

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

LÉA RAFAELA REZENDE SALES

A LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA DOS CONCEBIDOS *POST PATREM MORTEM*:
uma análise da possibilidade de percepção de herança pelos filhos gerados por
técnicas de reprodução assistida após o óbito de seus genitores

São Luís
2015

LÉA RAFAELA REZENDE SALES

A LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA DOS CONCEBIDOS *POST PATREM MORTEM*:

uma análise da possibilidade de percepção de herança pelos filhos gerados por técnicas de reprodução assistida após o óbito de seus genitores

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Valéria Maria Pinheiro Montenegro.

São Luís

2015

LÉA RAFAELA REZENDE SALES

DA LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA DOS CONCEBIDOS *POST PATREM MORTEM*:

uma análise da possibilidade de percepção de herança pelos filhos gerados por técnicas de reprodução assistida após o óbito de seus genitores

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Valéria Maria Pinheiro Montenegro (Orientadora)

1º Examinador

2 Examinador

*À minha família, presença divina em
realidade humana...*

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da existência e por permitir a conclusão deste trabalho.

Aos meus pais, Placidina e Reginaldo, pela dádiva de uma família que é fonte de inspiração e incentivo cotidianos, além do exemplo de integridade e perseverança que têm sido durante toda a minha vida.

Às minhas irmãs, Renata e Rosemeire, pela fraternidade, companheirismo e paciência diários.

À minha professora e orientadora Valéria Maria Pinheiro Montenegro, pela confiança, disponibilidade e auxílio imprescindíveis na elaboração desta monografia.

A todos os funcionários que fazem parte do Curso de Direito e da Biblioteca desta universidade, bem como a todos que direta ou indiretamente contribuíram na minha formação acadêmica e cooperaram para o êxito deste trabalho.

“Quero a misericórdia e não o sacrifício”. (Mateus 12, 7)

RESUMO

O presente trabalho apresenta um estudo acerca da reprodução humana assistida post mortem, tema que gera indagações tanto quanto aos seus efeitos no âmbito do direito de família quanto no âmbito sucessório. As divergências encontram seu espaço tanto na falta de abrangência da legislação, quanto nas controvérsias levantadas pelos doutrinadores. Por um lado a Constituição Federal assegura o direito à herança entre o rol daqueles considerados fundamentais, em seu art. 5º, inciso XXX, enquanto a legislação civil prevê no Código de 2002 a manutenção do princípio de *saisine*, ao garantir, em seu art. 1798, a legitimação sucessória somente àqueles nascidos ou já concebidos na data da sucessão. Diferentes correntes doutrinárias se propõem a solucionar este impasse, algumas defendendo a impossibilidade de sucessão do nascido após o óbito de seu genitor, outras compreendendo que este deverá ter seus direitos sucessórios reconhecidos. Frente às posições diametralmente opostas, faz-se necessário considerar tanto a isonomia existente entre os filhos, que independe do tipo de filiação, assim como a segurança jurídica dos herdeiros já existentes quando do falecimento do autor da herança. Nesta perspectiva, parte doutrina sustenta ser razoável a delimitação de um prazo para que os eventuais futuros herdeiros possam pleitear seu quinhão, o qual deverá ser estipulado dentro dos parâmetros atuais de petição de herança, com prazo prescricional de 10 (dez) anos.

Palavras-chave: Reprodução assistida *post mortem*. Filiação. Legitimidade sucessória. Direito à herança.

ABSTRACT

The current project presents a study about post mortem assisted human reproduction which generates questions toward its effects in the field of family law as well as in the field of succession. Divergence is found in the lack of reach of the law and also in the controversy emphasized by the scholars. It is assured by the federal constitution the law for heritage as a fundamental one, in its fifth article, XXX section, whereas the civil legislation shows in the 2002 code the presence of the *saisine* principle when it guarantees, in its 1798 article, the genuine succession only for those who have already been born or conceived in the succession date. Different doctrinaire chains focus on solving that issue, some of them sticking up for the impossibility of succession for those who were born after their parent's death, unlikely other chains that see their succession rights as legal. Facing such contradictory positions, it is necessary to consider the isonomy among the children, which doesn't depend on the kind of filiation, as well as the heirs' juridical security which is already real when the owner of the heritage is dead. Considering this perspective, part of the doctrine claims as reasonable the determination of a deadline so that the future possible heirs are able to plead their part, which will be stipulated within the current standards of heritage petition, and deadline limited to ten years.

Key-words: *Post mortem* assisted reproduction. Filiation. Genuine succession. Right to heritage.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	RELAÇÕES DE PARENTESCO E FILIAÇÃO	11
2.1	Considerações gerais sobre parentesco e suas modalidades	11
2.2	Parentesco por filiação	13
2.2.1	Conceito de filiação e seus aspectos jurídicos.....	13
2.2.2	Tipos de filiação e a isonomia entre os filhos.....	16
3	REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	18
3.1	Aspectos gerais	18
4	REDIMENSIONAMENTO DO PRINCÍPIO DE SAISINE	20
5	CONCLUSÕES FINAIS	23
	REFERÊNCIAS	25

1 INTRODUÇÃO

Os avanços da medicina e da biotecnologia têm possibilitado às famílias recursos que inovam a prática da concepção da vida humana, com o advento das técnicas de reprodução assistida. Essa realidade expandiu os horizontes daqueles indivíduos que encontravam óbices à concretização de seu planejamento familiar, ensejando as mais diversas hipóteses de geração e nascimento para seus filhos.

Este cenário deu azo a uma nova modalidade de filiação, que poderia ocorrer com a utilização de células reprodutivas do cônjuge ou companheiro já falecido, ou ainda de terceiros, ante a impossibilidade de êxito com o material genético de um deles, ou mesmo de ambos os envolvidos no projeto parental.

A partir de então, surgem para o mundo jurídico uma série de indagações acerca dos limites que poderiam existir na prática da reprodução humana assistida, e de quais as suas implicações nas obrigações familiares envolvidas, como também nos seus aspectos sucessórios. O direito à herança, no Brasil, se encontra atualmente regulado por uma legislação que não abrange a totalidade do tema, gerando discussões tanto no ambiente jurisprudencial como no doutrinário, em face das incongruências entre o regramento civil e as garantias previstas constitucionalmente.

Neste trabalho, se propõe uma análise da possibilidade do direito à filiação e sucessão dos filhos frutos da reprodução humana assistida post mortem. Ante a carência de regulamentação do assunto, expõe-se as diferentes interpretações oferecidas pela doutrina para a solução deste conflito.

Para otimizar a didática e favorecer a compreensão da matéria, o trabalho organiza-se em três capítulos. No capítulo inicial discorre-se sobre as relações de parentesco, além do estado de filiação e suas inferências no direito sucessório. Logo no capítulo seguinte, aborda-se o conceito de reprodução humana em suas várias espécies e modalidades, as quais são de extrema relevância para a discussão principal. No terceiro discute-se a possibilidade de direito à filiação e sucessão do filho gerado após o óbito do doador de material genético.

Assim como o parentesco, o estado de filho sobrevém por vínculo biológico, legal ou socioafetivo, em consonância com a dinamização dos laços familiares, vivenciada na contemporaneidade. De maneira acertada, a Constituição reconheceu direitos que a protegem, insculpindo em seu texto a isonomia entre os

filhos, previsão essa transcrita no texto do código civil, no capítulo reservado às relações familiares.

Contudo, se o direito de família acompanha a evolução relacional, o direito sucessório ainda carece de normas efetivamente aplicáveis à atualidade. Em que pese o direito constitucional à herança, perante o legislador civil restavam legitimados somente os filhos já nascidos ou concebidos, ou ainda a prole eventual, desde que amparada por designação testamentária expressa e delimitada.

Ocorre que, a despeito da liberdade de planejamento familiar, existirão casos em que o projeto parental enfrentará contrariedades tais como a impossibilidade de gerar espontaneamente sua descendência. Por inúmeras vezes os casais não conseguem gerar seus filhos, recorrendo então às técnicas de reprodução humana medicamente assistidas, as quais serão expostas no decorrer deste trabalho.

Por dependerem da utilização de material biológico humano, tais técnicas se utilizam de métodos de criopreservação (ou crioconservação), submetendo tais materiais a um ambiente e temperatura propícios à sua utilização no futuro. Assim, oportunizou-se a concepção de filhos mesmo após o falecimento dos proprietários daquele material. Resulta então a hipótese de geração de prole muito depois da ocorrência da sucessão.

Enfrenta-se, portanto, o dilema da possibilidade de o filho concebido ou implantado no útero após o óbito de seu genitor ostentar condição de herdeiro, e assim dispor de legitimidade sucessória. Diante deste impasse alguns estudiosos do tema se posicionam de maneira bastante discordante. Parte da doutrina, mais conservadora, adota a impossibilidade de percepção de herança, enquanto existem doutrinadores que sustentam o reconhecimento advindo da condição de filho daquele gerado por técnicas de reprodução assistidas, as quais somente não teriam sido vislumbradas pelo legislador à época da codificação das leis.

2 RELAÇÕES DE PARENTESCO E FILIAÇÃO

2.1 Considerações gerais sobre parentesco e suas modalidades

No estudo das relações que envolvem transmissão de direitos ou bens, cabe um breve comentário acerca de parentesco e filiação. Isto se dá em razão inúmeras hipóteses em que este vínculo pode ser estabelecido, identificadas pela doutrina em variadas classificações ou modalidades.

Com efeito, a existência de vínculo familiar consiste em um dos elementos necessários para configuração do indivíduo enquanto apto a ocupar o lugar de herdeiro em potencial, dentre outras implicações jurídicas vinculadas a esta condição. Em concordância com a lição de Orlando Gomes (apud GONÇALVES, 2014, p. 675), acerca da relevância do tema:

[...] reveste-se de grande importância prática, porque a lei lhe atribui efeitos relevantes, estatuidos direitos e obrigações recíprocos entre os parentes, de ordem pessoal e patrimonial, e fixando proibições com fundamento em sua existência. Têm os parentes direito à sucessão e alimentos e não podem casar uns com os outros, na linha reta e em certo grau da colateral. O parentesco é importante ainda em situações individuais regidas por outros ramos do Direito, como o processual e o eleitoral.

Cumprido informar que, no texto legal, as disposições gerais sobre as relações de parentesco encontram-se previstas em nosso Código Civil nos arts. 1591 a 1595. Neles estão dispostas as situações em que o legislador optou por consolidar os vínculos passíveis de gerar ou não ligação familiar.

Paralelamente, em uma abordagem doutrinária, a acepção *parentesco* engloba, segundo Pontes de Miranda (apud GONÇALVES, 2014, p. 674), relações que vinculam indivíduos que descendem entre si, ou de um ancestral comum, por consanguinidade, ou, que associa um dos cônjuges e seus parentes aos do outro, por afinidade, ou ainda, determinado por uma ficção jurídica, tal como entre adotante e adotado.

A partir deste modelo, é possível aferir três grandes distinções quanto ao tipo de parentesco, quais sejam, o parentesco consanguíneo ou “natural”, o parentesco por afinidade e o civil (TARTUCE, 2014).

Sobre a consanguinidade, conforme Pereira (2014, p. 795-796), pode ser caracterizada como “[...] parentesco que vincula, umas às outras, pessoas que

descendem de um mesmo tronco ancestral”. Em suma, é o que habitualmente se denomina “parentesco de sangue”. Neste tipo de vínculo as pessoas partilham de uma matriz biológica comum, um elo genético a que atribuem parte de sua origem, seja ele em linha ascendente, descendente ou colateral.

Ressalte-se que, apesar de o parentesco consanguíneo ser caracterizado por uma procedência inata e autêntica, advinda de características biológicas, parte da doutrina considera inadequada a sua descrição como uma relação “natural”. De acordo com Tartuce (2014, p. 885) “O termo *natural* é criticado por alguns, pois traria a ideia de que as outras modalidades de parentesco seriam *artificiais*”. Desta forma, em que pese a similaridade genética entre os parentes consanguíneos, o esteio deste vínculo não lhe atribui natureza melhor ou mais digna frente aos demais tipos de relação.

O parentesco por afinidade, por sua vez, se estabelece entre os cônjuges ou companheiros, bem como entre os seus respectivos familiares. Dispõe de limites traçados em lei, tanto quanto ao seu alcance dentro da parentela do cônjuge quanto à sua subsistência em caso de extinção do matrimônio ou dissolução da união, nos termos dos arts. 1.594 e 1.595 do Código Civil (GONÇALVES, 2014, p. 676).

Sobre o vínculo entre companheiros ou conviventes, em razão da equiparação da união estável ao casamento, prevista na Constituição Federal, art. 226 § 6º (BRASIL, 1988), este estará sujeito às mesmas implicações, aplicando-se as mesmas presunções e vedações a que se submetem os cônjuges casados.

Este tipo de familiaridade é adquirido por analogia, empossando-se o cônjuge ou companheiro dos vínculos com os parentes de seu consorte em graus equivalentes aos que este detenha por consanguinidade. Segundo o § 1º do art. 1595, será considerado para efeitos civis o parentesco entre aquele e os ascendentes, descendentes, além dos irmãos do outro cônjuge ou companheiro.

A terceira classificação, o parentesco civil, remete às relações que extrapolem as consanguíneas ou por afinidade, na forma do art. 1593 do CC, que determina ser o parentesco “[...] natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. (BRASIL, 2002)

Para os estudiosos, a denominação genérica “outra origem” deve sua previsão em texto legal ao objetivo do legislador, que visava amparar conexões tais como a adoção, além das advindas de técnicas de reprodução assistida heteróloga (em que se utiliza material genético de terceiros), bem como as surgidas de vínculos

socioafetivos (TARTUCE, 2014).

Em consonância com este entendimento, foi aprovado o enunciado nº103 – na I Jornada de Direito Civil organizada pelo Conselho da Justiça Federal, o qual prescreve:

Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho. (AGUIAR JÚNIOR, 2012)

As relações de vínculo civis estão assim atreladas, na perspectiva em que se posicionam atualmente tanto a doutrina quanto o Conselho da Justiça Federal, a um reconhecimento jurídico mais amplo no contexto nacional.

O elo de parentesco, e por consequência o elo de filiação consolida-se no direito como um conceito que extrapola a simples ligação genética de dois indivíduos. Com efeito, percebe-se que o princípio norteador do reconhecimento da relação jurídica em questão amolda até mesmo a avaliação da ligação biológica entre os indivíduos, tornando irrelevante a concepção ser ou não tradicional.

2.2 Parentesco por filiação

Vencido o conceito de parentesco, é necessário elucidar o que norteia o surgimento desta relação quando dada por filiação. Com este objetivo, demonstraremos a evolução do critério fático, ou seja, o significado de “filho” nos tempos modernos e como a modificação deste parâmetro repercute no mundo jurídico.

2.2.1 Conceito de filiação e seus aspectos jurídicos

De acordo com a maioria da doutrina, podemos conceituar a filiação como a relação jurídica advinda do parentesco por consanguinidade ou outra origem, desenvolvida entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau, conseqüentemente, entre filho e pai, ou, filho e mãe. Assim como os demais laços de parentesco, poderá ser não somente consanguínea, mas também socioafetiva ou

civil. Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa (2006, p. 228):

(...) filiação é, (...) um *status familiae*, tal como concebido pelo antigo direito. Todas as ações que visem seu reconhecimento, modificação, ou negação são, portanto, ações de estado. O termo *filiação* exprime a relação entre o filho e os seus pais, aqueles que o geraram ou adotaram.

Tem-se, portanto, que, tradicionalmente no direito, a filiação constitui a relação jurídica que une o filho aos seus pais, e que, conforme disciplina Pereira (2014, p. 810): “Estabelecendo-se entre pessoas das quais uma descende da outra é considerada como ‘filiação propriamente dita’, quando visa o lado do filho; e, reversamente, encarada pelo lado do pai se chama ‘paternidade’ e pelo da mãe, ‘maternidade’”.

Por um viés social, a ideia de filho modelou-se de acordo com a evolução familiar. Inicialmente, o elo parental se atrelava ao modelo de família patriarcal, que valorizava o contrato de matrimônio e ligação biológica em detrimento de outras possíveis formas de relacionamento e de filiação.

A legislação era então um reflexo da postura dominante, que protegia o paradigma tradicional, negligenciando os inúmeros possíveis arranjos familiares. No antigo Código Civil de 1916, existiria diferenciação entre os filhos, adotando-se tratamento de acordo com sua concepção ou origem. Sendo esta oriunda do relacionamento matrimonial estes seriam legítimos. Caso contrário, seriam taxados de “adulterinos”, na hipótese de um ou ambos seus genitores fossem casados com pessoas diferentes, ou talvez “espúrios”, se ocasionalmente seus genitores ostentassem condição que os impossibilitasse de contrair casamento válido, ou até simplesmente “naturais”, se seus genitores não fossem casados, mesmo inexistindo óbice para que o fizessem (RODRIGUES, 2011, p.120).

As transformações histórico-sociais que se seguiram ao longo do século XX conduziram a relação filial a patamares mais inclusivos. Já na Constituição de 1937 dá-se o reconhecimento da igualdade entre os filhos legítimos e os naturais, com previsão de reciprocidade de seus direitos e deveres ante seus pais e tendo como efeito a revogação do art. 1605 do Código Civil de 1916, da forma que se transcreve: “**Art 126** - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais”. (BRASIL, 1937)

Desta forma, por supremacia da Lei Maior, foi revogado o art. 1605 do Código Civil de 1916, iniciando-se assim a longa jornada até o tratamento efetivamente igualitário entre os filhos. Posteriormente, o Decreto-lei 4.737, no ano de 1942, liberou, tão somente após a procedência do desquite de seu genitor, o reconhecimento de filhos denominados “adulterinos”. Em período subsequente, já em 1949, tal possibilidade foi expandida e a Lei 883 desse ano permitiu-a mediante dissolução da sociedade conjugal independente do modo (SOUZA, 2006, p.3).

A partir de então, o reconhecimento dos filhos taxados de “ilegítimos” somente evoluiu, incluindo-se dentre alguns preceitos legislativos acerca da evolução do tratamento dos filhos ilegítimos a Lei 6.515 de 1977, que assegurou a qualquer dos cônjuges, na constância do casamento, reconhecer a prole extraconjugal, através de testamento cerrado. Além desta, a Lei 7.250, promulgada em 1984, permitiu o reconhecimento extramatrimonial dos filhos, sob a condição de que passados 5 (cinco) anos do rompimento do enlace, com a proposição de ação de investigação de paternidade.

Finalmente, com a Constituição de 1988, em seu art. 227, §6º, o status de filho superou suas divisões, com a consagração do princípio da igualdade entre os rebentos, ensejando profundas transformações no Direito de Família quanto à ressignificação da filiação. Constata-se a inserção no ordenamento jurídico dos valores que de fato predominavam na realidade das famílias em todo o território nacional, fortemente marcada pela caracterização de uma paternidade ou maternidade baseada em parâmetros supra genéticos, e que admite relações pautadas na afetividade (COCO, 2012).

Observa-se então um contexto que não coaduna com as discriminações já praticadas pela legislação civil pretérita, que impunha rotulações privativas de direitos, em prol da isonomia de obrigações e deveres de pais e seus filhos, a despeito da origem deste vínculo.

No nosso atual Código Civil, em vigência desde o ano de 2003 e carregado de influências provenientes das diversas modificações impressas pela nova ordem constitucional, o tema inicia-se no art. 1596, o qual versa serem iguais os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, dispondo dos mesmos direitos e qualificações, tornando-se proibidas quaisquer designações segregativas direcionadas à filiação.

O novo princípio que norteava o direito de família, disposto na Constituição, passou a refletir expressamente a realidade social, e colocou que o direito à sucessão, no caso da relação entre ascendentes e descendentes, está unicamente adstrito ao reconhecimento do status de “filho e pai”.

2.2.2 Tipos de filiação e a isonomia entre os filhos

Conforme já exposto anteriormente, a conjuntura sociojurídica contemporânea aborda a filiação em múltiplas proveniências, as quais são tratadas isonomicamente entre si, como vínculo familiar. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência já há muito admitem que os filhos possam ter parentalidade biológica, civil ou socioafetiva.

Em linhas gerais, estas espécies de filiação podem ser aferidas segundo os critérios que determinam o estado de filho. Pelo critério legal ou jurídico, que surge por presunção relativa imposta pelo legislador em circunstâncias previamente indicadas no texto da lei; pelo critério biológico, que se baseia no vínculo genético, o qual pode atualmente ser constatado mediante exame de DNA; ou ainda pelo critério socioafetivo, estabelecido pelo laço de amor e solidariedade que se forma entre determinadas pessoas (FARIAS; ROSELVAL, 2010, p. 563).

Vê-se que, atualmente, é tomado em consideração o papel social da família, o qual independe da natureza dos seus vínculos para que garanta a proteção dos interesses de seus membros.

Seu fundamento está disposto no art. 227, § 6.º, da CF/1988 que prevê: “[...] os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988). Integralizando o texto constitucional, o art. 1.596 do CC/2002 adotou redação idêntica, consagrando ambos os dispositivos o princípio da igualdade entre filhos.

Por tal motivo é que se admite a filiação em casos tais como na reprodução assistida homóloga ou heteróloga, desde que consentida pelos cônjuges. Nesta última consideram-se pai ou mãe, para efeitos legais, aqueles indivíduos que não forneceram o material genético, mas permitiram expressamente a realização da fecundação, servindo-se de material do parceiro e de terceiro doador.

Esta presunção encontra ainda previsão legal no próprio Código Civil, dispondo em seu art. 1.597 que “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”. Desta maneira, deverá ser considerado filho, para todos os efeitos legais, aqueles gestados por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga (BRASIL, 2002).

Desta forma, quando da atribuição da filiação ao concebido por meio de qualquer das técnicas artificiais de reprodução, há que ser sopesado tanto o aspecto biológico quanto o socioafetivo. Uma vez que o pai socioafetivo, seja o marido ou companheiro da mãe desejou junto com esta, providenciou para que a criança fosse gerada por meio das técnicas de reprodução assistida, independente da forma, utilizando-se seu material genético ou não, se comprometendo a prover-lhe todas as condições necessárias para um desenvolvimento saudável.

O critério biológico, por sua vez, em razão da evolução tecnológica, sofreu uma ampliação das possibilidades da forma da concepção, importante pois discutir se o método ou momento da concepção é de fato relevante para a constituição da filiação. O reconhecimento de que a relação de parentesco extrapola a mera ligação genética serve justamente para por em cheque as próprias dúvidas levantadas acerca destas novas possibilidades fáticas.

3 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Para prosseguir com a análise, aborda-se o conceito de reprodução humana assistida, tratando de alguns de seus elementos relevantes para o mundo jurídico, bem como algumas de suas principais técnicas. Frise-se que a temática é inerente à filiação e sucessão, pois permite a concepção a partir de material genético de indivíduos já falecidos, e, por conseguinte, o surgimento de herdeiros em momento muito posterior à data da morte de seu genitor.

3.1 Aspectos gerais

A reprodução humana medicamente assistida (RA) pode ser compreendida como a intervenção antropológica no processo natural de fecundação, com o objetivo de permitir a concepção àqueles que enfrentem infertilidade ou esterilidade, possibilitando a sua procriação.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 706), na reprodução humana assistida, a fecundação indica a fase de reprodução consistente na fertilização do óvulo pelo espermatozoide. Hodiernamente, para este fim são utilizadas técnicas que envolvem a inseminação artificial homóloga, a inseminação artificial heteróloga, e a fecundação *in vitro*.

Na inseminação artificial homóloga, temos a inseminação feita com sêmen originário do cônjuge ou companheiro (GONÇALVES, 2014, p. 706). Na heteróloga, por sua vez, é empregado o sêmen fornecido por terceiro doador. Em ambos os casos o material é depositado dentro do corpo da mulher, para que a fecundação se dê de maneira similar à natural, ou seja, com a fusão dos gametas ainda em seu aparelho reprodutor (CORRÊA, 2011).

A fecundação *in vitro*, em contrapartida, é realizada quando o material genético do casal é colhido e então manejado em laboratório, de forma extrauterina. Somente depois de obtida a fecundação haverá transferência de materiais para o corpo da mulher, implantando-se o pré-embrião no útero materno. Em virtude de sua concepção realizar-se em ambiente de tubos de ensaio, as crianças assim concebidas são muitas vezes denominadas também “bebês de proveta”.

Esta técnica costuma ser empregada quando algum dos envolvidos no projeto parental apresenta problemas de infertilidade que incapacitem a junção dos

gametas, tais como a falta de motilidade dos espermatozoides ou ainda a incapacidade de interação natural do óvulo com as células masculinas (MORAIS, 2011, p. 16).

Ainda que apresente maior garantia da junção destes gametas, esta técnica também não evidencia garantia total de eficiência, havendo margem de insucesso no desenvolvimento do zigoto instalado no útero. Isto motiva a prática da manipulação de número considerável de gametas a fim de garantir a produção de uma margem mínima de pré-embriões.

Todas estas técnicas revelam alternativas viáveis às limitações dos indivíduos desejosos de ter filhos biológicos. Entretanto a técnica não era completa, pois todos os procedimentos tinham que ser realizados quase que imediatamente. Somente com as técnicas de congelamento e preservação de gametas e embriões é que foi possível a fecundação posterior. A técnica de congelamento de gametas e embriões conhecida como crioconservação, foi de grande valia para a reprodução medicamente assistida, pois assim eles podem ser utilizados no futuro (NÓBREGA, 2011).

Segundo a Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que revogou a antiga Resolução 1.957/2010, tratando das técnicas de reprodução assistida, no emprego de todas essas técnicas deve ser observado o princípio que estabelece que as técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente (BRASIL, 2010). Desta forma, não cabe admitir a utilização *ad infinitum* dos materiais criopreservados, tendo em vista a limitação lapso temporal para que estes possam ser aplicados à reprodução humana com uma margem segura de êxito.

A doutrina majoritária defende que a utilização do material genético limite-se a três anos após o congelamento, em função do disposto no art. 5º, inciso II, da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). Dentre os autores que sustentam este posicionamento estão Eduardo de Oliveira Leite (1995) e Beraldo (2012).

4 REDIMENSIONAMENTO DO PRINCÍPIO DE SAISINE

O primeiro norteador da ideia de sucessão no direito brasileiro foi o princípio de *saisine*. De acordo com Clóvis Bevilacqua (1956, p. 115) o conceito remonta a meados do século XIII, no contexto social e científico francês daquele período. Trata-se da substituição do morto pelo vivo:

A fórmula saisine é de origem medieval (1.259), nascida do direito costumeiro parisiense. A finalidade precípua do instituto é a defesa do próprio direito de herança, da propriedade dos bens que a compõem, em favor dos herdeiros do de cujus. Tanto é que a expressão saisine deriva do vocábulo latino sacire, que significa “apropriar – se”, “se imitir na posse”, “por para dentro.

O droit de saisine tem sua gênese no direito medieval, em idos do século XIII. Nesta época, o senhor feudal institui a praxe de se cobrar pagamento dos herdeiros de seu servo morto para que fossem estes autorizados a se imitir na posse dos bens havidos pela sucessão.

Assentou – se, então, no direito costumeiro parisiense, a fórmula Le serf mort saisit le vif, son hoir de plus proche, com o escopo de defender o servo desta imposição senhoril. Em verdade, tal instituto, consagrado pela doutrina francesa, traduz o necessário imediatismo na transmissão dos bens do de cujus aos herdeiros. Tal transferência se concretiza com a morte do antigo titular dos bens (le mort saisit le vif, vale dizer, o morto é substituído pelo vivo).

Ademais, no contexto socioeconômico do Medieval, fortemente marcado pelas relações de vassalagem, a instituição dos herdeiros em caráter imediato fornecia a segurança do pagamento dos débitos devidos aos senhores feudais. Na verdade, para que a herança permanecesse entre os indivíduos pertencentes àquele grupo familiar, era necessário que a titularidade, tanto do patrimônio quanto dos débitos, estivesse delimitada logo após o óbito, de maneira que não restassem possibilidades de os sucessores dos servos fugirem ao pagamento das eventuais dívidas contraídas pelos seus parentes.

No direito brasileiro, parte da ideia de que a sucessão se dá no momento da morte, restando legitimados a suceder os herdeiros já existentes quando da ocorrência do óbito, ou que ao menos já estivessem concebidos e sendo gerados. Logicamente, para os operadores do direito da época da concepção deste princípio, era materialmente impraticável a reprodução humana após o óbito do autor da herança.

Desta maneira, convém afirmar que o princípio de *saisine* não deve ter aplicação irrestrita nos moldes em que foi concebido, tendo em vista a sua origem

em contexto social e jurídico completamente diverso do atual, que enfrenta os desafios propostos pelo impacto dos avanços científicos de seu tempo nas relações sociais que nele se desenvolvem.

O art. 1798 do atual Código Civil determina serem legitimados a sucederem tanto os herdeiros já existentes quanto aqueles já concebidos no momento da sucessão. No entanto, no decorrer do texto legal, em nenhum momento o legislador optou por restringir exclusivamente a estes herdeiros os direitos sobre o patrimônio hereditário.

A reprodução assistida consiste numa ampliação das possibilidades de formação de vínculo biológico, o que sugere um novo contexto de aplicação ao princípio. Seguindo, passou-se a admitir que o parentesco biológico não seria a única forma de configurar a filiação. Desta forma, a evolução da sociedade redimensionou o princípio sem afastá-lo da aplicação da identificação da linha sucessória.

O redimensionamento do princípio de *saisine* reflete não apenas a função social da família, como também a isonomia de direitos e obrigações dos filhos, dentre eles o direito fundamental à herança, amparado pela Constituição e que se sobrepõe ao texto objetivo dos dispositivos civis vigentes. Em reflexão sobre as transformações científicas e sociais, o posicionamento doutrinário oferece uma orientação que sugere novos parâmetros para a aplicação do direito, o qual já não poderá restringir-se à mera aplicação literal dos códigos.

Na prática existem situações que os diplomas legais já não se revelam completamente aptos a pacificarem, tais como a delineada na hipótese de concepção de herdeiros após a morte do autor da herança. Tal cenário certamente não se enquadrava nos moldes de construção familiar à data da elaboração da legislação que vigora atualmente, permanecendo alheio às regras na codificação sucessória.

A constatação da filiação, neste novo paradigma, passou a considerar a sua promoção, seu intento e a sua assunção. A geração do indivíduo pode ser promovida por acontecimento alheio à relação sexual, da mesma forma o intento de gerar um filho. No que diz respeito à assunção da filiação, como a lei equipara aquele assumido como filho ao consanguíneo (art. 1596, Código Civil, c/c art. 227, §6º CF/88), no contexto da reprodução assistida, a ideia de criar uma prole não há que se limitar à utilização de material genético daqueles que a intentam. Sobre isso,

Tartuce (2014, p. 916):

Inicialmente, determina o Enunciado n. 104, da *I Jornada de Direito Civil*, que, “no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento”. Desse modo, o que importa para a determinação da filiação é o ato de planejamento da técnica de reprodução assistida. Em outras palavras, o vínculo de parentesco, como regra, deve ser atribuído àqueles que tiveram a iniciativa de sua realização.

Nesta perspectiva, até mesmo o indivíduo gerado por meio de fertilização *in vitro* utilizando material genético doado por terceiros, será filho daquele que promover a reprodução assistida com este objetivo. Da mesma forma que o vínculo biológico o momento da concepção não é princípio restritivo do reconhecimento da filiação, mas sim o intento, a promoção ou a assunção.

O reconhecimento do nascituro concebido após a morte do autor da herança como herdeiro legítimo nada mais é do que a aplicação dos princípios que continuam vigorando no direito sucessório a um novo contexto fático.

5 CONCLUSÕES FINAIS

Neste trabalho abordou-se as diferentes modalidades de parentesco e de filiação, esclarecendo os parâmetros atuais para determinação dos vínculos familiares que conectam as pessoas. Estas ligações revelam como se forma a ideia de família perante a legislação, bem como são estabelecidos os direitos e obrigações entre os familiares, em especial entre pais e filhos.

A mudança do paradigma do que é família e do que representa filiação dentro da sociedade, bem como o advento de novas circunstâncias para a própria concepção dos indivíduos, reflete a necessidade da alteração da aplicação do direito.

A evolução tecnológica das técnicas de reprodução assistida ampliaram as possibilidades de surgimento do vínculo biológico. Esses adventos, que antes sequer poderiam ser imaginados pelo legislador, levaram à discussão da relevância das circunstâncias da concepção para a constituição da relação jurídica de filiação.

O reconhecimento do novo princípio orientado pela Constituição Federal de 1988 de isonomia entre os filhos orienta a necessária mudança de aplicação da lei frente a estas realidades. E os novos contextos de método e concepção para um indivíduo, que aparentemente seriam uma “incógnita jurídica”, implicam na verdade em aplicação de um princípio já definido no direito brasileiro a novas situações fáticas.

O ponto central do trabalho é a mudança do paradigma daquilo que representa a ideia de “filho” e as repercussões da mudança destas dimensões no direito sucessório. Observa-se que a mesma ponderação de princípios que levou à definição expressa da isonomia entre os filhos e da vedação da diferenciação de tratamentos leva o reconhecimento do direito do nascituro concebido após a morte do autor da herança.

O objetivo maior do trabalho, que consideramos vencido, é demonstrar que as circunstâncias da concepção não são relevantes no que diz respeito ao reconhecimento do direito à herança. O momento da concepção, o método de concepção, nenhum destes fatores é orientador do status de filho. Orientar este reconhecimento por um destes fatores seria ressuscitar a extinta discriminação da prole suprimida do antigo Código Civil de 1916. Tão somente basta a filiação embasada em um projeto parental para que dela decorram não somente as

obrigações, como também as vantagens dela decorrentes, dentre elas a legitimidade sucessória.

As garantias fundamentais, que são inerentes ao indivíduo, independentemente das circunstâncias do seu nascimento. O direito pessoal ao nome e a filiação fazem parte deste rol, e negá-los sob qualquer pretexto seria estabelecer diferenciação não somente entre os filhos, mas também entre seres humanos. Tratamos então de cumprimento de princípio assegurado constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.) **Jornadas de direito civil I, III, IV e V:** enunciados aprovados. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 20 maio 2015.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº. 1.957, de 15 de dezembro de 2010. Revoga a Resolução nº. 1.358, de 19 de novembro de 1992. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: maio 2015.

_____. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: maio 2015.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e suas implicações post mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2012.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil comentado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, v.1, 1956.

COCO, Bruna Amarijo. **Reprodução assistida post mortem e seus aspectos sucessórios**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3238, 13 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21747>>. Acesso em: 12 jun., 2014.

CORRÊA, Marilena Villela. **Novas tecnologias reprodutivas: limites da biologia ou biologia dos limites?**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVAL, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MORAIS, Milena Miranda de. **A legitimidade sucessória dos filhos havidos por técnicas de reprodução post mortem**. Brasília, 2011.

NÓBREGA, Dario Alexandre Guimarães. A reprodução humana assistida post mortem e o direito sucessório do concebido: uma Interpretação Constitucional da Legitimidade Sucessória a partir do Princípio da Isonomia. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM. Ano XII. nº 20, Fev-Mar 2011, p. 39-59.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Daniela Rosário. **Direito civil**: família e sucessões. São Paulo: Ridel, 2011.

SOUZA, Janice Bonfiglio Santos. **A reprodução humana assistida frente ao direito de família e sucessão**. (Monografia). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 5**: direito de família, 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

_____. **Direito civil, v. 6**: direito das sucessões / Flávio Tartuce – prefácio Zeno Veloso. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. v. 6. 6. Ed., São Paulo: Atlas, 2006.

Sales, Léa Rafaela Rezende.

A legitimidade sucessória dos concebidos *post patrem mortem*: uma análise da possibilidade de percepção de herança pelos filhos gerados por técnicas de reprodução assistida após o óbito de seus genitores / Léa Rafaela Rezende Sales. — São Luís, 2015.

26 f.

Orientador: Valéria Maria Pinheiro Montenegro.
Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2015.

1. Direito de herança. 2. Legitimidade sucessória. 3. Direito de família. I. Título.

CDU 347.65