

## O DIREITO SUCESSÓRIO DOS FILHOS CONCEBIDOS POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Karina Chiara<sup>1</sup>

Profa. Ms. Florimar dos Santos Viana<sup>2</sup>

**Resumo:** O tema a ser abordado é o direito sucessório no Brasil daqueles que são concebidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*. Os avanços na área da ciência e da tecnologia possibilitaram que a formação das famílias se desse por diversas formas e seguindo o princípio constitucional do livre planejamento familiar. No cenário de mudanças de comportamento social surge a utilização de técnicas para inseminação artificial após a morte do homem que em vida faz o congelamento do seu material genético. Mas mesmo com todos os avanços na área da medicina, o ordenamento jurídico brasileiro não conseguiu acompanhar na mesma velocidade, amparando a prole eventual somente com relação à presunção de paternidade e deixando desprotegido em relação ao direito de herdar em concorrência com os demais herdeiros do seu genitor. Face a essa lacuna da legislação brasileira surgiram três correntes doutrinárias divergentes: a primeira defende que o filho nascido após a morte do seu genitor não tem direito de suceder; a segunda entende que terá direito de suceder na modalidade testamentária; e a terceira corrente com base no princípio constitucional de absoluta igualdade entre os filhos defende que o nascituro é herdeiro legítimo.

**Palavras-chave:** Reprodução humana assistida; Inseminação artificial homóloga *Post mortem*; Direito sucessório.

**Abstract:** The present work aims to analyze the succession law in Brazil of those who are conceived by homologous artificial insemination post mortem. With advances in the area of science and technology has made it possible for the formation of families in various ways and following the constitutional principle of free family planning. In the face of this the institute arose from the use of such techniques to be used after the death of the man who in life makes the freezing of his genetic material. But even with all advances in medicine, the Brazilian legal system could not keep up with the same speed, supporting the eventual offspring only in relation to the presumption of paternity but leaving it unprotected in relation to the right to inherit in competition with the other heirs of its parent. Faced with such a gap in Brazilian law, three divergent doctrinal currents have emerged: the first argues that a child born after the death of his / her parent has no right to succeed; the second understands that it will have the right to succeed in the testamentary modality; and the third current on the basis of the constitutional principle of absolute equality between the children argues that the unborn child is a legitimate heir.

**Keywords:** Assisted Human Reproduction; Homologous Artificial Insemination Post Mortem; Succession Law.

---

<sup>1</sup>Graduanda no Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. Campus: Federação. (2019.1).

<sup>2</sup>Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1996). Pós-graduada em Direito Público pela UNIFACS. Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador (2009). Doutoranda pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Orientadora.

**Sumário: 1. Introdução 2. Conceito de reprodução humana assistida 3. Técnicas de reprodução humana assistida 3.1 Inseminação artificial 3.2 Fertilização *in vitro* 4. Noções gerais sobre inseminação artificial homóloga *post mortem* 5. Aplicação das técnicas de inseminação *post mortem* frente às garantias dos princípios constitucionais 5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana 5.2 Princípio do livre planejamento familiar 5.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente 5.4 Princípio da igualdade entre os filhos 6. O direito de família dos concebidos através da técnica de inseminação artificial *post mortem* 6.1 Direito à filiação 7. Inseminação artificial homóloga *post mortem* e o direito sucessório 7.1 Aspectos gerais do direito sucessório 7.2 Inseminação homóloga *post mortem* e o direito sucessório 8. Concepção *post mortem* na legislação estrangeira 9. Considerações finais. Referências.**

## **1. Introdução**

A ciência médica tem avançado muito nos últimos anos, principalmente na área da reprodução humana assistida, possibilitando os casais que enfrentam problemas para gerar filhos poder formar uma família utilizando de alguma das técnicas de inseminação artificial.

Diante dessa lacuna o problema principal que este trabalho busca analisar foi em que medida o filho concebido após a morte do genitor tem direito a sucessão, quando se trata de embrião congelado antes do óbito do homem.

O desenvolvimento do trabalho buscou analisar os avanços no ordenamento jurídico diante dos avanços da medicina em relação aos novos métodos contraceptivos. Após essa análise ficou evidente que a legislação brasileira não autoriza nem proíbe a inseminação artificial apenas trata com relação à questão da presunção de paternidade perante o uso da técnica após a morte.

A falta de regulamentação de tal estudo faz com que surjam diversas questões a serem discutidas principalmente em relação ao direito sucessório dos que são concebidos por inseminação artificial após a morte do genitor. Frente a isso surgem três correntes com posicionamentos distintos sobre o direito de suceder ou não do filho póstumo que passaremos a analisar no decorrer do trabalho.

O interesse por tal tema ocorreu após uma breve análise do direito filiação dos concebidos por inseminação artificial após a morte do genitor sendo estes considerados filhos em igualdade com os demais. A problemática surge a partir do momento da sucessão. O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.798 legitima para suceder apenas os filhos que forem concebidos ou nascidos até o momento da abertura da sucessão, colocando o filho que for

concebido por inseminação artificial homóloga, após a morte do pai, em desigualdade em relação àqueles que já forem nascidos indo de encontro com o princípio constitucional de igualdade entre os filhos e com o próprio Código Civil, já que este reconhece os filhos concebidos por inseminação como filhos legítimos, mas não dão direito de sucessão aos mesmos.

O objetivo desse trabalho é analisar sobre as diversas discussões com relação ao direito sucessório diante da falta de regulamentação de tal matéria no ordenamento jurídico passando a investigar sobre o direito de suceder dos filhos concebidos por inseminação artificial homóloga após a morte do genitor.

A legislação brasileira é omissa ao tratar das técnicas de reprodução humana assistidas, principalmente aquelas que envolvem o direito de sucessão dos filhos que são concebidos após o óbito do genitor quando este não deixar expresso a sua vontade de que o nascido, após o seu óbito, tenha direito de ser herdeiro. Diante de tal lacuna é preciso discutir o amparo que deve ser dado a esta criança e a igualdade que a mesma deve ter com relação aos filhos já nascidos, amparando-se em princípios constitucionais.

O método utilizado para a confecção do presente estudo fora o hipotético-dedutivo, no qual a investigação científica visa construir e testar uma possível resposta ou solução para o problema baseado em princípios constitucionais.

Como técnica de pesquisa, utilizou-se a documentação direta, através da pesquisa bibliográfica, analisando-se elementos para investigação do tema em bibliografia de fontes secundárias, especificamente em livros especializadas e na legislação concernente ao assunto proposto.

A pesquisa foi dividida da seguinte forma: a primeira parte em buscar conceituar a reprodução humana assistida e destrinchar as principais espécies. A segunda parte aborda a questão do direito de suceder do filho póstumo diante dos princípios constitucionais. Terceira parte trata do marco inicial para a discussão da inseminação artificial ocorrer após a morte do genitor. A quarta parte aborda a presunção de paternidade dos concebidos pela técnica de inseminação homóloga *post morte*. O quinto ponto aborda as correntes que doutrinam sobre a questão do direito de sucessão da prole eventual e por fim a sexta parte traz a questão da concepção *post mortem* na legislação estrangeira.

## 2. Conceito de reprodução humana assistida

O desejo de formar uma família e gerar filhos prístina desde os primórdios. A figura da mulher sempre foi vista como responsável por gerar uma prole e a procriação como fator responsável para o desenvolvimento de uma sociedade. Na Antiguidade, a fertilidade era considerada uma dádiva e ser infértil significava que a mulher estava sendo amaldiçoada por cristo (RIZZARDO, 2017).

Houve tempos em que a esposa que fosse estéril chegava a ser depreciada pelo marido diante da impossibilidade que ela tinha de procriar e isso a tornava indigna para a sociedade. Perante esse cenário e com o desenvolvimento da ciência desenvolveu-se métodos e técnicas para auxiliar os casais a procriarem utilizando-se das técnicas de reprodução humana assistida (LEITE, 1995).

Com o passar do tempo e devido ao surgimento de novas tecnologias e descobertas no ramo da ciência, surgiu a reprodução humana assistida como forma de possibilitar aqueles casais que possuem alguma dificuldade para gerar filhos, de realizar o seu desejo de paternidade e de maternidade, assim como também para aqueles casais que desejem fazer um planejamento para gerar filhos futuramente:

A fecundação, resultante de reprodução medicamente assistida, é utilizada em substituição à concepção natural, quando houver dificuldade ou impossibilidade de um ou de ambos de gerar. São técnicas de interferência no processo natural, daí o nome de **reprodução assistida** (grifo da autora) (MEIRELES, 2004).

A infertilidade ou esterilidade pode acontecer tanto por problemas femininos quanto por problemas masculinos ou de ambos conjuntamente, de acordo com estudos realizados pela Organização Mundial de Saúde. O problema da esterilidade masculina pode ser consequência de anomalia dos testículos que leva a problemas na produção de espermatozoides. Já a infertilidade ou esterilidade em relação às mulheres pode ocorrer devido a doenças policísticas do ovário, disendocrinismo tireoidianas, ausência ou alterações na estrutura dos ovários (LEITE, 1995).

No Brasil não existe legislação específica para disciplinar o uso da reprodução assistida como também o país não oferece o tratamento gratuito para a população que tem o desejo de gerar filhos, mas não tem condições de arcar com os altos preços do procedimento. Porém, por mais que não haja legislação específica sobre o tema essas técnicas não podem ser utilizadas de maneira indiscriminada (BRASIL, 1996).

De acordo com a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996 que regulamenta livre planejamento familiar e com a Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, o uso das técnicas de reprodução medicamente assistida não poderá ser utilizado diante da falha ou inapropriedade do uso de outras técnicas terapêuticas, assim como o uso da reprodução assistida só poderá ocorrer mediante avaliação clínica e informando sobre os seus riscos e desvantagens.

O nosso ordenamento jurídico é lacunoso ao tratar da reprodução assistida. O Código Civil de 2002 apenas faz menção sobre a determinação do vínculo parental, deixando de analisar sobre direito da personalidade, direito de sucessão, entre outros.

Atualmente existem matérias no Congresso Nacional que visam à regulamentação da utilização das técnicas de reprodução assistida, as mães por substituição, doação de gametas, destinação dos embriões excedentários, filiação, direito dos doadores etc. Todas essas matérias foram reunidas em um Projeto de Lei nº 1.184 de 2003 que está em curso na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Porém diante de todas as matérias a serem discutidas e ainda que o Projeto de Lei nº 1.184/03 seja aprovado permaneceram lacunas principalmente com relação à regulamentação da utilização da inseminação artificial homóloga *post mortem*, tal projeto só faz uma breve menção a está prática no artigo 4º, inciso VII, quando trata apenas em relação ao consentimento:

Art. 4º O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para ambos os beneficiários, nos casos em que a beneficiária seja uma mulher casada ou em união estável, vedada a manifestação da vontade por procurador, e será formalizado em instrumento particular, que conterà necessariamente os seguintes esclarecimentos:

[...]

VII – as condições em que o doador ou depositante autoriza a utilização de seus gametas, inclusive postumamente (BRASIL, 2003).

Assim, a reprodução assistida consiste em métodos artificiais utilizados com o intuito de gerar filhos daqueles que não podem pela maneira natural. A reprodução assistida poderá ser feita em laboratório ou realizada diretamente no corpo da mulher. Além do que utilizando a técnica de criopreservação pode ocorrer o congelamento do material genético a ser utilizado para realização da reprodução assistida futuramente.

Passaremos agora a analisar as principais técnicas de reprodução assistida, quais sejam elas de inseminação artificial e a fertilização *in vitro*.

### 3. Técnicas de reprodução humana assistida

Leite (1995) faz uma breve distinção abordando a melhor técnica de reprodução assistida a ser utilizada de acordo com a patologia do casal. Explica que quando o homem é portador de agiospermia, ou seja, não possui espermatozoide ou quando não produz o necessário, chamado de oligospermia, é recomendada a utilização da inseminação artificial heteróloga, que consiste no uso do espermatozoide doado por um terceiro. Assim sendo, utiliza-se a técnica de inseminação artificial homóloga quando o material genético masculino tiver alguma deficiência, mas, ainda assim, está em potencial para o uso e com a ajuda da inseminação aumentará a probabilidade da fecundação. Na inseminação artificial homóloga o material genético utilizado é de ambos os genitores. Por outro lado, quando o problema de esterilidade atingir a mulher, a melhor técnica a ser utilizada é a fertilização *in vitro*, no qual o encontro entre o espermatozoide e o óvulo vai ocorrer em laboratório e só após a transferência do embrião para o útero da mulher (LEITE, 1995).

A fecundação artificial através das suas técnicas tem por escopo unir o material genético feminino e o material genético masculino de maneira artificial visando à reprodução humana. Tais técnicas poderão ser feitas utilizando-se de dois métodos o ZIFT ou GIFT. Diniz (2010) explica que a fertilização *in vitro*, que ocorre através da retirada do gameta da mulher o sêmen do homem para fecundá-lo na proveta e só depois transferi-lo para o útero da mulher, vai ocorrer uma manipulação externa do óvulo e sendo assim é feita fertilização usando o método ZIBOT INTRA FALLOPIAN TRANSFER (ZIFT). Na inseminação artificial ocorre pelo método GAMETHA INTRA FALLOPIAN TRANSFER (GIFT) o processo de fecundação do óvulo ocorre diretamente no corpo da mulher (DINIZ, 2010).

#### 3.1 Inseminação artificial

A técnica de inseminação artificial é o método de reprodução assistida no qual a fecundação ocorre de forma incorpórea. O espermatozoide é introduzido de maneira artificial, utilizando-se de um cateter no interior do canal genital feminino, no momento que o óvulo se apresenta maduro o suficiente para o processo de fecundação (MALUF, 2013).

Tal técnica pode ser realizada de duas formas: heteróloga ou homóloga. Venosa (2016) disciplina que a inseminação artificial será heteróloga quando o material genético utilizado no

procedimento não for proveniente do próprio casal e sim de um terceiro que é o doador. Neste método, o material genético que é proveniente de doador. A escolha desse terceiro doador é feita pela clínica onde ocorrerá a reprodução assistida, de acordo com a resolução nº2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina. Esse método de inseminação ainda se classifica em parcial, quando apenas um gameta a ser utilizado é proveniente de terceiros, e poderá ainda ser total quando ambos os gametas a serem utilizados são provenientes de terceiros. Pode ocorrer também da inseminação artificial heteróloga ser bisseminal, na qual ocorrerá a junção de duas amostras de sêmen provenientes uma de doador e uma do próprio marido, quando o material genético deste for insuficiente para realização do procedimento de fecundação (VENOSA, 2016).

A Resolução nº1.358/92, seção II, item 1 e 2, do Conselho Federal de Medicina põe a salvo o direito de utilização dessa técnica também por mulheres que se encontrem solteiras, viúvas ou separadas/divorciadas, homossexuais e transexuais.

1 – Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.

2 – Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado (BRASIL, 1992).

Homóloga será a inseminação que ocorrerá utilizando-se do material genético do marido ou companheiro da mulher que receberá a inseminação e “por esta modalidade, a concepção se opera com o óvulo da mulher o sêmen do próprio marido, substituída a forma convencional ou instintiva, que é a cópula, por método artificial ou reprodução assistida” (NADER, 2016).

Importante frisar que em qualquer uma das técnicas a serem utilizadas é necessário o consentimento de ambos os envolvidos no processo, pois diante da não autorização por qualquer uma das partes o médico que realizou tal procedimento pode ser responsabilizado. Na reprodução assistida heteróloga é recomendado que essa autorização fôsse expressa, posto que se a inseminação ocorrer sem a concordância do parceiro este tem o direito de utilizar-se de uma Ação Negatória de Paternidade (VENOSA, 2016).

Embora a reprodução assistida tenha sido um avanço na ciência com o intuito de possibilitar a geração de filhos daqueles que não podem gerar sua prole pelo método natural, a inseminação artificial não garante que realmente ocorrera a fecundação, visto que pode ocorrer dos espermatozoides não se unir com o óvulo.

Atualmente, com o avanço na área da biotecnologia no tocante às técnicas de reprodução humana assistida, são possíveis através da técnica de criopreservação do material biológico em nitrogênio líquido à  $-196^{\circ}\text{C}$ , fazer o armazenamento do óvulo, sêmens e de embriões excedentários por um longo período de tempo para que sejam utilizados posteriormente (MALUF, 2013).

Desta forma, é possível à utilização do material genético para reprodução humana assistida após o falecimento do homem, a chamada reprodução *post mortem* (ROTANIA, 2003).

### 3.2 Fertilização *in vitro*

Na fertilização *in vitro*, também chamada de "Bebê de Proveta", ocorre a retirada do material genético do casal, e de maneira extracorpórea, realizada em laboratório ocorrerá a fecundação e só após a fecundação é que o embrião é introduzido no útero da mulher. De acordo com o material genético utilizado, a fertilização *in vitro* também poderá ser homóloga ou heteróloga (MALUF, 2013).

## 4. Noções gerais sobre inseminação artificial homóloga *post mortem*

O marco inicial para discussão da inseminação artificial homóloga *post mortem* surgiu em 1984 na França, o caso "Affair Parpalaix". Um casal de jovens Corine Richard e Alain Parpalaix ao decidirem se casar descobriu que Alain estava acometido com câncer nos testículos e com o intuito de futuramente poder gerar um filho com Alan, o casal optou por depositar seu material genético num banco de sêmen para que após o tratamento de quimioterapia pudesse utilizá-los. O tratamento de quimioterapia fez com que Parpalaix tornasse infértil e logo após o seu casamento com Richard o mesmo faleceu devido ao avanço da doença em seu organismo (LEITE, 1995).

Meses depois, Corine tendo a intenção de realizar o desejo do seu marido de formar uma família, procurou o banco de sêmen onde Alan havia depositado seu material genético, a fim de realizar o procedimento de inseminação artificial, mas para sua surpresa foi negado à realização de tal procedimento alegando que não existia um pacto de entrega do material a outra pessoa que não fosse o depositário, que o material genético de pessoa morta não era comercializável e na legislação francesa não é autorizada a realização de inseminação



artificial *post mortem*. Tal questão foi alvo de disputa judicial, posto que Corine alegava que o banco de sêmen era obrigado a restituir o esperma depositado devido à existência de um contrato.

Corine Richard venceu a batalha judicial e o banco de sêmen foi obrigado a devolver o material genético de Alan para que ela realizasse o procedimento de inseminação. Tal procedimento não logrou êxito posto que os espermatozoides já não estivessem mais potencializados para concluir a fecundação.

O caso de Alan Parpalaix e Corine Richard é considerado um marco inicial para discutir a questão do direito de realizar inseminação artificial após a morte do homem.

A inseminação artificial homóloga *post mortem* só é possível graças à técnica de criopreservação que permite que ocorra o armazenamento de óvulos, sêmens ou até embriões. O processo da criopreservação de material genético é procurado por homens que passarão por algum tipo de tratamento que poderá lhe causar infertilidade. A busca pela conservação do material genético ocorre justamente devido às consequências que podem ocorrer após o tratamento e muitos tratamentos podem levar até o óbito do homem. Diante dessas incertezas e da diminuição da probabilidade do homem conseguir gerar filhos futuramente muitos casais fazem a opção pela criopreservação. Após o falecimento do companheiro/marido é facultado à esposa sobrevivente reclamar a devolução do sêmen para que ela possa realizar o procedimento de inseminação, se assim proceder ocorrerá à reprodução *post mortem*.

O Conselho Federal de Medicina, através da resolução nº2.013/2013, dispõe no item VII diz que é possível a utilização do material biológico do falecido, desde que tenha sido deixada autorização prévia do falecido para utilização do material biológico criopreservado. O Código Civil de 2002 garante para os concebidos *post mortem* o direito de serem considerados filhos em igualdade com os outros dos que já se encontram nascidos, mas para fins sucessórios, em seu artigo 1.798 se limita a dizer que apenas poderão suceder os nascidos ou concebidos até o momento da abertura da sucessão. Já artigo 1.799, inciso I, afirma ainda que podem ser chamados para sucessão testamentária aqueles que ainda não tenham sido concebidos, mas que venham ser concebidas de pessoas indicadas pelo testador desde que estejam vivas no momento da abertura da sucessão. Mas ainda assim há limitação, mas deixa desamparados os que vierem a ser concebidos após a morte do genitor. Sendo assim, torna-se evidente a lacuna deixada no nosso ordenamento jurídico quando se trata do direito de suceder dos filhos concebidos por técnica de reprodução assistida *post mortem*. Venosa (2016, p.226) explica que: “O Código Civil de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução

assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade”. Justamente com relação ao aspecto da paternidade o Código Civil dispõe no seu artigo 1.597 da seguinte forma:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

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 (CÓDIGO CIVIL, 2002).

Em 17 de maio de 2010, surgiu no Brasil o primeiro caso sobre tal assunto. Foi concedida uma liminar pelo Juiz de Direito da 13ª Vara Cível de Curitiba (PR) que favorecia uma professora de 38 anos ao tentar engravidar com o sêmen congelado do marido morto. De acordo com o relato dos advogados, a professora era casada havia cinco anos quando o marido foi diagnosticado com uma doença, e que precisaria passar por um tratamento de quimioterapia. Antes da descoberta da doença o casal já tentava engravidar pela maneira natural, mas após o descobrimento da doença e por indicação médica foi congelado o sêmen com o intuito de poder gerar filhos futuramente já que o tratamento poderia torná-lo infértil. Após a morte de seu marido a professora optou por procurar o laboratório onde o marido havia feito o congelamento do sêmen com o intuito de realizar o procedimento de inseminação, mas foi negada a devolução do material por parte da clínica, sob alegação de que o falecido não havia deixado consentimento prévio liberando o uso do material para depois de sua morte. As advogadas da parte autora argumentaram que o consentimento era presumido diante do congelamento do sêmen além do depoimento de familiares e amigos do casal relatando a vontade do casal de ter filhos. O laboratório não recorreu da decisão (JUSTIÇA DO PARANÁ, 2010).

Nestes termos, é notório o desamparo daqueles são concebidos por inseminação artificial após a morte do genitor, visto que só terão direito de serem herdeiros se o seu genitor deixar expressa autorização do uso do seu material genético congelado para geração de filhos futuramente. Ademais é possível perceber também a conflito existente entre o Direito de Família e o Direito de Sucessões já que o primeiro tem presunção de paternidade dos que são concebidos por inseminação artificial homóloga, com fundamento de que o material genético utilizado é proveniente dos pais. Já para o direito sucessório a legislação é omissa não assegurando o direito de suceder da prole eventual sem que haja testamento do de cujus, ferindo assim os princípios constitucionais, como de absoluta igualdade entre os filhos, paternidade responsável, o melhor interesse da criança e o da dignidade da pessoa humana.

## **5. Aplicação das técnicas de inseminação *post mortem* frente às garantias dos princípios constitucionais**

Os princípios constitucionais são norteadores em todos os ramos do direito e visam garantir o pleno exercício dos direitos por todos os cidadãos. Sendo assim, a proibição ou não regulamentação do uso das técnicas de reprodução humana assistida fere alguns princípios constitucionais que serão demonstrados a seguir.

### **5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana está elencado no rol dos princípios fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. Tal princípio está relacionado com os valores que o ser humano tem e que devem ser respeitados. Sendo assim, surge a discussão acerca da possibilidade do embrião não ter direito à vida pelo fato do seu pai não estar mais vivo. E ainda que gerado, não poder ter direito de participar do processo de sucessão do seu pai em igual de com seus irmãos se assim tiver:

A dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal como princípio fundamental do estado brasileiro, é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida até a sua morte. Esse princípio constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos (KRELL, 2006).

Assim sendo, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser aplicado também de maneira extensiva atingindo a todos e também aqueles ainda que não nascidos. É importante observar também a real motivação para utilização de alguma técnica após a morte do seu parceiro visando garantir que o filho não seja colocado em uma posição de objeto para benefício da sua genitora, visto que se trata de um ser humano, com vida e deve ser respeitado e ter seus direitos garantidos.

### **5.2 Princípio do livre planejamento familiar**

O artigo 226 § 7º da Constituição Federal de 1988 regulamenta o princípio do livre planejamento familiar, que dispõe da seguinte forma:

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 (BRASIL, 1988).

Este dispositivo deixa a salvo o direito do casal de planejar a sua família da melhor forma que achar conveniente, não cabendo ao estado limitar ou impedir o exercício desse direito. Mas deve propiciar os recursos educacionais e científicos para que seja realizado o sonho do casal. Tal dispositivo ainda tem base do princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

A Lei nº 9.263/96 regulamenta o planejamento familiar e explica que este direito deve ser conceituado da seguinte forma: “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” (BRASIL, 1996).

O projeto parental deve vir de um desejo comum entre o casal, sendo assim para que seja realizado o procedimento da reprodução assistida precisa-se que haja um acordo de vontade entre o casal.

Assim como a vida sexual do casal é comum a ambos, e depende da anuência, ou “animus” de cada cônjuge, da mesma forma, diante da esterelidade, a decisão de procriar “artificialmente” depende de um desejo comum, que determina o projeto parental (LEITE, 1995).

Seguindo esse entendimento é possível perceber que ao Estado cabe apenas propiciar meios para que o casal exerça o sonho de formar a família e não cabe a ele restringir ou criar obstáculos para o exercício desse direito. Mas de qualquer modo deve ser observado o direito da criança também como formar de resguardar o que é melhor para ela de acordo com o princípio do melhor interesse da criança.

### 5.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Na década de 70 o que vigorava no Brasil era o Código de Menores que adotava a teoria da situação irregular, de modo que só quem era sujeito à proteção do estado eram os menores que se encontravam em alguma situação irregular com a lei. Após o advento da Constituição Federal de 1988, o ordenamento passou a ver as pessoas, principalmente as crianças e adolescentes de maneira igualitária, sendo sujeitos de direitos e deveres. Em 1990

entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente foi adotado a Doutrina da Proteção Integral que adotou o mesmo entendimento da Constituição Federal que vê as crianças e adolescentes como verdadeiros cidadãos possuidores de direitos e deveres. E diz que é dever do estado, da família e da sociedade oferecer meios e ambiente propício para o desenvolvimento da criança/adolescente por estes estarem em formação da sua personalidade.

O *caput* do artigo 227 da Constituição federal consagrou o princípio o Melhor Interesse da Criança e do Adolescente:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 negligências, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Diante das diversas possibilidades da formação da família, assim como o surgimento das técnicas de reprodução assistida e a possibilidade da realização da inseminação *post mortem*, principalmente com relação a esse último, é necessário observar se para criança é bom nascer já órfão de pai, e se isso causaria impacto no desenvolvimento da personalidade da criança, entre outras consequências que poderia gerar.

Leite (1995) entende que a criança por está em formação e desenvolvimento é necessário que tenha a presença do pai e da mãe e que esse é o pilar base para concretização desse princípio.

#### 5.4 Princípio da igualdade entre os filhos

O princípio constitucional da igualdade entre os filhos está contido no artigo 227 §6º e preceitua que não deve existir nenhum tipo de privilégio proveniente de origem da filiação, devendo ser dado tratamento igual a todos os filhos sejam eles vindo de reprodução assistida ou adoção. Sendo assim, impedir que o filho concebido por inseminação artificial homóloga posterior a morte do genitor, de ter direito a sucessão da herança de seu pai junto com seus irmãos já nascidos o colocaria em relação de desigualdade:

[...] Tal situação não encontra guarida constitucional, ao contrário, o legislador constitucional não previu exceção, não cabendo ao legislador ordinário, tampouco ao intérprete estabelecer exceções ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos (ALBUQUERQUE FILHO, 2006).

Assim, o filho que venha a ser gerado futuramente, mesmo que após a sua morte, deve ser este definido como herdeiro necessário (DIAS, 2011).

Com isso, não reconhecer os direitos daqueles concebidos por inseminação artificial sejam eles quanto à igualdade de filiação com os outros filhos já nascidos ou não reconhecer o direito de ser herdeiro e ter direito a herança de seu pai já falecido viola o princípio constitucional da absoluta igualdade que deve ser dada aos filhos. Além disso, o casal tem o direito de escolher e ter seu livre planejamento familiar formando sua família de acordo com as suas vontades e cabe ao Estado apenas garantir os meios necessários para que seja realizada a vontade dos cônjuges.

## **6. O Direito de família dos concebidos através da técnica de inseminação artificial *post mortem***

A medicina tem avançado significativamente em favor dos casais que sofrem com a infertilidade ou esterilidade. Em razão disso houve mudanças significativas na estrutura familiar e conseqüentemente o ordenamento jurídico sofreu modulações para se adequar a sociedade contemporânea (VENOSA, 2016).

### 6.1 Direito à filiação

De acordo com o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o estado de filiação é personalíssimo, pois somente o filho pode exercer; é indisponível, pois não pode renunciado; é imprescritível porque pode ser exercido a qualquer momento (LIBERATI, 2010).

Para Nader (2016) existem três critérios que distinguem a aferição de paternidade, seriam eles: pelo matrimônio trata-se da presunção *pater iset*, na qual se presume filho aquele concebido na constância do casamento (presunção legal); pelo vínculo biológico que decorre da consanguinidade; e pela filiação socioafetiva que é formada pelo critério sociológico decorrente de uma situação na qual nasce o amparo, proteção, afetividade que são depositados na criança por uma pessoa que não possui ligação biológica de pai ou mãe com a mesma (NADER, 2016).

O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988 sofreu mudanças quanto à definição das entidades familiares e com relação à igualdade entre os filhos. Antes só eram considerados filhos legítimos aqueles havidos na constância do casamento e ilegítimos, conseqüentemente, os que não eram concebidos na relação conjugal. Com a instituição do

princípio da igualdade entre os filhos e com a reiteração de tal princípio no artigo 1.596 do Código Civil, os filhos que forem havidos ou não na constância do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos (NADER, 2016).

Com todos os avanços na ciência e as mudanças trazidas na Constituição de 1988, o Código Civil de 2002 em seu artigo 1.597 que versa sobre a presunção de paternidade na constância do casamento, ampliou o rol de tal artigo em relação ao artigo 338 do Código Civil de 1916. O artigo 1.597 inseriu mais três incisos para definição de paternidade diante dos avanços científicos. O inciso III do citado dispositivo trata dos filhos concebidos por fecundação artificial homóloga mesmo que falecido o marido. A parte final de tal inciso trata expressamente na inseminação artificial *post mortem* com relação à questão do reconhecimento de paternidade. O enunciado 106 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal estabelece que para que seja presumida a paternidade do marido falecido é necessário que a mulher ao se submeter a uma técnica de reprodução assistida com o material genético do falecido ela esteja na condição de viúva e que ainda assim exista autorização escrita do marido para que possa utilizar o material genético após a sua morte (LEITE, 1995).

Mesmo diante de tal posicionamento do enunciado, parte da literatura pesquisada para esse trabalho defende o afastamento da presunção de paternidade, vez que “não é possível considerar uma presunção de paternidade em situação que não venha tratada na lei como tal” (GAMA, 2003, p. 701).

Outros autores pesquisados, como Zanellato (2005), baseando na Constituição Brasileira que considera a união estável como sendo uma entidade familiar deve-se também estender a presunção de filiação ao filho do companheiro já falecido.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2121/2015 regulamenta a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização expressa do marido falecido especificando o uso do material biológico criopreservado.

Diante do exposto é notório que a regulamentação sobre a reprodução medicamente assistida *post mortem* só se dar na com relação à presunção de filiação e ainda assim sendo lacunoso com relação ao lapso temporal que o procedimento pode ser realizado. Problema maior surge no âmbito sucessório visto que não há determinação específica sobre o direito de sucessão da prole futura.

## 7. Inseminação artificial homóloga *post mortem* e o direito sucessório

### 7.1 Aspectos gerais do direito sucessório

O Direito de Sucessão trata das normas jurídicas que regulamentam a transmissão do patrimônio, tanto ativo quanto o passivo, de uma pessoa após a sua morte, aos seus sucessores. A sucessão pode se dar em virtude da lei ou em virtude do testamento (DINIZ, 2010).

De acordo com um princípio de *saisine*, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos ou testamentários imediatamente desde o momento da morte do de cujus e segundo esse princípio os herdeiros terão a posse imediata da herança independente de qualquer manifestação de vontade dos mesmos. Os herdeiros desta forma passam a ser co-possuidores da herança (VENOSA, 2016).

A sucessão ainda pode se dar de duas formas: sucessão legítima ou a sucessão testamentária. A sucessão legítima, conhecida também como *ab intestato*, ocorrerá quando o *de cujus* não deixar testamento o seu patrimônio será transferido, pela lei, obedecendo-se uma ordem de vocação hereditária, que respeita os seguintes critérios: descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente, colaterais e por fim o estado conforme artigo 1.829, I, do Código Civil (PEREIRA, 2009):

Se a pessoa falecer sem testamento (*ab intestato*), a lei determinará a ordem pela qual serão chamados os herdeiros: a ordem de vocação hereditária. Tal ordem, no Código Civil de 2002, vem estabelecida no artigo 1.829, I [...] A ordem de vocação hereditária fixada na lei vem beneficiar os membros da família, pois o legislador presume que aí residem os maiores vínculos afetivos do autor da herança (VENOSA, 2016).

Por sua vez, a sucessão testamentária ocorrerá mediante a manifestação de última vontade do falecido que deixa, em vida, por escrito um documento para quem será transmitido o seu patrimônio após a sua morte. O testamento é um ato personalíssimo e revogável. Segundo Gomes (2004): “na sucessão testamentária, o testador regula, em ato unilateral, a distribuição de seus bens, conforme sua própria vontade”.

Sendo o testamento um ato de última vontade só terá validade após o falecimento do de cujus. No testamento pode conter disposições patrimoniais e extrapatrimoniais, como por exemplo, o reconhecimento de filhos, nomeação de tutor para filho menor, nomeação de testamentário, deserdação de herdeiro, reabilitação de indigno etc.



## 7.2 Inseminação homóloga *post mortem* e o direito sucessório

O ordenamento jurídico brasileiro trata da possibilidade da reprodução medicamente assistida, inclusive após a morte mediante a criopreservação do material genético, mas o Código Civil de 2002 apenas faz referência à presunção de paternidade dos filhos oriundos da utilização da referida técnica, porém omissa a respeito do direito sucessório destes filhos póstumos.

Sendo assim, diante da lacuna na regulamentação acerca da possibilidade dos filhos concebidos após a morte do genitor ter a qualidade de herdeiro, surgem diversos posicionamentos doutrinários divergentes. Existem aqueles que não admitem o direito de sucessão; outros com fundamento no artigo 1.799, I, do Código Civil, que somente terá direito se o de cujus deixar um testamento em benefício à prole eventual de terceiro a ser chamada a suceder e não podendo ultrapassar o prazo de dois anos de abertura da sucessão; e por fim os que admitem a sucessão com fundamento no princípio constitucional da isonomia (BERALDO, 2012).

Os que defendem que o filho póstumo não tem capacidade para suceder dizem que para que alguém tenha o direito de sucessão tem que estar ao menos nascida ou concebida na época do falecimento do genitor, posto que a permissão da reprodução ocorrer após a morte do gera insegurança jurídica aos herdeiros já existentes ao momento da abertura da sucessão que teriam que aguardar por um tempo indeterminado até o nascimento da criança para que ocorra a divisão do patrimônio (BERALDO, 2012).

Grande adepto a essa teoria encontra-se Gama (2000) que, além de ser contrário ao direito de sucessão da prole eventual, ainda afirma que a inseminação artificial *post mortem* afronta também os princípios constitucionais da igualdade de direito entre os filhos e o melhor interesse da criança:

É inegável a vedação do emprego de qualquer das técnicas de reprodução assistida no período pós-falecimento daquele que anteriormente forneceu seu material fecundante e consentiu que o embrião formado ou seu material fosse utilizado para formação de nova pessoa humana. A violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da futura criança, além da própria circunstância de ocorrer afronta ao princípio da igualdade material entre os filhos sob o prisma (principalmente) das situações jurídicas existenciais, não autoriza a admissibilidade do recurso a tais técnicas científicas. Assim, a questão se coloca no campo da inadmissibilidade, pelo ordenamento jurídico brasileiro, das técnicas de

reprodução assistida *post mortem*. Daí não ser possível sequer a cogitação da capacidade sucessória condicional (ou especial) do embrião congelado ou do futuro embrião (caso fosse utilizado o material fecundante deixado pelo autor da sucessão) por problema de inconstitucionalidade (GAMA, 2000).

Tal autor embora contrário à hipótese de sucessão da prole eventual considera como filho biológico do falecido os concebidos após a sua morte.

Seguindo esse entendimento, Diniz (2010) preceitua que a morte extingue o casamento e que embora o filho póstumo seja considerado biologicamente filho do casal será considerado filho oriundo de relação extrapatrimonial não se pode ter a presunção de paternidade muito menos conferir direitos sucessórios:

É preciso evitar tais práticas, pois a criança, embora possa ser filha genética, por exemplo, do marido de sua mãe, será, juridicamente, extramatrimonial, pois não terá pai, nem poderá ser registrada como filha matrimonial em nome do doador, já que nasceu depois de 300 dias da cessação do vínculo conjugal em razão da morte de um dos consortes. E, além disso, o morto não mais exerce direitos, nem deveres a cumprir. Não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o matrimônio se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que nascer por técnica conceptiva *post mortem*, pois não estava gerado por ocasião da morte de seu pai genético [...]. Por isso, necessário será que se proíba legalmente a reprodução assistida *post mortem*, e, se, porventura, houver permissão legal, dever-se-á prescrever quais serão os direitos do filho, inclusive sucessórios (DINIZ, 2010, p. 215).

A segunda corrente doutrinária estabelece que os filhos oriundos de inseminação artificial homóloga *post mortem* podem vir a suceder apenas mediante a disposição testamentária com base no artigo 1.799, I, do Código Civil na qual a prole eventual pode ser chamada a suceder, mas respeitando o prazo de dois anos para concepções contadas do momento da abertura da sucessão (LIMA JÚNIOR, 2014).

Corroborando com essa doutrina Venosa (2016) afirma que os seres gerados após a morte só serão considerados herdeiros mediante disposição testamentária de pessoa indicada pelo testador observando o limite de dois anos para realização do procedimento de inseminação, após aberta a sucessão e com a reserva dos bens de herança.

Diante da omissão deixada no Código Civil de 2002 com relação ao direito sucessório dos concebidos *post mortem* surge outra questão acerca da não previsão de prazo para concepção do filho proveniente de reprodução assistida, ainda que o artigo 1.800, §4º, delimite o prazo de dois anos para que os bens que estavam reservados aos herdeiros esperados sejam dados aos herdeiros legítimos, caso não ocorra à concepção dos embriões congelados. Diante das novas tecnologias e com a moderna técnica da criopreservação, os embriões podem ser implantados muitos anos depois do seu congelamento e se isso ocorrer

após o processo de inventário, o direito sucessório que é garantido à prole eventual, pode prejudicar os interesses dos demais herdeiros existentes. Sendo assim, Leite (2011) defende a fixação de prazo para a realização da inseminação artificial:

Ainda e novamente, a questão que surge no caso em tela é mais de ordem sucessória do que propriamente, de parentesco ou filiação, uma vez que o recurso dos embriões excedentários, a qualquer tempo, faz ressurgir a problemática de indefinição no partilhar dos bens, o que não é desejado nem pelo sistema codificado de 16, nem pelo o atual. Melhor seria que, ao invés de se referir a qualquer tempo, contrário à partilha definitiva, o legislador tivesse estabelecido um prazo determinado (como ocorre no parágrafo 4º do artigo 1.800), sem possibilidade de disposição contrária, criando assim, maior segurança jurídica e melhor possibilidade de pôr fim ao estado condominial que o nosso sistema nunca pretendeu favorecer.

Alguns autores estudados para esse trabalho se baseiam para fixação de prazo para ocorrer à inseminação, o estabelecido no artigo 5º inciso II da Lei de Biossegurança que seria de três anos contados da data do congelamento. Porém algumas correntes entendem que o prazo para ocorrer à implantação do embrião poderia ser fixado pelo próprio genitor por meio de testamento. No entanto Dias (2008) sustenta que não existe nenhuma justificativa plausível para fixação de prazo, pois não considera verossímil estabelecer diferença entre os filhos, assegurando o direito de herança dos que já estão nascidos prevalecendo sobre o direito hereditário do filho que vier a nascer:

Mesmo quem reconhece o direito sucessório ao filho concebido mediante fecundação artificial póstuma se inclina em estabelecer o prazo de dois anos para que ocorra a concepção, fazendo analogia ao prazo para a concepção da filiação eventual (CC 1.800 § 4º). Esta limitação não tem nenhuma justificativa. Não se pode discriminar o filho havido *post mortem* concebido com sêmen do pai pré-morto, depois do prazo de dois anos. A tentativa de emprestar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que veio a nascer, ainda que depois de alguns anos. Basta lembrar que não há limite para o reconhecimento da filiação por meio de investigação de paternidade, e somente o direito de pleitear a herança prescreve no prazo de 10 anos (DIAS, 2008, p. 124).

Gama (2000) compartilha do mesmo entendimento de Dias (2008), porém ele fundamenta a capacidade sucessória da prole eventual na ação de petição de herança:

No entanto, sendo reconhecida a admissibilidade jurídica do recurso às técnicas de reprodução humana assistida post mortem (e, assim, sua constitucionalidade), a melhor solução a respeito do tema é a de considerar que o artigo 1.798 do Código Civil de 2002 disse menos do que queria, devendo o interprete proceder ao trabalho de estender o preceito para os casos de embriões já formados e daqueles a formar [...]. O problema 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 de cujus. 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 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 (GAMA, 2000).

Seguindo a doutrina permissiva, deve ser assegurado ao filho concebido após a morte do genitor o direito de herança posto que ele ocupa a classe dos herdeiros necessários levando-se em consideração o princípio da igualdade entre os filhos:

[...] Na concepção homóloga, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*. A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido após o falecimento de um de seus genitores. Ao nascer ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários (DIAS, 2008).

Com isso, é inegável que diante da falta de regulamentação jurídica completa da questão das técnicas de reprodução assistida abre diversas discussões acerca da possibilidade de considerar os filhos oriundos dessa técnica como herdeiros legítimos ou não. Não há muitas questões com relação à presunção de paternidade posto que na inseminação artificial homóloga o material genético utilizado é proveniente dos genitores o que torna a criança biologicamente filha do casal. A controvérsia surge no tocante ao direito de suceder posto que só terão esse direito caso o de cujos tenha deixado testamento beneficiando a prole eventual. Mas ainda assim deixando sem amparo os filhos do falecido que não houver deixado testamento não entrando este na condição de herdeiro legítimo com os demais herdeiros ferindo assim o princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

## **8. Concepção *post mortem* na legislação estrangeira**

Como salientado alhures, o Código Civil brasileiro de 2002 é omissivo ao tratar do processo de inseminação artificial, regulando apenas a questão com relação à paternidade e com relação à sucessão concede direito a essa criança apenas se ela for citada em testamento não levando em conta então sua situação de herdeira legítima do genitor. Todavia, no direito estrangeiro, há tratamentos legais distintos para o tema da inseminação artificial *post mortem*.

Assim é que na França não é permitida a prática da inseminação artificial homóloga *post mortem*, porém se tal prática for realizada ainda que à revelia da lei, a criança só será

considera filha da mãe não tendo, portanto, direito de sucessão paterna (AGUIAR, 2005).

Existe regulamentação na Espanha com relação a essas técnicas. A inseminação artificial pode ser realizada desde que o material genético do homem tenha sido implantado no útero da mulher até a data do falecimento do genitor para que seja garantido direito sucessório. Mas assim como no Brasil é garantido ao homem deixar em testamento ou escritura pública o direito de utilização do seu esperma para geração de filhos, mesmo após a sua morte, o que garante o direito de sucessão da prole eventual (AGUIAR, 2005).

Assim como na Espanha, a Inglaterra também regulamenta a inseminação artificial, mas só é garantido o direito de sucessão da criança desde que seja deixado em testamento (LIMA JÚNIOR, 2005).

A Lei nº 32/2006 veda em Portugal a utilização do material genético do homem, para inseminação após a sua morte, ainda que seja feito com sua expressa autorização. E se, mesmo nestas condições, for realizado o procedimento a mulher pode ser punida com sanção de natureza penal (AGUIAR, 2005).

A Itália é um país que tem bastante influência da religião, razão pela qual existe um maior controle com a prática da reprodução assistida. As leis italianas são mais severas, não permitindo a doação de material genético nem feminino nem masculino, proíbe a barriga de aluguel e veda também a realização de pesquisas com embriões e o congelamento dos mesmos e conseqüentemente torna inviável que a inseminação seja realizada posterior a morte. A fecundação *in vitro* é a única forma de reprodução assistida que é autorizada neste país e ainda assim só pode ser realizada utilizando-se do material genético do próprio casal e que estes sejam casados legalmente ou tenham uma união estável (AGUIAR, 2005).

Os Estados Unidos são o único país que regulamenta a venda de óvulos e sêmen que inclusive é feita até mesmo pela internet, além disso, possui mais de 30 estados com leis próprias que regulamentam tais práticas (LIMA JÚNIOR, 2005).

## **9. Considerações finais**

A ciência médica tem avançado e facilitando aos casais que sofrem com a infertilidade ou esterilidade a poderem gerar filhos através das técnicas de reprodução humana assistida. No presente trabalho foram abordadas as duas principais técnicas: A inseminação artificial e a fertilização *in vitro*.

A inseminação artificial é um processo que ocorre de forma intracorpórea e ainda pode ser heterólogo quando o material genético utilizado é proveniente de um doador ou homóloga quando o material genético utilizado for do próprio casal. A fertilização *in vitro* ocorre da mesma maneira diferenciando-se por ser extracorpórea visto que o material genético só será transferido para o corpo da mulher após a fecundação ter ocorrido em laboratório.

No Brasil, essas técnicas apenas encontram amparo no Conselho Federal de Medicina, deixando o ordenamento jurídico brasileiro de legislar sobre tal matéria. O Código Civil de 2002 apenas trata de tal questão no artigo 1.597 no qual diz que se presumiram filhos concebidos na constância do casamento os que são concebidos por fecundação artificial homóloga mesmo que falecido o marido. Sendo assim não há óbice a definição de paternidade.

O problema surge quanto ao tempo que será feita a inseminação visto que através da técnica de criopreservação, o material genético pode ser congelado por anos viabilizando ainda mais o projeto parental. Além disso, questão ainda maior e que faz levantar três posicionamentos diferentes é o direito de suceder da prole eventual.

A primeira corrente entende que o filho póstumo não pode ser sucessor de maneira alguma fundamentando tal pensamento no artigo 1.798 do Código Civil que diz que só seriam legítimos a suceder os concebido ou nascido até o momento da abertura da sucessão.

A segunda corrente defende que seriam legítimos a suceder os concebidos após a morte através de testamento com base no que dispõe o artigo 1.799, I, do Código Civil que trata da possibilidade a prole eventual vir a ser chamada a suceder pelo testador se assim dispuser em vida.

A terceira corrente é a permissiva que entende que o filho concebido após a morte tem legitimidade a suceder porque se trata de herdeiro legítimo devendo concorrer em igualdade com os demais herdeiros baseando-se também no princípio constitucional de igualdade entre os filhos.

Diante da falta de legislação específica sobre tal tema só encontramos posicionamento do Conselho Federal de Medicina na Resolução do 2.013/13 que somente se posiciona para definir que o procedimento de inseminação artificial homóloga *post mortem* só pode ser realizado com a expressa autorização do portador do material genético criopreservado.

Sendo assim e devido à complexibilidade do tema necessita-se de uma regulamentação específica sobre tal assunto regulando todas as questões inerentes a sucessão, paternidade, tempo de realização do procedimento de inseminação como também um posicionamento se o

procedimento pode ou não ser realizado após a morte do genitor.

## **Referências**

AGUIAR, Mônica Aguiar. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de Reprodução Assistida e o Biodireito**. Ano 10, n. 632, 1 abr. 2005.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem: um estudo sobre as consequências jurídicas no direito de família e sucessões**. 2012.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n.2.013/2013**.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.184, de 03 de junho de 2003**.

BRASIL. **Resolução CFM nº 1.358, de 11 de novembro de 1992**. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ENUNCIADOS APROVADOS. **I Jornada de Direito Civil**. CFJ - Justiça Federal.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, n.5, abr./maio/jun./2000.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JUSTIÇA DO PARANÁ autoriza mulher a usar sêmen de marido morto. **Jornal da Ordem**. 26 de maio 2010.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana e Filiação Civil: Princípios éticos e jurídicos.** Curitiba: Juruá, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de Direito de Família e pareceres de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MEIRELES, Jussara Maria Leal de. **Reprodução assistida e o novo Código Civil brasileiro.** In: MEIRELES, Jussara Maria Leal de (Coord.). Estudos de Biodireito, Curitiba: Genesis, 2004.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil.** Direito de família. v. 5. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões.** v. 6, 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROTANIA, Alejandra Ana. **Dossiê Reprodução Humana Assistida.** [online] Ago.2003..

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ZANELLATO, Ezequiel Paulo. O feto como fator preponderante para a manutenção da sociedade conjugal. **Revista da AJURIS.** Porto Alegre: AJURIS, n. 99, p. 94-105, set. 2005.