

**FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL:
Direitos sucessórios do embrião fecundado *post mortem* a luz do princípio
da isonomia entre os filhos**

Rafael Paes de Barros*

RESUMO

O presente trabalho trata do tema Fecundação Artificial, especificamente dos direitos sucessórios do embrião fecundado após a morte do pai, na perspectiva da igualdade entre os filhos, por meio da legislação vigente, doutrina e jurisprudência acerca do tema. É abordado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, isonomia e legalidade. A metodologia se trata de uma revisão documental por meio da legislação vigente e por revisão de literatura em relação a doutrina sobre direito sucessório. Por fim conclui-se que o reconhecimento deste filho é legítimo com previsão no art. 1.597, inciso III do Código Civil, todavia no art. 1.798 do Código Civil, há uma lacuna quanto ao direito sucessório do conceito de nascituro na Fecundação Artificial, deste modo à pretensão deste trabalho é responder se em qual momento o filho a ser gerado por meio da Fecundação Artificial tem direito de isonomia com os demais filhos no que se refere ao direito sucessório.

Palavras-chave: Direito Sucessório. Sucessões. Fecundação Artificial.

ABSTRACT

The present work deals with the theme of Artificial Fertilization, specifically the inheritance rights of the fertilized embryo after the father's death, from the perspective of equality between the children, through the current legislation, doctrine and jurisprudence on the subject. The constitutional principle of human dignity, equality and legality is addressed. The methodology is a document review through current legislation and literature review in relation to the doctrine on inheritance law. Finally, it is concluded that the recognition of this child is legitimate as provided for in art. 1597, item III of the Civil Code, however in art. 1.798 of the Civil Code, there is a gap in the inheritance law of the concept of unborn child in Artificial Fertilization, thus the purpose of this work is to answer whether at what time the child to be generated through Artificial Fertilization has the right to equality with the other children with regard to inheritance law.

Keywords: Succession Law. Successions. Artificial Fertilization.

* Graduado em Processos Gerenciais pela Faculdade de Ciências Biomédicas de Cacoal – FACIMED, Acadêmico de Direito do Centro Universitário Dante – UNIDANTE, Pós-Graduado em Administração Pública pela Universidade Candido Mendes – UCAM, MBA Executivo em Gerenciamento de Projetos e Mestrado em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação pela Universidade Federal de Santa Catarina -UFSC. Atualmente é servidor do Instituto Federal Catarinense – IFC e Consultor em Propriedade Intelectual da PAES DE BARROS – Marcas e Patentes. E-mail: barrospropriedadeintelectual@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O direito acompanha a evolução da sociedade, neste sentido a partir das mudanças sociais o direito se adequa para cumprir seu papel de regular a vida no coletivo. O direito sucessório tem sua previsão legal no art. 5, inciso XXX da Constituição Federal de 1988 e entre os art. 1784 a art. 1880 do Código Civil.

De acordo com Silva (2017) o direito de sucessão é:

O conjunto de regras e princípios que norteiam há transmissão de bens, direitos e deveres do "de cujus" para os herdeiros ou legatários. Em sentido amplo, uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens.

Corroborando com este entendimento para Stork, Café e Lucchini (2015) o direito de sucessão é a "transmissão de direitos e/ou encargos segundo certas normas. Essa transmissão pode se dar entre pessoas vivas (inter-vivos) como quando há o falecimento de alguém (causa mortis)".

Nesta perspectiva ocorre um questionamento quanto ao filho natural e o filho que nasce por meio de reprodução artificial a luz do ordenamento jurídico vigente, é importante destacar que de acordo com o art. 1.597 do Código Civil e respeitando o princípio da isonomia, em teoria ambos tem direitos iguais e são legítimos no direito a herança.

Para Stork, Café e Lucchini (2015), a herança é "o conjunto de direitos e obrigações transmitidos em razão da morte, ou seja, bens e dívidas que alguém acumulou no decorrer da vida. É uma universalidade de bens, o patrimônio do falecido: débitos e créditos".

Porém existe uma lacuna no que se refere ao embrião não implantado, desta forma o trabalho visa responder se o princípio da isonomia será aplicado na fecundação, ou seja no embrião formado mas não implementado.

2 DESENVOLVIMENTO

A sucessão é um direito e garantia fundamental previsto no art. 5º, inciso XXX da Constituição Federal de 1988, como apresentado abaixo:

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.

Em relação ao caso de filho oriundo de inseminação artificial, este tem previsão no art.1.597 do Código Civil, a seguir:

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 homogênea;
- V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Desta forma, destaca-se a divisão de tratamento no filho concebido em laboratório em situação homogênea e heteróloga. A Fecundação Artificial homogênea é prevista no art. 1.597, no inciso III do Código Civil e diz respeito da inseminação artificial por meio do material biológico dos próprios pais, por outro lado a inseminação heteróloga não tem o vínculo biológico dos pais, podendo ser de apenas um ou outro e até mesmo de nenhum.

É importante ressaltar que a sucessão se inicia com a morte do *de cujus*, neste sentido o art. 1.798 do Código Civil prevê os herdeiros legítimos:

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

Diante disso, o problema é o fato do herdeiro legítimo ter que ser uma pessoa nascida ou já concebida, o caso é que a legislação não acompanha os avanços tecnológicos da medicina, onde se pode ter o embrião congelado fora do útero e neste caso não se encaixaria em nenhuma dessas duas situações, desta o tema em pauta é controverso, pois coloca de encontro o direito fundamental de herança, garantido pelo artigo 5º, XXX da Constituição Federal de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana, isonomia e legalidade de acordo com Silva (pág. 2, 2017). O fato é que o conflito se apresenta em caso o embrião esteja fora do útero, pois caso este esteja no útero da mãe, está contemplado na presunção de posterior nascimento com vida.

O Supremo Tribunal Federal - STF por meio da ADIN nº 3.510 declarou constitucional o art. 5º da Lei nº 11.105 de 2005, conforme apresentado abaixo:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no [art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997](#).

Desta forma, em relação à Fecundação Artificial em situação de embrião não implantado no útero o entendimento do STF diz que o embrião é um bem e não uma pessoa, logo não teria direito legítimo de sucessão.

Por outro lado o Superior Tribunal de Justiça – STJ por meio do Enunciado nº 267 interpreta que em relação à Fecundação Artificial em situação de embrião não implantado no útero deve ser ampliado na previsão do art. 1.798 do Código Civil, conforme apresentado abaixo:

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.

Com isso o STJ diverge do STF, considerando o embrião nestes termos com uma pessoa e por consequência parte legítima da herança no direito sucessório.

3 CONCLUSÃO

Conclui-se que a Fecundação Artificial no caso de já concebidos com a inserção do embrião no útero antes da morte do pai, se possui direito caso haja nascimento com vida deste filho e conseqüentemente se cumpre o princípio da isonomia entre os filhos previstos na Constituição Federal de 1988, todavia no caso do embrião não ter sido inserido no útero, ou seja não implantado, este pelo aspecto legal não seria considerado uma pessoa e sim um objeto e não teria direito a sucessão seguindo a linha do STF, pelo STJ ele é considerado uma pessoa e teria direito a sucessão.

É importante destacar que como já mencionado anteriormente há uma divergência de interpretação entre o STF e STJ, diante disso sendo necessária uma avaliação do caso concreto e a aplicação por parte do juiz de analogias, princípios e costumes, cabendo destacar a linha de se atender ao princípio da legalidade onde neste caso não se haveria direito mesmo no caso do planejamento do filho por meio da Fecundação Artificial, mas sem a inserção do embrião no útero da mãe, por outro lado se baseando no princípio da dignidade da pessoa humana e isonomia este teria direito mesmo que inserido após a morte do pai considerando também o desejo de se ter esse filho de maneira anterior, quando se iniciou o tratamento para Fecundação Artificial.

É importante destacar que o direito da herança tem prazo prescricional de 10 anos, por isso, seria o tempo que o embrião teria para ser fecundado no útero na condição de concepção prevista no art. 1.798 do Código Civil, e que diante da complexidade do assunto e da divergência de opiniões dos tribunais superiores o assunto não foi esgotado neste trabalho e deve ser tratado de forma contínua até se chegar a uma atualização na legislação e/ou uma pacificação sobre o tema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06/10/2020.

BRASIL, **Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 06/10/2020.

BRASIL, **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estabelece%20normas,o%20descarte%20de%20organismos%20geneticamente>. Acesso em: 06/10/2020.

TOMAZ, N. S., AGUIAR, F. D. A., ALBUQUERQUE, M. T. A., **Inseminação Post**

Mortem em Face dos Princípios Constitucionais, 2015. Disponível em:
<https://flucianofeijao.com.br/novo/wp-content/uploads/2016/03/INSEMINACAO_POST_MORTEM_EM_FACE.pdf> .
Acesso em: 06/10/2020.

SILVA, D. R., **O Direito Sucessório dos Inseminados Post Mortem em Face dos Princípios Constitucionais**. 2017. Disponível em:
<<https://www.meuadvogado.com.br/entenda/download/Direito-Sucessorio.pdf>> .
Acesso em: 06/10/2020.

SILVA, R., **Direito das sucessões**, 2017. Disponível em:
<<https://riziasilva1995.jusbrasil.com.br/noticias/507564560/direito-das-sucessoes>>.
Acesso em: 06/10/2020.

STF, **ADIN nº 3.510**. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> .
Acesso em: 06/10/2020.

STJ, **Enunciado nº 267**. Disponível em:
<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>>. Acesso em: 06/10/2020.

STORK, A. C., CAFÉ, B., LUCCHINI, R., **Direito das Sucessões**. Disponível em:
<<https://rebecalucchini.jusbrasil.com.br/artigos/308366854/direito-das-sucessoes>> . Acesso em: 06/10/2020.