



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFPG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD

GIL LÚCIO DE FREITAS MELO

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* HOMÓLOGA E SUAS
DIMENSÕES/OMISSÕES NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

SOUSA
2018

GIL LÚCIO DE FREITAS MELO

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* HOMÓLOGA E SUAS
DIMENSÕES/OMISSÕES NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof.Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

SOUSA
2018

GIL LÚCIO DE FREITAS MELO

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* HOMÓLOGA E SUAS
DIMENSÕES/OMISSÕES NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof.Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Data de aprovação: _____

Banca Examinadora:

Prof.Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira
Orientador

Examinador (a)

Examinador (a)

AGRADECIMENTOS

Gratidão! Gratidão! Gratidão! Finalmente chegou a temporada de colheita dos frutos que me foram dados há cinco anos. O espírito se enche de luz e radia triunfo.

Aos meus pais, Gilmar Melo e Lucineide Freitas que lealmente renunciaram os seus sonhos e projetos para que eu pudesse compor meu roteiro.

Aos meus dois avôs e anjos da guarda, Teta Melo e Jorge Melo que vivem na Eternidade e, de onde estão, continuam velando meus ciclos e propósitos.

À Deus e por Deus toda abonação.

À minha fiel escudeira e corretora Iara Ferreira, pela disponibilidade e compreensão de estar sempre predisposta a ajudar.

Ao meu orientador, Eduardo Jorge, pelos direcionamentos, pelo suporte e por ter aceitado a tarefa de me conduzir na elaboração desse trabalho.

RESUMO

Dada o crescente avanço tecnológico na área da biotecnologia e, dessa forma, com reflexos diretamente no filho oriundo da utilização da técnica de inseminação artificial *post mortem* homóloga, tornou-se possível que um filho possa ser concebido após a morte do seu genitor. Essa técnica de reprodução assistida é denominada de inseminação artificial homóloga *post mortem* homóloga. O grande problema é que o ordenamento jurídico não acompanhou o processo evolutivo da biomedicina. Atualmente no Brasil, não há uma legislação constitucional ou infraconstitucional específica quanto à questão da reprodução assistida. O que se tem é uma referência às técnicas de reprodução assistida, exclusivamente, quando estabelece a presunção de filiação previsto no artigo 1.597, do Código Civil de 2002. Sendo que os direitos sucessórios do filho oriundo por inseminação artificial *post mortem* homóloga ainda não foram realmente efetivados. É por meio de uma análise crítica e reflexiva acerca das correntes doutrinárias existentes e com base nas legislações vigentes é que se torna possível elucidar ainda mais o tema. É abordado preliminarmente os princípios constitucionais e o direito de filiação com destaque. Sendo assim, acredita-se que a inseminação artificial *post mortem* deva ser autorizada, com reconhecimento do direito a paternidade e sucessório, desde que haja a autorização prévia do cônjuge falecido e a concepção ocorra dentro de um prazo prescricional de dois anos, previsto para concepção da prole eventual de terceiro, beneficiada na sucessão testamentária, de acordo com o artigo 1.800, § 4º, do Código Civil.

Palavras-chave: Direitos Sucessórios. Inseminação artificial *post mortem*. Princípios Constitucionais.

ABSTRACT

Given the growing technological advances in biotechnology and, thus, with direct repercussions on the child coming from the use of the homologous post-mortem artificial insemination technique, it became possible that a child could be conceived after the death of his / her parent. This assisted reproduction technique is called homologous post-mortem homologous artificial insemination. The big problem is that the legal system did not follow the evolutionary process of biomedicine. Currently in Brazil, there is no specific constitutional or infraconstitutional legislation regarding the issue of assisted reproduction. What we have is a reference to the techniques of assisted reproduction, exclusively, when establishing the presumption of affiliation provided for in article 1,597, of the Civil Code of 2002. Since the inheritance rights of the child coming from homologous postmortem artificial insemination have not really been effective. It is through a critical and reflexive analysis of existing doctrinal currents and based on existing legislation that it becomes possible to elucidate the subject further. It is preliminarily approached the constitutional principles and the right of affiliation with prominence, the force of the constitutional principles. It also addresses the right of filiation and presumption of paternity, as well as the treatment given regarding the equality of children before the current Civil Code. Therefore, it is believed that post-mortem artificial insemination should be authorized, with recognition of the right to paternity and succession, provided the prior consent of the deceased spouse is obtained and the conception takes place within a two-year prescriptive period, intended for conception of the offspring of a third party, benefiting from the probate succession, in accordance with article 1,800, § 4, of the Civil Code.

Keywords: Successory Rights. Artificial insemination post mortem. Constitutional principles.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM HOMÓLOGA – ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR NO CAMPO DO BIODIREITO.....	9
2.1 Métodos de Inseminação Artificial.....	9
2.2 Inseminação artificial <i>post mortem</i> homóloga	12
2.3 Princípios aplicados no Biodireito.....	14
2.4 Filiação e Direito Sucessório oriundos da inseminação artificial <i>post mortem</i> homóloga	16
3. OS REFLEXOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM NAS DISPOSIÇÕES DOUTRINÁRIAS	21
3.1 Pressupostos para a constituição da inseminação artificial <i>post mortem</i> homóloga.....	21
3.1.1 Legitimidade do procedimento da inseminação artificial <i>post mortem</i> homóloga	21
3.1.2 Expresso consentimento do doador do material genético.....	25
3.2 Capacidade sucessória do filho proveniente da inseminação artificial <i>post mortem</i> homóloga.....	29
4. EMBASAMENTO LEGAL DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM HOMÓLOGA.....	33
4.1 Direito sucessório brasileiro no Código Civil de 2002.....	33
4.1.1 Herança x validade: pressupostos de validade para suceder a herança.....	35
4.1.2 Prazo prescricional para ação de petição de herança	37
4.1.3 Omissão legislativa contundente com a inseminação artificial <i>post mortem</i> homóloga e aplicação analógica do prazo prescricional testamentário	40
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS.....	47
ANEXO A - PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 749, DE 2011	51

1. INTRODUÇÃO

É notório com os avanços que a cada dia a sociedade se depara, sejam esses alguns peculiares a algo mais significativo. Fica evidente que a sociedade anseia por novidades, transformações capazes de tornar a vida mais cômoda e, concomitantemente, mais prática.

No âmbito jurídico, sobretudo, no Direito brasileiro é muito fácil vislumbrar a adequação deste ordenamento jurídico frente às inovações. Como exemplo prático e nítido é de se reconhecer os méritos trazidos pela implantação do Processo Judicial eletrônico, popularmente conhecido por sua sigla (PJe). Logo, fica evidente os inúmeros benefícios da adequação do mundo jurídico aos anseios sociais tecnológicos, sendo essa inserção bastante salutar e necessária a fim de que não torne as normas jurídicas obsoletas e caducas.

Diante desta real necessidade, é preciso fazer uma integralização da ciência do Direito com outras ciências, em proporcionar que o conhecimento seja uno e trazer à tona os estudos multidisciplinares, pois é inadmissível, frente às constantes mutações técnico-sociais, que o conhecimento fique adstrito a uma determinada área e, conseqüentemente, fique estagnada.

Sendo assim, é de suma importância que os operadores do Direito não fiquem restritos apenas à área das ciências jurídicas, é preciso que estes busquem suprir as lacunas em outras ciências, sejam elas tecnológicas, como por exemplo a implantação do PJe, sociais, como trazer à tona os desejos e necessidades da população para, dessa forma, tornar o Direito, efetivamente, mais humano e acessível, e por ênfase neste trabalho, as ciências biológicas, médicas, com foco na fertilização *in vitro*, integralizando, dessa maneira, o Direito às realidades sociais.

Nesse estágio do conhecimento, em que existe a maior integralização das ciências do que a divisão desta, é de se notar que a junção da Bioética com o Direito ainda não produziu elementos capazes de sanar as questões pendentes dessa correlação. Logo, é de se enfatizar dois artifícios que ainda não estão nitidamente nesse diapasão, sejam eles o conhecimento biológico com os valores humanos. Neste ponto de vista, ainda carecem de atenção e apreço dos juristas.

Em sentido restrito a esse trabalho, é de se notar que as técnicas de reprodução assistida são exemplos claros de como a sociedade está em constantes

mutações e, dessa forma, aberta às inovações científicas. Em virtude da relação sociedade e mudanças, é que se vem à tona dos impactos que a junção desses podem acarretar no cotidiano e, por consequência, no Direito brasileiro.

O objetivo central do presente trabalho consiste em conhecer quais as implicações sucessórias da realização da fertilização *postem mortem* no ordenamento jurídico brasileiro e o respaldo no ordenamento jurídico brasileiro.

Para alcançar este desígnio, no primeiro capítulo foi apresentada uma abordagem do Direito com a Bioética, de modo a trazer alguns princípios norteadores do tema como também a explanação de alguns conceitos e métodos de reprodução assistida. Contudo, no segundo capítulo foi elaborada a apreciação de vários doutrinadores com seus respectivos posicionamentos no que tange quais os legitimados do procedimento da inseminação artificial *post mortem* homóloga; do consentimento do doador do material genético e a capacidade sucessória do filho oriundo da inseminação. Ademais, no terceiro capítulo foi destinado a tratar dos prazos prescricionais para ocorrer a fecundação do material genético.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, visto que ilustra a dinâmica das relações sociais. E no que tange sobre a metodologia foi o descritivo e exploratório, pois apresenta fatos e fenômenos de uma determinada realidade além de fazer o uso de instrumentos como o bibliográfico, documentos legais, documentos eletrônicos e situação casuística.

A fertilização é um tema bastante atuante dentro da sociedade, em que muitas famílias recorrem a este fenômeno a fim de obterem uma completude no seio familiar. Logo, como o desenvolvimento e as técnicas usadas no procedimento estão em constantes transformações e, a cada dia, surge uma novidade acerca da técnica, em diapasão o ordenamento jurídico brasileiro não se desenvolveu com tanta celeridade acerca das técnicas de fertilização *postem mortem* criando brechas quanto na aplicação ou não no direito sucessório.

2. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM HOMÓLOGA – ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR NO CAMPO DO BIODIREITO

Resta claro que, um tema como inseminação artificial ter os mais diversos campos de conhecimentos, possuindo conexões com as ciências de um modo geral a científica e, conseqüentemente, a jurídica.

2.1 Métodos de Inseminação Artificial

O desejo quase unânime dos que formam a sociedade conjugal é ter filhos e, dessa forma, tornar a vida do casal mais completa e feliz, pois o anseio de procriação é, praticamente, inerente a gênese humana. Quando esse sonho é, por algum motivo, interrompido a frustração pode vir a gerar incompatibilidade entre os cônjuges resultando, em muitos casos, a extinção da sociedade conjugal.

Com o fulcro de tornar a vida conjugal mais sadia e plena, além de tentar amenizar o sofrimento causado pela infertilidade do casal, a ciência vem desenvolvendo métodos de reprodução assistida capazes de fazer com que a vida a dois seja mais estruturada e completa, claro que àqueles que desejam ter a vida conjugal maior.

Com um viés totalmente voltado para esses anseios, a Resolução 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina, trata e expõe das técnicas de Reprodução Assistida (RA) que são responsáveis por tornar o desejo do casal em realidade e, assim, solucionar os defeitos que a infertilidade humana possa vir a causar.

RESOLUÇÃO 1.957/2010

I - PRINCÍPIOS GERAIS

As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

Entende-se por Reprodução Assistida como sendo o conjunto de técnicas com escopo de tentar realizar a gestação em mulheres que por algum motivo não

conseguem obter a gestação de forma natural, é imprescindível a atuação de profissionais capacitados e voltados para esse tipo de tratamento a fim de acompanhar o feito de todo andamento.

Segundo (DINIZ 2001, p. 548):

Ter-se-á inseminação artificial quando o casal não puder procriar, por haver obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como esterilidade, deficiência na ejaculação, má-formação congênita, pseudo-hermafroditismo, escassez de espermatozoides, obstrução do colo uterino, doença hereditária etc. Será homóloga se o sêmen inoculado na mulher for do próprio marido ou companheiro, e heteróloga se o material fecundante for de terceiro, que é o doador.

Devido ao grande avanço nas tecnologias no campo da biotecnologia, com um grande reflexo na medicina, as técnicas vêm aperfeiçoando-se cada vez mais e, assim, tornando-se mais refinadas. Como mencionado por (FISCHER, Karla, 2017) é possível preservar óvulos, sêmens ou embriões por um excedido tempo por meio da criopreservação, logo tal procedimento permite que o material genético seja submetido a temperaturas baixíssimas, em torno de -195°C , para assim serem utilizados futuramente.

A medicina atual dispõe de vários métodos de reprodução assistida, porém os mais utilizados são inseminação artificial homóloga, a inseminação artificial heteróloga, a fecundação artificial *in vitro* e a gestação por substituição, também conhecida popularmente como “barriga de aluguel”.

É denominada inseminação artificial homóloga, conforme (MOURA, Marissa Decat, 2009), a técnica na qual utilizam-se gametas do casal, em que os espermatozoides são aparelhados de modo a adquirir maior flexibilidade e, posteriormente, serão introduzidos, com auxílio de um cateter apropriado, no útero e na cavidade tubária. De maneira natural haverá o encontro dos gametas e, conseqüentemente, a fertilização se dará no corpo da mulher.

A inseminação artificial heteróloga não se confunde com a inseminação artificial homóloga, pois aquela se dará por meio da utilização de gametas masculinos ou femininos ou de doadores, mas é importante salientar que o processo para ocorrer à fertilização é o mesmo da que foi citada anteriormente.

Uma técnica que também merece ser explanada é a fecundação *in vitro*, esta ocorre de maneira convencional sendo que um óvulo é colocado em contato

com vários espermatozoides a fim de haver uma estimulação do processo de ovulação, por meio da medicação. Logo, haverá a extração do óvulo maduro do ovário da mulher e o colhimento do sêmen do genitor para que ocorra a fecundação, no laboratório, formando-se um pré-embrião o qual será inserido no útero e em média de 15 dias já poderá confirmar a gravidez pelo teste (beta-Hcg), segundo (GIMENSE, Giselle Cristina Alvez, 2009). É importante ressaltar que o sucesso da gravidez *in vitro* vai de encontro com a idade da mulher.

A gestação de substituição, talvez a mais conhecida popularmente, consiste, segundo a Revista da EMERJ 2010, quando se tem anteriormente uma fertilização *in vitro* de modo que a mulher doadora do material genético, porventura venha apresentar algum tipo de problema de modo que impossibilite que seu útero seja apto a gerar o embrião, portanto haverá a necessidade de outro útero, de uma “segunda mulher”, uma “barriga de aluguel”, na qual se desenvolverá o embrião.

É importante frisar que independente do meio escolhido na inseminação artificial o que mais vem à tona é de tornar realidade a vontade de constituir uma família sem necessariamente que haja o casamento e, sequer haja a relação sexual entre os envolvidos. Dando aos futuros pais a possibilidade de se disporem qual método seja mais viável com suas reais necessidades e condições de modo que não fiquem aprisionados na frustração de não conceberem naturalmente os seus filhos; pois, como foi dito, devido aos grandes avanços nas tecnologias, é cada vez mais tangível o anseio de ser pai ou mãe.

Nesse mesmo sentido, (DIAS, p. 65) trata que:

A identificação dos vínculos de parentalidade não pode mais se buscar exclusivamente no campo genético, pois situações fáticas idênticas ensejam soluções substancialmente diferentes. As facilidades que os métodos de reprodução assistida trouxeram permitem a qualquer um realizar o sonho de ter um filho. Para isso não precisa ser casado, ter um par ou mesmo manter uma relação sexual. Assim, não há como identificar o pai com o cedente do espermatozoide. Também não dá para dizer se a mãe é a que doa o óvulo, a que cede o útero ou aquela que faz uso do óvulo de uma mulher e do útero de outra para gestar um filho, sem fazer parte do processo procriativo. Submetendo-se a mulher a qualquer desses procedimentos torna-se mãe, o que acaba com a presunção de que a maternidade é sempre certa.

É bastante comum os casais ou entre os que preferem ficar sozinhos realizarem cada vez mais algumas das técnicas de inseminação, ainda mais com

uma maior segurança e eficácia advindas das inovações tecnológicas na área de biotecnologia. Porém o que gera discussão e conseqüentemente embates está ligada a possibilidade de congelamento dos gametas por um tempo vago, sem determinação, para uma remota utilização em algum método de inseminação artificial; ainda mais quando a inseminação ocorre após a morte do doador do espermatozoide.

2.2 Inseminação artificial *post mortem* homóloga

Se hoje é possível tornar realidade o anseio de ser pai ou ser mãe esse sucesso é fruto dos grandes avanços atuais que a medicina veio se modernizando e, dessa forma, acarretando uma maior completude para os que desejam ter um filho. Importante ressaltar que o procedimento de inseminação artificial era praticamente inviável, quicar inimaginável, há algumas décadas o que gerava um desconforto e “vazio” no seio familiar. O artigo 11 da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, preleciona que:

ARTIGO 11 - O direito ao desenvolvimento deverá ser realizado de modo a satisfazer, de forma eqüitativa, as necessidades de desenvolvimento e ambientais das gerações presentes e vindouras. (...) Todos têm direito a usufruir os benefícios decorrentes do progresso científico e das suas aplicações práticas. (...) apela à cooperação internacional para garantir o pleno respeito dos Direitos Humanos e da dignidade da pessoa humana nesta área de preocupação universal.

A inseminação artificial *post mortem* homóloga como foi relatado anteriormente, é centro de grandes discussões e debates exatamente pelo fato de se tornar possível que a esposa ou companheira possa vir a gerar o filho do seu respectivo esposo ou companheiro em virtude dos métodos de criopreservação do material genético deste; conforme lições de (REIS, 2010).

O maior destaque que se tem de inseminação artificial homóloga *post mortem* se deu na França, em 1984, o qual tornou-se popularmente como “*Affair Parpalaix*”. Este episódio trata do relato do casal Corine Richard e Alain Parpalaix, os quais tiveram uma história, resumidamente, a seguir elucidada por (FREITAS, 2008, P.54):

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.

Diante de um assunto tal pertinente, principalmente no continente europeu, diversos países já se posicionaram ao tratar de um tema tão delicado e sério. De modo que, conforme (PINTO, 2008) não se é possível versar do objeto em questão de forma uniforme e igualitária; seguindo o caso “*Affair Parpalaix*”, na França é proibido realizar o procedimento, mais do que proibir, é de ressaltar que mesmo que haja consentimento do doador de sêmen, o mesmo é dado como inválido. Um posicionamento semelhante ao da legislação francesa é o da Espanha, pois a mesma também proíbe tal conduta, ademais é garantido aos que nascem com vida uma série de direitos sucessórios, desde que haja o consentimento por declaração escrita por instrumento público ou por testamento.

A legislação brasileira está bem obsoleta no que tange a previsão da inseminação artificial *post mortem* homóloga, de modo que não existe expressamente tal conduta no ordenamento jurídico. O Código Civil de 2002 não se adequa nos mesmos passos dos avanços da reprodução assistida, o que gera um desconforto e estranheza, pois é sabido que a disciplina normativa deve abarcar a realidade do país.

A Constituição Federal de 1988 é bastante próspera no aspecto de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo ou de sexos opostos, e também em reconhecer que uma família pode ser instituída por um dos pais com seu respectivo filho. De maneira que este posicionamento é possível vislumbrar no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal brasileira:

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.

Fica evidente a preocupação do constituinte em garantir que o princípio do livre planejamento familiar fosse incorporado pela Magna Carta de modo que a dignidade da pessoa humana, mais uma vez, fosse reservada e os cidadãos pudessem serem favorecidos deste preceito legal.

2.3 Princípios aplicados no Biodireito

Preliminarmente é vital fazer uma breve conceituação do que vem a ser biodireito para, posteriormente, expor suas bases principiológicas e com isso facilitar o entendimento do tema deste trabalho.

Segundo ensinamentos de Chiarini Júnior, Eneás Castilho, (2015), o biodireito é caracterizado pelo agrupamento de leis as quais possuem escopo em tornar obrigatório os ditames dos ensinamentos bioéticos além de adequar as restrições e permissões da plena efetivação do biodireito na legislação.

Conforme o constante avanço técnico-científico, com reflexos diretamente no campo da biotecnologia, o biodireito passa a existir devido à necessidade em assegurar a efetiva integridade do homem, com uma estreita ligação com a bioética; assim aquele tem como desígnio a criação de normas jurídicas as quais regam as práticas humanas oriundas do desenvolvimento biotecnológico-científico a fim de que os direitos fundamentais, fixados na Constituição Federal de 1988, sejam protegidos. Na mesma vertente, (NAMBA, Edson Tetsuzo, 2009, p. 88) ensina que:

O Biodireito é estritamente conexo à Bioética, ocupando-se da formulação das regras jurídicas em relação à problemática emergente do progresso técnico-científico da Biomedicina. O Biodireito questiona sobre os limites jurídicos da licitude da intervenção técnico-científica possível.

Dentro todos os princípios, alguns merecem maiores destaques pois são intimamente ligados a inseminação artificial *post mortem* homóloga e, com isso,

ligados também com o biodireito. O princípio da autonomia talvez seja o que mais possui conexão com o tema, visto que prepondera que a vontade sempre deve prevalecer sem que haja qualquer vício de vontade que possa acarretar em sua incompletude e, de maneira direta, sua nulidade. Do ponto de vista medicinal e com ele sua repercussão no direito, (ALMEIDA, 2000, P.43) esclarece que:

(...) o princípio da autonomia está diretamente ligado ao livre consentimento do paciente na medida em que este deve ser sempre informado; em outras palavras, o indivíduo tem a liberdade de fazer o que quiser, mas, para que esta liberdade seja plena, é necessário oferecer a completa informação para que o consentimento seja realmente livre e consciente. (...) O princípio da autonomia é considerado o principal princípio da Bioética, pois os outros princípios estão, de alguma forma, vinculados a ele.

Outro princípio que possui muita conexão com o princípio da autonomia é o da beneficência o qual também é conhecido como da não-maleficência. Este preleciona que, conforme (CHIARINI JÚNIOR, Eneás Castilho, 2015), o profissional quando estiver assistindo algum paciente aquele deve sempre se abster de práticas ou métodos que possam causar danos ou possa expor os pacientes ao perigo à integridade física.

O princípio da sacralidade da vida, o qual possui uma linha bastante tênue com o princípio da dignidade da pessoa humana, preleciona que é imprescindível ponderar o valor inestimável do ser humano, de modo que seja vedado a prática de alguns métodos os quais mensurem, tornem a vida como artefato. Dessa forma, Varella, Fontes, Rocha(1998, P.98)pronunciam:

“[...]que consideram a vida como sagrada e inviolável. Neste sentido, não se justifica a causa do sofrimento e da dor desnecessária, a imputação de um ônus superior ao que a pessoa possa suportar, ainda que, por decisão sua, mesmo para a realização de pesquisas ou qualquer atividade científica. Combate-se assim, a consideração do homem como objeto, como uma ‘coisa’, a favor da compreensão da vida humana como algo sagrado, intangível. Ainda que fora dos aspectos teológicos que a questão envolve, a expressão ‘sagrado’ não necessariamente estará ligada a Deus, mas sim ao caráter inviolável de seu objeto [...] a vida humana não pode ser sacrificada em prol da ciência, e da experimentação [...]”.

Muito embora o embrião ainda não pode ser considerado um ser vivo e, conseqüentemente, apto a direitos e obrigações, o mesmo embrião é tratado como

algo tangível e, assim, sujeito a direitos fundamentais resguardados sua expectativa de direito em nascer com vida.

2.4 Filiação e Direito Sucessório oriundos da inseminação artificial *post mortem* homóloga

Assim como a capacidade de direito é adquirida com o nascimento em vida, segundo o artigo 3^a do Código Civil de 2002, a morte põe fim todos os efeitos jurídicos de uma pessoa e se dar início de uma nova etapa, um novo reflexo da morte pois é exatamente com a morte que se dará continuidade, transmissão no mundo jurídico e é isso que fundamenta o direito sucessório em que os herdeiros irão suceder o falecido. É importante frisar que a Constituição Federal de 1988, no artigo 5^o, inciso XXX, garante o direito sucessório de modo a permitir a transmissão da herança pois é dada a garantia de continuidade familiar no que tange os direitos transmitidos aos herdeiros.

Nesse sentido proclama o ilustre doutrinador Barros, (2009, p.17) a melhor definição do que vem a ser sucessões dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Num sentido amplo, a palavra sucessão significa o ato pelo qual uma pessoa toma o lugar de outra, investindo-se a qualquer título, no todo ou em parte, nos direitos que lhe competiam. Entretanto, emprega-se o vocábulo num sentido mais restrito, para designar tão somente a transferência da herança ou legado, por morte de alguém, ao herdeiro ou legatário, seja por força de lei, ou em virtude de testamento.

Porém, como já elucidado anteriormente, não existe respaldo legislativo o qual permite que o filho concebido por inseminação artificial *post mortem* homóloga seja apto a ser parte no processo sucessório, entrando nos legitimados a suceder os bens do espólio. De modo que, Almeida Júnior(2009) ratifica o entendimento aquele filho gerado pela inseminação artificial não tem prestígio no âmbito sucessório visto que não está concebido e nem nascido no momento da abertura do processo de inventário e partilha. Importante apor a redação do artigo 1.798 do Código Civil de 2002, o qual possui a seguinte redação: “legitimam-se a suceder as pessoas

nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, fazendo, dessa forma, um paralelo com o posicionamento do autor acima supracitado.

Quanto às espécies de sucessões existentes no ordenamento jurídico brasileiro se destacam: a sucessão legítima, que corresponde a modalidade mais usual na atualidade, pois permite a transmissão de todo o patrimônio do falecido àquelas pessoas que são apontadas em virtude de lei, conforme Barros, (2009, p.18) profere:

Se não há testamento, se o falecido não deixar qualquer ato de última vontade, a sucessão é legítima ou *ab intestato*, deferido todo o patrimônio do de cujus às pessoas expressamente indicadas pela lei, de acordo com a ordem de vocação hereditária (CCB, art. 1829). Assim estabelece o art. 1788: ‘morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo’.

Por outro viés existe também a sucessão testamentária, na predileção de (Diniz, 2007) seria a exceção no Direito brasileiro; em que o testamento é o responsável pela origem dessa modalidade de sucessão, de modo que a real intenção do falecido deverá ser atendida visto que sobrepõe aos herdeiros taxados em normas legislativas.

Sendo assim fica manifesto que legislativamente os filhos gerados por inseminação artificial não encontram respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. Logo é possível vislumbrar uma absoluta ofensa com o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, princípio este prognosticado tanto na Constituição Federal de 1988 no artigo 227, §6, quanto no Código Civil de 2002 no artigo 1.596; ambos possuem, essencialmente, a mesma redação, sendo esta: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias”, ficando expresso que os instrumentos legislativos acima citados vedam qualquer diferenciação no tratamento entre os filhos.

Como o tema do presente trabalho dispõe de inúmeras discordâncias no âmbito jurídico e social é possível notar que perdura uma série de posicionamentos entre os doutrinadores os quais se manifestam sobre o tema. Prontamente, alguns

se articulam de modo que a possibilidade do filho concebido por inseminação artificial *post mortem* homóloga ser apto para suceder a herança, dar-se-á pelo manifesto interesse do de *cujus* conforme o artigo 1.799 do Código Civil, acrescenta ainda que a concepção do herdeiro se der no prazo de dois anos contados a partir da abertura da sucessão, segundo o artigo 1.800, §4º do aludido código acima. Consoante (DIAS, Maria Berenice, 2008) findo o prazo de dois e mesmo assim não houver sido concebido o potencial herdeiro, os bens do de *cujus* serão transpassados para os herdeiros legítimos.

Na doutrina existem diversos posicionamentos sobre a possibilidade ou não dos filhos que serem concebidos depois da morte do genitor ingressar ou não no âmbito sucessório. Em sentido de se negar esta possibilidade, Alves e Delgado(2005, p.918) proclamam em relação aos herdeiros:

Ao se referir a pessoas 'já concebidas', está fazendo alusão ao nascituro, cujo conceito pressupõe gravidez, excluindo, portanto, dentre os legitimados a suceder, o embrião congelado in vitro, bem como os filhos havidos por inseminação artificial ocorrida após a abertura da sucessão.

Em um viés totalmente contrário a este posicionamento, o presente trabalho irá ser favorável as diretrizes doutrinárias as quais se direcionam a possibilidade dos filhos serem concebidos posterior a morte do ascendente. Logo, seguindo o entendimento de Tartuce, (2011), com adesão da magnífica Diniz, (2004, p. 185) a qual proclama:

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intrauterina tem o nascituro e na vida extrauterina tem o embrião concebido in vitro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos, ou melhor, aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela in vivo ou in vitro, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais e obrigacionais que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.

Quanto ao direito de filiação, foram apontados pelo Código Civil de 2002, os quais serão aptos para suceder, pois se possuem filiação, conseqüentemente possuirão aptidão para suceder. Logo, assevera a seguinte redação do aludido código.

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.

É notório que houve apenas a menção no tocante a filiação decorrente da inseminação artificial, de modo outras técnicas de reprodução humana não foram contempladas pelo legislador brasileiro. Sendo assim, quanto as disposições legais referentes ao tema ainda são obsoletas e imprecisas, vindo a comprometer o sonho dos que desejam realizar a paternidade ou maternidade além de causar uma insegurança e hesitação aos indivíduos vindouros pois não lhes são cobertos direitos e garantias.

No que tange a filiação, é possível adentrar na presunção da paternidade a qual fora elucidada no artigo 1.597 do Código Civil. Ademais, este ocupa-se, fundamentalmente, em tratar da chamada *Pater is est* que segundo (MENESES, Eliton, 2013) é uma expressão originária do Direito Romano a qual confere ao marido a paternidade do filho gerado na vigência do casamento. A presunção de paternidade é de natureza *juris tantum* ou seja, pode ser ilidida em prova contrária. A efeito desta presunção é que será definido a filiação do filho de modo a imputa-lhe os direitos e deveres decorrentes da certificação da paternidade.

Dessarte como fora explanado anteriormente, o filho que foi concebido por meio da inseminação artificial *post mortem* homóloga possuirá a respectiva filiação equivalente ao tempo da constância do casamento, com fulcro no artigo 1.597, III, Código Civil de 2002, acima citado.

O enunciado nº 106 da I Jornada do Conselho da Justiça Federal de 2002, dita que:

Enunciado 106 - Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Seguindo o entendimento do princípio da liberdade do casal de delinear sua base familiar, o enunciado acima permite essa possibilidade de planejamento familiar, de modo que se torna viável a fecundação *post mortem*, sendo que exista autorização expressa da vontade do doador do material genético. Nessa conformidade, todos os direitos civis e sucessórios da criança estariam preservados.

É importante salientar que a expressa autorização do concessor do material genético precisará ser fadada de um grande valor probante e definido, na medida em que este será o responsável em reconhecer o direito de filiação pois todos os filhos terão o mesmo grau de igualdade, partindo da suposição do princípio da igualdade entre os filhos.

3.OS REFLEXOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* NAS DISPOSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

Conforme fora explanado anteriormente, devido à ausência legislativa que trate especificamente do tema, torna-se necessário buscar outras fontes a fim de elucidar ainda mais o objeto deste trabalho. Sendo estas fontes as inúmeras e divergentes posições doutrinárias que abordam sobre o ponto em questão: inseminação artificial *post mortem* homóloga.

3.1 Pressupostos para a constituição da inseminação artificial *post mortem* homóloga

Fica claro que o tema, em geral, de reprodução assistida é alvo de intensos diálogos e, conseqüentemente, posicionamentos pros e contras dada à vasta capacidade do objeto em questão ser inteiramente interdisciplinar com as mais diversas áreas de estudo como também no campo social. Sendo assim, é notório que se tem aspectos formadores, constituintes que são vitais para o haver a validação do procedimento técnico da inseminação artificial *post mortem* homóloga, os quais serão abordados a seguir, de forma a elucidar os mais formidáveis.

3.1.1 Legitimidade do procedimento da inseminação artificial *post mortem* homóloga

Hodiernamente, como fora explanado no capítulo anterior, no ordenamento jurídico brasileiro não existe legislação propriamente dita para tratar da reprodução assistida, mesmo que seja uma legislação constitucional ou infraconstitucional. Pelo motivo desse vácuo legislativo é possível notar que há também ausência de vedação legal para se praticar a inseminação artificial *post mortem* homóloga, como também não existe aparato legislativo que seja permissivo à prática.

De maneira bastante singular e tímida, somente existe uma regulamentação específica para tratar da reprodução assistida no Brasil, sendo esta a Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM), a qual foi responsável em revogar a antiga resolução. Como a mesma não possui *status* de

lei, muitos profissionais da área médica a utilizam como um norteador em seus respectivos procedimentos.

Por conseguinte, o Conselho Federal de Medicina, não assevera ilicitude ou mesmo considera antiético a prática da reprodução assistida *post mortem* homóloga, porém avalia ser extremamente vital a prévia autorização, sendo esta específica para o caso em tela, do doador do material genético que foi preservado, a seguir a redação da Resolução nº 1.957/2010 no item que trata a respeito desta possibilidade:

V – Criopreservação de gametas ou embriões

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Dada à carência legislativa, tanto em lei positivada quanto em códigos que tratem especialmente do tema, fica manifesto que todos esses questionamentos serão combinados com outra fonte do Direito, sendo esta as explanações doutrinárias. Segundo a ilustre Aguiar(2009), o tema possui posicionamentos antagônicos de forma que existem os doutrinadores que prelecionam sob o argumento de conceder a criança uma pessoa sujeita de direito. Por outro viés, existem os que sustentam a inconcebível possibilidade da inseminação artificial, sob o contexto em proteger o direito da criança a uma composição familiar constituída por ambos os pais.

A autora acima supracitada preleciona que mesmo que haja consentimento do doador do material genético, caso ocorra a morte deste, ocorrerá a nulidade da declaração do consentimento para a inseminação artificial e, desta forma, o filho que for concebido provindo da inseminação apenas será do consorte sobrevivente.

Direcionando-se ao mesmo posicionamento, o escritor Calmon, (2003) fundamenta seu ponto de vista no que tange a ausência da validade legislativa Constitucional, de modo que irá afrontar o melhor interesse da criança e o princípio da igualdade dos filhos pois a criança não estaria sendo acolhido no campo da psicologia, tendo em vista que o filho gerado através da inseminação artificial *post mortem* homóloga não iria conviver com seu “pai”, vindo assim a comprometer o

desenvolvimento psicossocial daquele, com reflexos diretamente na igualdade com os outros filhos que já foram concebidos no período que houve o falecimento do doador do material genético.

Um princípio bastante atinente e que constitui um denso respaldo para os doutrinadores os quais se posicionam contra a realização da reprodução assistida, é o princípio do melhor interesse da criança. Este encontra assistência no artigo 227, da Constituição Federal de 1988, possuindo tal redação:

ARTIGO 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Seguindo o mesmo entendimento do artigo acima supracitado Tomaz, Aguiar, Albuquerque(2015) em se tratando de inseminação artificial *post mortem* homóloga, o princípio do melhor interesse da criança é o mais contundente com o ponto de vista antagônico à prática. Porquanto existem interesses opostos, sendo estes muitos gritantes, de modo que de um lado está o anseio da mulher de gerar o filho e de outro viés se encontra o melhor interesse da criança.

Os mesmos escritores supracitados também afirmam que não pode haver uma total presunção da aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança a fim de impedir que a mãe possa, mesmo sozinha, gerar o filho, é imprescindível que seja feito um estudo, bastante delicado e criterioso, de modo que se verifique as condições psicológicas e materiais da genitora para que esta seja apta e capaz para acompanhar o desenvolvimento do filho.

Sob outra perspectiva, alguns outros doutrinadores se utilizam da ausência legislativa que impeça a realização da inseminação artificial *post mortem* homóloga e são favoráveis a tal prática de modo que fazem adaptações de princípios para se valerem de respaldo a seus posicionamentos.

Se valendo no grupo dos adeptos a realização da reprodução assistida *post mortem*, assiste razão ao escritor Freitas(2016, p.2) o qual assevera que:

A nossa Carta Magna em seu art. 226, §7º, defende a livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar, vedando qualquer minoração deste direito, por quem quer que seja, e, se houver, estará atacando os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

A bem-conceituada Carmen Lúcia, ministra do Supremo Tribunal Federal, se posiciona favorável também a prática da inseminação artificial, pois, brilhantemente, ao fazer paralelo com o consagrado princípio constitucional da legalidade, asseverando Rocha, (1999, p. 88) o seguinte:

O princípio da legalidade está previsto no art. 5º, Inciso II, da nossa Carta Magna e determina o seguinte: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Tal princípio aplicado a praticamente a todos os ramos de direito e no que tange à reprodução humana assistida, não poderia ser diferente, pois, no Estado Democrático de Direito, na relação entre particulares, tudo o que não é proibido é permitido.

Em relação ao planejamento familiar ser de efetiva deliberação do casal, o autor Filho (2016) ratifica ser dos consortes a idealização do seio familiar, de como irá ser constituída de modo que ocorra com a revelação do projeto ainda em vida. Ademais, afirma que a vontade dos cônjuges poderá ser plenamente realizada *post mortem*, pois o projeto parental poderá, em vida, ser interrompido por circunstâncias adversas. Desta forma, explana Filho, 2016, p. 55):

Não se admite, porém, que a deliberação de ter um filho tenha sido inicialmente manifestada e, por circunstância imprevista, como, p. ex., uma morte prematura, possa esse projeto não ser materializado após o falecimento do cônjuge ou companheiro. [...] As vicissitudes da vida são as mais diversas e muitas vezes um projeto plenamente exequível fica impossibilitado por circunstâncias absolutamente alheias à nossa vontade. O avanço da biomedicina possibilita que a intenção de ter um filho, no âmbito de um projeto parental, possa se concretizar depois da morte de um dos cônjuges ou companheiros.

Seguindo ainda o entendimento do planejamento familiar constituir uma preferência do casal, uma opção pessoal e que o Estado não possui autonomia no que tange a estruturação familiar, sendo esta assegurada na Carta Magna a não admite a intervenção do Estado em definir a organização da família. Em concordância com este posicionamento, Leal(2015) ressalta ainda que o ordenamento jurídico brasileiro é reconhecedor da união estável, casamento e

entidade monoparental, como entidades familiares, sendo estas de livre escolha do cidadão. Como parte do projeto de vida de alguns, a inseminação parece ser a saída daqueles que desejam constituir a entidade familiar, logo é inaceitável que exista uma lei proibindo a realização da inseminação artificial *post mortem*. Ainda conforme a autora supracitada, o responsável em trazer legitimidade e legalidade a técnica de reprodução assistida é a existência do projeto familiar. Em decorrência deste, afirma Leal (2015, p.2):

Este ato legitima e legaliza a inseminação post mortem, reconhecendo os efeitos jurídicos ao concebido. Sendo assim, a criança concebida de forma póstuma será descendente biológico do falecido, sendo reconhecido através do disposto no artigo 1.597, inc. III, CC, e seus direitos serão assegurados pela aplicação do princípio da igualdade, pois, como foi dito, esta criança será tão filha quanto os outros descendentes, não se admitindo qualquer exceção à regra.

Por conseguinte, ao selar no artigo 226, §4º, Constituição Federal de 1988, tornar a filiação possível de modo a reconhecer o projeto familiar monoparental, sendo esta uma entidade familiar constituída por um dos pais e sua prole respectiva, não teria coerência em recusar o direito da esposa ou companheira em seguir com o projeto familiar que possuía com seu respectivo marido ou companheiro, se valendo da inseminação artificial *post mortem*. Visto que, como foi explanado no capítulo anterior, o Código Civil de 2002 trata das técnicas de reprodução assistida com fulcro no princípio da presunção da paternidade.

3.1.2 Expresso consentimento do doador do material genético

Como dito no capítulo anterior, faz-se necessário a anuência do doador do material genético a fim de se submeter às técnicas de reprodução assistida, ainda mais no que tange a possibilidade de uso do material quando o doador falecer.

Sendo assim, na seara doutrinária o tema em questão, como esperado, é alvo de diversos posicionamentos até mesmo entre àqueles que são favoráveis a pratica da inseminação artificial *post mortem* homóloga; alvo de discordância é quanto a autorização precedente do doador do material genético. A corrente majoritária, afirma a impossibilidade de tornar real a pratica da reprodução assistida

está de encontro com a ausência da autorização do doador. Em contrapartida, o entendimento dos que se opõe a este viés está a possibilidade de ocorrer a inseminação artificial *post mortem*, pois é satisfatório, para atestar à vontade em procriar, o simples fato de haver tido o depósito do material genético.

Com propensão a corrente majoritária, Lôbo (2003) assegura que o sêmen armazenado nas clínicas de fertilização não pode ser alvo de herança, de modo a não haver a mercantilização do material genético. Condiz ainda que para ocorrer a inseminação é vital a concordância de ambos os consortes e, se porventura seja realizada a inseminação artificial *post mortem* sem a prévia autorização do de *cujus*, esta não deverá ser apta a reconhecer a paternidade. Destaca-se o entendimento do autor Lôbo (2003, p.51):

O princípio da autonomia dos sujeitos, como um dos fundamentos do biodireito, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que tenha deixado para esse fim. Assim, não poderá a viúva exigir que a clínica de reprodução assistida lhe entregue o sêmen armazenado para que seja nela inseminado, por não ser objeto de herança. A paternidade deve ser consentida, porque não perde a dimensão da liberdade.

A autora Chinelato, (2004) também é adepta a corrente majoritária no que tange ser necessário a expressa autorização do doador do material genético para suceder a reprodução assistida e afirma ainda que na ausência de autorização a prática deverá ser coibida, pois segundo a autora não se pode presumir que alguém deseje ser pai depois que falecer. Radicalmente afirma que o material genético depositado seja exterminado dada a ausência de real consentimento do doador.

A doutrinadora Dias(2007, p. 330) possui também entendimento condizente com a doutrina majoritária e, brilhantemente, pronuncia:

(...) para que a viúva possa requerer o material genético armazenado, teria de haver uma manifestação em vida do falecido, expressando ser este o seu desejo. Esta manifestação seria necessária, pois ainda que o marido tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para a inseminação *post mortem*.

Como foi elucidado no início deste capítulo, não existe no Brasil um dispositivo dentro do ordenamento jurídico destinado as técnicas de reprodução assistida, o que rege e dita alguns métodos de abordagem é a Resolução do

Conselho Federal de Medicina, a qual não possui *status* de lei, mas mesmo assim é a norteadora nos processos clínicos dos médicos no que tange a inseminação artificial.

Na seara jurídica, o tema possui influências das mais diversas fontes do Direito, fundamentalmente as que possuem mais conotação são as doutrinas e jurisprudências. É importante fazer um adendo da Primeira Jornada de Direito Civil, especificamente no Enunciado nº 106, o qual tem afinidade com o tema. Esta possui a seguinte redação:

ENUNCIADO 106 – Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, é obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após a morte.

Sendo assim, é possível notar uma convergência, tanto da Resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, quanto do Enunciado nº 106 acima supracitado, em relação ser completamente imprescindível a existência da autorização escrita do doador do material genético a fim de ser demonstrado que se utilizará este após haver o falecimento, estando manifesta e plena a aptidão dos pressupostos para concretizar a inseminação artificial *post mortem* homóloga.

Os reflexos no âmbito das jurisprudências ficam mais acentuados devido a negativa da 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em utilizar o material genético do doador já falecido, pois não havia manifesta autorização do mesmo em fazer uso de seu sêmen. De modo que, no entendimento da Turma não haveria como presumir a vontade do de *cujus* tornar-se pai após a morte. O texto redacional da Turma está a seguir exposta:

AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA AUTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC. 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a

companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor. 3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 4. Recurso conhecido e provido. (Acórdão n.820873, 20080111493002APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, Relator Designado: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 03/09/2014, Publicado no DJE: 23/09/2014. Pág.: 136)

No âmbito do Poder Judiciário, é possível vislumbrar disparidades entre Tribunais de modo que estes possuem entendimentos divergentes, dada a falta de dispositivo legal responsável por fazer com que haja convergência de entendimentos e, conseqüentemente, de julgamentos.

Um caso elucidativo das divergências entre julgamentos dos Tribunais no Brasil foi o que ocorreu na 13ª Vara Cível de Curitiba/Paraná, em que esta decidiu ser favorável na possibilidade da manejo do material genético do doador falecido a fim de ser utilizado em inseminação artificial *post mortem* homóloga, importante ressaltar que não havia consentimento prévio expresso do de *cujus*.

A demanda trata do casal Kátia Lernerneier e Roberto Jefferson Niels, o qual estavam casados há alguns anos e não teve o plano de expandir a família em decorrência de abortos espontâneos. Contudo, em janeiro de 2009 um diagnóstico de câncer de pele foi dado a Roberto Niels o qual foi, intensamente, submetido ao tratamento de quimioterapia. O médico responsável em tratar da saúde do mesmo o avisou sobre a potencialidade do tratamento em causa-lhe esterilidade e instruiu o paciente a depositar seu sêmen em bancos genéticos.

Ocorreu que com poucos meses do início do tratamento para combater o câncer, Roberto Niels veio a óbito no início do ano de 2010, porém teria feito, anteriormente a morte, como o médico o alertou e depositou seu material genético, mas foi omissivo sobre futuras utilizações caso viesse a falecer.

A consorte decidiu que iria se submeter a inseminação artificial *post mortem* homóloga porém a clínica, prontamente, recusou-se de efetivar o desejo da viúva. Esta ingressou judicialmente em desfavor com a clínica ante a 13ª Vara Cível de Curitiba/Paraná e obteve uma liminar permitindo que o material genético do de *cujus* fosse utilizado a fim de tornar fato o desejo de torna-se mãe, de modo a

reconhecer a presunção de paternidade do de *cujus* por meio de prova admitida em Direito: testemunhal, através de declarações de amigos próximos e familiares.

3.2 Capacidade sucessória do filho proveniente da inseminação artificial *post mortem* homóloga

O ordenamento jurídico brasileiro, como explanado no capítulo anterior, admite a possibilidade do filho gerado por meio da inseminação artificial *post mortem* homóloga possuir filiação do de *cujus*. Não obstante a esta possibilidade, encontra-se a lacuna legislativa responsável em regulamentar, pormenorizadamente, os reflexos da inseminação artificial no âmbito patrimonial. Sendo assim, esta demanda gera controvérsias, também, no campo doutrinário brasileiro.

Aprimorado no princípio da igualdade entre os filhos, com fulcro no artigo 227, § 6º, Constituição Federal de 1988, os filhos não poderão sofrer qualquer tipo de ato discriminatório com base em sua filiação, sejam eles havidos ou não da união conjugal ou por adoção. O referido princípio também encontrou respaldo no artigo 1.596, Código Civil de 2002, resta que é vedado seja qual for a distinção, entre os filhos. Dessarte, é possível verificar que a temática de reconhecer o filho do de *cujus*, oriundo de inseminação artificial, apto a sucessão está bastante sedimentado pelo princípio da igualdade entre os filhos, tornando-o paritário e legítimo em relação aos demais.

Ao discorrer sobre a temática, a doutrinadora Dias (2015) resta esclarecer que se o filho for concebido e nascido posterior a morte do doador do material genético, é assegurado àquele os efeitos jurídicos de filiação e sucessórios, pois esta casuística fora positivada no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, não permitindo qualquer exceção. Ainda mais, a doutrinadora Dias (2015, p. 117-118) expõe:

A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários. [...] Quando foi autorizada a fertilização *post mortem*, independe a data em que ocorra o nascimento; o filho tem assegurado direito sucessório. Havendo autorização, sem expressa manifestação sobre a possibilidade de fertilização após a morte, nem por isso é possível excluir o direito de quem nasceu por expresse consentimento

daquele que o desejava como filho. O fato de o genitor ter morrido não pode excluir vínculo de filiação que foi aceito em vida.

Conforme o escritor Freitas (2016), a existência de um aparato constitucional é responsável em garantir que o filho concebido por inseminação artificial seja excluído da sucessão. Sendo assim, será, segundo o autor, necessário que haja meios responsáveis em acobertar os direitos e garantias da descendência em questão. Nessa lógica, o autor Freitas(2016, p. 2) expõe:

Independentemente 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.

No que tange, ao princípio da igualdade entre os filhos o autor Lôbo (2003, p.51), nota que:

Não se permite que a interpretação das normas relativas à filiação possa revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independentemente de sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, entre irmãos e no que concerne aos laços de parentesco.

Um aspecto bastante contundente da aplicação do princípio da igualdade de filiação com a inseminação artificial *post mortem* homóloga, é o posicionamento do autor Filho, (2016). No raciocínio deste, caso haja a exclusão das relações sucessórias dos nascidos por meio da reprodução assistida *post mortem*, quanto ao reconhecer garantias mitigados pelos filhos, constitui uma nítida incongruência com o princípio acima citado, previsto no artigo 227, § 6º, da Magna Carta. Visto que o constituinte não admitiu qualquer que fosse a exceção a este princípio, independentemente da situação que viesse ser tratada, pois caso não haja hipóteses expressamente previstas não compete ao aplicador da lei, instaurar restrições.

Sob outra perspectiva, existem doutrinadores contrários em reconhecer o filho gerado por inseminação artificial *post mortem* a suceder o direito de herança da prole. Assegura o autor Leite(2003) que não considera o embrião sujeito detentor de qualquer que seja o direito sucessório pois, segundo o mesmo, não pode ser considerada pessoa o embrião, na medida que não foi concebido e nem nascido no momento da morte do doador do material genético. O autor Leite (2003, p.110)assevera que:

Quanto à criança concebida por inseminação *post mortem*, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no direito das sucessões. Nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão. Solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*. Sem aquela previsão não há que se cogitar a possibilidade de eventuais direitos sucessórios.(*Grifo nosso*).

Seguindo o mesmo raciocínio, PEREIRA(2004, p.110), preleciona que:

Não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte e dela participam as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.(*Grifo nosso*).

Diante da lacuna legislativa, existe uma possibilidade dos filhos que serão gerados pela inseminação artificial *post mortem*, poderem haver a serem chamados partilha no rol de sucessores, como prole eventual, porém esta deverá ser definida pelo testador além de estarem vivas na época da abertura da sucessão. Alguns doutrinadores que são contrários a possibilidade de reconhecimento do direito sucessório do filho oriundo *post mortem* sustentam este entendimento, como podemos exemplificar o autor Almeida (2003), é discípulo deste parecer.

Em contrapartida, a autora Hironaka (2009), faz uma oposição a não possibilidade de o testador sugerir qual será sua prole eventual, pois os aptos a integralizarem esta não estão vivas no momento de fazer a indicação da prole accidental, em sua obra Hironaka (2009, p.1-2) relata que:

[...] é claro que o testador não poderá indicar sua própria prole eventual, uma vez que a lei exige que a pessoa indicada pelo testamento esteja viva no momento da abertura da sucessão. [...] basta que indique a doadora do óvulo, se testador, ou o doador do espermatozoide, se testadora.

Diante visto, é possível notar que o princípio constitucional da igualdade entre os filhos continua sendo o basilar no que tange a possibilidade dos filhos gerados por inseminação artificial *post mortem* possuírem as mesmas aptidões dos filhos já nascidos. Nesse sentido, posicionamo-nos, que o embrião possui os mesmos rol de direitos e garantias em relação aos outros membros familiares. No mesmo viés, a autora Meirelles (2003, p.55) condiz que:

O valor da pessoa humana que informa todo o ordenamento estende-se, pelo caminho da similitude, a todos os seres humanos, sejam nascidos, ou desenvolvendo-se no útero, ou mantidos em laboratório, e o reconhecimento desse valor dita os limites jurídicos para as atividades biomédicas. A maior ou menor viabilidade em se caracterizarem uns e outros como sujeitos de direitos não implica diversificá-los na vida que representam e na dignidade que lhes é essencial.

Por conseguinte, é de ser reconhecer que os filhos gerados por inseminação artificial *post mortem* homóloga são detentores de capacidade e legitimação para serem igualmente paritários a suceder, visto que partimos do viés que os embriões gerados pela reprodução assistida possuem os mesmos direitos e garantias das pessoas que já foram concebidas.

4. EMBASAMENTO LEGAL DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* HOMÓLOGA

A palavra sucessões, conforme o dicionário *online* Aurélio (2008), significa aquilo que sucede. Logo, tendo em vista esse conceito, é possível fazer um breve apanhado do que vem a ser sucessões no âmbito jurídico. Sendo assim, conforme ensinamentos de Gonçalves (2014), sucessões é o fenômeno em que uma pessoa assume o lugar de outra, de modo a substituí-la na titularidade de determinados bens.

Com a explanação deste, é possível fazer uma ponta diretamente no Código Civil de 2002, de modo a incorporar o respaldo deste fenômeno. O artigo 1.784, CC, preleciona: “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Sendo que, basicamente apenas o Código supracitado possui redação que abarca o presente tema.

4.1 Direito sucessório brasileiro no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 é categórico, ao permitir que apenas os nascidos ou os que já foram concebidos poderão ingressar como integrantes da sucessão. O ponto central deste trabalho será exatamente este, a incompletude legislativa acerca do amparo ao direito de se fazer presente ao direito sucessório daqueles que serão concebidos pela inseminação artificial homóloga *post mortem*. É importante salientar que não existe proibição na lei brasileira quanto à permissão deste procedimento

O referido Código é resultado do projeto de lei no ano de 1975, o qual foi apresentado pelo presidente republicano Geisel (1975), por meio da mensagem nº 160, a qual possui o seguinte texto:

Excelentíssimos Senhores Membros do Congresso Nacional: Nos termos do artigo 56 da Constituição, **tenho a honra de submeter** à elevada deliberação de Vossas Excelências, acompanhado de Exposições de Motivos do Senhor Ministro de Estado da Justiça e do Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, **o anexo projeto de lei que institui o Código Civil.** (*Grifo nosso*)

Porém, naquela época o legislativo possuía a mesma morosidade que possui na atualidade de modo que, entre a tramitação do projeto e a data de sua

efetiva vigência decorreram-se mais de 25 (vinte e cinco) anos. Desarte, a sociedade em constante mutação e com ela houve significativas transformações seja na esfera econômica, seja na esfera científica, pode-se notar que o projeto de lei do Código Civil, não iria ser totalmente condizendo com os anseios que a sociedade estava esperando.

Ademais, acrescenta-se a isto a promulgação da Constituição Federal em 1988, em que algumas previsões constantes no projeto de lei, nos ensinamentos de (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira, 2003), se tornaram inutilizáveis, pois existe uma escala hierárquica no ordenamento jurídico.

Para fazer uma análise da inseminação artificial *post mortem* homóloga dentro do Código Civil de 2002, é preciso vislumbrar o texto redacional do referido Código em seu artigo 2º, onde prevê que apenas uma pessoa se torna apta a contrair direitos e garantias na condição que haja o nascimento com vida, porém salienta ainda que seus direitos e garantias serão assegurados desde a concepção.

Conforme os ditames da doutrinadora (DINIZ, 2005), é compreendido como nascituro aquele que se espera que nasça, sendo fruto da concepção. Conseqüentemente, haveria de esperar que o começo da proteção do nascituro ocorresse desde que houvesse a fecundação, mesmo que esta viesse acontecer fora do corpo da genitora.

Pois, congruentemente, os direitos e garantias relativos à personalidade, sejam estes à vida, integridade física, ou a saúde, deve ser preservada, independentemente do nascimento com vida do embrião.

No tocante a capacidade sucessória do nascituro, é perceptível que há uma exceção aos aptos a serem sucedidos na vocação hereditária. De modo que, mostra claro que apenas dará direito sucessório ao nascituro a partir do nascimento com vida. Sendo assim, a doutrinadora Diniz(2005, p.193), preleciona que:

A capacidade sucessória do nascituro (CC, art. 1.798) é excepcional, já que só sucederá se nascer com vida, havendo um estado de pendência da transmissão hereditária, recolhendo seu representante legal a herança sob condição resolutiva. O já concebido no momento da abertura da sucessão é chamado a suceder; adquire, em estado potencial, desde logo, o domínio e a posse da herança, como se já fosse nascido; porém, como lhe falta personalidade jurídica material (CC, art. 2º), nomeia-lhe um curador ao ventre, se, p. ex., a gestante enfiuvar e não tiver condições de exercer o poder familiar (CC, art. 1.779. CPC, art. 878, parágrafo único). Se nascer vivo, ser-lhe-á

deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixo, a partir do falecimento do autor da herança (CC, art. 1.800, § 3º).

Em relação aos herdeiros não concebidos, oriundos de fertilização artificial *post mortem* homóloga, o juiz responsável, em tratar do processo de inventário e partilha, deverá nomear curador confinando-o os bens do de *cujus*. Conforme será visto posteriormente, será dado um prazo de 2 (dois) anos contados depois da abertura da sucessão para que haja a concepção do herdeiro proveniente da reprodução assistida.

É vital trazer o posicionamento de Meirelles(2003, p.3) no que tange a real necessidade de tornar o embrião apto a suceder o patrimônio do de *cujus*, ditando que:

É preciso lembrar que embriões de laboratório podem representar as gerações futuras; e, sob ótica oposta, os seres humanos já nascidos foram, também embriões, na sua etapa inicial de desenvolvimento (e muitos deles foram embriões de laboratório). Logo, considerados os embriões humanos concebidos e mantidos *in vitro* como pertencentes à mesma natureza das pessoas humanas nascidas, pela via da similitude, a eles são perfeitamente aplicáveis o princípio fundamental relativo à dignidade humana e a proteção ao direito à vida. Inadmissível dissociá-los desses que são os fundamentos basilares de amparo aos indivíduos nascidos, seus semelhantes.

4.1.1 Herança x validade: pressupostos de validade para suceder a herança

O direito de pleitear à herança está positivado no artigo 5º, XXX, da Constituição Federal de 1988, de modo que o artigo 1.798, Código Civil de 2002 estabelece quais serão os legitimados a suceder, conforme já fora explanado, são estes os nascidos ou concebidos no momento de abertura da sucessão, constituindo-os na vocação hereditária do de *cujus*.

Quanto ao Direito de Família, especificadamente ao direito sucessório, deve-se considerar que o artigo 1.798 do Código Civil deve obter uma nova interpretação a fim de superar a omissão legislativa, concedendo ao de *cujus* a possibilidade de ter sua prole oriunda da reprodução assistida *post mortem*.

Uma conjuntura notável ocorreu na Terceira Jornada de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça, o qual foi aprovado o Enunciado 267 responsável em assegurar a isonomia sucessória do filho oriundo da inseminação artificial *post*

mortem homóloga com o filho nascido anterior à morte do pai, segue a redação do Enunciado:

Enunciado 267: A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

É importante frisar que o Enunciado 267 aprovado pelo Conselho Federal de Justiça não torna os filhos gerados por reprodução assistida *post mortem* em herdeiros legítimos, todavia apresenta mais uma alternativa sucessória, além da testamentária, com escopo de assegurar o direito sucessório a estes. Com o mesmo posicionamento, Diniz(2003, p.164) assevera que é dado a oportunidade de assegurar à herança, seguindo a linha do princípio da igualdade entre os filhos, sendo assim possui a seguinte perspectiva em relação ao tema:

No entanto, em sendo reconhecida a admissibilidade jurídica do recurso às técnicas de reprodução assistida *post mortem* (e, assim, sua constitucionalidade), **a melhor solução a respeito do tema** é a de considerar que o art. 1.798, do novo Código Civil, disse menos do que queria, devendo o intérprete proceder ao trabalho de **estender o preceito para os casos de embriões já formados e aqueles a formar** (abrangendo, pois, as duas hipóteses antes indicadas). O problema que 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 falecido. [...] 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*. (*Grifo nosso*)

No âmbito do direito sucessório, nos ensinamentos da autora Fischer(2016), é por meio da ação de petição de herança que pleiteia no judiciário a fim de torna-se sucessor do patrimônio do de *cujus*, tal ação está prevista no artigo 1.824, Código Civil de 2002 possuindo a seguinte redação: *o herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.*

Com desígnio de abarcar aos possíveis sucessores desconhecidos, seja por não estarem mencionados no testamento, ou por relacionar aos filhos que não eram reconhecidos no momento da divisão dos bens, de modo que não veio a tomar posse dos bens e, sequer veio a tornasse proprietário da quota parte na herança.

Conquanto haja avanços doutrinários e jurisprudenciais que acompanhem o progresso da biotecnologia mesmo ainda continue o diapasão e omissão legislativa acerca do tema, o plano jurídico permanecerá na dubiedade e não atenderá os anseios sociais no que tange os direitos sucessórios dos filhos gerados por inseminação artificial *post mortem* homóloga.

4.1.2 Prazo prescricional para ação de petição de herança

Como explanado no tópico anterior, a ação de petição de herança é uma medida judicial que visa à possibilidade de fazer com que o filho concebido *post mortem* possa pleitear o reconhecimento de tornar-se herdeiro.

E dessa forma, conseqüentemente, obter seu quinhão hereditário da mesma maneira que poderá receber bens que integram a herança do de *cujus*, combinado com os rendimentos e respectivos acessórios.

O Código Civil de 2002, não mencionou qual seria o razoável prazo prescricional para que fosse ajuizada a ação de petição de herança. O que é manifesto é o efeito jurídico da sentença terminativa desta ação, possuindo natureza condenatória. De modo que, terá em síntese um prazo prescricional, pois conforme o reflexo do artigo 205, Código Civil é operado o prazo contido neste dispositivo, possuindo a seguinte redação: *A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.* Conforme os preceitos de Diniz(2003, p.168) apreende-se:

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 do material fecundante do falecido e, simultaneamente, os interesses dos demais herdeiros.

De maneira diversa, no que tange o momento do início de contagem do prazo, existe um entendimento da 3ª Turma de Superior Tribunal de Justiça, REsp. 1.475.759/DF, o qual assevera que o início do prazo prescricional deve ocorrer a partir do momento em que haja o reconhecimento da paternidade. Nessa conformidade, é possível dispor que a inexistência do direito de ajuizamento da ação decorre do não reconhecimento da paternidade. A redação do entendimento da 3ª Turma do TST é a seguinte exposta:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. DIREITO SUCESSÓRIO. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. ANTERIOR AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. 1. A petição de herança objeto dos arts. 1.824 a 1.828 do Código Civil é ação a ser proposta por herdeiro para o reconhecimento de direito sucessório ou a restituição da universalidade de bens ou de quota ideal da herança da qual não participou. 2. A teor do art. 189 do Código Civil, o **termo inicial para o ajuizamento da ação de petição de herança é a data do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, quando, em síntese, confirma-se a condição de herdeiro**. 3. Aplicam-se as Súmulas n. 211/STJ e 282/STF quando a questão suscitada no recurso especial não tenha sido apreciada pela Corte de origem. 4. Incide o óbice previsto na Súmula n. 284/STF na hipótese em que a deficiência da fundamentação do recurso não permite a exata compreensão da controvérsia. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido." (REsp 1.475.759/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 20/05/2016). (*Grifo nosso*)

Em relação ao tema, o Supremo Tribunal Federal, por meio da súmula nº 149, posiciona-se que consiste na ação de herança o prazo prescricional ser de 10 (dez) anos, de modo que será contado posteriormente o reconhecimento do pedido de investigação de paternidade. A referida súmula possui a seguinte redação: *É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.*

É necessário fazer uma explanação no que tange da situação jurídica dos filhos gerados por inseminação artificial *post mortem* homóloga que sejam absolutamente incapazes, que conforme o artigo 3º, Código Civil de 2002, compreendem-se estes os menores de 16 (dezesesseis) anos, não podendo exercer atos de vida civil autonomamente. Em relação a estes, o ordenamento jurídico

brasileiro conserva seus direitos de modo que não é aplicado qualquer prazo prescricional.

O reflexo da prerrogativa da não aplicabilidade do prazo prescricional, para peticionar a ação de herança, de 10 (dez) anos aos absolutamente incapazes é que esse prazo somente irá começar a incidir quando os filhos oriundos pela reprodução assistida *post mortem* atingirem os 16 (dezesesseis) anos completos, ou seja, tornarem-se relativamente incapazes, conforme a redação do artigo 4º, I, do Código Civil.

Resta que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, é propulsor em trazer à tona alguns possíveis efeitos que serão usados beneficentemente a favor destes.

Pois esses reflexos no ordenamento jurídico apresentam como garantidores do bem-estar, de modo que foi implantado como direitos fundamentais da pessoa humana, mencionando ainda são responsáveis em regular as ações relativas as crianças e adolescentes. Conforme Gama(2003, p.41-43) é possível vislumbrar que:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito.

Por conseguinte, no intuito de ocasionar uma segurança jurídica nas relações sucessórias, nas circunstâncias dos filhos gerados por inseminação artificial *post mortem* homóloga, será necessário, como se estudará no próximo tópico, haver a aplicação analógica do prazo prescricional que é utilizado nas ações de herança.

4.1.3 Omissão legislativa contundente com a inseminação artificial *post mortem* homóloga e aplicação analógica do prazo prescricional testamentário

É de conhecimento que o Direito positivado é composto de normas jurídicas a fim de nortear e encaminhar as mais diversas conjunturas fáticas. Conforme Costa (2013) o Direito não deve apresentar lacunas visto que prepondera o princípio da segurança jurídica a fim de não haver conflitos e incongruências.

No mesmo sentido de fixar que o Estado deve ter um ordenamento jurídico completo e contundente com os anseios sociais, Bobbio (1999) assevera que o sistema jurídico se torna incompleto dada à ausência de normas e preceitos permissivos e repressivos de forma expressa e objetiva. Sendo assim, caso haja omissão de alguns preceitos legislativos que sejam muito importantes para regular a sociedade, é de notar que o ordenamento jurídico é lacunoso e obsoleto.

Seguindo ainda os ditames do autor Bobbio, (1999) caso se identifique lacunas no ordenamento jurídico deverão ser tomadas algumas providências com objetivo central em integralizar o vazio legislativo sendo que o referido autor preleciona que existem dois métodos com estes objetivos.

O primeiro método é conhecido como o de heterointegração, com este método é possível ir em busca de outros aparatos legislativos ou de outras fontes as quais não sejam necessariamente leis, possuindo como exemplo elucidativo os costumes¹ que são utilizados quando há supressão de lei.

O segundo método, é designado de auto integração e possui respaldo nas analogias² e nos princípios gerais do direito³. Como explanado pelo autor supracitado esses métodos são responsáveis em trazer uma maior segurança jurídica, pois são ajudam na omissão legislativa.

¹ O uso reiterado de uma conduta ou atividade ganha status de costume. O uso transforma-se em costume quando a prática reiterada torna-se obrigatória na consciência social. Nem todo uso é costume; quando o uso torna-se obrigatório, converte-se em costume. É difícil dar prova concreta de sua existência, custoso buscar a gênese de sua elaboração e, na grande maioria das vezes, não é fácil provar sua presença, mormente nos sistemas de direito escrito. (VENOSSA, 2014, p.44)

² Consiste em um método de interpretação jurídica utilizado quando, diante da ausência de previsão específica em lei, aplica-se uma disposição legal que regula casos idênticos, semelhantes, ao da controvérsia.(VENOSSA, 2014, p.44)

³ Os Princípios Gerais do Direito seriam as ideias basilares e fundamentais do Direito, que lhe dão apoio e coerência, respaldados pelo ideal de Justiça, que envolve o Direito. Seriam ideias fundamentais de caráter geral dentro de cada área de atuação do Direito. (VENOSSA, 2014, p.44-45).

De maneira elucidativa, a cerca desses acontecimentos sociais ocorra de forma mais acelerada que a atualização do ordenamento jurídico brasileiro, é o que acontece na inseminação artificial *post mortem* homóloga. Pois como explanado em capítulos anteriores, o Código Civil de 2002 assegura o direito à filiação aos filhos gerados por reprodução assistida, porém no que tange o direito sucessório o referido Código não abarca a possibilidade de tornarem aptos a suceder o patrimônio do de *cujus*.

Repara-se que a omissão legislativa concerne a não existir preceito legal que proíba ou regulamente o direito do filho, oriundo da reprodução assistida, ser capaz de suceder a herança do pai. Sendo assim, fica evidente que a situação jurídica destes fica condicionada a avaliação subjetiva do magistrado competente para o caso. Fica claro que o princípio da segurança jurídica fica totalmente comprometido, ferindo assim a regra a qual preleciona que todo ordenamento jurídico seja completo e eficaz.

Por conseguinte, torna-se imprescindível que haja a elaboração de uma legislação específica capaz de assegurar o acesso de pessoas no seio familiar, com fulcro em constituir uma família. É necessário também que essa família seja protegida legislativamente de modo a tornar os princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, igualdade entre os filhos entre outros supracitados em capítulos anteriores, sejam protetores da família.

No mundo jurídico idealizado em que os filhos oriundos da inseminação artificial *post mortem* homóloga, é esperado que lhes sejam garantidos o direito de igualdade em relação aos demais, e de modo esperado sejam aptos a serem beneficiários da herança do de *cujus*.

No que tange o prazo prescricional, existe uma celeuma doutrinária a qual ainda torna o tema mais inseguro na seara jurídica. Segundo os ensinamentos de Albuquerque, (2016), defende que seja utilizado o mesmo prazo prescricional que é aplicado na sucessão testamentária. De modo que, o autor supracitado assevera: “por analogia, o prazo constante do artigo 1.800, § 4º, do Código Civil, ou seja, de dois anos a contar da abertura da sucessão”.

O autor Almeida(2003), destaca sobre o prazo que o filho oriundo da inseminação artificial deve se adequar. O referido autor sustenta que analogicamente deve ser utilizado o prazo prescricional previsto na sucessão testamentária, sendo este de 2 (dois) anos após a abertura da sucessão.

Caso o prazo supracitado não seja respeitado, ou seja, tenha havido o lapso temporal sem que houvesse tido a concepção do futuro potencial herdeiro, os bens do de *cujus* serão automaticamente transferidos aos herdeiros legítimos. Sendo assim, o autor Almeida, (2003, p. 1-2), preleciona:

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.

Dada à celeuma doutrinária acerca do prazo prescricional, fica evidente que a concepção do embrião para sua fertilização *post mortem* deve ocorrer no prazo legal previsto, de modo que caso não ocorra poderá que o filho oriundo da reprodução assistida não seja considerado apto a suceder a herança. Sendo assim, Diniz(2003, p. 197) propõe o seguinte raciocínio:

Na forma em que se encontra estruturada atualmente a relação sucessória, não é possível permitir, na sucessão legítima, a filiação surgida post mortem decorrido o prazo legalmente previsto. Diante da impossibilidade sucessória do nascido do esperma ou embrião criopreservado depois da morte do progenitor, a fixação da filiação tem um significado limitado, não constituindo um vínculo familiar que tenha como conteúdo o poder paterno.

Embora existam diversos posicionamentos que fazem com que o tema do prazo prescricional fique em um vazio legislativo, resta claro que o embrião fecundado na inseminação artificial *post mortem* homóloga seja herdeiro. Sendo assim, o embrião deve possuir o mesmo aparo jurídico do nascituro, pois foi implicação das técnicas de reprodução assistida. A autora Dias, (2015, p. 118) afirma neste sentido em que:

Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798) e até a pessoas ainda não concebidas (CC 1.799 I), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebidos post mortem. Sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, descabido afastar da sucessão quem é filho e foi concebido pelo desejo do genitor.

Outro autor que possui o mesmo entendimento é Dias (2015), o qual preleciona que embora o embrião não tenha sido concebido concomitante a morte do doador do material genético, o filho oriundo desta inseminação terão os mesmos direitos sucessórios, caso haja a expressa manifestação de vontade do doador permitindo que seu material genético seja utilizado mesmo após a morte.

Segundo os ensinamentos de Leal, (2017), não existe prescrição quando se trata de direitos sucessórios, pois seja qual for à época da concepção do material genético, o filho oriundo desta inseminação artificial *post mortem* homóloga não perderá seu *status* de membro da família e os direitos e garantias estão assegurados por força do princípio da igualdade de filiação entre os filhos.

Em concomitância com o princípio de igualdade de filiação, o princípio constitucional da isonomia sem qualquer distinção, o autor Meirelles (2003, p.3) em suas obras, assevera que:

É preciso lembrar que embriões de laboratório podem representar as gerações futuras; e, sob ótica oposta, os seres humanos já nascidos foram, também embriões, na sua etapa inicial de desenvolvimento (e muitos deles foram embriões de laboratório). Logo, considerados os embriões humanos concebidos e mantidos *in vitro* como pertencentes à mesma natureza das pessoas humanas nascidas, pela via da similitude, a eles são perfeitamente aplicáveis o princípio fundamental relativo à dignidade humana e a proteção ao direito à vida. Inadmissível dissociá-los desses que são os fundamentos basilares de amparo aos indivíduos nascidos, seus semelhantes.

Com o intuito de evitar que os direitos e garantias da Constituição Federal de 1988 sejam inobservados, ferindo assim o princípio basilar de supremacia da Constituição, não é possível consentir que os filhos oriundos de fertilização artificial *post mortem* homóloga tenham direitos delimitados, especificamente no campo sucessório. Dessa forma, Dias(2015, p.117) corrobora o seguinte:

Com referência aos direitos sucessórios, é mister atentar aos princípios que regem a transmissão da herança (CC 1.784 e 1.787). A capacidade para suceder é regulada pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão. O filho concebido tem direito a sucessão (CC 1.798), não podendo afastar-se tal direito em se tratando de concepção decorrente de inseminação artificial.

Defronte aos princípios constitucionais, é assegurado aos filhos oriundos de inseminação artificial *post mortem* homóloga a mesma posição igualitária aos demais filhos, no campo sucessório, fazendo necessário que as respectivas garantias constitucionais que atravancam a isonomia entre os filhos sejam efetivamente afiançadas.

Desta maneira, dada a omissão legislativa no que concerne o tema dos direitos sucessórios dos filhos oriundo por inseminação artificial *post mortem* homóloga além disso haver uma grande celeuma doutrinária acerca do tema, dada a falha legislativa, o Senado Federal por meio do projeto de lei nº 749/2011 (em anexo) tenta tornar possível a utilização *post mortem* do material genético do marido ou companheiro ou de embriões excedentários pela esposa ou companheira mediante existência de autorização expressa do falecido.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como escopo em discutir a omissão legislativa acerca dos direitos sucessórios dos filhos oriundos da inseminação artificial *post mortem* homóloga, pois como fora explanado há o direito de filiação daqueles filhos, porém no que tange a sua capacidade sucessória, o Código Civil de 2002 não trouxe esta possibilidade. Sendo assim, dada à carência no âmbito legal, foi apresentado diversos posicionamentos de doutrinadores que tratam desse tema.

Resta claro que, os objetivos do trabalho foram acatados pelo estudo feito, pois ficou manifesto a lacuna legislativa acerca do tema bem como a necessidade de haver uma regulamentação a qual assegure o direito sucessório do filho concebido por inseminação artificial.

Para alcançar essa finalidade, no primeiro capítulo, foi apresentado de forma clara e prática alguns conceitos sobre reprodução assistida como também foi feito um estudo acerca dos princípios que regulam o tema. No segundo capítulo, foram realizadas análises doutrinarias acerca da legitimidade, capacidade e consentimento, considerado como pressupostos vitais na inseminação artificial *post mortem*. No terceiro capítulo, foi anunciado os prazos para que se ocorra a fertilização artificial.

O Código Civil de 2002 no artigo 1.597, inciso III, incluiu a fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido através da presunção de paternidade. Em decorrência dessa previsão, ratifica-se a possibilidade de inseminação *post mortem*, ou seja, o indivíduo pode ser gerado após o falecimento do genitor biológico, pela utilização do material genético doado.

No que tange a expressa manifestação de utilização do material genético do doador mesmo após sua morte, tomando como propulsor o fato da legislação específica sobre o tema ser omissa, deve-se fazer uma interpretação condicionada ao princípio da autonomia da vontade, que consiste no consentimento em comum do casal querer levar adiante esse projeto parental mesmo após a sua morte.

Quanto aos direitos sucessórios dos filhos oriundos de fertilização artificial *post mortem* homóloga, é importante frisar a observação dos princípios constitucionais, como a igualdade entre os filhos, a proibição de qualquer forma discriminatória e o melhor interesse da criança, como sendo princípios que tornam

possíveis a habilitação do filho concebido após a morte se habilitar a sucessão de seu genitor. Dessa forma, considera-se 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 totalidade ao filho oriundo da reprodução assistida.

Ademais, há a necessidade de estipular um prazo prescricional para que o herdeiro seja concebido, para que não cause uma insegurança jurídica aos outros herdeiros e à partilha do acervo hereditário. De modo que deve-se aplicar, analogicamente, o prazo de 2 (dois) anos contados após a abertura do processo de herança.

Sendo assim, acredita-se que o filho oriundo por reprodução assistida *post mortem* é tão legítimo quanto os filhos concebidos de forma natural, de modo que o direito de filiação daqueles sejamricocheteados no direito sucessório, de modo que é imprescindível que haja o consentimento do doador do material genético e o prazo prescricional de 2 (dois) anos seja considerado, a partir da abertura do processo de herança.

Em suma, é vital a regulamentação da reprodução assistida em leis peculiares e aperfeiçoadas sobre o tema em questão a fim de evitar insegurança jurídica, pois o Direito constantemente deve se amoldar as constantes mutações sociais de modo a trazer uma maior garantia e proteção para com todos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião. **Código Civil Comentado. Direito das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima.** v. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003.

ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito.** 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e biodireito.** *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 55, ago.-set. 2009, p. 23.

ALVES, Jones Figueiredo e DELGADO, Mário Luiz, 2005, **Código Civil**, p.918.

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e Bioética.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 117.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 749/2011.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=495031>. Acesso em: 07 fev de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** – art. 227, § 6º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em: 09 dez de 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, art. 1.799.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm . Acesso em: 09 dez de 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10 ed. 1999. p.115

CHIARINI JÚNIOR, Eneás Castilho, 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/no%C3%A7%C3%B5esintrodu%C3%B3rias-sobre-biodireito-0> Acesso em: 19 jan de 2018.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil.** v.18. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 54.

COSTA, Wellington Soares da. **A incompletude do ordenamento jurídico.** Disponível em: <http://eduem.uem.br/ojs/index.php/RevCiencJurid/article/viewFile/10963/6014>. Acesso em: 09 dez de 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões.** 17. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito: Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil – 22.** ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1. p. 193.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil.** Vol 6; 16ª edição. Saraiva. São Paulo 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Filiação Homoparental e a Reprodução Assistida.** Disponível em: <http://www.slideshare.net/sabrinabc1/artigo-filiao-homoparental-e-a-reproducao-assistida>. Acesso em: 12 jan. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**, 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 117-118.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 330.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 323.

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf> Acesso em: 15 jan de 2018.

ENUNCIADO nº 106 da I Jornada do Conselho da Justiça Federal de 2002. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Acesso em: 15 dez de 2017.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. **Inseminação Artificial Post Mortem e seus Reflexos no Direito de Família e no Direito Sucessório.** Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf. Acesso em: 20 jan. 2018.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança.** 2008.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**, 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>. Acesso em: 02 fev de 2018.

FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque, **Inseminação Artificial Post Mortem E Seus Reflexos No Direito de Família E No Direito Sucessório** 2016. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acesso em: 22 jan. de 2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Reprodução Assistida Heteróloga sob a ótica do Novo Código Civil.** Porto Alegre. Revista Brasileira de Direito de Família v.5, n 19, ago./set., 2003 p. 41/42.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 733.

GIMENSE, Giselle Cristina Alves. **As Técnicas De Reprodução Humana Assistida E As Suas Implicações Na Esfera Da Responsabilidade Civil**. 2009. p.30.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes 2009. **Direito de Família e das Sucessões**: Temas Atuais. P.1-2.

JUNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. **Técnicas de reprodução assistida e biodireito**. 2003. P. 1-2. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=110>>. Acesso em 2 dez. 2017.

LEAL, Paula Mallmann. **Os Reflexos Sucessórios na Inseminação Post Mortem**. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/p_aula_leal.pdf. 2015Acesso em: 20 jan. de 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Código Civil Comentado: direito de família. Relações de parentesco**. Direito Patrimonial. Álvaro Vilaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. V.XVI. p.51.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**, v. XVI, p. 40.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões**. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 110.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Os Embriões Humanos Mantidos em Laboratórios e a Proteção da Pessoa: O Novo Código Civil Brasileiro e o Texto Constitucional**. In: BARBOZA, Heloísa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L.; BARRETTO, Vicente de Paulo. (org.). Novos temas de biodireito e bioética. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P.3

Mulher pode ter filho de marido morto. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2505201006.htm>. Acesso em: 07 fev de 2018.

MENESES, Eliton. Disponível em: <https://chicoeliton.blogspot.com.br/2013/03/presuncao-pater-is-est.html>. Acesso em: 17 dez. 2017.

MONTEIRO, W. B. **Curso de Direito Civil Direito das Sucessões**. Editora Saraiva, São Paulo, ed 35, v.6, p. 9-10, 2003.

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. **Reprodução assistida: Um pouco de história**. Revista da SBPH, v. 12, n. 2, p. 37, 2009.

NAMBA, EDSON TETSUZO. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução Assistida: Inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório**. Disponível em: <https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805> . Acesso em: 16 dez. 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 318.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio da pessoa humana e a exclusão social. Palestra na XVII Conferência da OAB**. Rio de Janeiro, 29 ago./2 set. 1999. In: FACHIN, op. cit. p. 88.

RESOLUÇÃO nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM). Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957_2010.htm. Acesso em: 20 jan. de 2018.

REVISTA da EMERJ, v. 13, nº 50, 2010. p. 356.

REIS, Carolina Eloáh Stumpf. **Reprodução Assistida Homóloga Post Mortem – Aspectos Éticos e Legais**. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/reproducao_assistida_homologa_post_mortem_-_aspectos_eticos_e_legais.pdf. Acesso em: 20 jan. 18.

TOMAZ, Nara dos Santos; AGUIAR, Fernanda Darise Alves; ALBUQUERQUE, Márcia Thaene Aragão. **Post Mortem em Face dos Princípios Constitucionais e seus Reflexos no Direito Sucessório**, 2015. Disponível: http://flucianofejiao.com.br/novo/wpcontent/uploads/2016/03/INSEMINACAO_POST_MORTEM_EM_FACE.pdf. Acesso em: 07 fev. 2018.

VARELLA, Marcelo Dias; FONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão da. **Biossegurança e biodiversidade: contexto científico regulamentar**. (trechos) 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ANEXO A - PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 749, DE 2011



SENADO FEDERAL
PROJETO DE LEI DO SENADO
Nº 749, DE 2011

Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil –, para dispor sobre a utilização *post mortem* do sêmen do marido ou companheiro.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 1.597 da Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.597.

.....
Parágrafo único. Para efeitos do disposto nos incisos III e IV do *caput*, a utilização *post mortem* do sêmen do marido ou companheiro ou de embriões excedentários somente poderá ser feita pela esposa ou companheira, no prazo de até doze meses após o óbito, e mediante existência de autorização expressa do falecido.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O ordenamento jurídico é omissivo em relação à fecundação artificial homóloga mediante a utilização de sêmen do marido ou companheiro falecido. Essa situação, ainda que rara, quando ocorre, suscita grande discussão e polêmica, que refletem a existência de conflitos éticos e jurídicos quanto à legitimidade do procedimento. Essa insegurança jurídica é especialmente prejudicial à criança nascida por esse meio, que fica em situação vulnerável quanto aos seus direitos decorrentes da filiação.

O atual Código Civil - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 determina que sejam presumidos como concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, e os havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga.

No entanto, o Código não é explícito quanto à possibilidade de a fecundação artificial homóloga ser realizada após o falecimento do marido ou companheiro. Como o procedimento não se encontra devidamente regulado, permanece em situação de insegurança jurídica a criança dele oriunda.

Quem está apto a utilizar o sêmen armazenado após a morte do marido ou companheiro? Até quando é possível utilizá-lo? É necessária a anuência expressa do doador do sêmen? Essas são questões que precisam estar reguladas, para que a criança que venha à luz possa ter o seu direito à filiação devidamente reconhecido, enquadrando-se, sem margem de dúvidas, nos casos previstos pelo Código Civil.

Entendemos ser necessário preencher a lacuna legal existente, de modo a promover a segurança jurídica capaz de garantir o interesse superior da criança oriunda do uso *post mortem* do sêmen pela esposa ou companheira do falecido. Por essa razão, apresentamos o presente projeto de lei, para o qual pedimos o apoio dos ilustres parlamentares desta Casa.

Sala das Sessões,


Senador BLAIRO MAGGI

LEGISLAÇÃO CITADA

LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.

Institui o Código Civil.

CAPÍTULO II Da Filiação

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

- I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
- II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
- III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

(As Comissões de Direitos Humanos e Legislação Participativa; e de Constituição, Justiça e Cidadania, cabendo à última a decisão terminativa)

Publicado no DSF, em 21/12/2011.