

# DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*.

Bianca Cardoso Da Purificação<sup>1</sup>

Marília Sacramento<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo visa demonstrar as implicações jurídicas acerca da reprodução humana assistida por meio da inseminação artificial homóloga *post mortem*. Tratando da omissão legislativa no Brasil sobre o tema da filiação advinda da inseminação artificial após a morte de um dos genitores e seus efeitos na sucessão hereditária. Defende-se o reconhecimento da condição de filho a todos havidos por meio da técnica conceptiva *post mortem*, de modo que deve haver interpretação extensiva no que pertine a presunção referida no artigo 1.597, inciso IV, do código Civil Brasileiro.

**Palavras-chave:** Inseminação Artificial. *Post Mortem*. Reprodução Assistida. Sucessão. Direito à herança.

## ABSTRACT

This article aims to demonstrate how legal theories about human reproduction assisted through insemination artificial postmortem counterpart. Dealing the legislative omission in Brazil on the subject of the affiliation coming from the artificial insemination after the death of one of the parents and their effects on hereditary succession. It is defended the recognition of the condition of son to all havees by means of the postmortem conceptive technique, so that there should be extensive interpretation in what was pertinent to the presumption referred to in article 1.597, section IV, of the Brazilian Civil Code.

**Keywords:** Artificial Insemination. Post Mortem. Assisted Reproduction. Succession. Right to inheritance.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 CONCEITO DE FAMÍLIA PARA O DIREITO; 2 DIREITO SUCESSÓRIO; 3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA; 3.1 A RESOLUÇÃO Nº 2168/2017 DO CFM; 3.2 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA; 3.3 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA; 4 FUNDAMENTOS ÉTICOS-JURÍDICOS EM TORNO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA E HETERÓLOGA; 5 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*; HISTÓRIA – O CASO “AFFAIR PARPALAIX” E CONCEITO; 6 DIREITOS CONSTITUCIONAIS DO CONCEBIDO *POST MORTEM*; 6.1 PRINCÍPIOS DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR; 6.2. DO DIREITO À HERANÇA E IGUALDADE ENTRE OS FILHOS; 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador.

<sup>2</sup> Professora Orientadora – Juíza de Direito do Trabalho e professora de Direito Civil da Universidade Católica do Salvador.

## INTRODUÇÃO

A ciência contemporânea é responsável por grandes transformações sociais, biológicas e tecnológicas, principalmente no campo da biomedicina, na área da reprodução humana, que oferece a possibilidade de gerar filhos através das técnicas de reprodução humana assistida.

Apesar da grande evolução científica, as novas técnicas fizeram surgir problemas sociais, dos quais o ordenamento jurídico brasileiro, até o momento, não conseguiu disciplinar o tema com segurança jurídica, conseqüentemente há um grande descompasso entre essas técnicas e as regras jurídicas reguladoras dos direitos de família e sucessão. Os problemas agravam-se diante da filiação decorrente de inseminação artificial *post mortem*, no que tange os direitos de personalidade e sucessão do concebido após a morte.

O Código Civil de 2002 trouxe em seu conteúdo inúmeras modificações em comparação com o antigo Código de 1916, que, não acompanhando as evoluções da sociedade. Adequar – se a novos conceitos da sociedade não é buscar uma maneira simples para solucionar todos os impasses, mas sim, buscar uma forma razoável e adequada para encaixar determinadas questões.

Com a evolução científica, surgiram inúmeras questões, pois mesmo com a implementação de um novo Código, o legislador em diversos momentos, não conseguiu acompanhar o caso concreto. Atualmente não há previsão legal que regulamente a Reprodução Assistida. Inicialmente, será feita uma análise das técnicas de Reprodução Assistida, como se desenvolveu na história e a posição atual do nosso ordenamento jurídico a respeito desta técnica.

A filiação, até pouco tempo, era consanguínea e sócia afetiva. O avanço da biomedicina trouxe a possibilidade de procriar utilizando até mesmo o sêmen, previamente coletado, do companheiro falecido.

Desse modo, diante do objeto de estudo do presente trabalho, inseminação artificial *post mortem*, percebe a urgência em adequar os dispositivos infraconstitucionais que estão em desacordo com a realidade. A referida técnica é admitida pela legislação infraconstitucional vigente, mas deixa de tutelar o direito hereditário da prole eventual.

Por sua vez, a Carta Magna, garante a igualdade entre os filhos, independentemente da qualificação e origem, garantindo a proteção aos filhos concebidos após o falecimento do genitor.

Diante do aparato que é disponibilizado, seja ele infraconstitucional jurisprudencial ou doutrinário, visa o presente trabalho, esclarecer alguns pontos sobre a Inseminação Artificial *post mortem*.

Assim, nos casos onde não existe testamento expressando a última vontade do *de cuius*, caso ocorra à fecundação pós-morte e conseqüente nascimento com vida, como deverá ser tutelado o direito sucessório deste ente dotado de personalidade e reconhecido como filho pelo próprio diploma civilista?

## 1. CONCEITO DE FAMÍLIA PARA O DIREITO

Inicialmente nesse artigo será abordado o conceito de família existente em nosso ordenamento jurídico visando como as mudanças sócio históricas influenciaram o conceito de família. Desse modo, o Direito de família tem passado por mudanças significativas, e nem sempre acompanhado as suas rápidas transformações. Segundo Gonçalves:

O direito de família, se comparado a todos os outros ramos do direito, é o que se encontra mais intimamente ligado à própria vida, afinal, os indivíduos no geral são providos de um organismo familiar. (GONÇALVES, 2010, p 17)

Ao se falar em família, via de regra, surge logo o entendimento de uma unidade social composta de pessoas unidas por laços que podem ser afetivos ou sanguíneos. O doutrinador disserta ainda que o termo família é uma expressão vaga, como será visto a seguir:

Na família pode-se discernir várias instituições familiares, tais como: o namoro, o noivado, o casamento, a vida conjugal com todos os seus papéis (pai, mãe, filhos, sogros, etc.). No entanto, não se pode esquecer que as instituições familiares são universalmente reconhecidas, embora em cada sociedade elas assumam formas diferentes. O certo é que o termo "família" é um tanto vago e pode significar: a) o grupo composto de pais e filhos; b) uma linhagem patrilinear; ou uma linhagem matrilinear; c) um grupo cognático, isto é, de pessoas que descendem de um mesmo antepassado, seja através de homens ou de mulheres; d) um grupo de parentes e seus descendentes, que vivem juntos. (MELLO, 2009, p 326)

O dever jurídico com a sociedade mudou, sendo necessário que a jurisprudência seja o maior aliado das mudanças vivenciadas pela sociedade, seja no âmbito da família, da adoção e das sucessões. Com esta evolução, expõe que os motivos para constituição de família mudaram, e é necessário um amparo jurídico legislativo para acompanhar o processo de evolução do instituto familiar.

A Constituição Federal por sua vez, inovou o ordenamento jurídico e a sociedade que a muito já havia mudado seus conceitos em relação ao direito de família. Segundo Gonçalves (2013 p 33): A CF/88 privilegiou o princípio da dignidade da pessoa humana, realizando então uma verdadeira revolução para o Direito de família.

A família que era considerada no antigo Código Civil como uma entidade singular, e com ascensão da CF/88 se tornou plural. Modificou também a filiação, sendo proibida qualquer designação discriminatória em relação aos filhos havidos fora do casamento ou filhos havidos após a morte do genitor. Sendo um significativo avanço que procurou amenizar os índices discriminatórios entre os filhos.

## **2. DIREITO SUCESSÓRIO**

A abertura da sucessão é evento que decorre do fenômeno morte, onde o patrimônio deixado pelo *de cuius* é transferido aos seus herdeiros, independentemente de estarem presentes ou dependerem de qualquer ato para que assim sejam caracterizados.

Assim, como bem leciona Gonçalves (2013) à palavra sucessão, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume, mediante Lei ou testamento, o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens.

A sucessão encontra-se a forma legítima e a testamentária; esta decorre de testamento confeccionado nos moldes da lei, é um ato da última vontade; e aquela é resultante das disposições previstas na legislação. Quanto aos seus efeitos, poderá ser a título universal, onde há transferência da totalidade do patrimônio ou parte indeterminada da herança; ou singular, quando será determinado certo objeto a ser transferido, neste caso ao legatário.

São pressupostos para abertura da sucessão a sobrevivência do herdeiro ao *de cuius*, a apuração da capacidade sucessória e a obediência a vocação hereditária. A vocação hereditária constitui-se uma ordem estabelecida por lei, levando-se em conta o grau de parentesco com o *de cuius*, estabelecido no art. 1.829 do CC, como asseverou Diniz (2011), é uma relação preferencial, estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder ao finado.

Outra importante construção do direito sucessório, no tocante a divisão do patrimônio, diz respeito aos herdeiros necessários, que se encontram divididos em classes, a dos descendentes, dos ascendentes e cônjuge sobrevivente, de acordo com disposição contida no art. 1.845 do Código Civil. A esse grupo será reservada uma parcela dos bens do finado, mesmo quando existir testamento. Tal classificação é construção do legislador levando em conta certo grau de aproximação entre as diversas classes de parentesco.

A Sucessão legítima é aquela que se opera por força de lei, observada a ordem de vocação hereditária, como ensina MARIA HELENA DINIZ:

Com a morte de alguém, verificar-se-á, primeiramente, se o *de cuius* deixou testamento indicando como será partilhado seu patrimônio. Em caso negativo ou melhor, se faleceu sem que tenha feito qualquer declaração solene de última vontade; se apenas dispôs parte dos bens em testamento válido; se seu testamento caducou ou foi considerado ineficaz ou nulo ou, ainda, se havia herdeiros necessários, obrigando a redução da disposição testamentária para respeitar a quota reservatória, a lei promoverá a distribuição, convocando certas pessoas para receber a herança, conforme ordem de vocação hereditária. Em todas essas hipóteses ter-se-á sucessão legítima que é a deferida por determinação legal. A sucessão legal absorverá a totalidade da herança se o *auctor successionis* falecer *ab in testato*, ou se nulo ou caduco for o testamento por ele feito, e restringir-se-á à parte não compreendida no testamento, se o testador não dispuser da totalidade da herança e se houver herdeiros necessários, que impõe o respeito à quota que lhes cabe. (DINIZ, 2011, p.92)

Por sua vez, a sucessão testamentária permite que o *de cuius* deixe seu patrimônio não apenas para aqueles constantes no supracitado artigo, mas que designe os herdeiros de forma mais ampla, não ficando adstrito aos necessários.

No entanto, cumpre ressaltar que caso exista herdeiros legítimos, o finado não poderá dispor da totalidade de seus bens, eis que deve ser respeitada a reserva da legítima, que nada mais é do que metade do patrimônio reservado aos herdeiros necessários.

Uma importante consideração acerca do direito sucessório diz respeito ao princípio insculpido no artigo 1.784, que prevê a transferência imediata do direito à

herança, no momento da abertura da sucessão, também conhecido como, “*Droit de Saisine*”, que visa a proteção automática de todos os direitos hereditários, seja por meio do testamento, ou em virtude das regras insculpidas no Código Civil.

Ao tratar de capacidade, poderá ser constatado que o herdeiro precisa ao menos estar concebido no momento de abertura da sucessão. Ocorre que é possível, na Sucessão Testamentária, em virtude do art. 1.799, do diploma civilista, a possibilidade de deixar herança para filho ainda não concebido de pessoa viva no momento da abertura da sucessão, intitulados de prole eventual.

O referido artigo dispõe que na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão. Percebe-se, neste caso, uma provável brecha para questão abordada, desde que haja disposição expressa em testamento e a concepção venha ocorrer no prazo máximo de dois anos.

Deve-se, nesse caso, ressaltar que há necessidade de existência de herdeiro ou legatários vivos no momento da sucessão, para o Código Civil. No entanto, a problemática é cercada por uma grande lacuna legislativa, aqui tratada, que versa sobre a sucessão legítima.

O novo Código Civil estabelece quem está apto a herdar, ou seja, aquele que tem *legitimatío ad causa* a suceder, receberá os bens após a ocorrência da morte, de forma imediata, ainda que não individualizados no quinhão hereditário disponível a cada herdeiro. Trata-se do princípio do “*Droit de Saisine*”.

No entanto, para que essa transmissão seja efetuada, é necessário que o herdeiro tenha capacidade para atuar no polo passivo da transferência de direitos, ou seja, deverá preencher os requisitos subjetivos dispostos na legislação em vigor.

A transmissão dos direitos sucessórios ocorrerá desde que os herdeiros possuam certos pressupostos expressos em lei, para que haja a legitimação destes como tais. A capacidade não deve ser confundida com a capacidade civil, eis que muitas vezes o sujeito possui capacidade civil, mas não está apto a habilitar-se como herdeiro.

Essa diferenciação encontra-se nos ensinamentos de Maria Helena Diniz:

É preciso não confundir a capacidade para suceder com a capacidade civil nem com a capacidade para ter direito à sucessão (*Erbfahigkeit*). A capacidade civil é a aptidão que tem uma pessoa para exercer, por si, os atos da vida civil; é o poder na ação no mundo jurídico. A legitimação da capacidade sucessória é a aptidão específica da pessoa para receber os

bens deixados pelo *de cuius*, ou melhor, é a qualidade virtual de suceder a herança deixada pelo *de cuius*. (DINIZ, 2011, p.46)

A capacidade sucessória do herdeiro será estabelecida pela lei vigente quando do evento morte, ou seja, a lei do dia do óbito regerá a sucessão, de acordo com art. 1.787, do CC, regula-se a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.

São pressupostos para verificar a capacidade sucessória: a morte do *de cuius*, a sobrevivência do sucessor, ainda que por fração mínima de tempo; apenas os pertencentes da raça humana estão aptos a herdar, desde que portem um título jurídico proveniente de cláusula testamentária ou decorrente da lei. Nestes casos, mesmo existindo disposição testamentária e a mesma ter sido declarada nula, a sucessão dar-se-á como se esse instrumento nunca tivesse existido e, deverá ainda, obedecer a ordem de vocação hereditária.

Assim, para que a sucessão testamentária possa produzir efeitos sob o prisma da validade quanto ao preenchimento de requisitos subjetivos ao lado da capacidade testamentária ativa, faz-se necessária a presença da capacidade testamentária passiva, também denominada capacidade para adquirir ou suceder por testamento. Ressalte-se que, na falta de um dos pressupostos, o indivíduo será considerado ilegítimo a figurar como herdeiro.

Segundo Gonçalves (2013), o cerne de toda questão sucessória envolvendo o direito do concebido artificialmente após a morte de seu genitor, reside exatamente nas regras de capacidade expressas no Código Civil, tendo embate principal no já mencionado artigo 1.798: legitima-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Tal dispositivo é enfático ao conhecer a legitimidade de herdeiro, apenas àquele indivíduo já concebido no momento da sucessão, inviabilizando qualquer posicionamento diferente, residindo o engessamento do direito para tutelar novos fenômenos jurídicos.

Passou-se, então, a especular sobre o embrião fecundado em laboratório, mas ainda não implantado no ventre materno, se este seria um sujeito de direitos, possuindo, por conseguinte, personalidade e direito a sucessão.

### 3. REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Desde os primórdios, a fertilidade era sinônimo de virilidade, principalmente para os homens. Os filhos são entendidos pela sociedade, ainda hoje, como continuidade da família e dos costumes, mas antigamente o problema era tão grave gerando conseqüentemente cabia anulação do casamento.

A infertilidade ou esterilidade vale ressaltar que existe diferença entre os dois, sendo o primeiro seria a redução da capacidade de conceber e de acordo com Organização Mundial de Saúde, define-se infertilidade conjugal como a ausência de gravidez após 12 (doze) meses de relações sexuais regulares sem uso de método anticoncepcional. Este limite de tempo é importante, pois, após 1 (um) ano sem conseguir engravidar, o casal deve procurar assistência médica para uma avaliação adequada, quando outro seria a incapacidade absoluta de conceber.

No século XV, problemas conceptivos eram sempre considerados como um problema relacionado a mulher, sendo inconcebível a admissão de esterilidade do homem. Somente no século XVII foi admitido que o homem também pudesse ser estéril. No final do século XIX, pesquisadores concluíram que a fertilização se dava com a união de espermatozoide com um óvulo através da relação sexual, com o intuito de ajudar casais com este problema surgiu a reprodução assistida.

Segundo Diniz, a reprodução humana assistida, no que tange ao conceito, nada mais é do que o conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano.

A possível solução é a inseminação artificial que proporciona a realização de um sonho para homens e mulheres estéreis, visando também os direitos da criança que virá a nascer.

Na concepção de Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho:

[...] vedar reconhecimento e direito sucessório a quem foi concebido mediante fecundação artificial post mortem pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada. Pune-se o desejo de realizar um sonho. (ALBUQUERQUE, 2006, p 190)

Com o avanço da medicina e do tempo, a reprodução humana é também utilizada em casos de casais que buscam primeiramente a realização profissional e financeira, assim quando já estão em idade avançada, onde há dificuldade para gerar um filho.

De acordo com a Resolução nº 2.168/2017, as técnicas de reprodução humana assistida têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação. O que leva a acreditar que elas devem ser utilizadas em última instância, quando nenhuma outra tentativa ou tratamento tenha conseguido resolver o processo de procriação.

O princípio do planejamento familiar, que foi consagrado tanto pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 1.565, § 2º quanto pela Constituição Federal de 1988 no seu artigo 226, § 7º, diz que o planejamento familiar decorre da livre vontade do casal observando a paternidade responsável.

A inseminação artificial não foi à única solução que veio mediante o avanço da medicina, muitos outros métodos foram criados para satisfazer quem busca realizar o desejo de ter filhos.

Dentre eles, é possível citar a fertilização *in vitro* que consiste na retirada de óvulos maduros de uma mulher, sêmen de um homem, fazendo a junção em uma proveta e, logo após da formação do zigoto, introduzir na futura portadora.

Dentre a grande quantidade de técnicas citadas, o foco do presente artigo, é a reprodução humana assistida com utilização do método de inseminação artificial que é a menos criticada, pois ela é feita dentro do corpo da mulher. Mas, ao mesmo tempo se torna uma técnica extremamente complexa, pois é preciso pensar nos já nascidos e nos nascimentos futuros vindos dessa técnica.

A reprodução humana mesmo sendo a técnica mais viável para a fecundação, ainda não é aceita por uma parte da população que ainda não compreende seu objetivo principal. O objetivo da utilização desses procedimentos é tornar real o sonho de ter filhos àqueles casais inférteis. Nesse processo, existem diferentes indivíduos envolvidos com aspirações pessoais diferentes, ao passo que também com um desejo em comum, o de constituir uma família.

Sem embargos, certamente as decisões tomadas hoje acerca do valor e respeito que se deve ao homem, a partir da concepção ou em algum momento posterior, deverão trazer consequências para as futuras gerações.

### 3.1 A RESOLUÇÃO Nº 2168/2017 DO CFM

Atualmente, a única regulamentação específica sobre o tema é a Resolução do CFM- Conselho Federal de Medicina nº 2168/2017, que acaba tutelando as

matérias que se omite o Direito e de acordo com ela, as decisões são pautadas nos princípios éticos e bioéticos, e buscam trazer segurança e eficácia nos procedimentos médicos.

A nova Resolução revogou a antiga de nº 2121/ 2015, abordando temas bem presentes na sociedade e que necessitam de uma discussão e inclusão nas normas, como ressalta o diretor do Conselho Federal de Medicina e coordenador da Câmara Técnica de Reprodução humana, Gallo (2015) “essa resolução é fruto de demandas da sociedade que o Conselho Federal de Medicina recebeu ao longo de quase três anos e vem contemplar situações tanto sociais quanto epidemiológicas”.

Para contemplar as situações sociais e epidemiológicas o CFM pontua as seguintes normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida:

#### I - PRINCÍPIOS GERAIS

1. As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.

2. As técnicas de RA podem ser utilizadas na preservação social e/ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos.

3. As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente.

[...]

4. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta.

As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

[...]

7. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade:

a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões;

b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões;

c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões;

d) nas situações de doação de oócitos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos oócitos. O número de embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro.

#### II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1. Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA, desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente.

[...]

#### VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM

É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico crio preservado, de acordo com a legislação vigente.

Da leitura da resolução, pode-se perceber que existe um perfil traçado para quem pode recorrer às técnicas, exigindo-se pessoas capazes e no caso das mulheres, com limite até 50 anos. A medicina garante que, após essa idade, uma gravidez oferece riscos tanto para a mãe quanto os filhos. Todavia essa idade pode ser excedida se justificada pelo médico assistente, com uma decisão embasada e comprovação de que a pessoa interessada está ciente dos riscos.

Outro ponto importante é a questão do número de embriões que podem ser transferidos, dependendo da idade que a mulher tem no momento do procedimento: a) até 35 anos: até 2 embriões, b) entre 36 e 39 anos: até 3 embriões, c) 40 anos ou mais: até 4 embriões. Cabe ressaltar que são proibidos procedimentos que visem à redução embrionária em caso de gravidez múltipla.

No âmbito da ética, a Resolução dispõe que não se devem aplicar as técnicas com a intenção de selecionar sexo ou qualquer característica biológica do filho, salvo para evitar doenças, sendo proibida a fecundação com qualquer finalidade que não seja a da procriação.

É evidenciado na exposição na Resolução nº 2168/2017, que os aperfeiçoamentos das práticas obedecem aos princípios éticos e bioéticos, visando uma maior segurança e eficácia nos procedimentos já que até a presente data não existe legislação específica sobre a matéria de reprodução humana assistida. O avanço tecnológico das técnicas de reprodução é de grande auxílio para evolução humana, mas só será válido se preservar, proteger e respeitar a vida.

### 3.2 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

A inseminação artificial heteróloga acontece mediante doação do material genético (sêmen) de um doador anônimo com a permissão dos cônjuges e com total anonimato do doador para a fecundação. Cabe salientar que o inverso pode acontecer, por exemplo, na hipótese de gestação por substituição que segundo Alencar é uma técnica de reprodução artificial humana na qual há a cooperação de terceiros, de uma mãe substituta ou “mãe de aluguel”, que irá emprestar seu útero

(onerosa ou gratuitamente) para a consumação da gestação e ainda não encontra atualmente amparo legal, sendo a legislação omissa sobre o assunto. Apesar da lacuna legislativa tem havido uma crescente utilização do método na busca pela “cura” da infertilidade ou da esterilidade que acomete algumas mulheres que desejam “gerar” descendentes.

Segundo o artigo 1.597, inciso V do código civil de 2002 a inseminação heteróloga, necessita de prévia autorização do marido, consentimento este que não precisa ser escrito, precisa apenas ser prévio, não sendo possível anulá-la, e a criança não terá informação sobre a paternidade biológica.

Tal requisito é necessário e, se isso ocorresse, a criança não teria ligação consanguínea com o marido ou companheiro, evitando futuramente uma impugnação de paternidade. De acordo com Maria Berenice Dias:

Ao contrário das demais hipóteses, a fecundação heteróloga gera presunção *juris et de jure*, pois não há possibilidade de ser impugnada. Trata-se de presunção absoluta de paternidade sócioafetiva. A paternidade constitui-se, desde a concepção, no início da gravidez, configurando hipótese de paternidade responsável. Se fosse admitida impugnação, haveria uma paternidade incerta, devido ao segredo profissional do médico e ao anonimato do doador do sêmen. Assim, de nada serve a prova da inexistência do vínculo biológico. Depois da implantação do óvulo, como já se encontra em andamento a gestação, o consentimento não admite retratação. (DIAS, 2011, p 369)

Com o fim do casamento ou da união estável finda o consentimento, pois não seria justo com o homem (futuro pai) nem com a criança, pois se tornaria uma obrigação não mais desejada. Casos como esse de inseminação heteróloga ocorrem quando o marido ou companheiro tem problemas de fertilidade e buscam o banco de sêmen para uma possível fecundação.

### 3.3 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA

A inseminação artificial é baseada na implantação do material genético (sêmen) do marido ou companheiro, no útero da mulher, sem necessidade de haver consentimento, pois neste caso a consanguinidade já atribui a verdade biológica, tendo os direitos e deveres da paternidade.

De acordo com o artigo 1.597, inciso III e 1.798 do código civil de 2002 respectivamente, percebemos que não há lacunas sobre este ponto.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância casamento os filhos:  
III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;  
Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Esta técnica é mais utilizada por casais que são férteis, mas que por algum motivo não conseguem obter a fecundação por ato sexual, por qualquer problema que os afaste de copulação natural.

Como estabelece o direito sucessório, tanto a inseminação homologa como a heteróloga (anteriormente citada) ambos os casos, a concepção deve ocorrer antes da abertura da sucessão.

#### **4. FUNDAMENTOS ÉTICOS-JURÍDICOS EM TORNO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA E HETERÓLOGA**

A inseminação artificial homóloga não fere os princípios jurídicos, mas segundo leciona Diniz (2017), podem acarretar alguns problemas ético-jurídicos, apesar de ter o filho os componentes genéticos do marido (convivente) e da mulher (companheira). A coleta do material dependerá da anuência dos interessados, ligados pelo matrimônio ou união estável. “Deverão estar vivos, por ocasião da inseminação, manifestando por escrito, em formulário especial, sua vontade”.

Como já mencionado anteriormente o Código Civil anterior declarava que o “filho” póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu “pai” e por isso era afastado da sucessão legítima ou *ab intestato*. Diante desta polêmica o Código Civil atual em seu art. 1.597, III, para solucioná-la, passou a presumir concebido na constância do casamento filho oriundo de inseminação artificial homóloga, mesmo que o marido doador já tenha falecido, sendo isso possível com a autorização escrita deixada pelo marido doador do sêmen. Não mostrando problemas jurídicos-morais decorrentes da inseminação homóloga.

Na inseminação artificial heteróloga, de acordo com Diniz (2017) os problemas jurídicos-morais existem, pois contraria a estrutura básica do matrimônio no que atina ao pressuposto biológico da concepção, que advém do ato sexual entre pai e mãe. Não baseando apenas a infidelidade conjugal no ato sexual, mas também na procriação.

A Academia de Ciências Morais de Paris declara que a utilização da heteroinseminação para suprir a esterilidade do marido, levanta no matrimônio, do ponto de vista moral, jurídico e social, objeções tais que o uso deve ser desaconselhado.

## **5. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*: HISTÓRIA - O CASO “AFFAIR PARPALAIX” E CONCEITO**

O caso que deu início a este grande avanço científico, biomédico e jurídico, ocorreu na França, segundo Pinto (2008), as discussões sobre a Inseminação Artificial Homóloga *post mortem*, originou-se do romance protagonizado por um casal francês que enxergava na utilização desta técnica a única chance de realizar o sonho de gerar filhos que ocorreu entre 1981 e 1984, com o mundialmente conhecido caso de *Affair Parpalaix*.

O breve enredo da história se dá quando a jovem Corine Richard se apaixonou por Alain Parpalaix, e o casal começou um relacionamento. Semanas depois do início da relação, fato inesperado aconteceu: Alain descobriu um câncer incurável nos testículos.

Baseado em relatos, pode-se dizer que o amor vivido entre os dois foi verdadeiramente intenso e, com isso, o ensejo de Alain de deixar herdeiros, mas devido a doença e a quimioterapia ele foi fatalmente levado à esterilidade. Diante desse quadro, o jovem resolveu depositar seu sêmen em um banco de coleta de material genético, deixando lá seu esperma para provável uso. Com o avanço da doença, o casal resolve se casar, mas infelizmente dois dias após o casamento Alain falece.

Alguns meses depois, Corine tendo o grande desejo de conceber um filho, busca o banco de sêmen para se submeter a uma inseminação artificial. O banco de

sêmen, por sua vez, nega a promoção da técnica, alegando falta de previsão legal. Iniciou-se, então, uma enorme disputa judicial.

A questão jurídica versava pela existência de contrato de depósito que obrigava o banco de sêmen a restituir o esperma. O banco de sêmen alegava que não havia um pacto de entrega, uma vez que o material de pessoa morta não é comerciável e que na França não havia lei autorizadora da inseminação artificial *post mortem*.

Terminada a batalha, o banco de sêmen foi condenado pelo tribunal francês, determinando que o esperma fosse enviado para a viúva e que a mesma fizesse o procedimento com o médico de sua escolha e, devido à demora para a resolução do caso, foram condenados ainda a uma sanção pecuniária.

Fatalmente os espermatozoides já não estavam mais potencializados para concluir a fecundação. O caso é considerado ainda hoje como o marco para a inseminação artificial *post mortem* e a partir dele houve a discussão em vários países sobre o destino do material coletado para a inseminação artificial, em especial após a morte do doador.

Pelo fato do procedimento ser extremamente complexo, ele é proibido em inúmeros países, como, na França, Suécia, Alemanha e Espanha. A Inglaterra tem o entendimento diferente, permitindo o procedimento, mas os direitos sucessórios apenas são aceitos se houver declaração expressa do doador. Caso contrário, a criança não fará parte da sucessão.

No direito brasileiro teme sobre a inseminação artificial *post mortem*, pela omissão legislativa, abre uma gama de interpretações a respeito dos direitos da criança que foi concebida por meio dessa inseminação. A solução viável seria a criação de uma legislação que garante os direitos da criança.

Como dito anteriormente, a existência de divergências doutrinárias são inúmeras. Para dar continuidade ao estudo do tema, é necessário que seja pontuada, atualmente, existem alguns projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional a respeito da reprodução assistida. Dentre eles se destaca o Projeto de Lei n. 90/99 do Sen. Lúcio Alcântara. Nessa seara de discussões a doutrina basicamente se divide em dois ramos.

A 1ª (primeira) corrente entende que o embrião nunca poderá herdar, pois para que se tenha direito a sucessão, ao menos a pessoa tem que estar concebida à época do óbito. E ainda dissemina violação aos princípios da dignidade da pessoa

humana e do melhor interesse da futura criança, e, portanto, não ser possível a capacidade sucessória da criança assim gerada. Essa permissividade da reprodução *post mortem* pelo Código Civil gera insegurança jurídica aos herdeiros a época da abertura da sucessão, haja vista que seria possível o nascimento anos depois da morte do doador. Causando assim uma insegurança jurídica aos herdeiros já existentes na abertura da sucessão.

A 2ª (segunda) corrente o embrião poderá herdar, pois a Constituição Federal veda a desigualdade entre os filhos e ainda o caput de artigo 1.597 do Código Civil assevera a presunção de concepção na constância do casamento, ou seja, estando vivo o pai. No caso estaria se dando especial valor aos princípios constitucionais da igualdade dos filhos e da liberdade do casal quanto ao planejamento familiar. É neste sentido que o texto da lei determina que a vontade dos indivíduos seja válida mesmo após o falecimento do marido.

A questão é controversa e encontra posicionamentos distintos na doutrina. O fato é que o tema é aberto e não encontra legislação que o regule ou autorize, não há vedação legal, apenas o Código Civil constata a sua existência.

## **6. DIREITOS CONSTITUCIONAIS DO CONCEBIDO *POST MORTEM***

A Constituição Federal acompanhando as mudanças significativas no cenário nacional mostrou um novo olhar sobre o ordenamento jurídico. Tem-se hoje o chamado, direito civil-constitucional que surge da constitucionalização do direito privado, utilizando os princípios constitucionais para nortear as relações privadas e a orientar as relações entre o Estado e os particulares, de modo a conciliar os valores e preceitos consagrados na Constituição Federal com as regras que regem as relações interpessoais.

Em relação ao Direito de Família, ocorreram profundas mudanças relativas ao instituto da filiação. Nos ensinamentos de Gonçalves (2014, p.20), equiparam-se “de forma absoluta, em todos os direitos e qualificações, os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, proibindo qualquer designação discriminatória (CF, art. 227, § 6º)”.

Em seu artigo 5º, a Carta Magna dispõe sobre os direitos fundamentais e neste mesmo artigo em seu inciso XXX é estabelecido que: “é garantido o direito de herança”.

O direito do concebido post mortem pela Constituição Federal, mesmo existindo outras leis que delimitem o direito de herdar, a interpretação deve ser feita sob a luz da lei maior estabelecida no País, a Constituição.

Inúmeros princípios foram consolidados constitucionalmente direcionando as relações que envolvem direito de família e sucessórios, criando parâmetros e paradigmáticos interpretativos visando garantir a formação da essência jurídica advinda do plano constitucional.

## 6.1 PRINCÍPIO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

Para adentrar no tema do princípio do livre planejamento familiar, é necessário que seja feita uma apresentação sobre outros princípios de enorme importância, como o princípio da dignidade da pessoa humana.

Estando expresso no art. 1º, III, da Constituição Federal, este princípio é um fundamento do Estado Democrático de direito. Para Alexandre de Moraes, a dignidade da pessoa humana é:

Um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (MORAES, 2002, p 129).

Trata-se de um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem. O princípio da dignidade da pessoa humana teve um grande reconhecimento na bioética e no Biodireito, levando as conquistas para um lado mais humanitário estabelecendo uma ligação com a justiça. O direito à vida é o fundamento de todos os direitos e proteger a Dignidade da Pessoa Humana é uma proteção à vida.

Depois de uma breve exposição sobre a dignidade da pessoa humana, pode-se destacar o livre planejamento familiar, pois a Constituição Federal, em seu artigo 226, §7º, não determina limites para essa categoria, ficando a critério do instituto familiar a formação de sua família, sem que nem o Estado ou a sociedade possa ser contrário ao planejamento de cada indivíduo.

Em relação ao princípio do livre planejamento familiar, diante da questão da utilização da técnica da fecundação *post mortem*, Maria do Carmo Demasi Wanssa, diz que:

“A questão de a adoção ser mais correta e justa em um país em desenvolvimento como o Brasil do que a utilização de técnicas de reprodução medicamente assistida, que exige, por parte do casal, o investimento de importantes recursos financeiros além da submissão a riscos à sua própria vida e descendência, deve ser amplamente debatida pela sociedade como um todo. Porém, a autodeterminação dos indivíduos deve ser respeitada, e, hoje, na maioria dos países do mundo, o casal infértil goza de autonomia e liberdade para a escolha da maneira de como resolver seu problema de infertilidade. Porém, a necessidade de questionamento, quanto à legitimidade dessa liberdade e autonomia do consentimento informado fornecido por esses casais, torna-se fator primordial diante da grande carga emocional a que estão envolvidos.” (WANSSA, 2011, p 14)

O planejamento familiar está previsto também na Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regula o § 7º do artigo 226 da Constituição Federal, estabelecendo penalidades e dando outras providências.

Mesmo a lei não estabelecendo limites para o controle de natalidade existe programas de saúde no intuito de fazer este controle mesmo que indiretamente. Na temática de reprodução assistida, o desejo de dar continuidade a família deve ser considerado, pois mesmo o parceiro não estando mais vivo, o planejamento familiar havia sido feito e a mulher tem o direito de dar continuidade.

Levando em consideração todos os aspectos, deve dar mais importância ao uso de técnicas de fertilidade, e como consequência a prole que é concebida mediante esses métodos.

## 6.2 DO DIREITO À HERANÇA E IGUALDADE ENTRE OS FILHOS

Diante da lacuna criada pelo Código Civil, é compreensível a busca por soluções desses conflitos na Carta Magna. Dentre o rol de princípios que tem

relação com o tema, pode-se falar sobre o livre planejamento familiar (já citado anteriormente), o direito à herança e o princípio da igualdade entre os filhos.

O princípio do direito à herança, como dito anteriormente, está disposto no artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal. Outro princípio de grande importância para o tema seria o de igualdade entre os filhos, onde todos os filhos devem ter o mesmo tratamento igualitário, sem discriminação pela forma que entrou no seio familiar.

No Código Civil, está dito expressamente em seu artigo 1.596, caput que: “os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualidades, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com o advento da Constituição Federal de 1988 juntamente com o Código Civil de 2002, as técnicas de reprodução assistida puderam ser inseridas no ordenamento jurídico brasileiro com a finalidade de regular o avanço da ciência que beneficia a sociedade. Tal regulamento ainda é bastante deficiente, pois trata de questões moralmente ainda discutidas, por ser um tema que interfere na vida e na dignidade da pessoa humana.

O desenrolar do trabalho teve por objetivo mostrar que o Direito brasileiro, em relação aos prováveis herdeiros *post mortem*, exerce uma função um pouco falha e deixa um “leque” de opções do que deverá ser feito em relação a estes. O avanço técnico-científico na biomedicina é cada vez maior e ocorre com velocidade, e a ciência jurídica não consegue acompanhar.

O estudo desse tema levou a uma averiguação sobre proteção constitucional dada a diversas entidades familiares na Constituição de 1988, e como ela se pronuncia sobre as famílias formadas a partir da inseminação artificial posterior a morte.

No ordenamento jurídico, até então pouca ou quase nenhuma atenção foi dada para a base do presente estudo, apesar das consequências que ele acarreta. Nossa legislação civilista mostra poucas previsões acerca da reprodução

assistida *post mortem*, gerando omissões que acabam por implantar verdadeiro estado de insegurança jurídica, mesmo porque a doutrina não é unânime nos debates sobre o tema.

Importa solucionar essas questões porque a reprodução assistida tem como finalidade a constituição de uma família natural, a qual está envolta em conceitos e figuras essenciais, como o do pai e da mãe, para o desenvolvimento físico, psíquico e social de qualquer indivíduo. Convém lembrar que a família é considerada também pela Constituição Brasileira como núcleo básico da sociedade, recebendo tutela especial.

A saída para os problemas que envolvem a utilização dessas técnicas é que o conhecimento adquirido seja utilizado de maneira racional a responsabilidade e a ética, respeitando primordialmente o princípio da vida e os princípios constitucionais consagrados, especialmente o da dignidade humana, levando em conta o interesse de todos os envolvidos nessa prática.

Ademais, deve-se considerar sempre o interesse da criança que irá nascer e daquele embrião, tendo a sua vida suspensa, até que o casal decida pela sua implantação ou por outro destino.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e dignidade humana**. São Paulo: IOB/Thomson, 2006.

**As técnicas de reprodução humana assistida e as implicações na esfera da responsabilidade civil**. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/14290/14290.PDF>>. Acesso em: 26 de junho 2018.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 25 de maio de 2018.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso: 17 de abril de 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família, sucessões**. 8ª ed. ver, atual e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Direito de família e o novo Código Civil**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do BIODIREITO**. 10ª ed. Revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Editora SARAIVA *jur*, 2017, p 718-733.

DIDIER, Fredie Júnior. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael: **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. 2, 4ª ed. Salvador: Jus PodIVm, 2009

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família**, 7ªed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

**Infertilidade - Sintomas, Tratamentos e Causas**. Disponível em: <<https://www.minhavidacom.br/saude/temas/infertilidade>>. Acesso em: 04 de julho de 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Editora Jus PodIVm, 2009.

**Lei nº 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm) Acesso em: 30 de abril de 2018.

MELLO, Luiz Gonzaga. **Antropologia Cultural: Iniciação, teoria e temas**, 17 ed. Petrópolis, Vozes, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

**Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental:** contribuição para o debate no Direito brasileiro. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm>>. Acesso em: 13 de abril de 2018.

**Reprodução Assistida:** CFM anuncia novas regras para o uso de técnicas de fertilização e inseminação no País. Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=27275:2017-11-09-13-06-20&catid=3](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27275:2017-11-09-13-06-20&catid=3)>. Acesso em: 14 de maio de 2018.

**Reprodução assistida "post mortem".** Disponível em: <<https://coutinhocarlotajusbrasil.com.br/artigos/236655745/reproducao-assistida-post-mortem>>. Acesso em 14 de maio de 2018.

WANSSA, Maria do Carmo Demasi. **Autonomia vs. Beneficência**. 2011. Disponível em: [www.revistabioetica.cfm.org.br/hp/revista\\_bioetica/article/viewFile/611/627](http://www.revistabioetica.cfm.org.br/hp/revista_bioetica/article/viewFile/611/627). Acessado em: 15. jun. 2018.