em decorrência do princípio da *Saisine,* irá vigorar a legislação da época do óbito. O princípio se aplica também, nas hipóteses em que o herdeiro que sobrevive ao *de cujus*, ainda que por um instante herda os bens por este deixados e os transmite aos seus sucessores, se o mesmo falecer em seguida.

A abertura da sucessão se dá no lugar do último domicílio do falecido tal como o foro competente para o processamento do inventário, se o autor da herança não tiver domicílio certo será o da situação de que se encontram os bens.

A massa patrimonial deixada pelo falecido é chamada de espólio. A abertura da sucessão beneficia, de imediato, aos herdeiros. Quanto aos legatários, a posse deverá ser requerida aos herdeiros, que só terão que entrega-la por ocasião da partilha e depois de comprovada a solvência do espólio.

Podemos definir então, que a sucessão significa a substituição do falecido, é a continuidade dessa relação, mas permanecendo o conteúdo e o objeto da relação jurídica, essa definição abrange não só os bens e valores deixados por ele, mas também as dívidas pelas quais era responsável.

3.5 Direito de Sucessão do Concebido

Iremos abordar agora as conseqüências que as técnicas de reprodução assistida se empregadas após a morte do sucedido, podem ter para o direito sucessório.

O Código Civil de 2002 trouxe inovações, como o artigo 1.798 que disciplina o direito das sucessões, este artigo não se encontrava no Código Civil de 1916, que diz: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

A abertura da sucessão se dá no momento do falecimento do sucedido, onde os direitos e obrigações deixados como herança são transmitidos imediatamente aos herdeiros legítimos e testamentários em cumprimento ao princípio de *saisine,* obedecendo ao artigo 1.784 do Código Civil Brasileiro (CC): “aberta à sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Temos que diferenciar a sucessão legítima ou *ab intestato* que é a decorrida de lei e é sempre a título universal, da sucessão testamentária que é aquela quando a transferência dos bens ocorre através de manifestação de última vontade, por testamento, ela pode se dar a título universal, ou a título singular, dependendo somente da vontade do testador.

Nóbrega (2011, p. 50) esclarece que:

> a legitimidade sucessória é a aptidão para adquirir bens em uma herança, e não se confunde com a capacidade civil das pessoas. Esta capacidade depende de três condições: deve existir, estar vivo ou concebido na época da morte, ter aptidão específica para a herança e não ser considerado indigno.

Em regra, todos podem ser herdeiros em potencial, salvo por dispositivo expresso em lei. Não podem ser contemplados animais, coisas inanimadas, santos, ou inclusive pessoas já falecidas e não ser considerado pessoa indigna, os direitos dos nascituros também são resguardados.

Portanto se faz necessário esclarecer quais as possibilidades da pessoa ser excluída por indignidade, que está previsto no artigo 1814 do CC

> São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:
> **I** - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

> **II** - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
> **III** - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Para Rodrigues (2006, p. 65) indignidade é a privação do direito, cominada por lei, a quem cometeu atos ofensivos à pessoa ou ao interesse do hereditando.

Então a indignidade acontece por falta grave contra o autor da herança e pessoas de sua família, é uma pena civil que o priva do direito à herança.

Podem ser considerados sucessores legítimos ou testamentários as pessoas físicas ou jurídicas, vivas ou já concebidas, mesmo que não nascidas. Se preencherem tais requisitos a pessoa possui vocação hereditária, possui legitimidade sucessória e pode figurar como sucessor do autor da herança (NÓBREGA, 2011, p. 50).

O presente artigo 1798 do CC que diz: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, traz uma grande discussão quando contempla somente como legitimado a suceder as pessoas vivas ou já concebido a tempo da abertura da sucessão. Então há uma enorme discussão a respeito da legitimidade sucessória da pessoa concebida após a sucessão por técnica de reprodução assistida.

O momento do falecimento do sucedido abrirá a sucessão, neste momento que haverá a transmissão dos direitos e obrigações aos herdeiros legítimos e testamentários, para cumprir o princípio de *saisine*, como mostra o artigo 1784 do CC: “aberta à sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

A legitimidade sucessória do concebido post mortem por técnica de reprodução humana assistida é muito discutida entre os doutrinadores. Essa discussão decorre do artigo 1.798 do CC: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Mas a Resolução nº 1.957/10, do Conselho Federal de Medicina, nos mostra em seu inciso VIII que, não é ilícita a reprodução assistida *post mortem,* desde que o falecido tenha deixado uma autorização por escrito, para a utilização do material biológico criopreservado.

De acordo Nóbrega (2011, p. 53) existem três correntes acerca desse assunto, a excludente usada nos países como Alemanha e Suécia, que não admite nenhum direito ao filho concebido após a morte do genitor. A corrente denominada relativamente excludente disponibiliza apenas direitos relativos ao concebido *post mortem*, tais direitos relativos somente no Direito de Família não admitindo qualquer direito à sucessão. A terceira e última corrente é chamada de inclusiva que é adotada pelo Brasil, diz que o concebido *post mortem* tem todos os direitos de família inclusive no campo do direito das sucessões, mas com algumas restrições, como, por exemplo, o artigo 1597 do CC:

> 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 subseqüentes 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.

De acordo com Barbosa (2009, p. 237), o novo Código Civil de 2002 diz

> incluiu entre os filhos presumidos como concebidos na constância do casamento aqueles: havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga e os havidos por inseminação heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Haverá presunção de paternidade, somente na hipótese de reprodução assistida homóloga, nas quais os gametas utilizados na concepção são provenientes a pessoas casadas ou vivendo em união estável. No caso da reprodução assistida heteróloga somente se o falecido tiver deixado autorização por escrito, sendo a mesma condição necessária para a validade. Exige-se também que a mulher esteja na condição de viúva, não podendo estar divorciada do marido falecido.

Essa autorização é essencial para a presunção e pode ser retratada até a concepção. Essa autorização é condição indispensável para determinar o tratamento igualitário em direitos e qualificações entre os filhos.

A presunção de paternidade não se dissolve com a morte do genitor, embora dissolva o casamento, de acordo com o artigo 1.571 parágrafo primeiro do CC que diz “o casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste código quanto ao ausente”.

Nóbrega (2011, p. 56) embora o casamento se dissolva com a morte, manterá a presunção de que o filho foi concebido na constância do casamento, devido à extração e congelamento do material genético, por se entender que o filho decorria de um projeto parental durante o vínculo matrimonial.

Essa corrente está fundamentada no Princípio da Dignidade Humana e no Princípio da Igualdade e também previsto no artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal que diz “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas á filiação”.

Então se torna claro em que concebendo uma pessoa após a abertura da sucessão, por meio de técnica de reprodução humana assistida, não se pode aceitar que a mesma não tenha legitimidade para suceder, sendo filha do autor da herança, estaria sendo tratados de forma desigual aos demais filhos nascidos no momento da sucessão, assim descumprindo um dos princípios fundamentais da Constituição Federal.

De acordo com Nóbrega (2011, p. 54) aceitar o artigo 1798 do CC é afrontar a Constituição Federal, desconsiderando sua prática que valida materialmente todas as demais normas do ordenamento jurídico.

Para a concepção acontecer os legisladores procuram estabelecerem um prazo para não se perdurar no tempo, de acordo com o artigo 1800, parágrafo 4º, do CC: “se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testamento, caberão aos herdeiros legítimos”.

Já Diniz (2010, p. 20) tem uma opinião contrária dizendo que

> se por ocasião do óbito do autor da herança, já existia embrião crioconservado, gerado com matéria germinativo do falecido, terá capacidade sucessória se, implantado num útero, vier a nascer com vida e, por meio de ação de petição da herança, que prescreve em 10 anos após a sua maioridade, poderá

A utilização do tempo como critério discriminante, como diz o art. 1.800, parágrafo 4º do CC, não se pode discriminar os filhos com a estipulação de prazo dentro do qual o filho deverá ser concebido para que tenha legitimidade sucessória, em qualquer que seja o momento da concepção não poderá ser usado como critério discriminante. (NÓBREGA, 2011, p. 54).

Diante disso, não podem ser excluídos da sucessão os filhos concebidos por reprodução assistida *post mortem*, respeitando o artigo 1814 do CC

> São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários, que:
> I- houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
> II- houverem acusado caluniosamente em prejuízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
> III- por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Diante disso, conclui-se que os concebidos por reprodução assistida humana *post mortem* devem ser tratados de forma igualitária, os filhos havidos ou não na constância do casamento, naturais ou civis, no momento da abertura da sucessão em obediência a norma maior do nosso ordenamento jurídico que é a Constituição Federal. Por isso o artigo 1798 do CC deve ser interpretado conforme a Constituição Federal, obedecendo aos princípios constitucionais protetores da pessoa humana.

3.6 Direito Comparado

Para melhor exposição do tema, se faz necessário uma análise sobre a inseminação artificial em outros países. Nas palavras de Juan José Puerto (2000, s/p):

> Algunas legislaciones (Proyecto de Uruguay, Méjico, España, Francia, Austria) no establecen un número máximo de embriones a transferir al útero ni un plazo taxativo para hacerlo al considerarlo inconveniente y posible fuente de dificultades para adaptarse a los cambios y avances futuros que pueda tener la tecnología médica, estableciéndose como único límite el que subjetivamente estime apropiado el equipo médico para asegurar un equilibrio entre las posibilidades razonables de embarazo y el evitar la multigestación. Pero la limitación de embriones transferibles, es la opción de una buena parte de las legislaciones internacionales. Parece ser tres el número de embriones científicamente recomendado para transferirse en cada ciclo de reprodución artificial y es éste el límite que han

> tomado legislaciones como las de Alemania, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Hungría, Singapur y el Proyecto de Ley de Fecundación Asistida aprobado por la Cámara de Diputados italiana en 1999. Otros países han establecido límites mayores, como Costa Rica, que prohíbe la fertilización de más de 6 embriones por ciclo, o Brasil y Arabia Saudí que permiten hasta 4 embriones[1].

Observa-se que em alguns países não há limitação acerca do número de embriões que serão implantados e o prazo para tal inseminação. Ao contrário alguns países determinam o prazo e número de embriões que poderão ser introduzido, tal limitação e prazo e quantidade são de caráter subjetivo, sendo analisado por cada medico e cada gestante.

> En Austria la Ley Federal número 275/1992, sobre reproducción clínicamente asistida ya ha establecido la obligación del centro médico en el que se realicen estas técnicas de proporcionar a sus pacientes asesoramiento y ayuda psicológica, e incluso (si los pacientes no se niegan a recibirla) tratamiento psicoterapéutico[2].

As clínicas que fazem as técnicas de Reprodução Assistida na Áustria fornecem obrigatoriamente tratamento psicológico para suas pacientes, esse tratamento é garantido por lei.

> El Proyecto de Ley 1997/11 del Senado chileno prohíbe la fecundación post-mortem. En Alemania se considera como delito punible, mientras que el Proyecto del Senado uruguayo señala que no se podrá determinar legalmente la filiación del hijo nacido respecto del marido o concubino fallecido a menos que el "material reproductor" no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón o cuando el nacimiento se produjera después de los

---

[1] Algumas legislações (exemplo: Uruguai, México, França e Áustria) não estabelecem um numero máximo de embriões a serem transferidos para o útero, nem um prazo taxativo para fazer a transferência. O prazo é determinado subjetivamente por cada médico para assegurar uma gestação equilibrada e saudável e evitar a gestação de muitos embriões. Porém, a maioria das legislações do mundo todo prefere limitar o número de embriões. É três o número recomendado de embriões para transferir a cada ciclo de reprodução artificial em países como Alemanha, Dinamarca, Suécia, Reino Unido, Hungria, Cingapura e existe um Projeto de Lei tramitando neste sentido também na Itália. Outros países estabelecem limites maiores como Costa Rica, que proíbe a fertilização de mais de 6 embriões por ciclo, Brasil e Arábia Saudita que permitem somente 4 embriões.

[2] Na Austria, a Lei Federal n. 275/1992, sobre reprodução assistida estabelece que é obrigação do centro médico onde se realizam tais práticas a de proporcionar às suas pacientes assessoramento, ajuda psicológica, e (caso o aceite voluntariamente) tratamento psicoterapêutico.

> 300 días de su fallecimiento. La Ley española autoriza la fecundación post mortem, matizando que el cónyuge fallecido no será legalmente el padre a menos que se usen sus gametos en una técnica reproductiva en la viuda antes de los 6 meses inmediatamente posteriores a su fallecimiento.[3]

Nesse sentido, no direito comparado, a reprodução assistida post mortem não é permitida no Chile; na Alemanha e na Suécia, é vedada; sendo que na Alemanha é considerado crime; na França também é vedada a inseminação post mortem e, ainda, tem-se que o consentimento externado em vida perde o efeito; na Espanha é vedada, mas garantem-se direitos ao nascituro, quando houver declaração escrita por escritura pública ou testamento. No Uruguai só será reconhecido o vínculo parental, se o nascimento ocorrer até 300 dias depois do falecimento do pai. Por fim, na Inglaterra, permite-se a inseminação post mortem, mas não se garante direitos sucessórios, a não ser que haja documento expresso nesse sentido.

Por tudo o que foi analisado pode-se concluir que a reprodução humana assistida está presente em todos os países, gerando grandes discussões nos diversos ordenamentos jurídicos.

---

[3]O Projeto de Lei 1997/11 do Senado Chileno proíbe a fecundação post mortem. Na Alemanha se considera como crime. Existe um projeto de lei no Uruguay que afirma que somente se poderá determinar legalmente a filiação do filho nascido, caso o nascimento da criança ocorra em até 300 dias depois do falecimento do suposto pai. A lei espanhola autoriza a fecundação post mortem, afirmando que o cônjuge falecido não poderá ser legalmente reconhecido como pai da criança a menos que se usem seus gametas em uma técnica reprodutiva, enquanto ele ainda estava vivo, antes de 06 meses de seu falecimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi visto no presente trabalho, a reprodução humana assistida está sendo vivenciada pela sociedade brasileira e também pelos outros países, fazendo parte da realidade das pessoas.

Nos dias atuais, vivenciamos uma total reformulação do conceito de família. O modelo tradicional vem sendo substituído por uma definição mais moderna, em decorrência da evolução do mundo globalizado e da aquisição de novos valores introduzidos na sociedade contemporânea.

O antigo modelo evoluiu para um modelo de família moderna, onde a liberdade de escolha fica evidente, já que lhes é permitido o planejamento familiar. Muitas vezes este projeto não pode ser realizado, pois o filho tão esperado não vem, restando à busca em uma forma alternativa de procriação, a artificial.

Por isso as técnicas de reprodução humana assistida, estão cada vez mais se modernizando, ficando mais presentes na realidade das pessoas e no ordenamento jurídico.

Diante dos pontos abordados, correlacionando-os com o ordenamento jurídico, se tornam claro que não são somente as pessoas nascidas ou concebidas até a abertura da sucessão que terão legitimidade sucessória, como também os concebidos após a abertura da sucessão. Uma pessoa concebida após a abertura da sucessão, por meio de técnica de reprodução humana assistida, não se poderia aceitar que a mesma não tivesse legitimidade para suceder, sendo filha do autor da herança, estaria sendo tratados de forma desigual aos demais filhos.

Além disso, deve-se observar que só será permitida a legitimidade sucessória nos procedimentos realizados por reprodução assistida homológas, aquelas feitas com material genético de pessoas casadas ou em união estável, não podendo estar divorciados, sendo assim, não precisará de autorização escrita. Somente será necessária a autorização escrita do falecido no caso da reprodução assistida heteróloga, quando os gametas forem doados de outras pessoas, doadores anônimos, para o concebido adquirir a legitimidade sucessória.

Conclui-se que a exclusão de qualquer filho da sucessão hereditária, concebido antes ou depois da morte do seu genitor, não é valida, fere os maiores

princípios constitucionais,como o da dignidade humana e o da igualdade, com exceção dos filhos deserdados ou excluídos por indignidade.

Devemos mencionar que a realidade científica deve ser abraçada pelo Direito, uma suposta segurança no processo sucessório não será capaz de impedir uma maior interação da mesma com o direito, sendo ele, uma das mais importantes ciências sociais, sabendo que não existe sociedade sem direito. Não restando dúvida da necessidade do acompanhamento do direito nas inovações científicas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 204-210, 250-253.

BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília: Senado Federal, 1988.

BRITO, Déborah Cristiane Domingues de. e outros. *A Reprodução Medicamente Assistida E A Fertilização Post Mortem pela Ótica do Direito Sucessório.*Disponívelem:<http://www.linhasjuridicas.com.br/artigo.php?op=ver&id artigo=93>. Acesso em: 13 fev. 2012.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso Avançado de Direito Civil.* Direito das Sucessões. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003. p.1-32, 42-58.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003. p. 426-432.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*: Teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional positivo. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 526-533.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Sucessões. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 3-26.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual Do Biodireito.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 543-620.

GOLDIM, José Roberto. *Bioética e Reprodução Humana*. Disponível em: <http://www.boetica.ufrgs.br/biorepr.htm>. Acesso: em 05 mar. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. *Direito das Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 19-49.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 679-684.

NÓBREGA, Dario Alexandre Guimarães. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. A Reprodução Humana Assistida *Post Mortem* e o Direito Sucessório do Concebido – uma Interpretação Constitucional da Legitimidade Sucessória a partir do Princípio da Isonomia. n.20. São Paulo: Magister. 2011. p. 40-59.

PESSOA, Altemar Tavares*. Gestação assistida: algumas implicações no Direito Sucessório*. Disponível em: <http://jusvi.com/colunas/30748> acesso em: 13 fev. 2012.

PUERTO, Juan José*. La Considercion de los nuevos derechos Humanos en la Legislacion sobre Reproducion Asistida.* 6 ed. n.1. Espana: Universidad de Salamanca. 2000. Disponível em: <HTTP:// : juanjopuerto@hotmail.com>. Acesso em: 04 nov. 2012.

Reprodução Assistida: Conceitos e Linguagem. Disponível em: <http://ghente.org/temas/reproducao/index.htm>. Acesso em: 05 mar. 2012.

Reprodução humana assistida: três décadas de evolução e muitos desafios. Disponível em: <http://guiadobebe.uol.br/reprodução-humana-assistida-tres-decadas-de-evolucao/>. Acesso em: 05 mar. 2012.

RODRIGUES, Silvio. *Direito das Sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3-21.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p.109-140.

SANTANA, Chr. *Técnicas de Alta Complexidade.* Disponível em: <http://www.chrsantana.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=109&Itemid=103>. Acesso em: 05 mar.2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito das Sucessões. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1-24.