

O Direito Sucessório dos Filhos Póstumos decorrentes do uso das técnicas de Reprodução Humana Assistida.

The Law of Succession Posthumous Sons from the use of Assisted Human Reproduction Techniques

Vanessa Gonçalves Melo Santos^{1*} (PG) Joyceane Bezerra de Menezes² (PQ)

1 Doutoranda em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Mestre em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Pós-graduada em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará UECE. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. E-mail: vgmprof@gmail.com.

2 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2004). Mestre em Direito Constitucional (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1995). Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (1990), Pós-Doutorada em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2014). E-mail: joyceane@unifor.br (Texto informado pelo autor)

Resumo

A presente pesquisa objetiva analisar os direitos sucessórios dos filhos póstumos, decorrente do uso das técnicas de reprodução humana assistida, por meio de compatibilização entre a legislação civil e o estatuto constitucional da filiação, mediado pelo princípio da dignidade da vida humana e da igualdade entre os filhos. Justifica-se porque embora o Código Civil presuma a filiação dos filhos concebidos por tais técnicas, inclusive os gerados após a morte do seu genitor, ficou silente quanto ao correspondente direito sucessório, frente à ausência de legitimação sucessória dos que não nasceram ou estavam concebidos em ventre materno, à época da abertura da sucessão. Para tanto, realiza-se uma pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se do método dedutivo, visto que se parte da análise do ordenamento jurídico brasileiro para se constatar se há resguardo ao direito fundamental de herança dos filhos póstumos, gerados pelas técnicas de RA *post mortem*. Conclui-se que o reconhecimento de legitimidade sucessória desses filhos póstumos é viável pela previsão de lei específica que a reconheça, limitando seu exercício aos gerados no prazo de 3 anos, a contar do falecimento do genitor, autor da herança, prazo em que a sucessão será provisória.

Palavras-chave: Dignidade (da Vida) Humana. Filiação Póstuma. Reprodução Assistida *post mortem*. Direito à herança. Princípio da Igualdade entre os filhos.

ABSTRACT: *The present research aims to analyze the succession rights of posthumous sons, resulting from the use of assisted human reproduction techniques, by means of a reconciliation between civil legislation and the constitutional status of the sonship, mediated by the principles of human life dignity and the equality between the sons. It is justified because, although the Civil Code presumes the affiliation of the children conceived by such techniques, including those generated after the death of its parent, it was silent as to the corresponding inheritance law, in the absence of succession legitimization of those who were not born or were conceived in maternal womb, at the time of the opening of the succession. For this, a bibliographic and documentary research is done, using the deductive method, since part of the analysis of the Brazilian legal system to verify if there is protection to the fundamental right of inheritance of the posthumous children, generated by the techniques of RA post mortem. It is concluded that the recognition of*

inheritance legitimacy of these posthumous children is viable by the provision of a specific law that recognizes it, limiting its exercise to that generated within a period of 3 years, from the death of the parent, author of the inheritance, period of time that the succession will be provisional.

Key Words:. *Human (Life) Dignity. Posthumous membership. Post Mortem Assisted Reproduction. Right to Heritage. Equality Principle among Siblings.*

Introdução

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, superou-se, definitivamente, a classificação discriminatória dos filhos a depender do relacionamento em que eles eram gerados. Passou a vigor o princípio da igualdade absoluta entre os filhos (art.227, § 6º, CF/88), reafirmado no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 20) e no Código Civil (art. 1.596), consolidando a doutrina da proteção integral, ambos respaldados no princípio da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que a evolução da medicina, no âmbito da reprodução humana assistida - RA, ao passo que viabilizou o efetivo exercício da autonomia do planejamento familiar a pessoas que, por opção sexual, por problemas de saúde reprodutiva, ou por optarem pela monoparentalidade utilizam tais técnicas para gerar um filho, trouxe inúmeros questionamentos éticos e jurídicos, dentre os quais o que trata do reconhecimento do direito à herança dos filhos póstumos, gerados por meio das técnicas de RA, seja inseminação artificial ou fecundação *in vitro*.

Inexiste legislação específica que regule o uso das técnicas de RA, embora tramitem no Congresso Nacional diversos projetos de lei objetivando regulamentá-las. O Conselho Federal de Medicina – CFM, por sua vez, edita, a cada dois anos, resoluções objetivando estabelecer limites éticos aos profissionais da saúde, que não tem força de lei, nem conteúdo vinculativo.

Por sua vez, o Código Civil legitima o uso das técnicas de RA, uma vez que expressamente (art. 1.597, incisos III, IV e V), presume como filhos, concebidos na constância do casamento, àqueles havidos por meio de tais técnicas. Porém, silencia no tocante ao reconhecimento de direitos sucessórios a esses filhos póstumos. E, como a mesma legislação civil reconhece a legitimidade para suceder apenas ao nascido ou concebido à época da abertura da sucessão (art. 1.798), questiona-se sobre o reconhecimento desse direito à herança ao filho póstumo.

Por conseguinte, tem-se uma peculiar situação na qual o filho póstumo, gerado por meio de inseminação artificial homóloga ou heteróloga (autorizada pelo marido dentro da perspectiva da autonomia do planejamento familiar), portanto, concebido após a morte ou por meio de fecundação *in vitro* com a implantação de embrião excedentário, concebidos anteriormente, embora previamente reconhecido, não tem resguardado sua legitimação sucessória para participar, em igualdade de condições com os demais irmãos, da legítima de seu genitor falecido.

Assim, a presente pesquisa se inicia com a análise da legislação civil, no que se refere à presunção de filiação dos filhos póstumo, à previsão do direito à herança e legitimação sucessória dos filhos vivos ou concebidos. Em pó, apresenta-se o que se julga ser uma justa solução, adequada ao ordenamento civil-constitucional e em conciliação com o princípio da dignidade da pessoa humana, considerando sua unicidade, objetivando resguardar o direito de herança aos filhos póstumos em respeito ao princípio da igualdade entre os filhos.

Metodologia

A presente pesquisa será bibliográfica, com análise de livros, artigos e teses que tratam da matéria, e documental, com análise da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002 e dos Projetos de Leis que tramitam no Congresso Nacional, objetivando regulamentar o uso da RA, atentando para a lacuna na esfera do direitos sucessórios dos filhos póstumos. A abordagem será qualitativa, por analisar um fato social, com intuito de aprimorar o entendimento sobre uma situação concreta, com caráter exploratório, por propor balizas para solucionar o problema. O método será dedutivo, pois se parte da análise do ordenamento jurídico para se constatar se há resguardo desse direito à herança do filho póstumo.

Resultados e Discussão

Os filhos póstumos são aqueles reconhecidos judicialmente ou tidos, por meio do uso das técnicas de reprodução assistida (RA), após a morte de seus genitores. Esses últimos são presumidos como concebidos na constância do casamento, conforme previsto nos incisos III a V do art. 1.597 do Código Civil. Incluem-se, ainda, nessa definição, os que foram tidos fora da relação matrimonializada, desde que tenham sido previamente reconhecidos, por meio de escritura pública ou particular, arquivada em cartório, ou, ainda, por testamento, nos termos dos incisos II e III do art. 1.609 do CC/02.

O critério elencado por essa pesquisa é o prévio reconhecimento da filiação, seja por lei, nos casos dos filhos póstumos decorrente do uso das técnicas de RA *post mortem*, seja por expressa manifestação de vontade do *de cuius*. Isso porque previamente reconhecidos como filhos já possuem o direito à *saisine* na sucessão legítima de seus genitores.

Assim, os incisos III a IV do art. 1.597 do CC/2002 estabelecem, expressamente, que os filhos póstumos havidos por meio do uso das técnicas de RA *post mortem*, seja por inseminação artificial homóloga ou fecundação *in vitro*, ou, ainda, por inseminação artificial heteróloga, desde que, nessa última, haja prévia autorização do genitor, são reconhecidos como havidos na constância do casamento, ou seja, são tidos como filhos gerados em vida pelo genitor.

Sobre o direito sucessório dos filhos, a legislação civil estabelece que eles são herdeiros necessários (art. 1.845 do CC/02), tendo direito à metade do patrimônio líquido deixado por seus genitores falecidos. Contudo, a premissa para herdar é a legitimação sucessória que exige a existência do herdeiro ao tempo da abertura da sucessão (art. 1.798 do CC/02), assegurando-se o direito do concebido, condicionado ao nascimento com vida.

Nessa perspectiva, a legislação civil diferencia o concebido após a morte (art. 1.597, incisos III e V) do concebido anteriormente a essa (art. 1.597, inciso IV), pelo uso da técnica de fecundação *in vitro*, na qual o embrião gerado em laboratório fica em estado de vida latente, criopreservado. Tal diferenciação, focada na concepção, justifica o entendimento de parte da doutrina de que o filho póstumo gerado por emprego da técnica de fecundação *in vitro* já tem seu direito sucessório expressamente reconhecido, posto que a legitimação sucessória é conferida ao concebido, e o embrião excedentário já estava concebido, ainda que extracorporeamente.

Contudo, essa interpretação não pode prosperar, pois perpetua uma discriminação entre os filhos póstumos que terá por critério não mais a relação em que são gerados, mas sim a técnica de RA que foi empregada para sua geração ferindo frontalmente a igualdade entre os filhos, igualdade esta considerada como um dos corolários da dignidade da pessoa humana (MORAES, 2010, *passim*). Deve-se garantir uma interpretação adequada ao garantismo constitucional que possa “tutelar os direitos desta prole” (FREITAS, 2009, p.8). Faz-se, assim, necessário construir uma interpretação que contemple a unidade do ordenamento jurídico (PERLINGIERI, 2008, *passim*) e garanta o exercício do direito à herança dos filhos, em igualdade de condições, por imposição do princípio da igualdade entre os filhos, tutelado constitucionalmente (art. 226, §6º) e replicado pelo ECA (art. 20) e pelo próprio CC/02 (art. 1.596).

O reconhecimento do direito à herança aos filhos póstumos, gerados por emprego das técnicas de RA, divide a opinião dos doutrinadores. Há quem defenda que apenas os gerados por implantação de embrião excedentários teriam legitimação para suceder, por já estarem concebidos à época da abertura da sucessão (PEREIRA, 2017, p. 50-51), não sendo reconhecida a legitimação dos filhos póstumos gerados por meios da técnica de inseminação artificial, seja na modalidade homóloga, seja na heteróloga, devendo se submeterem à petição de herança (art. 1.824 do CC/02), nos termos do enunciado 267, da III Jornada de Direito Civil.

Exigir que a petição de herança seja o procedimento adotado pelos filhos póstumos, já presumidamente reconhecidos como filho, posterga o reconhecimento do direito de herança, que é adquirido automaticamente e inerente aos herdeiros necessário, à uma decisão judicial. Essa solução infringe o princípio da igualdade entre os filhos, razão pela qual não deve ser a adotada para solucionar o problema objeto de pesquisa.

Há quem entenda que se a legislação civil admite a filiação póstuma. por emprego do uso das técnicas de RA, e presume a filiação desses filhos como havida na constância do casamento, deve conferir legitimação sucessória a todos os filhos póstumos, independente da técnica de RA que foi empregada para sua geração (ALMEIDA, 2000).

Em sentido contrário, há quem defenda que apenas os nascituros tem reconhecida a legitimação para suceder, pois a ele se refere a legislação civil quando trata do concebido, não bastando a concepção externa ocorrida em laboratório, exigindo, portanto, que haja a implantação no útero materno (OLIVEIRA; AMORIM, 2013, p. 32). Os defensores dessa teoria ainda se fundamentam na segurança jurídica, pois não se pode precisar se esses filhos serão gerados e virão a, de fato, existir (NOGUEIRA, 2002-2003, p. 207-208). Assim, os filhos gerados por essas

técnicas de RA teriam sua paternidade presumida, mas nenhum direito à sucessão de seus genitores falecidos, podendo ajuizar ação de reparação de danos, em face de suas mães, por terem resolvido “conceber e fazer nascer a criança que não terá qualquer direito sucessório em virtude da morte anterior de seu pai” (GAMA, 2003, p. 938).

Dos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional e objetivam tutelar a matéria RA, alguns sequer tratam da necessidade de regular o direito sucessório dos filhos póstumos (PL n° 90/99, PL n° 1135/03 e PL n° 2061/03), outros a mencionam, contudo, sem resolver o problema, pois o PL n. 1184/03 mantém a distinção entre os filhos, já que só viabiliza o direito aos concebidos pela fecundação *in vitro*; o PL n°4892/12 e o PL n°115/2015 garantem o direito, condicionado ao prazo de 3 anos, a contar da abertura da sucessão para que o filho seja gerado, sem prever a limitação da realização do procedimento por esse prazo; e o PL n. 7.591/17 apenas prevê o direito sucessório aos filhos póstumos, silenciando sobre o procedimento para exercê-lo.

Assim, sugere-se uma solução que reconheça a posição central da Constituição e a tarefa de estabelecer a unidade do ordenamento e a incidência direta e efetiva dos valores e princípios constitucionais sobre as relações privadas (MORAES, 2010, p. 14), reconhecendo o dever dos operadores do direito de compatibilizar as normas infraconstitucionais à principiologia constitucional (CANARIS, 2012, *passim*), interpretando as normas legais acerca da sucessão à luz da Constituição Federal e da cláusula geral de tutela da pessoa humana na perspectiva da igualdade da filiação, sendo discriminatório qualquer entendimento diverso, que diferencie os direitos dos filhos pela forma ou tempo da concepção.

Para tanto, utiliza-se a lei do sopesamento (ALEXY, 2015), com o fim de defender o grau de afetação dos princípios em colisão, por meio da ponderação de interesses. Tem-se a colisão entre o exercício ilimitado da autonomia no planejamento familiar da participante sobrevivente *versus* a dignidade humana ou da vida humana (HABERMANS, 2004, *passim*) e o direito à herança do filho póstumo, frente à igualdade entre os filhos *versus* o efetivo exercício do direito de herança dos filhos já nascidos, permeados pela segurança jurídica.

Dessa forma, propõe-se como solução ao problema a sugerida pelos PL n°4892/12 e PL n°115/2015, que reconhecem o direito sucessório do filho póstumo, pelo prazo de 3 anos (compatível com o art. 5º, inciso II, Lei n° 11.105/05), no qual a sucessão será provisória ou condicionada, com a ciência de todos os herdeiros. Aplica-se, no que couber, as regras da sucessão provisória em caso de ausência, na qual os herdeiros vivos adquirem apenas a posse provisória dos bens (art. 30, CC/02), e em sendo herdeiros necessários, farão jus aos frutos e aos rendimentos deles decorrentes (art. 33, CC/02). Após o decurso do prazo, havendo a efetiva geração do(s) filho(s) póstumo(s), ou não, seriam feitas a sucessão e a partilha definitiva. Acrescenta-se que, após tal prazo, propõe-se que seja vedada a realização do procedimento de reprodução assistida *post mortem*.

Conclusão

A despeito da previsão constitucional e infraconstitucional do princípio da igualdade entre os filhos, e da previsão na legislação civil da presunção de filiação para os filhos póstumos, decorrente do uso das técnicas de RA *post mortem*, não há lei expressa que, na interpretação pacífica dos operadores do direito, tutele e reconheça a legitimação sucessória desses filhos póstumos para participarem da *saisine* de seus genitores falecidos, como herdeiros necessários, em igualdade de condições com os irmãos já nascidos ou na condição de nascituro.

A solução que se propõe ao problema, objeto desse estudo, perpassa pelo sopesamento de princípios em colisão, que restringirá direitos fundamentais assegurados a todos os envolvidos nas técnicas de RA *post mortem*, ainda que indiretamente, buscando resguardá-los, proporcionalmente, mas, atendendo, em grau máximo, a concretização da dignidade (da vida) humana em respeito à igualdade da filiação.

Assim, entende-se por garantir o exercício da autonomia no planejamento familiar da participante sobrevivente, ainda que condicionada ao prazo de 3 anos, a contar da abertura da sucessão, contudo sem se limitar o número de realizações de procedimentos, período em que a sucessão será provisória, para se garantir o direito sucessório do filho póstumo, caso esse seja gerado. Para os herdeiros já existentes é reconhecido o direito à herança, com a abertura da sucessão, ainda que provisória, pelo prazo proposto, após o qual o exercício pleno e definitivo desse direito ocorrerá com a partilha do quinhão que de fato lhe pertence, garantindo, inclusive, a segurança jurídica dessa partilha. Garante-se, ainda, a legitimação sucessória aos filhos póstumos, ainda que não estejam vivos ou concebidos no ventre materno à época da abertura da sucessão de seus genitores; limita-se, contudo, a viabilidade de realização do procedimento ao prazo de 3 anos, após o qual não poderão mais serem gerados.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Reprodução humana assistida**: aspectos civil e bioéticos. Concurso de Livre-Docência do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Paulo, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CJF. III Jornada de Direito Civil. **Conselho de Justiça Federal**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>>. Acesso em 28 mar 2019.

FREITAS, Douglas Phillips. Reprodução Assistida após a Morte e Direito de Herança. **Revista IOB de Direito de Família**, Ano XI, n. 55, p. 7-10, Ago-Set 2009, Porto Alegre: Síntese. 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira de. **Filiação e reprodução assistida**: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. Revista dos Tribunais, Ano 89, junho de 2000, vol. 776, São Paulo: RT, 2000.

HABERMANS, Jurgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional** In Na medida da pessoa humana: Estudos de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

OLIVEIRA, Euclides da; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e Partilhas**: Direito das Sucessões: teoria e prática. 23. ed. atual. São Paulo: Universitária de Direito, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Direito de Família. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v.5.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v.5.

Agradecimentos

Agradeço à minha orientadora, que esteve ao meu lado no desenvolvimento do estudo do tema proposto, contribuindo, diretamente, para a construção da proposta aqui apresentada.