

**TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS ORIUNDAS DA BIOTECNOLOGIA:
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMOLOGA *POST MORTEM* NO
ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO E COMPARADO**

**SOCIAL TRANSFORMATION FROM BIOTECHNOLOGY:
HOMOLOGOUS ARTIFICIAL INSEMINATION *POST MORTEM*
UNDER THE LAW OF SUCCESSION BRAZILIAN AND COMPARED**

Válder Bocalon Migliorini

Advogado. Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto –
UNAERP. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Paulista –
UNIP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Franca – UNIFRAN

RESUMO

O presente estudo analisa as implicações jurídicas acerca da reprodução humana assistida *post mortem* e a possibilidade de atribuição de capacidade sucessória ao indivíduo concebido por este meio. É notável a desproporcionalidade entre a evolução científica no campo da biotecnologia e o acompanhamento e desenvolvimento das leis neste sentido capazes de disciplinar a utilização de tais técnicas de reprodução humana e suas consequências. O Código Civil Brasileiro, sobre o tema, defende o reconhecimento da condição de filho a todos havidos por meio da técnica conceptiva *post mortem*, contudo é omissa acerca dos direitos sucessórios, deixando uma lacuna legislativa, que atualmente gera ainda grandes discussões e entendimento divergentes, não resultando uma resposta pacífica na jurisprudência. O nosso objetivo no presente artigo é tratar desta omissão legislativa do ordenamento pátrio, os problemas sociais gerados por esta técnica de reprodução *post mortem*, em especial a análise do direito sucessório e seus reflexos.

Palavras-chave: sucessões; *post mortem*; inseminação artificial.

ABSTRACT

This study examines the legal implications regarding the post mortem human assisted reproduction and the possibility of allocating capacity to inherit the individual conceived in this way. It is remarkable disproportion between the scientific developments in the field of biotechnology and the monitoring and development of legislation in this area

capable of disciplining the use of such techniques for human reproduction and their consequences. The Brazilian Civil Code, on the topic, advocates the recognition of son ship to all accruing through technical conceptive post mortem, but is silent about the inheritance, leaving a legislative gap that currently still generates great discussions and understanding divergent not resulting in a peaceful response jurisprudence. Our goal in this article is to address this legislative omission of spatial parental social problems generated by this technique of playing post-mortem, in particular the analysis of inheritance law and its consequences.

Keywords: succession; *post mortem*; artificial insemination.

INTRODUÇÃO

A ciência contemporânea é responsável por grandes transformações sociais, biológicas e tecnológicas, principalmente no campo da biomedicina, em especial na área de reprodução humana, geração de células tronco, possibilidade de clonagem de outro ser, e no caso abordado na obra, à possibilidade de gerar filhos através das técnicas de reprodução humana assistida.

O aspecto mais divergente e controverso que paira sobre este tema no campo jurídico se tange á temática dos direitos sucessórios á pessoa concebida por tal técnica, pois no ordenamento pátrio somente há menção a possibilidade de gerar este individuo e seu reconhecimento, contudo não há legislação que regulamente de maneira especifica as técnicas de reprodução humana assistida, os direitos de personalidade e em especial sucessórios.

O presente projeto busca propor e definir a dimensão jurídica do tema á luz dos direitos humanos deferidos á prole que foi gerada por meio da fecundação assistida *post mortem*, e a garantia do Estado em proteger os direitos desta, e em especial abordando o principio constitucional da igualdade entre os filhos, independente de qualificação e origem, pois a não observação deste princípio resultaria em discriminação atentatória com os demais filhos, e consequentemente violaria o principio da dignidade da pessoa humana.

Esta modalidade de reprodução teve inicio por volta do ano de 1945, contudo foi a partir dos anos 50 que se deu inicio a técnica de inseminação artificial, e somente em 1970 ocorreu o nascimento do primeiro bebê concebido pela fecundação *in vitro*, na Inglaterra. Enquanto no Brasil, e na América Latina o primeiro bebê nascido por meio deste procedimento ocorrera no ano de 1984, e se chama Anna Paula Caldeira, tendo o fato ocorrido

na cidade de São José dos Pinhais no estado do Paraná¹. (Somente para fazer um parâmetro cerca de mais de vinte mil crianças nascem nos Estados Unidos em um ano por meio da reprodução assistida atualmente). Nesse cenário, a inseminação póstuma é discutida nos mais variados ordenamentos jurídicos do mundo e congressos, pois surgem complicações no âmbito do direito, principalmente na área das sucessões, visto que não há normatização adequada reguladora do tema.

DIREITO DE SUCESSÃO AO HERDEIRO CONCEBIDO *POST MORTEM*.

A Constituição Federal Brasileira em seu artigo 5º, inciso XXX, contempla o direito á herança que se encontra disciplinado no Código Civil no respectivo Livro V – Do Direito das Sucessões. A palavra sucessão em si é derivada do latim *succedere*, e desta forma corresponde à substituição de uma pessoa por outra, de maneira não transitória, no todo ou em parte e a qualquer título, dos direitos que competiam á primeira.

O momento de abertura da abertura da sucessão, o direito pátrio toma como base o principio da *saisine*, ocorre no momento do óbito do autor da herança, e estabelece que o próprio “*de cujus*” transmite automaticamente e imediatamente aos seus sucessores a herança, conforme preceitua o artigo 1.784 do Código Civil.

Já o artigo 1800, paragrafo 4º do Código Civil, defende a prole eventual: “*No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz (...) 4º. Se, decorridos 2 (dois) anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos*”.

Outro fator que sobre tal tema garante respaldo ao direito sucessório do filho concebido *post mortem*, se encontra no artigo 1.799, inciso I do Código Civil: “*Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder, os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir a sucessão*”. Assim presume-se que a permissão para a habilitação de sua própria prole eventual para suceder seja também amparada por este diploma legal. Nesse caso, o procedimento deveria ser providenciado no prazo máximo de 2 (dois) anos a partir da abertura da sucessão, conforme previsão do artigo 1.800, § 4º do Código Civil.

Entretanto, é possível verificar alguns óbices à aceitação da mencionada corrente. Primeiramente, o Brasil é um país onde não se tem o costume de se fazer testamento, mas sim

¹ Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/saude/%E2%80%99Cme-expor-e-uma-maneira-de-vender-um-sonho-diz-primeira-brasileira-concebida-in-vitro>. Acesso dia 11 de julho de 2013.

seguir a sucessão legítima. Em segundo lugar, colocaria os filhos concebidos *post mortem* em posição desfavorável em relação aos filhos naturais, adotivos, havidos por inseminação artificial heteróloga e por fecundação *in vitro*, em evidente afronta ao princípio constitucional de Igualdade entre os Filhos. Por fim, não se mostra razoável a exigência de manifestação de vontade do “*de cujus*” através do testamento. Para aqueles que defendem a desnecessidade de qualquer autorização, o projeto parental e a vontade de gerar filhos podem ser reconhecidos no ato de alguém providenciar o armazenamento de seu sêmen ou óvulo para futura inseminação artificial.

Nesse sentido se dá, por exemplo, a adoção póstuma, onde o adotante vem a falecer no curso do processo de adoção e não se exige que este tenha deixado testamento indicando o futuro adotado como seu sucessor. Em contraposição, no caso da adoção, o processo já se iniciou, ou seja, já existe expressa manifestação em favor da adoção.

Neste tocante, surgiu o Enunciado n. 06, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida, em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, o qual resultou que deve apenas existir a manifestação expressa do marido/companheiro, e não sendo necessariamente por meio de testamento.

CONCLUSÃO

Por meio do presente artigo resulta evidente a indispensabilidade das modernas técnicas da biomedicina no campo da reprodução assistida existentes. Evidente também é o descompasso entre os avanços científicos e a legislação civil, em especial no que diz respeito ao tema deste trabalho que se delimita aos direitos sucessórios da inseminação artificial homóloga *post mortem*. Desta feita, o filho concebido por tal método não pode ser vítima desse atraso legal, vendo sacrificar-se seu direito, constitucionalmente garantido, o qual não vislumbra exceção, de receber herança. Além do mais, tal sacrifício violaria frontalmente princípios constitucionais de relevante importância, como a Igualdade entre os Filhos, que também não admite exceção, e da Dignidade da Pessoa Humana do filho.

Na perspectiva do direito de família em relação ao reconhecimento da paternidade deste indivíduo gerado pela inseminação artificial *post mortem*, não há controvérsias. O legislador civil acertou ao prever expressamente no art. 1.597 do Código de 2002 a presunção de paternidade dos filhos concebidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*, garantindo o direito à filiação destes filhos. Tratou-se de grande avanço jurídico, contudo, a previsão foi limitada e o legislador poderia ter feito mais na oportunidade e especificado os aspectos sucessórios resultantes do mesmo procedimento.

Desta feita concluímos que a solução mais acertada para o presente caso seria o adotado pela legislação espanhola, cujo já se encontra inserido no Projeto de Lei de número 1184/2003 que ainda se encontra em tramite no Congresso Nacional em seu artigo 14º §2º , inciso III, que exige a manifestação do doador no que tange a possibilidade de inseminação *post mortem*, fixando um prazo de até no máximo de 2 (dois) anos para que se dê a concepção, sob pena de decadência (mesmo prazo adotado para a prole eventual), contados á partir do falecimento do genitor. Desta forma, a partilha não estaria sujeita a alterações por um período demasiado longo.

Por fim, gostaríamos de deixar de forma clara que a presente obra não teve a intenção de esgotar as muitas discussões que a temática sugere, devido a sua complexidade, entretanto firmamos nosso entendimento e demonstramos uma resolução para a elucidação da problemática pesquisada. Desta feita enquanto não se cuidar na elaboração de lei que discipline os direitos envolvendo a reprodução assistida e o direito sucessório, essas pessoas deveram ter seus direitos defendidos por analogia e interpretados á luz da Carta Magna.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e dignidade humana. São Paulo: IOB/Thomson, 2006.
- BRASIL. **Constituição Brasileira de 1988**. In: Vade Mecum. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2011. **Código Civil de 2002**. In: Vade Mecum. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2011. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. In: Vade Mecum. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2011.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2008.
- FERNANDES, Silvia da Cunha. **As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. Curitiba: Juruá, 2009.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: Aspectos Éticos e Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2008.

