

ASPECTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL (HOMÓLOGA) *POST MORTEM* E O DIREITO SUCESSÓRIO, QUANDO AUSENTE AUTORIZAÇÃO PARA O PROCEDIMENTO: UMA VISÃO INSTITUCIONALISTA

Felipe Cunha de Almeida¹

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a questão do direito ao reconhecimento de filiação, ao filho concebido por inseminação artificial *post mortem*, e, conseqüentemente, direito à sucessão, mesmo sem que tenha havido autorização expressa do pai para a realização do procedimento. Ainda há importante questão a ser enfrentada, como no caso de eventual situação do filho concebido pelas técnicas de fertilização, mas que

não incluído no rol dos herdeiros, eis que concebido e nascido muito após inventário e partilha de seu pai, autor da herança. De tal sorte que, em se tratando de preterição e de direito de herança, este, além de garantido constitucionalmente, também é previsto como direito fundamental e, como tal, tem como uma das suas características a imprescritibilidade; de modo que seria possível à legislação infraconstitucional estabelecer prazos prescricionais para a busca daquele direito?

¹ Advogado em Porto Alegre, especialista em Direito Processual Civil e professor em curso preparatório para concursos.

Iniciamos a presente tarefa utilizando-nos das lições do festejado Silvio Venosa, ao abordar tema referente aos filhos e a família, quando, concordando com o autor, também entendemos que os temas atuais em relação ao Direito de Família desafiam o legislador. Trazemos os ensinamentos do Mestre supracitado para o estudo aqui colocado; as inseminações artificiais (o nosso foco), as cirurgias de mudança de sexo, os relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo, a clonagem de células e de pessoas etc. criam situações fáticas que originam debates e polêmicas a respeito dessas discussões, sobre as quais a legislação específica e até constitucional, dependendo da ótica e da interpretação dos juristas, pode ou não contemplar. Continuando na esteira de raciocínio do estimado jurista, este assevera, e com razão, que a ciência evolui de forma rápida, fazendo com que a sociedade espere respostas mais ágeis e rápidas do Direito; fato este que, no passado, não ocorria, pois as alterações eram quase que exclusivas de ordem sociológica. Portanto, gradativas².

Venosa exemplifica a questão acima, em relação ao aspecto tecnológi-

co e jurídico, quando faz menção à criação da Lei n. 9.263/96, a qual veio a regular o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar³:

O conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal (art.1º).

De modo que a norma acima transcrita complementa a Constituição Federal, no sentido de oportunizar à pessoa a livre manifestação de vontade acerca do planejamento familiar, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Nesse aspecto, encaixa-se perfeitamente com o estudo em questão, haja vista que, somados todos os princípios que serão aqui analisados e alguns já mencionados, bem como a questão da característica de direito fundamental insculpida na herança, a polêmica gira em torno da questão de prazos prescricionais ou decadenciais que atingiriam ou não o direito previsto na Carta Magna.

2 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2011, 11ª ed., p. 15.

3 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2011, 11ª ed., p. 15.

2 QUESTÕES POLÊMICAS E O ORDENAMENTO JURÍDICO

O Código Civil exclui da sucessão o chamado concepturo, ou seja, aquele que ainda não foi concebido (embrião gerado *in vitro*), já que não figura na condição de nascituro, eis que ainda não pertencente ao ventre materno.

Diz o referido Diploma, em seu artigo 1.597:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Retornando à tramitação do Código Civil de 2002, Sílvio Venosa pontua que, ante insistentes críticas quanto ao Projeto original do Código, eis

que, de início não havia menção ao tema da fertilização assistida, foram inseridos, mas de forma muito rápida, no ordenamento, os incisos III, IV e V. Tais dispositivos, como estamos vendo, tratam dos casos de fecundação homóloga e de embriões excedentários. Venosa ainda ressalta que o atual Código não autoriza e nem trata de regular a reprodução assistida, mas, apenas e tão somente, faz uma constatação da lacuna e da existência da problemática existente, procurando a legislação solucionar os aspectos quanto à paternidade; ressaltando a necessária e urgente regulação da matéria em legislação específica⁴.

Outra questão polêmica quanto aos embriões é a possibilidade fática de que eles podem ser albergados no útero de outra mulher, fato que faz com que venha à tona o problema da maternidade sub-rogada, maternidade de substituição ou, ainda, maternidade de aluguel.

No entanto, a própria Carta Magna, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Pacto de São José da Costa Rica, o qual o Brasil é signatário, bem como o Código Civil, vedam qualquer forma de distinção de tratamento acerca da filiação e, novamente, surge o ponto de interrogação, no sentido de que todo o ordenamento jurídico

4 VENOSA, Sílvio da Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.456.

visa proteger os filhos e a família. No entanto, caso determinado herdeiro seja preterido ao direito de herança, e o prazo prescricional ou decadencial tiver implantado, certamente verá o seu direito fundamental de herança sucumbir.

A Constituição Federal em conjunto com os ordenamentos acima citados, além de protegerem a criança e a família, como referido, vedam, de forma latente, qualquer forma de discriminação entre filhos, de forma a serem preservados os princípios da igualdade, do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana.

Vejam os o tratamento da questão, pela ótica da Carta Magna:

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

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Embora a complexidade do significado da pessoa humana, e para também não desviarmos do foco deste estudo, importante referir que tal instituto está acima de qualquer preço, sendo atributo exclusivo da

pessoa humana. De tal significado decorre que a dignidade é uma qualidade congênita, irrenunciável e inalienável, inerente a todos os seres humanos. Portanto, embora resumido e objetivo o significado trazido, a constatação que se faz é que o princípio aqui trazido não decorre do ordenamento jurídico, e que não pode ser retirado das pessoas; é de caráter objetivo, independentemente de regime político social, religioso ou cultural em que se encontra⁵.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Seguindo a linha de raciocínio em relação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o art. 5º é fundamental para o nosso estudo, eis que coloca determinados direitos em uma posição privilegiada, ou seja, imputa à herança a qualidade de direito fundamental e, como regra, tem a característica da imprescritibilidade, esta inerente aos direitos fundamentais, como se sabe.

Paulo Bonavides, em citação a Konrad Hesse, aduz que os direitos

5 BAEZ, Narciso Leandro Xavier; JANCZESKI, Célio Armando (Coord.). *Constituição Federal Comentada*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 22.

fundamentais são entendidos como aqueles que objetivam a criação e manutenção dos pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade da pessoa humana⁶.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...].

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O artigo acima transcrito avoca o princípio da proteção integral quando assegura uma série de direitos à criança e ao adolescente, e de uma forma com absoluta prioridade, haja

vista o nível de proteção e tratamento que busca conferi-los.⁷

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão 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.

Observa-se que a família está antes acima do Direito, vislumbrá-la apenas por meio do ordenamento jurídico é tão somente enxergá-la sem vê-la em sua totalidade⁸. Portanto, entendemos como contraditória a existência de um arcabouço jurídico, filosófico e político, no sentido de proteção integral da família, de seus membros e dos seus direitos, inclusive com o alargamento de tal conceito e, simultaneamente, a existência de lei que afaste a característica da imprescritibilidade dos direitos fundamentais, quanto à herança, quando incidente prazo para que se possa buscá-la.

6 BERNARDI, Silvia Waltrick; JANCZESKI, Célio Armando (Coord.). *Constituição Federal Comentada*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 44.

7 MOSCHETTA, Silvia Ozelame Rigo; JANCZESKI, Célio Armando (Coord.). *Constituição Federal Comentada*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 689.

8 MOSCHETTA, Silvia Ozelame Rigo; JANCZESKI, Célio Armando (Coord.). *Constituição Federal Comentada*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 682-683.

Por sua vez, o Código Civil trata da matéria abordando os seguintes artigos:

Art. 1.596. 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.

A Constituição Federal, utilizada como balizador em relação aos direitos dos filhos, como se percebe deste trabalho é, em nosso entendimento, o que o deve nortear o ordenamento jurídico. Portanto, o supratranscrito artigo 1.596 do Código Civil, quando trata da filiação, menciona expressamente a proibição a qualquer tipo de discriminação, tal e qual consta na Carta.

Como dito, a Carta Magna corrobora a tendência universal em relação ao tema da filiação. Ou seja, não se discriminam os filhos em razão de sua origem. Portanto, em se tratando de filhos, todos são iguais perante a lei, e assim devem ser tratados. Importante, para tanto, a definição de Venosa sobre a filiação: “pode ser definida como o liame jurídico existente entre pai ou mãe e seu filho”. Ainda, a ressalva acerca do vínculo, se legítimo, adotivo, natural ou afetivo,

apenas distingue; no entanto, jamais pode discriminar⁹.

Nessa seara, também aborda o tema o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

O Pacto de São José da Costa Rica trata a família como direito fundamental, vejamos o teor de seu texto:

Artigo 17 – Proteção da família

1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

[...].

Artigo 27 – Suspensão de garantias.

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá

9 VENOSA, Sílvio da Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.455.

adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 6º (proibição da escravidão e da servidão), 9º (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

Art. 11

[...]

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

[...]

Como pudemos perceber, a legislação protetiva é farta. No entanto e por outro lado, a pergunta que se faz é que deve haver um lapso temporal a ser observado (prescrição/decadência) para que se entenda como legítima e

legal a sucessão daquele nascido em razão da inseminação artificial, sem o consentimento do pai, como nos casos estudados, sob pena de afronta à segurança e ao ordenamento jurídico?

Com base na indagação acima, repita-se, é possível haver supressão do direito sucessório àquele concebido e nascido, por meio de inseminação artificial *post mortem*, nos casos em que não haja prova de autorização do autor da herança para o procedimento?

O fato, em primeiro lugar, é que há concepção e, tudo correndo dentro da normalidade, o posterior nascimento de uma criança é fato inevitável. Sendo assim, a questão cinge-se em se saber se terá, ou não, direito sucessório e, ainda, se existe prazo para que se possa incluir o herdeiro na sucessão que já se perfectibilizou. Por outro lado, o Código Civil não contempla tal situação, quando ausente autorização, como antes mencionado.

Existe corrente aduzindo pela impossibilidade de reconhecimento à sucessão, quando ausente autorização para a fertilização, pois, naquele momento, não haveria expressão da vontade do falecido quanto ao procedimento, sendo assim impossível a presunção de paternidade.

Independentemente da corrente que se filie, os casos de nascimento de seres humanos por meio do procedimento estudado não obstam os laços de sangue. Há entendimento também que, nesses casos, não haveria problema em

ser reconhecida a filiação, no entanto, o direito à sucessão estaria excluído.

Vejam os artigos 1.798 e 1.799, respectivamente, do Código Civil:

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

II – as pessoas jurídicas;

III – as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Existe, ainda, hipótese de resolução da questão com base no art. 1.800 § 4º do Código Civil, desde que respeitado o prazo de dois anos:

Art. 1.800. 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 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.

O Código Civil, em seu artigo 1.798, nos ensina o princípio geral sucessório, quando aponta que somente se legitimam a suceder aqueles nas-

cidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão. De modo que os filhos concebidos *post mortem*, independentemente de qualquer técnica, não são herdeiros, em relação às disposições desse artigo; há restrição e, como se observa, o prazo é de dois anos, previsto no parágrafo quarto.

Portanto, a polêmica que se cria é que, no sentido do posicionamento daqueles que aceitam a sucessão, e pelos dispositivos supracitados, ainda assim haveria de ser observado o prazo aludido. Vejam que, quando falamos nos prazos aqui estabelecidos pelo Código Civil, o ordenamento jurídico parece claro quanto à inafastabilidade desses prazos, mesmo quando confrontados com direitos fundamentais como, no estudo em questão, o de direito à herança daquele gerado pela inseminação artificial e, no entanto, sem autorização expressa do cônjuge ou companheiro. Novamente, a polêmica se instaura.

3 SOBRE A NECESSIDADE DO CONSENTIMENTO E O DIREITO COMPARADO

Como podemos observar pelo atual Código Civil, tal legislação é clara ao impor que, nos casos da chamada fecundação heteróloga, o consentimento do marido ou do companheiro é obrigatório para que do procedimento resultem os efeitos le-

gais; caso contrário, poderá impugnar a paternidade. O problema surge quando exige-se a autorização, fato este que excluiu, por evidente, o direito do marido ou companheiro impugnar a paternidade, mas, conhecendo o filho a origem da gestação, este venha a impugnar a paternidade do marido de sua mãe, postulando judicialmente o vínculo de filiação com aquele terceiro que doou o material genético. Tal aspecto levantado também ocorre com o ordenamento jurídico argentino, conforme observam Gustavo A. Bossert e Eduardo A. Zannoni (1996, p. 471)¹⁰.

A legislação francesa, ensina-nos Venosa, foi muito feliz ao prever que, para os procedimentos de fertilização assistida, além de exigido o expresse consentimento dos cônjuges, deve haver a prova da necessidade, da oportunidade e da conveniência da utilização da técnica, no sentido de se evitar, futuramente, problemas de difíceis soluções ética e jurídicas; deve ser o último remédio. No entanto, a legislação brasileira é omissa a respeito de tais exigências¹¹.

A Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina¹² impõe a necessidade do consentimento por escrito, em relação à permissão para se

submeter à prática, bem como à chamada criopreservação, estabelecendo o destino do material genético a ser congelado.¹³

A doutrina traz como marco para o tema estudado um caso acontecido na França, em meados da década de 80. Corine Richard e Alain Parpalaix tiveram um relacionamento. No entanto, o varão descobriu estar com câncer nos testículos e, no intuito de poder ter um filho com a sua mulher, depositou num banco de sêmen seu material genético para que após as sessões de quimioterapia pudesse usá-lo para gerar a prole.

A doença, além de ter deixado o homem estéril, veio a lhe causar a morte. A mulher, por sua vez, tentou fazer valer a vontade do marido, no entanto, houve a negativa pelo banco de sêmen em levar adiante o procedimento, fato este que levou a mulher, então, a postular autorização judicial para cumprir a intenção do seu esposo.

O banco, por sua vez, alegava que não havia um acordo de entrega do material genético a outra pessoa, senão ao falecido, e, como na França não havia legislação que autorizava inseminação artificial *post mortem*, fez-se necessário que a esposa bus-

10 VENOSA, Sílvio da Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.459.

11 VENOSA, Sílvio da Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.460.

12 Conselho Federal de Medicina.

13 <http://www.portalmédico.org.br/resoucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 21.06.2012.

casasse a tutela do Estado para o preenchimento da lei e, conseqüentemente, pudesse fazer valer a vontade do falecido.

Depois de muitas discussões, o tribunal francês de Créteil condenou o banco de sêmen na entrega do material para um médico designado pela viúva. Infelizmente, pela morosidade da ação, a inseminação artificial não foi realizada, pois os espermatozoides não estavam mais próprios à fecundação.¹⁴

Após este caso, diversos países começaram a discutir sobre o destino do material coletado, principalmente, após a morte do doador, inclusive no Brasil. Ocorre que o rumo do debate em nosso país tomou outra proporção após o código de 2002 por contradições sociojurídicas existentes.

Rui Barbosa foi de uma genialidade sem precedentes quando criou a seguinte expressão: “Justiça tardia não é Justiça, é injustiça manifesta”.

Em alguns países, a inseminação artificial *post mortem* é vedada, como nos casos da Alemanha e da Suécia. A Espanha proíbe a inseminação *post mortem*, mas garante direitos ao nascituro quando houver declaração escrita por escritura pública ou tes-

tamento. Por sua vez, na Inglaterra, a inseminação *post mortem* é permitida, mas garante direitos sucessórios se houver documento expresse sobre o assunto¹⁵. Em Portugal também não se permite a inseminação artificial *post mortem*, ainda que haja declaração expressa do falecido, e se destrói o sêmen armazenado quando morre o doador. Porém é permitida a transferência do embrião que já estiver concebido *in vitro* para a inseminação *post mortem*, desde que haja um projeto parental claramente estabelecido por escrito pelo falecido pai¹⁶.

4 O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Enunciado 104 CJF/STJ:

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

14 <disponível em: <http://www.idbfam.org.br/?artigos&artigo=423>>. Acesso em: 15.06.2012.

15 PINTO, Carlos Alberto Ferreira. *Reprodução Assistida: Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório*. Disponível em: < <http://www.recantodasletras.uol.com.br>>. Acesso em: 05/05/2012.

16 Artigo 22 - Decreto nº 64/X, da Legislação de Portugal.

no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento”.

Enunciado 105 CJF/STJ, também da I Jornada prevê que “as expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597, deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida’”.

Enunciado 257 da III Jornada prevê que: “As expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’, constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição”.

No que tange à inseminação homóloga (inciso III do art. 1.597), o Enunciado 106 CJF/STJ prevê que para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para

que utilize seu material genético após sua morte. Caso contrário, não há que se falar em presunção da paternidade, não se aplicando a regra *pater is est*.

Enunciado 107 CJF/STJ: “finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges, para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões”.

Enunciado 127 CJF/STJ: há proposta de alterar o inciso III do art. 1.597 para constar “havidos por fecundação artificial homóloga”.

Isso para retirar a menção ao falecimento do marido (paternidade responsável). Dúvida: a mulher tem direito à “produção independente”?

Enunciado 129 CJF/STJ: “Art. 1.597-A. A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único. Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga”.¹⁷

Por sua vez, o Pacto de São José da Costa Rica também debate o tema.

17 Disponível em: http://www.google.com.br/#hl=pt-BR&scient=psy-ab&q=stj+e+reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+e+sucess%C3%A3o&oq=stj+e+reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+e+sucess%C3%A3o&aq=f&aqi=&aql=&gs_l=hp.3...607553.614956.1.615201.31.30.0.0.0.508.7821.2-19j3j4j1.27.0...0.0.5dyWThgzitw&pbx=1&bav=on.2.or_r_gc.r_pw_r_qf.,cf.osb&fp=9c4162c3556e04a3&biw=1024&bih=657. Acesso em: 13/05/2012.

O inciso I do art. 4^a da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, conhecida como Pacto de São José de Costa Rica, acolhida pelo Governo brasileiro, trata do direito à vida e expressa que:

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido por lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente, e o embrião é uma vida futura.¹⁸

5 APÓS DETERMINADO LAPSO TEMPORAL, E PERFECTIBILIZADA A SUCESSÃO, TEM-SE NOTÍCIA DE FILHO BIOLÓGICO. ESTE SERIA PRIVADO DE SEUS DIREITOS SUCESSÓRIOS OU, SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PODERIA BUSCAR O QUE É SEU POR DIREITO, POR SE TRATAR DE DIREITO FUNDAMENTAL?

A herança é elencada, no artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal, sendo, como já referido, direito fundamental:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XXX - é garantido o direito de herança;
[...].

Portanto, elencado o direito de herança no rol dos direitos fundamentais, tem-se, como fato incontroverso, a inafastável característica da imprescritibilidade.

Nesse aspecto, reside o ponto fundamental deste trabalho, pois, se o direito à herança é elevado a nível constitucional e, mais ainda, a direito fundamental, a prescrição é instituto que àquele não atinge. Nessa seara, precisa e esclarecedora é a lição de José Afonso da Silva, ao elucidar a questão:

Imprescritibilidade. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois a prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a *exigibilidade* dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas,

18 <Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em 15/05/2012.

como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.

Silvio Venosa também contribui para o enriquecimento do debate quando discorre sobre as Ações de Estado. Assevera o jurista que essas ações são aquelas nas quais existe uma pretensão para que se obtenha um pronunciamento judicial sobre o estado de família de uma pessoa. Ainda, aduz que podem ser positivas ou negativas as ações. No primeiro caso, busca-se a obtenção de um estado de família diverso do atual; no segundo, para que exclua determinado estado. Salienta ainda que as ações decorrentes do estado de família guardam as características da intransmissibilidade, da imprescritibilidade, da irrenunciabilidade, sendo também personalíssimas¹⁹.

Trazendo para o estudo em questão, caso excluído da sucessão determinado herdeiro, seja a que título for, e por se tratar como fundamental o direito à herança, entendemos como possível a busca dos direitos daqueles não incluídos na partilha, e a qualquer tempo, em razão da imprescritibilidade, como ora estudado.

Ora, se tal direito é fundamental

e, como regra, tem característica de imprescritível, não seria justo, a nosso ver, e respeitando os posicionamentos em sentido contrário, que o herdeiro preterido fique sem o devido amparo, como aqui colocado e justificado. A pergunta é: haveria sentido, haveria justiça, de se conferir caráter de imprescritibilidade quanto aos direitos fundamentais, aos filhos e à família e, logo em seguida, utilizar-se das leis infraconstitucionais para se vedar esse direito, impondo-se um prazo para o exercício de ação?

O artigo 2027 do Código Civil assim determina:

Art. 2027. A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos.

Parágrafo único. Extingue-se em um ano o direito de anular a partilha.

Venosa, ao analisar o dispositivo transcrito, aduz que a doutrina refere que o prazo de um ano é tanto para os casos de anulação como para os casos de nulidade da partilha. Todavia, ressalta o autor que boa parte da doutrina e da jurisprudência quase unânime admite, em geral, três prazos distintos para três situações diversas, que são os seguintes²⁰:

19 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2011, 11ª ed., p. 19.

20 VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.825.

1. Deve ser o prazo de um ano para os casos de anulabilidade das partilhas amigáveis, simplesmente homologadas;
2. Para os casos de defeitos processuais, como, por exemplo, de incompetência ou ofensa à literal disposição, em ações litigiosas, o prazo para anulação deve ser o da ação rescisória, ou seja, de dois anos;
3. Por fim, nos casos envolvendo a nulidade absoluta, o prazo permitido para buscar a anulação deve ser o de dez anos.

Por sua vez, o Código de Processo Civil atual, em uma tentativa de correção das dificuldades verificadas em relação aos prazos, e invadindo a seara do direito material, determinou dois prazos no tocante à validade e eficácia da partilha, como observamos da dicção do artigo 1.029, que trata da ação de anulação da partilha amigável:

Art. 1.029. A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termos nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada, por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz.

Parágrafo único. O direito de propor ação anulatória de partilha amigável prescreve em um ano, contado este prazo:

- I – no caso de coação, do dia em que ela cessou;
- II – no de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato;
- III – quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade.

Pondera Silvio Venosa, ainda, que a anulação pode ser buscada com base na lesão, exemplificando a desproporcionalidade nos quinhões, cuja inexperience do inventariante pode ter gerado o vício. O referido prazo trata da prescrição²¹.

Quanto às hipóteses do art. 1.030 do Código de Processo Civil, que trata da rescisão da partilha, o prazo a ser observado é o da ação rescisória, também previsto naquele Diploma, sendo, portanto, o de dois anos. Já nesse caso, o referido prazo trata da decadência do direito.

Ainda, em termos de lapsos temporais e em relação àqueles herdeiros excluídos do inventário e da partilha, há a opção da ação de nulidade ou então da petição de herança, cuja prescrição, pelo atual Código, implementa-se pelo prazo de dez anos (STF – RTJ 108/217, RT 567/235, 631/199). Mas, igualmente, impõe-se prazo para a busca do direito.

Portanto, a nossa intenção, quanto a esse tópico, e mesmo em se tratando do direito fundamental à herança, é

21 VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.827.

sinalizar a existência de prazos pela legislação infraconstitucional que, como visto, caso não observados pelo pretense herdeiro, o deixarão sem a sua devida parte, a qual seria sua por direito, este garantido constitucionalmente.

6 QUESTÃO DE INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como visto, além de interessante, entendemos como polêmica a questão aqui em debate. Deve prevalecer qual entendimento? Os princípios constitucionais ou a lei infraconstitucional? Importante ressaltar que, embora dividido, o ordenamento jurídico é um só, devendo existir uma interação entre as normas, tendo como ponto de partida, como melhor entendemos, a Constituição Federal, como observamos nos artigos já abordados em seu texto.

No entanto, importantíssimo também é o estudo quanto aos dispositivos acerca do tema, tratados pelo Código Civil, bem como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 1.596. 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.

ECA, artigo 20: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Ambas as legislações, nos casos dos artigos supracitados, sequer mencionam qualquer atributo referente ao tempo, para que os direitos lá previstos sejam respeitados. Entendemos que, como consequência e em razão da vedada discriminação entre os filhos, que seria o principal, os direitos inerentes à inobservância de tais direitos são os acessórios. Portanto, como em regra o acessório segue o principal, o direito de buscar a herança é insito à condição de filho, que não permite discriminações.

7 POSSÍVEIS SOLUÇÕES

1. Reconhecimento biológico sempre, mas sem direito à sucessão?
2. Reconhecimento biológico e direito à sucessão.
3. Reconhecimento biológico e direito à sucessão, mas, todavia, na qualidade de irmão (se houver), bilateral (art. 1.841 - CC).
4. Enunciado 267 aprovado na III Jornada de Direito Civil do CJB sugere a seguinte solução:

A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

Guilherme Calmon, autor do referido enunciado, explica a solução para o tema:

Em sendo reconhecida a admissibilidade jurídica do recurso às técnicas de reprodução assistida *post mortem* (e, assim, sua constitucionalidade), a melhor solução a respeito do tema é a de considerar que o art. 1.798, do novo Código Civil, disse menos do que queria, devendo o intérprete proceder ao trabalho de estender o preceito para os casos de embriões já formados e aqueles a formar (abrangendo, pois, as duas hipóteses antes indicadas). O problema que surge caso a criança venha a nascer após o término do inventário e da partilha pode ser tranquilamente solucionado de acordo com o próprio sistema jurídico atual em matéria de herdeiros legítimos preteridos – por exemplo, na hipótese de filho extramatrimonial não reconhecido pelo falecido. Deve-se admitir a petição de herança, com a pretensão deduzida dentro do prazo prescricional de dez anos a contar do falecimento do autor da sucessão, buscando, assim, equilibrar os interesses da pessoa que se desenvolveu a partir do embrião ou do material fecundante do falecido e, simultaneamente, os interesses dos demais

herdeiros. Assim, haverá mais uma hipótese de cabimento para os casos de petição de herança, a saber, aquela envolvendo o emprego de técnica de reprodução assistida *post mortem*.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora polêmico o tema, como já referido, e sempre respeitando as opiniões diferentes ou em sentido contrário, entendemos que o Direito deve andar sempre atrelado à sociedade, e não de costas àquela, mesmo que venha a passos mais lentos, fato este que demonstra, inclusive, prudência. De nada adianta a previsão de diversos princípios, como os aqui mencionados, sejam insculpidos na própria Constituição Federal e ou em legislações infraconstitucionais e, ao mesmo tempo, quanto a estas, a imposição de prazos em relação a direitos fundamentais. A nosso ver, modestamente, parece que, na prática, tais direitos não encontram proteção, pois a legislação sempre aponta um prazo final para a busca do direito.

Embrião, nascituro, enfim, a terminologia é importante para questões sobre eventuais direitos ou não. No entanto, o fato que entendemos como primordial é que existe a geração de um ser humano, por meio das técnicas de reprodução e que, como consequência, acarretam em parentesco sanguíneo, gerando um filho e uma família. A dignidade da pessoa humana é funda-

mento deste país, dos seres humanos e, como tal, deve ser sempre respeitada, conforme exposto neste estudo.

Ora, se os procedimentos a respeito da reprodução assistida são permitidos em nosso país, entendemos como injusto e contraditório, e também desigual, a vedação dos seus direitos, sejam eles quais forem, daqueles gerados em razão dessa tecnologia. Estamos lidando, quando se fala de óbice, quanto a direitos fundamentais em razão da implementação de lapso temporal, seja prescricional ou decadencial, de situação prática a qual, por uma mão, o Estado confere *status* de direito fundamental para a herança e, com a outra mão, o próprio Ente retira do cidadão em razão de implementado determinado prazo.

Entendemos também que não há de se falar em falta de segurança jurídica para não impor o decurso de tempo quanto aos direitos fundamentais. Ora, simplesmente trata-se de exceção à regra, estando totalmente ciente a sociedade sobre tais circunstâncias, eis que a própria Constituição retrata tal hipótese. Frisamos assim que, embora os prazos prescricionais e decadenciais devam ser a regra, jamais o caso concreto, o fato, pode ser ignorado e dispensado o devido tratamento, como a hipótese aqui trazida e abordada.

Temos casos previstos pelo orde-

namento jurídico, por exemplo, como no caso da situação da declaração dos ausentes. Estes, retornando após o trânsito em julgado da sentença, e pelo Código Civil, têm o direito de reaver os seus bens no estado em que se encontrem. Afinal, a conclusão que se chega é a de que, com o retorno do ausente, os herdeiros não teriam a condição de titulares dos bens daquele, tendo que devolvê-los no estado atual²². Por analogia, indagamos a possibilidade daquele concebido por inseminação artificial, portanto filho como os demais já agraciados com a partilha, e por analogia, também ter direito ao seu quinhão.

Portanto, em se tratando de família, de filhos, da dignidade da pessoa humana e de uma gama de diversos princípios protetivos aqui estudados e abordados, havendo notícia e comprovação da existência de herdeiro, seja preterido ou então gerado em período posterior à determinada partilha, este terá direito à sucessão sempre, pois, como estudado, trata-se de direito fundamental e, como tal, deve ter o devido tratamento, eis que imprescritível.

Evidente que o tema não se esgota. A diversidade de entendimentos e a importância da questão, eis que envolve direitos extremamente importantes da pessoa humana, devem fazer

22 VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 42.

com o que o jurista, o operador do direito, reflita sensivelmente quanto ao tema abordado, eis que a tecnologia em termos de reprodução assistida caminha cada vez mais a passos largos,

enquanto que a lei parece estar muito atrás dos anseios da sociedade, quando brotam discussões acerca do tema aqui trazido, podendo causar, muitas vezes, injustiças irreparáveis.

REFERÊNCIAS

Código Civil
JANCZESKI, Célio Armando: Coordenador. *Constituição Federal Comentada*. Curitiba: Juruá, 2011, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pacto de São José da Costa Rica
PHILIPS, Douglas Freitas. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>. Acesso em 15/06/2012).

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. *Reprodução Assistida: Inseminação*

Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.uol.com.br>>. Acesso em 05/05/2012.

VENOSA, Sílvio da Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2011, 11ª ed.

www.cidh.org

www.portalmedico.org.br

www.stj.jus.br