

INSEMINAÇÃO *POST MORTEM* E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

*Ana Caroline Oliveira Montalbano*¹

Resumo: O presente artigo analisa os efeitos jurídicos da inseminação *post mortem* homóloga no direito de família e das sucessões. Diante da ausência de legislação específica, o Código Civil de 2002 apresenta as diretrizes gerais aplicáveis. Contudo, ao mesmo tempo em que este estabelece a presunção de paternidade para os frutos da referida técnica, determina que os herdeiros são pessoas “nascidas ou já concebidas” quando da abertura da sucessão. Nesse contexto, a doutrina diverge na interpretação sistemática da legislação civil à luz dos princípios constitucionais. A decisão judicial inédita e o Projeto de Lei n. 90/99 apontam o rumo que a questão deverá tomar.

Palavras-chave: Inseminação *post mortem*. Princípios Constitucionais. Filiação. Sucessão.

1 INTRODUÇÃO

A evolução da ciência ao longo dos tempos trouxe diversas inovações à sociedade, inclusive no âmbito da reprodução humana assistida, fazendo surgir novas questões a serem resolvidas pelo Direito.

Desse modo, no presente trabalho, serão analisados os efeitos jurídicos da inseminação artificial homóloga *post mortem*

¹ Bacharel em Direito; Especializanda em Direito Público; ESMESC. Ministério Público de Santa Catarina. E-mail: ana_montalbano@hotmail.com

no direito de família e das sucessões. Isso, porque a legislação vigente deixa brechas para as mais variadas interpretações doutrinárias.

Primeiramente, abordar-se-á o tema da reprodução humana assistida, apresentando o seu conceito, a sua evolução histórica, as suas técnicas e a área jurídica que a abrange, isto é, o biodireito.

Na sequência, serão expostos os princípios constitucionais aplicáveis à reprodução humana assistida.

Ao final, será feita uma abordagem da legislação civil acerca da filiação e da sucessão sob a ótica da inseminação *post mortem*, analisando-se as diversas correntes doutrinárias sobre o assunto, bem como o projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional e a decisão inédita de Curitiba/PR.

O método utilizado será o dedutivo. A técnica de pesquisa será a bibliografia, pois serão utilizadas leis, doutrinas, artigos científicos e notícias, visando ao estudo acerca do aludido tema proposto.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Conceitua-se como o conjunto heterogêneo de técnicas empregadas com o intuito de combater a esterilidade do ser humano ou de prevenir enfermidades genéticas e hereditárias (Madaleno, 2010, p. 59).

2.1 Evolução histórica

As técnicas de reprodução assistida são resultado do avanço científico e tecnológico da humanidade, como explica Rotania (2003):

Intervenções e experiências com o processo de reprodução de seres vivos e da reprodução humana datam de alguns séculos. Os fatos que vêm ocorrendo no campo das ciências biológicas, médicas e

afins são resultantes do desenvolvimento científico e tecnológico que sofre mudanças significativas a partir da chamada Revolução Científica do século XVII e, sobretudo, nos séculos XIX e XX. No século XIX, as ciências biológicas se constituem em ciências modernas, seguindo a orientação do paradigma da experimentação, comprovação e matematização do mundo.

A mesma autora (2003) ressalta a criação dos instrumentos adequados como fator determinante para a criação e o desenvolvimento das técnicas, dando como exemplo o microscópio, criado no século XVII, que possibilitou a observação do DNA.

A primeira experiência científica exitosa e comprovada com mamíferos ocorreu por volta de 1770, quando o abade e biólogo italiano Spallanzani “descobre que o contato entre o fluido seminal e o óvulo é o requisito básico da fecundação em mamíferos e realiza experiências com uma cadela” (Rotania, 2003).

Na esfera da reprodução humana, a primeira experiência de inseminação artificial, consistente em injetar esperma no útero ou na vagina, data de 1791, quando o inglês Hunter a realizou entre marido e mulher (homóloga). Contudo, apenas no ano de 1799, Hunter conseguiu gerar a gravidez em seres humanos com o emprego de sua técnica (Rotania, 2003).

A primeira inseminação artificial heteróloga (de um terceiro doador) ocorreu nos Estados Unidos em 1834 (Pussi, 2007, p. 273).

O primeiro caso de reprodução humana assistida, com a fecundação do óvulo fora do organismo materno, em uma proveta, ocorreu em 20 de julho de 1978, na Inglaterra. Nessa data, após um trabalho de pesquisa de 15 anos, realizado pelos doutores Steptoe e Edwards, nasceu Louise Brown, o primeiro ser humano proveniente de uma reprodução *in vitro*. No Brasil, o fato ocorreu em 7 de outubro de 1984, quando foi concebida Ana Paula Caldeira (Pussi, 2007, p. 274).

Em 1984, na França, surgiu o primeiro caso de inseminação artificial *post mortem*. A história do casal Corine Richard e Alain Parpalaix é narrada por Freitas (2008):

Em 1984, na França, a jovem Corine Richard se apaixonou por Alain Parpalaix. O varão descobriu estar com câncer nos testículos e, no intuito de poder ter um filho com a mulher amada, depositou num banco de sêmen seu material genético para que após as sessões de quimioterapia pudesse usá-lo para gerar a almejada prole. Como previsto, a doença não só o deixou estéril, como, após alguns dias do casamento, veio a fatalizá-lo. Negado pelo banco de sêmen, Corine Richard buscou a autorização judicial para cumprir a vontade de seu falecido esposo. O banco alegava que não havia um acordo de entrega do material genético a outra pessoa, senão ao falecido, e, como na França não havia legislação que autorizava inseminação artificial *post mortem*, foi necessário buscar a tutela do Estado para preenchimento deste vácuo legislativo. Depois de muita batalha, o tribunal francês de Créteil condenou o banco de sêmen na entrega do material para um médico designado pela viúva. Infelizmente, pela morosidade da ação, a inseminação artificial não foi realizada, pois, os espermatozoides não estavam mais próprios à fecundação.

Desde então, existem muitas controvérsias no âmbito jurídico, social e até mesmo religioso quanto ao emprego de técnica de reprodução humana para a concepção após a morte do genitor. O ponto de vista jurídico é o que interessa para o presente trabalho.

2.2 Técnicas de reprodução humana assistida na atualidade

As técnicas para a reprodução assistida podem ser consideradas de alta e baixa complexidade, como esclarece Rotania (2003):

Entre as técnicas de baixa complexidade incluem-se o coito programado e a inseminação intrauterina (IIU). Nas técnicas de alta complexidade incluem-se a fertilização *in vitro* (FIV) convencional e a injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI).

No que se refere às técnicas de baixa complexidade, a inseminação artificial (intra-uterina), objeto do presente artigo, consiste na substituição da relação sexual, na qual ocorreria a fecundação em pessoas saudáveis. O material genético masculino é introduzido no útero e a gravidez se desenvolve naturalmente (Ferraz, 2009, p. 43-44). Tal técnica divide-se em homóloga e heteróloga.

Madaleno (2010, p. 59) explica que “quando o sêmem é do marido ou companheiro, a inseminação artificial é designada homóloga e no caso de recurso de um doador, a inseminação artificial é heteróloga”. O presente trabalho irá ater-se às consequências jurídicas da inseminação homóloga.

Quanto às técnicas de alta complexidade, Madaleno (2010, p. 59) explica que “a fertilização *in vitro* é extracorpórea e de acordo com essa técnica a fecundação do óvulo pelo espermatozóide não é feita no organismo materno, mas em uma ‘cápsula de Petri’”.

A Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóide (ICSI) é uma técnica complementar aplicada aos processos de fertilização *in vitro*, encontrando-se disponível no Brasil desde o final da década de 1990. Sobre a técnica, Rotania (2003):

Utiliza-se a injeção de um único espermatozóide ou de uma espermátide (célula precursora do espermatozóide) para o interior do óvulo. É realizada uma punção do testículo ou epidídimo para retirada de espermatozóide ou espermátide. Os espermatozóides ou as espermátides são colocados em um meio de cultura. Um deles é injetado diretamente no óvulo. Os óvulos são coletados da mesma forma que na FIV. A técnica está prevista para ser usada nos casos de anormalidades espermáticas que

podem ser várias: oligoastenoteratozoospermia, presença de antiespermatozóide ou azoospermia.

Outras técnicas, consideradas de alta complexidade, ganharam força nos últimos tempos. São exemplos: a barriga de aluguel; a clonagem; o diagnóstico genético pré-implantacional (DGI), dentre outras.

Para possibilitar o emprego das técnicas, há criopreservação (conservação em laboratório) dos óvulos, espermatozoides e embriões.

A criopreservação de óvulos é considerada arriscada, pois os especialistas em reprodução humana ainda desconhecem as consequências do congelamento e descongelamento do citoplasma, bem como os seus impactos no desenvolvimento embrionário. Já o espermatozoides pode ser congelado, sem problemas, para o caso de Inseminação artificial ou de Fertilização *in vitro*, por motivos pessoais e sociais variados (Rotania, 2003).

A criopreservação de embriões é atinente ao processo de fertilização *in vitro*. Vários óvulos são fertilizados e vários embriões são produzidos *in vitro*, contudo, no Brasil, no máximo quatro poderão ser transferidos ao útero materno. Os embriões excedentes são colocados em câmara de nitrogênio líquido a baixas temperaturas (196°C negativos) à espera de uma decisão relativa à nova tentativa de Fertilização *in vitro*, ou para serem doados, utilizados em pesquisa, ou ainda, descartados (Rotania, 2003).

A possibilidade de congelamento de óvulos, espermatozoides e até mesmo de embriões permite que alguém gere um filho mesmo após o seu falecimento, cingindo-se a controvérsia do presente artigo nesse ponto, tendo em vista a necessidade de estudos e regulamentação do tema, o qual ainda não encontra respostas concretas nas diretrizes gerais apresentadas pelo biodireito.

2.3 Biodireito

O biodireito pode ser compreendido como um novo ramo do direito ou como um campo jurídico interdisciplinar

que busca apreciar juridicamente as novas práticas humanas de manipulação da vida.

Na visão de Cunha e Ferreira (2008), o biodireito é um ramo do direito público que tem o objetivo de analisar amplamente as teorias, a legislação e a jurisprudência concernentes à regulamentação da conduta humana, mormente no que se refere aos avanços tecnológicos ligados à Medicina e à Biotecnologia.

Os mesmos autores explicam que a bioética relaciona-se com o biodireito (2008):

O conceito atual de Bioética deve ser interpretado como o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais. A Bioética seria, assim, o encontro da ética com as ciências biomédicas, estruturando os códigos de conduta dos profissionais da saúde.

A relação da Bioética com o Direito, mais especificamente com o Biodireito, surge da necessidade do jurista obter instrumentos eficientes para propor soluções para os problemas que a sociedade tecnológica cria, em especial no atual estágio de desenvolvimento.

A bioética fundamenta-se basicamente em três princípios: autonomia, beneficência e justiça.

O princípio da autonomia determina que cada pessoa tem direito de escolha sobre sua própria vida, assim como em relação às atividades que causem alterações em sua condição de saúde física ou mental. Diz respeito, ainda, à capacidade do cientista de ponderar, avaliar e decidir sobre qual método deve ser utilizado em cada caso concreto, levando em conta a opinião do paciente (Cunha e Ferreira, 2008).

O princípio da beneficência objetiva a melhoria da sociedade e de cada indivíduo, guiando a conduta dos profissionais da saúde quanto à ponderação entre riscos e benefícios, tanto atuais como potenciais, individuais ou coletivos, devendo

estes buscar o máximo de benefícios e o mínimo de danos e riscos. Em suma, almeja proibir que tais profissionais exerçam condutas que, embora possam resultar em novos conhecimentos, ameacem a vida, a integridade física ou psíquica do paciente. Também é conhecido como não maleficência e está intimamente ligado ao juramento de Hipócrates: “aplicarei os regimes para o bem dos doentes, segundo o meu saber e a minha razão, e nunca para prejudicar ou fazer o mal a quem quer que seja” (Cunha e Ferreira, 2008).

O princípio da justiça estabelece que todos os membros da sociedade devem arcar, igualmente e conforme a sua situação econômica, com o ônus da manutenção das pesquisas e da aplicação dos resultados, a fim de garantir uma distribuição justa e equitativa dos recursos financeiros e técnicos da atividade científica e dos serviços de saúde, devendo a ciência ser aplicada para todos e não devendo existir qualquer espécie de distinção em razão de capacidade econômica ou classe social de quem necessita de tratamento médico (Cunha e Ferreira, 2008).

As técnicas de reprodução humana assistida, portanto, devem ser aplicadas com sustentáculo nesses princípios.

Desse modo, pergunta-se: até que ponto a inseminação após a morte do genitor atende ao princípio da autonomia? Haverá beneficência à genitora e à criança enquanto indivíduos da sociedade? É justo que, talvez, no futuro, a rede pública disponibilize a técnica para todas as camadas da população?

São questões ainda não resolvidas pelo direito, mas que buscam apoio nos primados constitucionais, expostos a seguir.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Neste tópico, serão analisados os princípios que se sobressaem na reprodução humana assistida, embora não sejam os únicos aplicáveis.

3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O legislador constituinte brasileiro conferiu ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) a qualidade de norma base de todo o sistema constitucional, informando as prerrogativas e as garantias fundamentais da cidadania. Com efeito, os direitos fundamentais da Carta Magna de 1988, negativos ou positivos, encontram seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana (TEIXEIRA e CAIXETA, 2007).

A prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana traduz-se no reconhecimento de que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o inverso. Em outras palavras, o ser humano constitui finalidade precípua da atividade estatal (ALMEIDA JUNIOR, 2003).

A constituição elevou ao patamar da dignidade humana a satisfação e o exercício do direito ao planejamento familiar, cabendo ao Estado proporcionar recursos para o exercício desse direito, conforme se extrai do art. 227, § 6º (TEIXEIRA e CAIXETA, 2007).

O direito de fundar uma família compreende o direito de originar um descendente que carregue o próprio patrimônio genético, bem como, o de desenvolver a função de genitor. Além disso, abrange o direito de ter acesso às informações, instruções e serviços acerca do planejamento familiar, incluindo-se as técnicas de reprodução artificial (RIGO, 2009).

Veja-se que o direito de acesso às informações e técnicas possui correspondência com o princípio da justiça apregoado pelo biodireito e que possui sustentáculo no princípio da dignidade humana

Rigo (2009) ressalta que a dignidade humana não deve ser observada apenas para aqueles que querem gerar uma vida, mas para o próprio embrião, de modo que qualquer atitude negativa ao ser humano não nascido está atingindo diretamente a Constituição Federal.

A mesma autora (2009) informa que parte da doutrina adota a teoria concepcionista a respeito do início da vida humana, deferindo ao embrião pré-implantado a qualidade de pessoa, no entanto, para adquirir a qualidade de “nascituro”, o embrião precisaria de um *plus*, ou seja, da constatação de sua viabilidade, existente esta apenas a partir de sua nidacão no útero materno. Além disso, diz que há aqueles que consideram como nascituros os embriões congelados e preservados em centros de fertilização artificial. Esta corrente entende que a vida começa quando da fusão dos núcleos do óvulo e do espermatozóide.

Concluir que o embrião possui dignidade humana e que o pré-implantado já possui qualidade de pessoa, possui correspondência com o princípio da beneficência e gera reflexos no campo jurídico.

3.2 Princípio da liberdade

O princípio em questão apresenta o fundamento do direito ao reconhecimento da autodeterminação das pessoas, o que implica na capacidade de adotar e executar livremente as suas próprias decisões (DENZ, 2007). Correlaciona-se com o princípio da autonomia presente no biodireito.

Lôbo (2008, p. 59) percebe a liberdade de escolha como pressuposto para a concretização da dignidade da pessoa humana, pois cabe a cada indivíduo escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial, por isso, não pode o legislador definir qual a família melhor e mais adequada. Por esse entendimento, a inseminação *post mortem* seria legítima, como será exposto a seguir à luz da legislação civil que avalia a manifestação de vontade.

3.3 Princípio da igualdade entre os filhos

A Constituição Federal de 1988 inicia o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que todos são iguais

perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. A igualdade está inserta entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, de forma implícita no artigo 3º, inciso IV, da Carta Magna (PIMENTA, 2008, p. 451).

O princípio sob análise, aplicado ao direito de família, resgata a ideia de isonomia, ou seja, comprova a existência da proibição legal de que o essencialmente igual seja tratado de forma diferente (RIGO, 2009).

Por esse princípio todos os filhos devem ter o mesmo tratamento jurídico, independentemente de terem sido concebidos por técnicas de reprodução assistida e mesmo após a morte do pai quando se tratar de inseminação homóloga (DELFIN, 2009).

A isonomia ainda protege o patrimônio entre pessoas que disponham do mesmo *status familiae* (RIGO, 2009).

Rigo (2009) defende a aplicação desse princípio aos embriões com base na Declaração dos Direitos Humanos:

Para muitos autores, o princípio da igualdade estende-se a todos os seres humanos, aos já nascidos, ou aos apenas concebidos [...] Uma interpretação literal do art. 1º da Declaração dos Direitos Humanos pode ensejar dúvida quanto aos seres humanos já concebidos, mas ainda não nascidos. Todavia, em uma leitura integral e mais cuidadosa de toda a Declaração, nota-se que não há distinção entre os seres já nascidos e os não nascidos. Mesma interpretação deve ter o parágrafo 2º do art. 1º do Pacto de São José da Costa Rica, não dando espaço a distinção entre a vida intra e extra-uterina.

Nesse sentido, o embrião faz *jus* à proteção absoluta e irretirada contra qualquer desrespeito à sua identidade e integridade, incidindo sobre ele, e sendo oponível *erga omnes*, o mandamento constitucional da igualdade.

3.4 Princípio do melhor interesse da criança

O princípio foi instituído pela Constituição Federal de 1988 no seu art. 227, embora já estivesse presente em momento pretérito na legislação infraconstitucional, como esclarece Rigo (2009):

[...] o princípio do melhor interesse da criança aparece como vetor-guia de todas as ações relativas à criança, inserindo-se no âmbito dos direitos fundamentais da pessoa humana (Art. 5º, Constituição Federal). A jurisprudência brasileira já recepcionava o princípio do melhor interesse da criança antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988. Entretanto, foi após a entrada em vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente que o princípio começou a desempenhar função interpretativa a ponto de impor uma revisão nas interpretações do Código Civil, visando à sua adaptação ao novo direito.

A mesma autora (2009) ensina que alguns direitos assegurados à criança assim o são a todas as pessoas, como o direito à vida, à dignidade, à liberdade. Porém, outros direitos são pertinentes apenas à criança e ao adolescente, como o direito à profissionalização, à convivência familiar e comunitária. De qualquer forma, o constituinte coloca a família, a sociedade e o Estado como responsáveis por todas as crianças.

Esse princípio ganha relevância na inseminação artificial *post mortem* e também quando mulheres solteiras buscam bancos de sêmen.

Nesses casos, os interesses divergentes são enormes, pois de um lado está o desejo da mulher de, mesmo sozinha, gerar uma criança e por outro o melhor interesse da criança. Contudo, Pacheco (2010) entende que o fato de o melhor interesse da criança ser imperativo não impede que ela possa ser gerada por uma mãe sozinha, desde que esta forneça todas as condições materiais e psicológicas necessárias para o seu desenvolvimento.

3.5 Princípio da segurança jurídica

Para Delgado (2005) o princípio em questão significa que o cidadão, por estar vinculado desde o nascimento aos fenômenos das relações jurídicas que os cerca precisa de regras jurídicas que a ele são impostas em condições de estabilidade para alcançar o seu desenvolvimento em todos os setores de sua vida.

Desse modo, questiona-se se a inseminação *post mortem* não colocaria em risco todo o sistema jurídico, principalmente da sucessão, ao dar direitos ao embrião em detrimento das pessoas já existentes.

Delfim (2009) entende que, na verdade, o que ocorre é um choque entre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (da viúva e do próprio filho concebido após a morte do pai) e da segurança jurídica (dos demais herdeiros concebidos antes daquele infortúnio). Todavia, os direitos fundamentais não são absolutos, por isso, o valor dignidade da pessoa humana vai preponderar sobre o valor segurança.

3.6 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade está previsto no art. 5º, II, da Carta Magna e determina que “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Tal princípio aplicado à reprodução humana assistida representa o direito de ter filho por qualquer método, desde que não vedado por lei, pois, no Estado Democrático de Direito, na relação entre particulares, tudo o que não é proibido é permitido. Desse modo, é de se afirmar que no ordenamento jurídico não há qualquer barreira à concepção artificial (MENDES, 2006).

A Resolução nº. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina não dispõe acerca da fecundação *post mortem*, porém, como permite a inseminação de mulheres solteiras com o sêmen de um doador, demonstra que não é ilícito o uso do sêmen do marido falecido (DE LUCA, 2010).

Mesmo sem a proibição de aplicação das técnicas de repro-

dução humana no Brasil, inclusive *post mortem*, a ausência de legislação específica cria algumas dificuldades no âmbito jurídico quando da análise de casos concretos, tendo em vista a necessidade de interpretação e sistematização das normas gerais fixadas na legislação infraconstitucional.

4 REPRODUÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Inseminação Artificial *Post Mortem* é aquela que utiliza o sêmen ou embrião conservado, por meio de técnicas especiais, após a morte do doador, como já foi exposto.

Na época da elaboração do Código Civil de 1916, os juristas não cogitavam a possibilidade de, no futuro, haver a concepção humana fora do útero feminino ou após a morte do genitor. Ao ser concebido e em desenvolvimento no útero feminino asseguravam-se direitos desde o momento da concepção, independentemente da teoria adotada para a definição do início da personalidade (MOREIRA FILHO, 2002).

O Código Civil de 2002, cujo projeto é o n. 634 de 1975 (OUVIDORIA PARLAMENTAR), não trouxe avanços consideráveis na área de reprodução humana assistida, deixando uma grande lacuna legislativa especialmente no que se refere à inseminação artificial *post mortem*, bem como não regula os direitos do embrião criopreservado, o qual merecerá uma tutela jurídica diferenciada da do nascituro.

Madaleno (2010, p. 59-60) ressalta que hodiernamente uma das correntes doutrinárias ainda considera o embrião criopreservado apenas material biológico humano.

4.1 Reprodução *post mortem* e seus reflexos no direito de família

A filiação pode originar-se de duas formas: da procriação carnal e da procriação assistida. Ambas são reguladas pelo Código Civil de 2002 quanto à filiação.

Assim dispõe o art. 1.597 do estatuto (BRASIL, 2010):

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;

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

O referido artigo, para parte da doutrina, busca resguardar a presunção de paternidade decorrente do casamento, por isso, não se aplicaria à união estável, devendo a paternidade, nesse caso, ser reconhecida voluntariamente pelo companheiro em vida ou por meio de processo judicial de investigação de paternidade (FISCHER, 2011). Lôbo defende a aplicação à união estável, a despeito do termo “casamento” no texto legal, haja vista a equiparação constitucional (ALBUQUERQUE FILHO, 2005).

O inciso III, que gera maiores controvérsias e representa o foco do presente artigo, excepciona a regra geral de determinação da paternidade por presunção nos 300 dias subsequentes à morte do varão.

Contudo, mesmo sem ressalva legal, Fischer (2011) entende que para que se possa atribuir a paternidade decorrente da inseminação artificial homóloga, a entidade responsável pelo armazenamento deve provar que o gameta utilizado foi do cônjuge falecido. Além disso, o cônjuge falecido deve ter deixado consentimento expresso para essa prática, caso contrário, considerar-se-á que o gameta utilizado pertence a doador anônimo e, por conseguinte, não será atribuída a paternidade ao falecido. A I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários, por meio do Enunciado nº 106 segue esse entendimento.

O projeto de parentalidade é um dos argumentos daqueles que defendem a vigência do dispositivo legal para a prática da

inseminação *post mortem*, tendo em vista que o número de famílias monoparentais (dirigidas apenas pela mãe) cresce na sociedade, inexistindo possíveis traumas para crianças que são criadas apenas pela genitora, pois é muito mais traumático para uma criança crescer sabendo quem é seu pai, que ele existe, mas que não quer ter qualquer contato afetivo com seu filho.

Não há discordância de que o ideal é a biparentalidade, porém, acredita-se que ela não pode afastar a inseminação *post mortem*, na hipótese de ter havido um projeto biparental em vida, no qual houve a identificação da receptora do sêmen (FISCHER, 2011).

Outra corrente doutrinária rechaça a possibilidade da inseminação artificial homóloga depois da morte do genitor, mesmo diante do disposto no CC. Alega-se a falta de validade constitucional da referida prática, porque não seria possível o exercício do projeto parental apenas por ato unilateral da mãe, de modo que o melhor interesse da criança não estaria sendo atendido à luz da psicologia, haja vista que o fruto da inseminação jamais conheceria o seu genitor, não possuindo igualdade de tratamento com os filhos já nascidos quando do óbito (FISCHER, 2011).

Com essa visão, Gama defende a proibição da inseminação *post mortem*, mesmo com a declaração de vontade expressa do *de cuius*, mas entende que a filiação deve ser estabelecida em razão da verdade biológica, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana (FISCHER, 2011).

Para a doutrina majoritária, portanto, a filiação será reconhecida sem maiores percalços, problema maior está no direito sucessório.

4.2 Reprodução *post mortem* e seus reflexos no direito das sucessões

Para efeitos sucessórios, a doutrina divide-se quanto aos direitos do concepturo (daquele que será futuramente conce-

bido com o sêmen congelado), do embrião criopreservado e daquele já implantado no útero materno a época da morte do genitor.

A divergência jurisprudencial baseia-se na interpretação do art. 1798 do Código Civil, o qual trata da sucessão legítima com o seguinte texto: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (BRASIL, 2010).

Dessa forma, para Moreira Filho (2002) “se com a morte do *de cuius* o embrião, em cuja fertilização consentiu, já estiver implantado no útero feminino, não há dúvidas de que a filiação lhe será assegurada, bem como o direito à herança”.

Na visão de Hironaka (2007) também não há dúvidas quanto ao direito sucessório do embrião criopreservado, pois entende que a doutrina ampliou o conceito de nascituro para além dos limites da concepção *in vivo* (no ventre feminino), compreendendo também a concepção *in vitro* (ou crioconservação). Nos dizeres da autora “Tal ampliação se deu exatamente por causa das inovações biotecnológicas que possibilitam a fertilização fora do corpo humano, de modo que nascituro, agora, permanece sendo o ser concebido embora ainda não nascido, mas sem que faça qualquer diferença o *locus* da concepção”.

Luiz Gavião de Almeida leciona que o texto legal do art. 1.798 deve ser interpretado extensivamente até mesmo para abranger o concepturo (ser ainda não concebido), haja vista que quando o legislador atual tratou do tema, somente almejou repetir o texto do Código antigo, beneficiando o concepturo apenas na sucessão testamentária porque era impossível, com os conhecimentos da época, imaginar-se que um morto pudesse ter filhos. Ademais, reconhecendo o legislador efeitos pessoais ao concepturo (relação de filiação), não se justifica afastar os efeitos patrimoniais, principalmente o hereditário (ALMEIDA JUNIOR, 2003).

Freitas (2008) compartilha do mesmo entendimento e expõe que no Estado Democrático de Direito, onde existe o

garantismo constitucional, o qual engloba o direito a herança (art. 5º, XXX, CF), não há possibilidade de se excluir o concebido *post mortem* da sucessão legítima, devendo ser encontrados meios para tutelar os direitos dessa prole. Por isso, o autor entende que:

Independente de ter havido ou não testamento, sendo detectada no inventário a possibilidade de ser utilizado material genético do autor da herança (já que sua vontade ficara registrada no banco de sêmen), no intuito de evitar futuro litígio ou prejuízo ao direito constitucional de herança, há de ser reservados os bens desta prole eventual sob pena de ao ser realizado o procedimento, vier o herdeiro nascido depois, pleitear, por petição de herança, seu quinhão hereditário, como se fosse um filho reconhecido por posterior ação de investigação de paternidade.

A petição de herança, referida por Freitas, somente pode ser acolhida, se proposta dentro do prazo prescricional de 10 (dez) anos a partir do falecimento do autor da herança. Entretanto, como não corre a prescrição contra os absolutamente incapazes, entende-se que a criança concebida através da inseminação artificial *post mortem* poderia utilizar a petição de herança até 26 (vinte e seis) anos de idade (De Luca, 2010).

Rigo (2009) também admite os direitos do não concebido e expõe o seguinte:

Se não houvesse o sonho da paternidade, qual seria o motivo para um homem deixar seu sêmen congelado em um centro de reprodução humana medicamente assistida? O depósito do material é o autêntico consentimento do falecido para tal procriação. Caso tenha o anseio de ser pai um dia, mas está casado com uma mulher que não é a pessoa que deseja para ser mãe de seus filhos, o homem que deixar seu esperma em um banco de sêmen deve ter o cuidado de deixar expressa proibição de utilização de seu material após a ocasião de sua morte. Assim,

não havendo nenhuma proibição expressa por parte do homem que depositou o sêmen no centro de reprodução humana, não há porque negar qualquer direito a criança concebida *post mortem* mediante inseminação artificial homóloga.

Contudo, essa opinião é rebatida por Almeida Junior (2003), o qual entende que o embrião, cuja fecundação só se deu *post mortem* (utilizando-se do sêmen congelado) não teria direito sucessório algum, pois não é pessoa concebida e muito menos pessoa nascida à época da morte do genitor.

Para essa corrente doutrinária contrária à sucessão legítima do não concebido a única possibilidade do fruto da inseminação *post mortem* herdar seria mediante disposição testamentária, em observância ao art. 1799, I, do CC, que dita: “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão” (BRASIL, 2010). Nessa hipótese, haverá reserva de quinhão.

Almeida Junior (2003) entende que “se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos”, por aplicação analógica do art. 1800, § 4º do CC. Por conseguinte, o fruto da inseminação *post mortem* concebido após esse prazo já não poderia herdar de forma alguma.

Por sua vez, Leite (2002) ressalta que “a inseminação *post mortem* feita à revelia de seu titular ou nas hipóteses de recolhimento fraudulento ou eivado de vícios de vontade, não podem galgar efeitos jurídicos, até por se tratar de ato anulável”.

De acordo com essa linha de raciocínio, o depósito do sêmen no laboratório não é suficiente para produzir efeitos jurídicos.

Por fim, De Luca (2010) salienta que não é possível a responsabilidade civil da mãe quando a criança for concebida por inseminação artificial após a morte do genitor, caso

contrário, abrir-se-ia margem à eventual indenização quando a criança fosse fruto de uma relação casual, contrariando os princípios do direito de família, principalmente o da igualdade constitucional entre os filhos e da dignidade da pessoa humana.

Controvérsias a parte, a marcha dos acontecimentos tende a conferir direitos sucessórios aos frutos da inseminação *post mortem*, como se verá a seguir.

4.3 Projetos de lei e jurisprudência

Atualmente, em solo nacional, a única regulamentação específica sobre reprodução assistida é a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1358 de 1992, a qual não possui força de lei. Tal Resolução admite a criação de embriões apenas para fins reprodutivos e proíbe o descarte ou destruição de embriões excedentes. No Congresso Nacional tramita o Projeto de Lei 90/99, ainda não aprovado, o qual pretende disciplinar o assunto (HENRIQUES, 2009).

O Projeto de Lei 90/99, apresentado pelo Senador Lúcio Alcântara, na sua forma original, aparentemente excluía a possibilidade da inseminação *post mortem*, pois o seu art. 15, § 5º, impunha como obrigatório o descarte de gametas e embriões nos casos conhecidos de falecimento de doadores ou depositantes (inciso V) e no caso de falecimento de pelo menos uma das pessoas que originaram embriões preservados (inciso VI). Além disso, aduzia ser crime utilizar gametas ou embriões de doadores ou depositantes sabidamente falecidos, cominando com pena de detenção, de dois a seis meses, ou multa o infrator. No caso de burla deste dispositivo o art. 20 previa que “a criança não se beneficiaria de efeitos patrimoniais e sucessórios em relação ao falecido” (ALMEIDA JUNIOR, 2003).

Já o Projeto Substitutivo de 2001, no art. 15, § 2º, III, estabelece o descarte dos gametas exceto na “hipótese em que este último tenha autorizado, em testamento, a utilização póstuma de seus gametas pela esposa ou companheira”, bem como o art.

20, dita que “As consequências jurídicas do uso da Procriação Medicamente Assistida, quanto à filiação, são irrevogáveis a partir do momento em que houver embriões originados *in vitro* ou for constatada gravidez decorrente de inseminação artificial” (BRASIL, 2001).

Seguindo essa tendência, o juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba (PR), em maio de 2010, concedeu liminar autorizando a professora Katia Lernerneier, de 38 anos, a tentar engravidar com o sêmen congelado do marido, que morreu em fevereiro de 2010 de câncer de pele (melanoma). Foi a primeira decisão judicial brasileira sobre reprodução póstuma (FURUTA, 2010).

No fim de setembro de 2010, Katia engravidou e em junho de 2011 nasceu Luísa Roberta. A criança teve direito à filiação, mas o direito a herança ainda é uma dúvida, pois o assunto não foi abrangido pela decisão que deu a autorização para a inseminação *post mortem* mesmo sem o consentimento expresso do genitor (GARCIA, 2011).

5 CONCLUSÃO

A história da humanidade comprova que a ciência evolui com muito mais agilidade do que a legislação, a qual, revestida de caráter burocrático no seu processo de elaboração e aprovação, acaba por não seguir a marcha das demandas sociais.

O projeto de lei n. 90/99, o qual já teve seu texto original modificado em 2001, adequando-se melhor à realidade social que admite o emprego da aludida técnica após a morte do genitor, tramita no Congresso Nacional há mais de dez anos. Enquanto isso, as demandas sociais provocaram a jurisdição do juiz da 13ª Vara Cível da Comarca de Curitiba, o qual proferiu decisão inédita e favorável à inseminação *post mortem*, ainda que sem a autorização expressa do *de cuius*, mas porque os fatos apontavam a inequívoca vontade do falecido de ser genitor.

Nesse contexto, entendo que a corrente doutrinária contrária à inseminação *post mortem* está na contramão dos

acontecimentos, sendo frágil o argumento sustentado de que o melhor interesse da criança não será respeitado se ela nascer sem a oportunidade de conhecer o pai, afinal a monoparentalidade é uma constante e nem por isso as crianças são afetadas psicologicamente.

Ademais, essa criança foi desejada, sendo fruto de um projeto parental do casal quando vivo o cônjuge varão. Mais triste para uma criança é sofrer com a rejeição do pai. Logo, a liberdade do casal de constituir a sua prole não pode ser ceifada porque o plano foi interrompido pela morte.

Todavia, penso que é necessária a expressa disposição de vontade do genitor quanto ao fato de querer levar adiante esse projeto parental mesmo após a sua morte, de modo que tal providência deveria caber ao laboratório por meio de documento que permaneceria arquivado no local.

Dessa forma, considero mais sensata a corrente doutrinária que não verifica violações constitucionais à inseminação *post mortem*, aceitando que se operam os efeitos pessoais e patrimoniais em sua plenitude.

No que se refere ao direito de família, entendo que a filiação - em razão da verdade genética e do direito de a criança ter o nome de seu genitor, inclusive como forma de lhe garantir a dignidade humana e de não estabelecer tratamento desigual com os filhos que eventualmente tenham nascido quando vivo o pai - jamais será afastada.

Já no direito sucessório, a dignidade humana, princípio maior que engloba todos os outros, assiste tanto aos herdeiros já nascidos quando do falecimento do *de cuius*, garantindo-lhes o direito constitucional a herança quanto àqueles que vão nascer, ainda que concebidos após a morte do genitor. Pensar diferente seria por em xeque o princípio da equidade e fazer com que um ser humano nasça privado de direitos em razão do momento e da forma da concepção. Isso, porque se o Brasil não veda a inseminação *post mortem* não pode prejudicar o fruto dessa técnica entendendo que parte do direito se aplica a ele e outra parte

não, seria incoerente do ponto de vista jurídico.

Não deve haver óbice ao direito sucessório devido ao termo “já concebidos” inserto no art. 1798, do CC, em um momento histórico no qual nem se cogitava a possibilidade de inseminação *post mortem*, mormente porque deve prevalecer a interpretação sistemática da lei, especialmente à luz da Carta Magna, sendo lícita a reserva de quinhão ou a futura petição de herança.

Por fim, entendo que deve haver interpretação extensiva do art. 1597 para que a presunção de paternidade possa abranger também o gerado após a morte do companheiro da mãe e não apenas do marido, tendo em vista o reconhecimento constitucional da união estável. Contudo, nesse caso, penso que a manifestação de vontade do *de cuius*, arquivada no laboratório, deveria indicar a companheira, diante do fato de que nem sempre existe um contrato escrito de união estável dando conta de que realmente existia uma relação com o objetivo de constituir família.

De qualquer forma, a entrada em vigor da legislação específica deve aclarar todas essas controvérsias originadas das demandas sociais sem o devido amparo legal.

Abstract: The present article analyses the legal effects of post mortem insemination in family and inheritance law. Due to the absence of specific legislation, the current Civil Code shows the applicable general guideline. However, while it establishes a presumption of paternity for the fruits of that technique, it also determines that heirs are individuals “born or already conceived” when the opening of the succession. In this context, the doctrine diverges in systematic interpretation of civil legislation under the light of constitutional principles. The unpublished court decision and the law project n. 90/99 indicate the direction that the issue should take.

Keywords: Post mortem insemination. Constitutional Principles. Membership. Succession.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Vade Mecum*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. *Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador*. 2008. Disponível em: < http://www.lfg.com.br/artigo/20081209105317401_biodireito-reproducao-humana-assistida-direito-a-identidade-genetica-x-direito-ao-anonimato-do-doador-adriana-moraes-ferreira-e-karla-co.html >. Acesso em 9 jan. 2012.

DELFIM, Marcio Rodrigo. *As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga “post mortem”*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2186, 26 jun. 2009. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/12965> >. Acesso em: 5 jan. 2012.

DELGADO, José Augusto. *O princípio da segurança jurídica: supremacia constitucional*. Brasília, DF, 2005. Disponível em: < <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/448> >. Acesso em: 9 jan. 2012.

DENZ, Guilherme Frederico Hernandes. *Procriação Assistida e Direito à Saúde: Análise do Planejamento Familiar à Luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Primazia do Direito da Criança*. 2007. Disponível em: < http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2009-05-15T120407Z-1157/Publico/Guilherme%20Denz.pdf >. Acesso em 5 jan. 2012.

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *O Concebido Post Mortem no Direito das Sucessões*. Caterina Medeiros de Luca. Rio de Janeiro. 2010. Disponível em; < www.emerj.tjrj.jus.br/.../2semestre2010/...22010/caterinaluca.pdf >. Acesso em 5 jan. 2012.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas conseqüências nas relações de família*. Curitiba: Juruá. 2009.

FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2005. *Anais eletrônicos...* Disponível em: < www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=8 >. Acesso em 5 jan. 2012

FILHO, José Roberto Moreira. *O Direito Civil em face das novas técnicas de reprodução assistida*. 2002. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=33> >. Acesso em 2 jan. 2012

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no Direito Sucessório. In VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2011. *Anais eletrônicos...* Disponível em: < www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=224 >. Acesso em 5 jan. 2012.

FREITAS, Douglas Phillips. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. 2008. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423> >. Acesso em 2 jan. 2012.

Furuta, Rina Mári. Liminar Autoriza Reprodução Post Mortem. *Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes*, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Garcia, Karine. Mulher Engravidada Após a Morte do Marido. *Jornal Hoje*, Curitiba, 21 jun. 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões*. 2007. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290> >. Acesso em 3 jan. 2012

HENRIQUES, Fernanda de Borges. *A Repercussão da Reprodução Assistida Post Mortem e o Direito a Herança*. 2009. Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/fernanda_henriques.pdf >. Acesso em 5 jan. 2012.

JUNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. *Técnicas de reprodução assistida e biodireito*. 2003. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=110> >. Acesso em 2 jan. 2012.

LEITE, Gisele. *Consequências da inseminação artificial após a morte do pai*. 2002. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2002-mai-14/pais_lei_inseminacao_morte_pai >. Acesso em 3 jan. 2012.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. *Novos horizontes no direito de família*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MENDES, Christine Keler de Lima. *Mães Substitutas e a determinação da Maternidade: Implicações da Reprodução Medicamente Assistida na Fertilização In*

Vitro Heteróloga. 2006. Disponível em : < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1310>>. Acesso em 5 jan 2012.

OUVIDORIA PARLAMENTAR. Novo Código Civil: O que Muda na Vida do Cidadão. *Câmara dos Deputados*. Ano I, n. 3, Dezembro 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/a-camara/ouvidoria/documentos/dicas/dica5.html>>. Acesso em 5 jan. 2012.

PACHECO, Nathalia Dinoá. *Monoparentalidade Programada*. 2010. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2894&idAreaSel=5&seeArt=yes>>. Acesso em 5 jan. 2012.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkimim. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

PUSSI, William Artur. *Personalidade Jurídica do Nascituro*. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2007.

RIGO, Gabriella Bresciani. *O status de filho concebido post mortem perante o direito sucessório na legislação vigente*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 08 Jul. 2009. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849. Acesso em 5 Jan. 2012.

ROTANIA, Ana Alejandra. *Dossiê Reprodução Humana Assistida*. 2003. Disponível em: <www.redesaude.org.br>. Acesso em 5 jan. 2012.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Novo Código Civil Comentado* – Coordenação de Ricardo Fiuza. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, Érica e CAIXETA, Simone Letícia de Sousa. *As Técnicas de Reprodução Humana Assistida à Luz dos Princípios Constitucionais*. *Revista do Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão e da Pós Graduação do Centro Universitário de Patos de Minas*, n. 4, 2007. Disponível em: < <http://www.unipam.edu.br/perquirere/index.php/edicoes-antiores/2007>>. Acesso em 5 jan. 2012.