



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**CAROLINA CAIRES ANDRADE**

**EFEITOS SUCESSÓRIOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL  
HOMÓLOGA *POST MORTEM* EM CASO DE  
CONSENTIMENTO DO *DE CUJUS***

Salvador  
2012

**CAROLINA CAIRES ANDRADE**

**EFEITOS SUCESSÓRIOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL  
HOMÓLOGA *POST MORTEM* EM CASO DE  
CONSENTIMENTO DO *DE CUJUS***

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Ana Thereza Meirelles

Salvador  
2012

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**CAROLINA CAIRES ANDRADE**

**EFEITOS SUCESSÓRIOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL  
HOMÓLOGA *POST MORTEM* EM CASO DE  
CONSENTIMENTO DO *DE CUJUS***

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

## **AGRADECIMENTOS**

A Professora Ana Thereza Meirelles, por estar sempre presente e disponível em cada etapa da construção deste trabalho, pelo apoio e incentivo nos momentos de insegurança.

Aos meus pais, por viverem ao meu lado cada momento de ansiedade, pela confiança passada em todas as etapas deste trabalho.

Ao meu amor, Ericsson Cavalcanti, por todo companheirismo e compreensão em todos os momentos da minha vida.

Aos funcionários da Biblioteca da Faculdade Baiana de Direito, por serem tão solícitos e disponíveis.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo precípua a análise dos efeitos sucessórios decorrentes da inseminação homóloga *post mortem*, com o consentimento do genitor falecido. Os avanços da biomedicina possibilitam que, por meio da criopreservação dos gametas, uma criança seja gerada mesmo após anos do falecimento de um de seus genitores. Ainda que seja uma possibilidade médica, a doutrina discute se seria uma possibilidade jurídica. Embora o Código Civil reconheça a possibilidade do emprego da técnica em comento, prevendo, inclusive, a presunção de paternidade, existe uma celeuma jurídica no que se refere aos direitos sucessórios. Nesse sentido, a legislação é silente, determinando como regra geral que apenas os já nascidos ou já concebidos ao tempo da abertura da sucessão poderão suceder. Diante dessa premissa, é possível entender que a criança gerada pela técnica de reprodução estudada não terá direito de suceder ao seu genitor ou genitora, se a concepção ocorrer após a morte de um deles. Em contrapartida, à luz dos preceitos e princípios constitucionais, não pode a legislação infraconstitucional promover a discriminação de um filho, independente de sua origem ou do momento em que foi concebido. Portanto, busca-se uma interpretação dos dispositivos do Código Civil que esteja em consonância com a Constituição Federal. Faz-se indispensável discutir o problema em questão, haja vista a imensurável insegurança jurídica gerada pelas contradições legislativas às famílias que se submetem a este método de reprodução assistida. Mostra-se indispensável a regulamentação do tema por uma legislação específica que o trate com a complexidade merecida.

**Palavras-chave:** inseminação homóloga *post mortem*; presunção de paternidade; direitos sucessórios; contradições legislativas; princípios constitucionais pertinentes.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
RA	Reprodução Assistida

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>08</b>
<b>2 REPRODUÇÃO HUMANA</b> .....	<b>12</b>
2.1 AVANÇOS BIOTECNOLÓGICOS .....	12
2.2 DIREITO À PROCRIAÇÃO .....	14
2.3 FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i> .....	21
2.4 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL .....	22
<b>2.4.1 Heteróloga</b> .....	<b>23</b>
<b>2.4.2 Homóloga</b> .....	<b>24</b>
2.5 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i> .....	25
<b>3 FILIAÇÃO E INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i></b> .....	<b>34</b>
3.1 TIPOS DE FILIAÇÃO .....	34
<b>3.1.1 Filiação legal</b> .....	<b>35</b>
3.1.2 Filiação biológica.....	36
3.1.3 Filiação afetiva .....	39
3.2 PARENTALIDADE E FILIAÇÃO NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i> .....	45
<b>4 DIREITOS SUCESSÓRIOS E INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i></b> .....	<b>48</b>
4.1 CAPACIDADE SUCESSÓRIA.....	49
<b>4.1.1 Sucessão legítima</b> .....	<b>51</b>
<b>4.1.2 Sucessão testamentária</b> .....	<b>53</b>
4.1.2.1 Prole eventual .....	56
4.2 PETIÇÃO DE HERANÇA .....	60
4.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES.....	60
<b>4.3.1 Princípio da Igualdade entre os Filhos</b> .....	<b>62</b>
<b>4.3.2 Princípio do Livre Planejamento Familiar</b> .....	<b>64</b>
<b>4.3.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana</b> .....	<b>66</b>
4.4 PROJETO DE LEI .....	67
4.5 DO DIREITO COMPARADO .....	68
<b>4.5.1 França</b> .....	<b>69</b>

<b>4.5.2 Espanha .....</b>	<b>70</b>
<b>4.5.3 Inglaterra .....</b>	<b>72</b>
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>78</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>83</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa analisar os efeitos jurídicos sucessórios na inseminação artificial homóloga *post mortem*, com o consentimento do genitor falecido. Tendo em vista a ausência de legislação específica a respeito do tema, busca-se uma solução justa e constitucional para a criança que foi gerada com a utilização do método citado. Em face dos princípios da igualdade entre os filhos, da dignidade da pessoa humana e do livre planejamento familiar indaga-se a constitucionalidade do tratamento desigual conferido a irmãos biológicos pelo ínfimo motivo da concepção ocorrer antes ou após a morte do genitor.

Os avanços científicos no campo da genética não são acompanhados pela produção legislativa. A idéia de parentesco passou por uma mudança fundamental com os avanços da biotecnologia. Não se trata só de um avanço científico, mas de uma evolução comportamental e psicológica, que mudou a concepção de paternidade e maternidade.

As contradições legislativas a respeito do tema geraram para o Direito e para a sociedade uma discussão incansável na busca por uma solução justa e satisfatória, à luz da Constituição Federal, que estabeleça quais serão os efeitos sucessórios na inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Faz-se necessário analisar o direito à reprodução assistida como consequência do direito à procriação e, em seguida, quais serão seus possíveis efeitos.

Ainda no primeiro capítulo serão trazidos conceitos médicos essenciais para a compreensão do tema. Nesse ponto será enfatizada a importância da biotecnologia para os avanços no âmbito da reprodução, e o descompasso das normas existentes com a realidade fática.

Nesse contexto o objetivo será demonstrar que, com os avanços científicos, surgem questões em torno da autonomia reprodutiva. Ademais, o propósito desse capítulo é propor uma análise do direito à procriação, a fim de que se possa sustentar o direito à implantação e a disponibilidade do sêmen, mesmo que falecido o marido ou companheiro.

Será feita uma distinção breve entre inseminação homóloga e heteróloga, tão somente com a intenção esclarecer como ocorre e quais os possíveis efeitos da inseminação homóloga *post mortem*. Urge salientar que o objeto de estudo é tão somente a inseminação na hipótese de consentimento do falecido, manifestando em vida seu desejo pela utilização do material genético criopreservado com fins reprodutivos.

Por fim, fez imperioso observar que na inseminação homóloga *post mortem* ainda não existiu concepção, havendo apenas o material genético criopreservado. Por este motivo não serão trazidas questões relativas ao início da vida, muito menos teorias a respeito do momento em que se considera realizada a concepção. No que se busca problematizar não existe ainda o embrião, pois deste caso se trata a fertilização *in vitro*. Será analisado, em verdade, se um dia o embrião poderá ser concebido e se existe disponibilidade do material genético reservado, que é o caso da inseminação artificial.

Em um segundo momento, serão abordados os tipos de filiação, a fim de demonstrar a importância dos laços biológicos, afetivos e legais para determinação da relação parental. Nesse ponto, busca responder quais são os vínculos decorrentes da geração de uma criança por meio de técnicas de inseminação assistida, com ênfase na hipótese de inseminação póstuma.

No quarto capítulo será feito um contraponto entre os direitos sucessórios e a inseminação homóloga *post mortem*. Nesse compasso, será discutido quem tem capacidade sucessória legítima ou testamentária. Ademais, serão expostas as diferenças entre o herdeiro legítimo e testamentário.

Ainda no âmbito da sucessão testamentária serão discutidas questões em torno da prole eventual, como exceção à regra de que apenas os concebidos poderão suceder. A finalidade neste momento é demonstrar que, mesmo gerando grande insegurança jurídica aos herdeiros já conhecidos no momento da abertura da sucessão, é um instituto devidamente regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro e amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência.

Outrossim, será analisada a ação de petição de herança, como remédio cabível para herdeiros que sobrevivem após a partilha do acervo hereditário. Nesse contexto, o

propósito é demonstrar que a insegurança jurídica sempre estará presente no direito sucessório.

Diante das contradições legislativas sobre o tema é indispensável que a solução advinha de uma interpretação do Código Civil à luz da Constituição. Por este motivo será estudado princípios constitucionais pertinentes, tais como: igualdade entre os filhos, livre planejamento familiar e dignidade da pessoa humana.

Na ausência de norma específica o Direito Comparado é de suma importância como base para uma construção normativa clara e coerente, desde que se faça a adequação à realidade social brasileira. Diante do esposado, faz-se imprescindível uma pesquisa direcionada a este tema, com a análise pontual dos direitos fundamentais do ser humano gerado, sob aspectos do Direito Civil e da Constituição, buscando apresentar sugestões que possibilitem a construção de uma normatização específica, satisfatória e fundamentada, que trate o tema com a importância merecida. Por este motivo, será realizada uma análise juscomparatista da França, Espanha e Inglaterra, em vista da forte influência no direito brasileiro. Neste ponto, procura-se estudar a normatização existente nos países elencados em contraponto com a realidade fática do Brasil.

O presente estudo é de grande relevância para o sistema jurídico brasileiro, haja vista que o legislador adotou uma posição abstencionista em relação à regulamentação dos efeitos sucessórios, deixando de se manifestar claramente sobre o tema, gerando uma imensurável insegurança jurídica quanto aos direitos sucessórios para os envolvidos nos procedimentos de inseminação artificial homóloga *post mortem*.

A morosidade da produção legislativa em descompasso com a evolução social não pode ser razão para deixar de solucionar a presente problemática, vez que é inaceitável a alegação de lacunas legais tendo em vista a atual evolução do direito, das técnicas de hermenêutica e da presença de todas as fontes de direito reconhecidas no ordenamento jurídico.

Ademais, para sociedade a discussão do tema alcança sua relevância máxima, vez que, enquanto o legislador não se posiciona regulamentando especificadamente os direitos sucessórios do ser humano gerado pela referida técnica, crianças estão

nascendo sob grande insegurança jurídica e submetidas a decisões de magistrados de primeiro e segundo grau.

Assim sendo, o tema ganha evidência com a multiplicação das clínicas especializadas em reprodução assistida, e a recorrência em que as técnicas vêm sendo aplicadas para solucionar casos até então insolúveis. Passa a ser uma das grandes celeumas jurídicas, tendo grande relevância não só para o Direito, mas para a população em geral.

É oportuno esclarecer que o legislador brasileiro se restringiu à regulamentar a presunção de paternidade decorrente do emprego da técnica em comento. E, ao mesmo tempo, determinou que apenas os já concebidos no momento da abertura da sucessão poderiam suceder. Neste ponto, aparentemente a criança concebida por inseminação homóloga póstuma não poderia ser um herdeiro legítimo, diferenciando-se dos demais filhos. Seria uma situação anacrônica, em que se reconhece a filiação, mas os efeitos que dela decorrem são cerceados. É essa questão que se pretende enfatizar neste trabalho, analisando as contradições legislativas, bem como a ausência de uma legislação específica, à luz dos preceitos fundamentais e dos princípios constitucionais.

## 2 REPRODUÇÃO HUMANA

É imprescindível tecer alguns comentários iniciais e conceituar algumas expressões relacionadas a presente pesquisa para melhor compreensão do tema.

Assim sendo, cabe esclarecer que a reprodução é a função que permite que seres vivos possam procriar, dando origem a semelhantes. Ocorre que, para algumas pessoas, tal função não pode ser naturalmente exercida por problemas de infertilidade ou esterilidade. Desta forma, a ciência buscou incessantemente soluções para que casais com dificuldade de procriação conseguissem realizar o sonho da maternidade e paternidade.

A reprodução medicamente assistida é um meio utilizado para viabilizar que casais ou pessoas sozinhas, com problema de infertilidade ou esterilidade, possam gerar descendentes.<sup>1</sup> Percebe-se que não se trata da cura da esterilidade, mas sim de um meio pelo qual, casais que jamais poderiam ter descendentes biológicos de forma natural alcancem o sonho da procriação. Consiste em técnicas desenvolvidas para auxiliar casais que, sozinhos, jamais conseguiriam ter filhos. Existe uma variedade de técnicas que se adéquam a dificuldade do casal.

### 2.1 AVANÇOS BIOTECNOLÓGICOS

A evolução da biotecnologia gerou grandes celeumas jurídicas, e as técnicas de reprodução assistida impulsionaram uma releitura das normas vigentes, haja vista que o conceito de família se modificou, assim como os conceitos de maternidade e paternidade. Na contemporaneidade passou-se a valorizar os vínculos afetivos e a vontade dos pais como principal condicionante para estabelecimento dos poderes parentais, sendo colocado em segundo plano o vínculo biológico<sup>2</sup>.

A própria concepção da procriação sofreu avanços até então impensáveis. Com os métodos contraceptivos a liberdade de procriação possibilitou o planejamento de

---

<sup>1</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 543-544.

<sup>2</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1 ed. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p.483.

filhos, e da própria estrutura familiar. E, em contra partida, os avanços da medicina possibilitaram que pessoas que jamais conseguiriam procriar naturalmente gerassem filhos.

O que até então era inconcebível passou a ser alcançável, viabilizando mais uma vez o livre planejamento familiar, vez que proporciona o controle da fecundidade. Os avanços médios e científicos, com a biotecnologia, ocorreram com celeridade tal, que para o Direito foi impossível acompanhar, gerando um descompasso entre a realidade social e as normas vigentes.

Nesse contexto de avanços científicos a bioética surgiu como medidora do relacionamento entre a ciência e a ética, a fim de se evitar uma reação negativa das sociedades às pesquisas, funcionando como um limite da tecnologia, na tentativa de promover a dignidade da pessoa humana<sup>3</sup>.

O Direito não deve se limitar ao discurso legal, precisando atentar-se as necessidades da realidade social. O caso concreto, especialmente no que concerne a área médica, deve ser analisado de forme interdisciplinar para que esteja em consonância com os anseios sociais<sup>4</sup>.

A importância fundamental da regulamentação específica dos avanços médicos trazidos pela biotecnologia concerne ao debate sobre a permissão para realizar o que é medicamente possível<sup>5</sup>. É indispensável e emergencial a imposição de limites aos procedimentos médicos, haja vista a insuficiência e incapacidade das disposições com fundamentações éticas do Conselho Federal de Medicina para regulamentar casos extremamente complexos.

---

<sup>3</sup> SOUZA, Allan Rocha de. CASTRO, Raul Murad Ribeiro de. JUNIOR, Vitor de Azevedo Almeida. **A constituição e a regulamentação da reprodução assistida**. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/01\\_726.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/01_726.pdf)>. Acesso em: 20 set 2012.

<sup>4</sup> SÁ, Maria Fátima Freire. NAVES, Bruni Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, 13.

<sup>5</sup> JANSEN. Brigitte E. S.. A nova biotecnologia e a medicina atual necessitam de um tipo diferente de insumo bioético, ou trata-se de conflito ético de interesses? *In*: CASABONA, Carlos Maíra Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes Queiroz. (coordenadores). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Edição 01. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 5.

## 2.2 DIREITO À PROCRIAÇÃO

Decorrente dos avanços supracitados surgem questões em torno da autonomia reprodutiva, e o direito de procriar passa a ser palpável. Este pode ser entendido como direito fundamental, pois “dentro da perspectiva do planejamento familiar, no campo da saúde relacionado à sexualidade e à procriação, é livre a decisão do casal.”<sup>6</sup>

A Constituição Federal, em seu art. 196<sup>7</sup>, prevê a saúde como direito de todos, bem como o dever do Estado de garanti-la, tanto de forma negativa, como de forma positiva. Cumpre esclarecer que a saúde não se refere apenas às condições físicas, vez que inclui o estado psíquico e mental da pessoa. Insta salientar que a saúde está intimamente ligada ao direito à vida, haja vista que pressupõe uma existência digna, tutelando o bem jurídico vida de forma a evitar qualquer lesão ou ameaça que o indivíduo possa sofrer durante sua existência<sup>8</sup>.

Posto isso, chega-se a conclusão que, sendo os direitos a vida e a saúde fundamentais, deve-se interpretá-los extensivamente, de modo a propiciar uma efetividade ampla. Desta forma, cabe ao Estado garantir o direito à vida digna, respeitando as particularidades de cada indivíduo. Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana, também contemplado como princípio fundamental, reforça esse dever estatal de propiciar uma existência digna, tutelando a vida e a saúde de cada indivíduo.

É importante perceber que o direito à saúde terá conteúdos distintos conforme a individualidade de cada sujeito. Especificadamente, no que se refere à saúde sexual e à procriação, a Constituição Federal não se cala, determinando que o planejamento familiar é de livre iniciativa do casal, vedando qualquer comportamento coercitivo por parte do Estado.

---

<sup>6</sup>ALBUQUERQUE, Carlos Cavalcanti. **Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório.** Disponível em <[www.ibdfam.org.br/anais\\_download.php?a=8](http://www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=8)>. Acesso em: 22 abril 2012, p. 09.

<sup>7</sup>BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, art. 196. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 22 abril 2012.

<sup>8</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais.** 1 ed.. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p.709.

Nesse compasso, a impossibilidade de procriar pode gerar uma série de transtornos psicológicos em um casal, ou até individualmente, o que, conseqüentemente, afetará a saúde mental e psicológica dos mesmos.

A Igreja Católica sempre adotou postura contrária a qualquer avanço científico que envolvesse a geração de pessoas, sob o argumento de que este seria campo divino, e apenas Deus teria o poder de originar novas vidas. Por este motivo, as técnicas de reprodução assistida eram repudiadas pelos católicos<sup>9</sup>.

Nesse sentido, Eduardo Oliveira Leite ensina que para Igreja Católica a procriação artificial era moralmente ilícita. Embora fosse uma possibilidade técnica, no campo da moral não era admitida. Então, a procriação só deveria ser admitida se fosse natural, por meio de copulação carnal entre homem e mulher casados<sup>10</sup>.

Nos casos em que a reprodução envolvesse doação de material genético de terceiros a rejeição da Igreja Católica era ainda maior, por considerar como infidelidade conjugal<sup>11</sup>.

Em contraponto, as igrejas protestantes consideram a procriação elemento secundário na relação conjugal, priorizando a relação afetiva entre os cônjuges. Nesse ponto, a procriação artificial não é vista com rejeição. Sempre que ficar comprovada a indispensabilidade da aplicação da inseminação artificial homóloga para a procriação, ela deverá ser admitida.<sup>12</sup>

Ainda persistem dogmas religiosos e morais na sociedade contemporânea, que transmitem grande carga de preconceito para aplicação de técnicas de reprodução assistida, sobretudo quando se trata da utilização de material genético de terceiro<sup>13</sup>.

Urge enfatizar que a religião, ainda hoje, influencia fortemente na sociedade, e, em consequência, no direito. Contudo, diante dos princípios e normas constitucionais, cabe fazer uma análise sistemática da aplicação da técnica, levando em

---

<sup>9</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1 ed.. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p. 655.

<sup>10</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 72.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>12</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1 ed.. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p. 656.

<sup>13</sup> QUEIROZ, Arryanne. Tecnologias reprodutivas e direito: algumas conexões. In: DINIZ, Debora. BULGLIONE, Samantha. **Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas?**. 1 ed. Brasília: Editora Letras Livres, 2002, p. 26.

consideração os reflexos psicológicos decorrentes que recairão sobre o casal, sobre a criança gerada, amigos e familiares, e, em última instância, na sociedade.

Analisando os aspectos psicológicos de um casal que não pode ter filhos Eduardo Oliveira Leite ensina que a infertilidade atinge psicologicamente o homem e a mulher. A reação da sociedade e dos familiares pesa sobre o casal, gerando uma reprovação em cadeia<sup>14</sup>.

Desta forma, a importância desse avanço da biotecnologia fica clara no âmbito psicológico, haja vista que a impossibilidade de procriar gera danos diretos ao relacionamento do casal. “Já houve época em que a esposa estéril poderia ser repudiada pelo marido em razão da sua impossibilidade para procriar, o que a tornava menos digna sob o prisma social e gregário.”<sup>15</sup> Ainda hoje existem resquícios dessa rejeição social em relação a pessoas que não podem gerar filhos, mas graças às técnicas de reprodução o problema vem sendo solucionado. É certo que a procriação deixou de ser vista como um dever da mulher, e passou a ser um desejo.

O modelo clássico de família, formado por um casal e por descendentes, ainda é almejado por grande parte da sociedade, sendo visto como o modelo ideal. É muito mais do que uma realização pessoal, trata-se de um projeto de vida, de um reflexo da personalidade, de uma necessidade biológica.

Diante do entendimento de que o direito à procriação advém do livre planejamento familiar, não existe possibilidade de reforma constitucional no que se relacione a ele. Cumpre salientar que direitos fundamentais, como direitos e garantias individuais, são limitadores do poder de reforma, na forma do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

Nesse mesmo sentido, Maria Berenice Dias afirma que “uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito do livre planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade<sup>16</sup>”. Por este motivo seria

---

<sup>14</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.102.

<sup>15</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1 ed. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p. 670.

<sup>16</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.123.

inadmissível restringir este direito em decorrência da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter às técnicas de reprodução assistida.

O planejamento familiar é livre, e não pode o Estado cercear esse direito. Se um casal não tem o privilégio de procriar por meios naturais poderá optar pela adoção, entretanto, se o desejo for ter laços de consanguinidade com seu descendente poderá escolher a procriação por meio da reprodução assistida. O planejamento familiar é um direito garantido constitucionalmente, notadamente em seu art. 226, *caput*, § 7º.

Nesse mesmo sentido, Ana Carolina Teixeira, defende que “o ato de procriar faz parte da natureza do ser humano”<sup>17</sup>, assim sendo, o direito à reprodução está intimamente ligado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, concluindo que, o impedimento da procriação seria uma redução da condição humana<sup>18</sup>.

Diante do esposado, é possível perceber que o direito à procriação deve ser garantido, por ser decorrente do direito à saúde, à vida e dignidade da pessoa humana. Contudo, cabe esclarecer que, assim como os demais direitos, o direito à procriação tem limites, não é um direito absoluto, considerando-se essencial para boa convivência em grupo o respeito pelos direitos dos demais indivíduos, de forma proporcional e ponderada.

A reprodução não envolve apenas o desejo dos genitores, portanto, é imperioso considerar a garantia e tutela do interesse da futura criança. Esse deve ser o maior limite. É indispensável analisar quais são as condições em que ela será originada, qual a estrutura familiar e social que será condicionada, buscando-se espeque no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A despeito desse tema, o Conselho Federal de Medicina se manifesta no sentido de viabilizar a aplicação das técnicas de reprodução assistida, inclusive, em usuários individuais, em Resolução n º1.957/2010:

[...]II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA: 1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos

---

<sup>17</sup>TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e utilização de útero de substituição. *In*: CASABONA, Carlos Maíra Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes.(Coord.) **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**.1 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 312.

<sup>18</sup> *Ibidem*, *Loc cit*.

limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente.[...]¹⁹.

Diante do exposto, entende-se que a falta de um companheiro não é óbice à reprodução assistida. Nesse sentido, diante do contexto em que vivemos, com as transformação e evolução social, o reconhecimento jurídico de novos modelos de família, até então repugnados pelo direito clássico, é descabível contemplar a exigência de um casal para autorização da aplicação de técnicas de reprodução assistida.

Nesse ponto, a Constituição Federal, na forma do art. 226, § 4º²⁰, reconhece expressamente a família monoparental. Essa aceitação trata-se de uma evolução social e psicológica, decorrente da transformação de hábitos e costumes.

Tomando-se como base o melhor interesse da futura criança, deve-se analisar a presença de requisitos básicos de planejamento familiar, da possibilidade do oferecimento de condições de vida saudável e digna, pautada em relações saudáveis de afeto, educação e amor.

Qualquer entendimento diferenciado tende a uma tentativa de ilegitimar institutos já consagrados em nosso ordenamento, como, por exemplo, a adoção póstuma. Esta se encontra expressamente contemplada no art. 42, §6º, do ECA²¹. Ora, considerando-se indigna a existência de uma criança sem pai, nascerá a necessidade da releitura de vários outros institutos que autorizam o desenvolvimento de uma criança sem o apoio de um pai ou de uma mãe.

Não seria pertinente considerar a incapacidade de uma pessoa sozinha propiciar à uma criança o desenvolvimento saudável, vez que no contexto em que a sociedade se encontra é possível a verificação sucessiva dessa prática com sucesso.

---

¹⁹BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1957/2010. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm)>. Acesso em: 22 abril 2012.

²⁰ BRASIL. **Constituição Federal**. [...]Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.[...]. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/constituicao\\_federal/cf226a230.htm](http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf226a230.htm)>. Acesso em: 03 ago 2012.

²¹ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.[...]§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. Disponível em: [http://www.dji.com.br/leis\\_ordinarias/1990-008069-eca/eca039a052.htm](http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/1990-008069-eca/eca039a052.htm). Acesso em: 04 jun 2012.

É oportuno explicar que esta pesquisa entende que a procriação é um direito à integridade físico-psíquica dos indivíduos. Posto isso, o acesso às técnicas de reprodução assistida não pode ser de forma indiscriminada, não pode o casal, ou um indivíduo sozinho, dispor livremente desse direito. Deve ser exigida indicação médica, pautada na necessidade da aplicação da técnica como meio que viabilize que pessoas solteiras ou casais que não podem ter filhos pelos meios naturais consigam gerar descendentes biológicos. Destarte, os médicos também devem estar submetidos a limites éticos e regramentos jurídicos que estabeleçam quais são as possibilidades, como deverão ocorrer, quais os efeitos, e quais os meios que cabem as referidas técnicas<sup>22</sup>.

A ausência de uma legislação específica, bem como as contradições legais existentes, causam um dano imensurável à sociedade. No Brasil, a busca por clínicas de Reprodução Assistida aumentou consideravelmente. Os métodos mais utilizados para viabilizar a procriação de casais com problemas de infertilidade já são oferecidos gratuitamente em hospitais públicos de São Paulo, o que, por si só, populariza as referidas técnicas<sup>23</sup>.

Pode-se afirmar que ainda são procedimentos pouco acessíveis para parte considerável da população, vez que são tratamentos muito onerosos, com medicações de alto custo, e a disponibilidade gratuita ainda é reduzida. Porém, a parcela da população que pode arcar com os custos utiliza os métodos de forma indiscriminada, haja vista que não há legislação específica que regule e limite tal prática, deixando a mercê de condutas médicas baseadas regras éticas criadas pelos próprios médicos que nem se aproximam da resolução do problema, haja vista sua complexidade. Isso, inclusive, tem possibilitado a concretização de desejos reprodutivos pautados em aspectos eugênicos.

De acordo com o supracitado, recorrem às técnicas de reprodução assistida pessoas com problema de infertilidade ou esterilidade, ou por qualquer outro empecilho existente à procriação.

---

<sup>22</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1 ed. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p.714.

<sup>23</sup>SÃO PAULO. Secretaria de Estado da Saúde. **Hospital estadual dobra capacidade de reprodução assistida pelo SUS**. Disponível em: [www.saude.sp.gov.br/ses/noticias/2012/marco/hospital-estadual-dobra-capacidade-de-reproducao-assistida-pelo-sus](http://www.saude.sp.gov.br/ses/noticias/2012/marco/hospital-estadual-dobra-capacidade-de-reproducao-assistida-pelo-sus). Acesso em: 23 mar. 2012, p. 01.

O objetivo final é proporcionar a reprodução artificial de filhos, a quem a natureza negou a possibilidade de procriar naturalmente. Para tanto, se reproduz no âmbito médico-científico o que o mundo jurídico já contempla à tempos com a possibilidade da adoção<sup>24</sup>. Ou seja, os avanços médicos-científicos possibilitaram que pessoas que não conseguiriam procriar naturalmente pudessem ter descendentes biológicos.

Define-se comumente o infértil como aquele casal que “não obtém gestação após manter relações sexuais, regularmente, pelo período de um ano, sem o emprego de qualquer método de anticoncepção”<sup>25</sup>. Trata-se de um problema do casal, e não de uma dificuldade individual. Já o termo esterilidade é uma incapacidade individual de conceber pelos meios naturais, nesse caso pode-se afirmar que é um problema do homem ou da mulher<sup>26</sup>.

Embora o objetivo central do desenvolvimento das técnicas de Reprodução Assistida fosse voltado para auxiliar casais com problema de infertilidade, tem-se hoje o uso desses meios para fins que não são médicos. À exemplo desses fins tem-se o uso dessas técnicas por homossexuais que desejam constituir família. Longe do objetivo dessa pesquisa discutir questões discriminatórias, mesmo porque se defende a tese da reprodução independente de um casal, mas esse fato fortalece a necessidade de regulamentação específica a respeito.

A utilização dos métodos de reprodução assistida encontra tutela legal decorrente do Direito à saúde e ao livre planejamento familiar, vez que além de solucionar problemas de infertilidade que até então eram insolúveis, ainda funciona como prevenção de doenças. Entretanto, é evidente a urgência de legislação que regule sua prática.

Raquel Alvarenga defende que, muitas vezes, utilizar-se da reprodução assistida é a ultima possibilidade que viabiliza uma gravidez, sendo quadro clínico do paciente determinante para definição do método adequado<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. Inseminação *post mortem* e a resolução n. 1957/2010 do conselho federal de medicina: do equívoco ético ao comportamento jurídico. In: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.) **Bioética e direitos fundamentais**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 189.

<sup>25</sup> CORLETA, Helena Von Eye; FRAJNDLICH, Renato. **Infertilidade – Introdução**. Disponível em <<http://www.abcdasaude.com.br/artigo.php?658>>. Acesso em 27 de março de 2012.p. 01.

<sup>26</sup> *Ibidem*, *Loc cit*.

<sup>27</sup> ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos Maíra Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. (Coord.) **Biociotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. 1 ed.. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 232.

Diante do exposto, conclui-se que o direito à procriação deve ser garantido, conquanto não seja absoluto, sendo limitado pelos demais direitos. Os meios artificiais só devem ser recorridos em último caso, quando ficar comprovado que é impossível conceber naturalmente.

Atualmente existem várias técnicas de reprodução assistida, sendo o objeto deste trabalho o estudo dos efeitos sucessórios no caso inseminação artificial homóloga *post mortem*. Urge enfatizar que não será discutida a natureza jurídica do embrião, nem os efeitos jurídicos decorrentes. Tratar-se-á tão somente da destinação do material genético criopreservado após a morte de seu titular primário e o efeito sucessório na hipótese de sua implantação. Neste caso, ainda não existe embrião, e não há discussão quanto a concepção, vez que esta obviamente não ocorreu.

Contudo, para melhor percepção do problema em questão, cabe realizar uma análise sumária das técnicas de reprodução divididas em dois grandes grupos, quais sejam, fertilização *in vitro* e inseminação artificial.

### 2.3 FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

Nesse método de reprodução medicamente assistida os espermatozoides fecundam os óvulos fora do corpo da mulher. Ocorrendo a fecundação e o desenvolvimento dos embriões eles serão transferidos para o útero para iniciar a gestação. É possível, ainda, que sejam colocados nas trompas de Falópio para que se desenvolvam e se multipliquem até adquirirem capacidade para implantação no útero da mulher<sup>28</sup>.

“Com a transferência de mais de um embrião existe uma maior probabilidade de que pelo menos um seja normalmente constituído e que possa ser implantado”<sup>29</sup>. Por consequência, a transferência de embriões aumenta as possibilidades de gravidez.

---

<sup>28</sup> ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. *In*: CASABONA, Carlos Maíra Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. (Coords.) **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. 1 ed.. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 232.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 234.

Após a implantação com sucesso é possível que existam embriões excedentários, que serão congelados para uma eventual utilização no futuro<sup>30</sup>.

É possível que os gametas utilizados na inseminação sejam do casal, caso em que a criança será filha biológica de ambos. Este é o caso da fertilização heteróloga. Entretanto, pode ocorrer de utilizar-se de gameta de um doador anônimo, neste caso, a criança gerada só terá vínculo consanguíneo um de seus pais, constituindo a fertilização heteróloga.

Cumprir destacar que no método em comento já existiu a concepção e a formação dos embriões. O tema central deste trabalho problematiza os efeitos sucessórios no caso de inseminação artificial homóloga *post mortem*, com o consentimento do genitor falecido, caso em que ainda não há embrião, existindo tão somente o material genético do falecido criopreservado. Por este motivo não serão discutidos quais os efeitos jurídicos da implantação do embrião excedentário, nem quais as suas tutelas do mesmo no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2.4 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

A inseminação artificial é uma técnica de reprodução humana medicamente assistida que consiste em introduzir o esperma no interior do canal genital feminino. Não existe a copulação carnal. Todo processo é realizado mecanicamente.<sup>31</sup>

Neste caso, a fecundação ocorre dentro do corpo da mulher. O material criopreservado é o gameta masculino, não existindo a formação de embrião fora do corpo da futura gestante. Por conseguinte, não existe a problematização dos embriões excedentários, tão pouco indagações sobre o início da vida. A formação do embrião ocorrerá dentro do corpo feminino após a implantação do gameta masculino, dando início à gravidez.

Contudo, para melhor percepção do problema em questão, cabe realizar uma análise sumária das técnicas de inseminação artificial dividindo-a em dois grandes

---

<sup>30</sup> ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos Maíra Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 234.

<sup>31</sup> GOMES, Maria Rosália Pinfieldi. **Reprodução Humana Assistida**. Disponível em: <<http://www.direitodefamilia.com.br/materia.asp?CodMater=160>> . Acesso em: 05 out 2012.

grupos, considerando como critério fundamental a origem do material genético. Sendo assim, temos as técnicas de inseminação homóloga e as técnicas de inseminação heteróloga.

#### 2.4.1 Heteróloga

A participação de terceiros, alheios ao casal que pretende ter acesso às técnicas de reprodução assistida, é o marco determinante para analisar quais os efeitos jurídicos decorrentes da reprodução.

Se os gametas utilizados, o espermatozoide ou óvulo, para a inseminação não pertencerem ao casal, que figurará como pai e mãe da criança, a fecundação será heteróloga, e, conseqüentemente, não haverá relação de consanguinidade<sup>32</sup>.

A inseminação artificial heteróloga, mais comumente, ocorre com a implantação artificial do material genético masculino dentro do útero da mulher. Essa técnica utiliza material genético doado por uma terceira pessoa. O mais comum é a utilização de material genético de outro homem, porém, insta salientar que é possível que o inverso ocorra, como, por exemplo, na hipótese de gestação por substituição<sup>33</sup>.

No caso em espeque, não há relação de consanguinidade entre o marido, ou companheiro, e a criança gerada. Assim sendo, é indispensável a autorização daquele para evitar problemas quanto a impugnação de paternidade. A exigência de autorização prévia para presunção de paternidade é feita na forma do art. 1597, V, do Código Civil<sup>34</sup>. Vale salientar que a declaração de vontade não precisa ser formal, podendo ser exteriorizada, inclusive, verbalmente.

Em casos como este, a importância da relação biológica é relativizada, vez que, a vontade declarada do casal e os laços afetivos gerados são suficiente para formar o vínculo de filiação.

---

<sup>32</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed.. Rev., aum. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

<sup>33</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1. ed.. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p. 736.

<sup>34</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1597, V. Disponível em <[http://www.dji.com.br/codigos/1940\\_dl\\_002848\\_cp/cp157a160.htm](http://www.dji.com.br/codigos/1940_dl_002848_cp/cp157a160.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2012.

Técnicas como esta são utilizadas para casais em que o marido ou companheiro tem problema de esterilidade, sendo necessário recorrer a um banco de sêmen à procura de um doador anônimo<sup>35</sup>.

#### 2.4.2 Homóloga

Nas técnicas de reprodução homóloga o material genético utilizado será do casal que deseja procriar. Assim sendo, a criança gerada terá laços de consanguinidade com ambos os pais<sup>36</sup>. Haverá uma coincidência integral de identidade genética entre os pais e a prole gerada.

Guilherme Calmon ensina que o fundamento mais importante para se estabelecer os vínculos de parentesco, tais como, paternidade, maternidade e filiação, é a identidade genética. Desta forma, no caso em comento se estabelecerá o parentesco natural, e a filiação será inegável<sup>37</sup>.

Diante dessa técnica o consentimento do genitor é dispensável para que lhe seja atribuída a paternidade. A verdade biológica prevalece e os direitos e deveres decorrentes desta condição lhe são impostos.

A inseminação homóloga é adequada para casais que, embora sejam férteis, tenham problemas para realizar a fecundação por ato sexual, seja por problema de impotência ou qualquer outro impedimento que impossibilite a copulação natural<sup>38</sup>.

Nas hipóteses elencadas, não há lacunas jurídicas quanto aos direitos de filiação e sucessórios, vez que nosso ordenamento jurídico é claro ao dispor sobre o tema no Código Civil, artigos 1.597<sup>39</sup> e 1.798<sup>40</sup>, estabelecendo a paternidade nos casos citados, exigindo apenas autorização prévia do marido ou companheiro quando

---

<sup>35</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 32.

<sup>36</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1. ed.. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p. 724.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 727.

<sup>38</sup> *Ibidem*, *Loc cit.*

<sup>39</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: **III** - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; **V** - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2012.

<sup>40</sup> *Ibidem*, Art. 1.798: Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Acesso em: 22 abr 2012

tratar-se de inseminação heteróloga<sup>41</sup>, bem como estabelece que o direito sucessório em ambos os casos, vez que a concepção ocorreu antes da abertura da sucessão.<sup>42</sup>

Nesse sentido, é oportuno esclarecer que entende-se por abertura da sucessão o momento posterior ao óbito do ator da herança<sup>43</sup>.

## 2.5 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

A problemática se evidencia quando tratamos de inseminação artificial homóloga *post mortem*. Isto é, aquela em que a concepção ocorre após a morte do marido ou companheiro<sup>44</sup>. Neste caso, ainda não existe embrião no momento em que o ex-cônjuge ou ex-companheiro falece, e, conseqüentemente, não se discute a problemática de embriões excedentários ou da origem da vida<sup>45</sup>. A concepção ocorrerá após a abertura da sucessão, e o Código Civil é taxativo ao determinar que só sucedem apenas os já nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão, excluindo, aparentemente, o direito sucessório de um filho concebido após a morte do genitor, já que, quando esta ocorreu, só haveria o sêmen congelado<sup>46</sup>.

Urge enfatizar que a regra geral é a utilização do material genético masculino, mas nada impede que o inverso ocorra, à exemplo da gestação por substituição. Por fins didáticos adotar-se-á o exemplo da morte do genitor e a utilização do seu material genético, por ser a hipótese mais comum.

Diante dos avanços da biotecnologia é possível que o material genético do companheiro seja conservado por anos, por meio de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita que a qualquer tempo sejam usados

---

<sup>41</sup>BRASIL. **Código Civil de 2002**. Art. 1597. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2012.

<sup>42</sup>*Ibidem*, *Loc cit.* art. 1.798.

<sup>43</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Volume VII, Direito das Sucessões. 3 ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 14.

<sup>44</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação**: O Biodireito e as Relações Parentais. 1 ed.. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p. 731.

<sup>45</sup> ALBUQUERQUE, Carlos Cavalcanti. **Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório**. Disponível em <[www.ibdfam.org.br/anais\\_download.php?a=8](http://www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=8)>. Acesso em: 22 abr. 2012.

<sup>46</sup> ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e biodireito**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=110>>. Acesso em: 22 abr. 2012, p. 01.

para realizar a fecundação, inclusive após a morte do dono do material. O material genético armazenado é um bem juridicamente protegido.<sup>47</sup>

Nesse sentido Guilherme Calmon aduz que:

[...] é possível que o sêmen, o embrião, e também o óvulo – quanto a este, as experiências científicas são mais recentes – possam ser criopreservados [...] o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida.[...]<sup>48</sup>

Assim sendo, a concepção do filho pode ocorrer anos após a morte de seu genitor.

Na ausência de legislação específica juristas discutem sobre o tema em busca por soluções que esclareçam quais são as qualificações jurídicas da criança gerada pela técnica supracitada. Não existe no Brasil legislação proibitiva de tal prática, entretanto, não há também permissão para seu uso, muito menos limites jurídicos para sua perpetuação. A possibilidade da utilização do material genético depois da morte do doador é controversa, sendo, inclusive, proibida em alguns países. Entretanto, não se pode ignorar que, com fundamento no princípio ontológico do Direito, tudo que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido. Desta forma, não resta dúvida de que a reprodução póstuma está autorizada.

A despeito, encontra-se divergências na doutrina. Há questionamentos sobre a viabilidade da realização desse método de inseminação, vez que não existe mais um casal, e, conseqüentemente, a criança já nasceria órfã de pai, motivo pelo qual a prática não é aconselhada por parte da doutrina.

Segundo Eduardo Oliveira Leite, trata-se de uma situação anômala, tanto em relação ao estabelecimento de filiação, quanto para atribuição de direitos sucessórios. Sobre a possibilidade de realização da referida técnica ele se manifesta afirmando que,

[...] a resposta negativa a um pedido desta natureza se impõe. E isto por diversas razões. Inicialmente, vale lembrar que tal pedido sai do plano ético reconhecido à inseminação homóloga; ou seja, se não há mais casal solicitando um filho, nada mais há que justifique a inseminação. [...] Nada

---

<sup>47</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes Queiroz. A disponibilidade do material genético – sêmem – após a morte do seu titular. *In*: CASABONA, Carlos Maíra Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes Queiroz. (coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. 1 ed.. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p.294.

<sup>48</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1. ed.. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p.732.

impede que nos questionemos se esta criança desejada pela mãe viúva não o é, antes de tudo, para preencher o vazio deixado pelo marido. Além disso, a viuvez e a sensação de solidão vividas pela mulher podem hipotecar pesadamente o desenvolvimento psicoafetivo da criança. Logo, a inseminação *post mortem* constitui uma prática fortemente desaconselhável [...] <sup>49</sup>.

Ainda advogando nessa tese, Guilherme Calmon defende que no estado atual do ordenamento jurídico brasileiro não há como se admitir a inseminação homóloga após a morte do titular do material genético, haja vista que não teria como se garantir o preceito fundamental da igualdade entre os filhos. Acrescenta que seria uma afronta a outros dispositivos constitucionais, tais como: o direito da criança à convivência familiar e o princípio da paternidade responsável. <sup>50</sup>

Entretanto, insta salientar parte significativa dos doutrinadores defendem a prática, como por exemplo, Maria Berenice Dias e Giselda Hironaka, fundamentando sob o direito à autonomia do planejamento familiar e o direito de gerar.

Segundo Maria Berenice Dias, havendo prévia autorização do falecido a inseminação artificial homóloga poderá ocorrer. Enfatiza, ainda, que não existe qualquer tipo de proibição quanto a este método, e a Constituição Federal veda qualquer tipo de tratamento desigual entre os filhos, consagrado pelo o princípio da igualdade entre os filhos. Por este motivo, é inadmissível que uma legislação infraconstitucional restrinja os direitos do filho concebido pela técnica em comento <sup>51</sup>.

Em conclusão, Maria Berenice Dias defende que “presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários” <sup>52</sup>.

Nesse mesmo sentido, Giselda Hironaka ensina que,

[...] supondo que tenha havido autorização e os demais requisitos tenham sido observados, admitindo-se, assim, a inseminação artificial homóloga *post mortem*, operar-se-á o vínculo paternal de filiação, com todas as consequências daí resultantes, conforme regra basilar da Constituição

---

<sup>49</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. Edição 01. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 155.

<sup>50</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1 ed.. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p. 733.

<sup>51</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das Famílias**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 359.

<sup>52</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 123

Federal, pelo seu art. 226, § 6º, incluindo os direitos sucessórios relativamente à herança do pai falecido [...] <sup>53</sup>.

Diante de todos os impasses decorrentes da técnica de reprodução prefalada, cabe estudar a disponibilidade do material genético após a morte do seu titular originário, deixando as questões sucessórias para análise em capítulo posterior.

Nesse compasso, urge lembrar o “caso Parpalaix”, que ocorreu na França, em 1984. Alain Parpalaix viveu um romance com Corine Richard. Algum tempo depois Alain descobriu que estava com câncer incurável nos testículos.

Diante da situação em comento, Alain reservou seu esperma em um banco de sêmen para usar futuramente. A doença avançava de forma avassaladora, e o casal mencionado resolveu oficializar a união se casando, contudo, dois dias após a cerimônia Alain veio à óbito.

Em vista de tudo que foi vivido, Corine continuava com o desejo de dar seguimento ao projeto parental que tinha com Alain. Por este motivo, procurou o banco de sêmen para resgatar o material criopreservado e se submeter às técnicas de reprodução medicamente assistida a fim de ter um descendente fruto do relacionamento com seu falecido marido.

Entretanto, o banco de sêmen se recusou realizar o procedimento por falta de precisão legal. Essa negativa deu origem a uma disputa judicial que repercutiu mundialmente.

Na França não existia lei que autorizasse a inseminação *post mortem*, contudo a controvérsia se dava em razão da existência de um contrato que previa a restituição do esperma. O banco de sêmen foi condenado a entregar o material genético para que a viúva realizasse o procedimento, debruçando-se somente na relação contratual entre as partes, e à obrigação de restituição prevista pelo Código Civil Francês.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões.** Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/98/78>>. Acesso em: 02 jul 2012, p. 71.

<sup>54</sup> PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução assistida: inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório.** Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 04 set 2012, p. 5.

Não foram discutidos quais efeitos jurídicos dessa decisão, ignorando-se a relação de filiação e sucessória decorrente da autorização. Ocorre que, no caso em espeque, a inseminação não logrou êxito, e, conseqüentemente, não houve geração de uma criança. Por este motivo, não existiu a necessidade de se discutir naquele momento as inúmeras problematizações decorrentes da inseminação homóloga *post mortem*.

Ainda hoje perdura a discussão sobre a disponibilidade do material genético após a morte de seu titular originário. Em virtude dos anseios sociais, a doutrina e jurisprudência vêm discutindo veementemente esse assunto, contudo, se faz mister que o legislador se posicione a respeito. É necessário que se estabeleça quais as possíveis destinações do material genético, deixando claro para quem, como e em quais condições ele poderá ser transferido após a morte.

Inicialmente cabe esclarecer a importância do instrumento contratual, denominado de contrato de recepção de sêmen, que vai estabelecer a relação entre o casal receptor de sêmen e o centro médico que armazenará o material genético e realizará o procedimento. O contrato é indispensável, inclusive no que concerne a segurança jurídica e à verificação de responsabilidade civil.

Nas palavras de Eduardo Oliveira Leite, na inseminação há duplicidade de consentimento. A mulher concorda ao se submeter aos procedimentos, e o homem concorda ao oferecer seu material genético para o fim comum de gerar uma criança.<sup>55</sup>

Os procedimentos em comento são realizados, com maior frequência, em clínicas particulares que cobram valores exorbitantes para a realização dos métodos.

Nesse sentido, Juliane Queiroz leciona que quando se separa o material genético e o armazena para uso futuro, há um bem juridicamente protegido. Em vida, o proprietário do material pode dispor do mesmo da forma que lhe for conveniente, respeitando os limites constitucionais quanto à gratuidade da disposição, conforme art. 199, parágrafo 4º da CF. Trata-se de um bem da personalidade *extra commercium*.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. 1 ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 346.

<sup>56</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes Queiroz. A disponibilidade do material genético – sêmem – após a morte do seu titular. *In*: CASABONA, Carlos Maíra Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes Queiroz.

O patrimônio de uma pessoa pode ser composto de bens mensuráveis economicamente, e de bens insuscetíveis de valoração, que compõem seu próprio corpo, gerando, conseqüentemente, a personalidade do ser. O Direito tutela cada um desses bens, observando as suas especificidades.

O corpo humano e suas partes, por serem bens insuscetíveis de valoração, não podem ser comercializados. Entretanto, insta salientar que o fato de não serem suscetíveis de comercialização não significa dizer que são indisponíveis<sup>57</sup>.

Nosso ordenamento jurídico consagra a possibilidade do homem poder dispor do seu corpo, inclusive após a morte, por disposição de vontade manifesta em vida ou por meio de autorização de seus familiares. A despeito, cabe enfatizar a obrigatoriedade da gratuidade no ato de disposição, conforme supracitado, bem como os pressuposto de validade para tal ato.

O corpo humano vivo, como um todo, é considerado indisponível. Contudo, algumas partes podem ser separadas sem prejuízo e podem ser dispostas.

O material genético masculino é uma parte do corpo humano que pode ser separado sem nenhum prejuízo, podendo, por conseguinte, ser disposto por seu titular. Ademais, trata-se de um bem que compõe o patrimônio de seu titular, insuscetível de valoração, mas reconhecido juridicamente, que pode se tornar objeto de relações sociais<sup>58</sup>.

Juliane Queiroz conclui que é da viúva e dos pais do falecido o direito de se manifestarem sobre a destinação do material genético, assim como ocorre com a destinação de qualquer outro órgão, substância ou tecido do “de cujus”.<sup>59</sup>

Em contrapartida, urge salientar o enunciado nº 106, aprovado na jornada de direito civil de 2002, determina que para que seja presumida a paternidade do marido falecido é indispensável que a genitora seja viúva, e que haja autorização expressa do marido para utilização do material genético após a sua morte com a finalidade de gerar uma criança<sup>60</sup>.

---

(coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. 1 ed.. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p.295.

<sup>57</sup> *Ibidem, Loc cit.*

<sup>58</sup> *Ibidem, Loc cit.*

<sup>59</sup> *Ibidem, Loc cit.*

<sup>60</sup> BRASIL. Enunciado nº 106, Jornada de Direito Civil de 2002: art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma

Aqui cabe ressaltar mais uma vez a importância do contrato de recepção, em que o titular do material genético deve deixar clara quais são as possíveis destinações do material criopreservado, inclusive após a sua morte. Na ausência dessas disposições o contrato incorrerá em erro, podendo gerar responsabilidade civil. Por este motivo, não se vislumbra a possibilidade da criopreservação sem assinatura de um contrato de recepção que contenha disposições sobre autorização ou proibição da utilização do material genético após a morte de seu titular originário.

O Conselho Federal de Medicina, em resolução de nº 1.957/2010, dispõe que deve ficar pré-estabelecido contratualmente a destinação do material genético, não apenas em caso de morte, mas, ainda, em caso de divórcio ou doença grave.

Analisando a resolução supracitada é possível perceber a necessidade de uma legislação específica que regulamente o tema estudado, não devendo ficar a mercê de regulamentações feitas pelos próprios médicos, que não alcançam a complexidade das relações decorrentes do emprego da técnica de reprodução assistida. Entretanto, na ausência de uma legislação específica, há de se considerar a importância da atuação do Conselho Federal de Medicina como limitador.

Desta forma, conclui-se que, assim como ocorre com qualquer outra substância, com os órgãos ou tecidos, havendo manifestação expressa em vida acerca da destinação do material genético após a morte, a vontade deve ser respeitada sendo concedida a destinação desejada.

Contrariando a tese afirmada, Mônica Aguiar diz que a morte revoga a autorização contratual, o que desautorizaria a realização da inseminação. Defende que os pais formam uma única parte na relação contratual, e que, mesmo se tratando da convergência de duas vontades, apenas unidas terão validade. Desta forma, a morte seria uma causa revogadora da autorização, mesmo porque deve ser assegurada a criança o direito a uma estrutura familiar formada por ambos os pais.<sup>61</sup>

Não merece prosperar a tese supracitada, haja vista que, como defende Maria Berenice Dias, ao regulamentar o art. 1.789 do CC, admitindo-se como sucessor

---

das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja em condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização do marido para que se utilize o seu material genético após a sua morte. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/ijornada.pdf>>. Acesso em: 20 jul de 2012.

<sup>61</sup> AGUIAR, Mônica. REIS, Sérgio Nogueira Reis. **Bioética no cinema**. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Nova Alvorada Edições, 2009, p. 46/47.

apenas os já concebidos, o legislador não percebeu os avanços científicos na área da reprodução humana. No caso de concepção homóloga não é simples o reconhecimento de que a morte opere a revogação do consentimento e, em consequência, impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O planejamento familiar originou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*. Ademais, a norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção<sup>62</sup>.

Percebe-se grande divergência na doutrina quanto ao assunto em comento, enfatizando ainda mais a importância de uma legislação específica sobre o tema, que esclareça as minúcias da complexidade do procedimento.

Em vista contradição legislativa a presente pesquisa busca problematizar a questão e trazer opções que solucionem o problema de acordo com a constituição, que compõe a normatização máxima da sociedade, levando-se em consideração os avanços sociais, e, inclusive, culturais.

Nesse sentido, Juliane Queiroz defende que “os novos direitos só poderão ser amparados sob a ótica social, se pudermos identificar, interpretando ao seu tempo, o modo de vida que se entende adequado para a época”<sup>63</sup>. A aplicação coerente da hermenêutica depende da interpretação conjunta com o contexto histórico em que se vive, devendo-se observar o nascimento de novos valores e de novos costumes, a fim de que a norma não esteja em descompasso com a realidade social.

A presente pesquisa entende que é indubitável a disponibilidade do sêmen pelo seu titular, sendo indispensável a declaração contratual da finalidade do seu armazenamento e sua destinação na hipótese de sua morte.

Entretanto, em observância à resolução do Conselho Federal de Medicina, a manifestação de vontade é indispensável, conforme dispositivo que segue: “VIII – Reprodução assistida post mortem: Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a)

---

<sup>62</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 123

<sup>63</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes Queiroz. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular. In: CASABONA, Carlos Maíra Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes Queiroz. (coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. 01 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 288.

para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.<sup>64</sup>

A autorização do falecido deve funcionar como demonstração do animus do constituir família, e que, de fato, o mesmo participou do projeto parental. Diante dos moldes aqui expostos não há como negar a disponibilidade de disposição do material genético após a morte do seu titular primário.

Reforçando este entendimento, Maria Berenice Dias leciona que a fertilização só poderá ocorrer após o falecimento se o “de cujus” tiver autorizado expressamente em vida. A autonomia da vontade da viúva é limitada pelo elemento volitivo, que demonstre claramente a intenção de utilização do material genético para fins reprodutivos<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> BRASIL. **Conselho federal de medicina**. Nº 1957/2010. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm)>. Acesso em: 12 ago 2012.

<sup>65</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 201, p. 359.

### 3 FILIAÇÃO E INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Ao regulamentar a presunção de paternidade o Código Civil dispõe, no art. 1.597, inciso III, que: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;[...]”

Desta forma, fica claro que a referida técnica de reprodução foi recepcionada pelo Código Civil, presumindo a paternidade decorrente da geração da prole por meio da inseminação artificial homóloga *post mortem*. Insta lembrar que trata-se de presunção *juris tantum*, vez que permite prova em contrário.

Nas palavras de Leila Donizetti “filiação é resultado do desejo de perpetuar a espécie, direito inerente a todo ser humano”<sup>66</sup>.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que, os princípios e garantias constitucionais, no que concerne o estabelecimento da paternidade, maternidade e filiação, demonstram grande preocupação com a garantia dos interesses da criança e do adolescente<sup>67</sup>.

Nesse compasso, falando-se em filiação, é imperioso ressaltar que deve ser observado o princípio do melhor interesse da criança, que deverá servir como norteador em qualquer legislação infraconstitucional que se relacione ao tema.

#### 3.1 TIPOS DE FILIAÇÃO

É oportuno esclarecer que o fim dessa classificação não é discriminar, de forma negativa, a constituição da filiação. Busca-se demonstrar que a evolução social, e, inclusive, jurídica, impulsionou a origem de uma realidade em que a própria concepção de maternidade e paternidade foi ampliada, com a valoração de relações socio-afetivas, bem como de relações de filiação com ausência de identidade biológica, fugindo do conceito formal de família.

---

<sup>66</sup> DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 27.

<sup>67</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro. São Paulo: Editora Renovar, 2000, p. 538.

Ante o exposto, consideram-se como fundamentos para a constituição do vínculo parental três hipóteses: filiação legal, filiação biológica e filiação afetiva.

### 3.1.1 Filiação legal

A Constituição Federal de 1989 representa a superação expressa da discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos, haja vista que procurou proteger os desiguais por meio da concessão de direitos inerentes a toda pessoa humana.<sup>68</sup> Em seu art. 226, determina que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do estado”<sup>69</sup>.

O fato de ser fruto de uma relação matrimonial ou extramatrimonial não influencia na constituição de filiação, ex vi do art. 226, § 6º, da Constituição Federal. Ademais, corroborando para a segurança e bem estar da criança o Estatuto da Criança e Adolescente determina, em seu art. 27, que “o direito ao reconhecimento do estado de filiação é personalíssimo, indisponível e imprescritível”<sup>70</sup>.

O ordenamento jurídico impõe hipóteses em que, independente da verificação do vínculo biológico, a paternidade é presumida, e, conseqüentemente, a filiação legal. Por esta, entende-se as hipóteses trazidas em lei, que permitem que, em casos específicos, a filiação seja estabelecida sem exigência de vínculo biológico ou afetivo.

A despeito, o Código Civil, em seu art. 1.597, determina quais são as hipóteses que haverá presunção de paternidade, cabendo, conquanto, prova em contrário. Para os fins da presente pesquisa, o enfoque será sobre o inciso III, contemplando a presunção de paternidade nos casos de inseminação artificial homóloga *post mortem*.

No caso em espeque, presume-se a filiação de filho nascido após o falecimento do pai, casado ou companheiro da genitora. A presunção é que há relação de consanguinidade, conquanto, cabe repetir que a presunção é relativa, sendo cabível

---

<sup>68</sup> DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 30.

<sup>69</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, art. art. 226, § 6º. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 12 abril 2012.

<sup>70</sup> BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**, art. 27. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso: 12 abril 2012.

prova da inexistência do vínculo biológico, em conformidade com o artigo supracitado.

Na inseminação artificial homóloga póstuma há a presunção, e, nesse caso, considerando-se que foram cumpridos os requisitos autorizadores do emprego do método, não caberá prova contrária vez que também está presente a relação de consanguinidade<sup>71</sup>.

Fica, novamente, comprovada a impossibilidade vedação à relação de filiação entre o “*de cujus*” e a criança gerada por meio da referida técnica, diante do fundamento do dever de resguardar o melhor interesse da criança, bem como seus direitos fundamentais, sobretudo, o direito à convivência familiar.

### 3.1.2 Filiação biológica

Neste caso, encontra-se constatado o vínculo biológico. A criança possui vínculo de consanguinidade com seus genitores. Independe da existência de uma relação afetiva entre os pais, ou da vontade comum dos mesmos.

Alec Jeffreys, em 1985, descobriu que seria possível identificar cada ser humano de acordo com a leitura genética de cada indivíduo.<sup>72</sup> Falava-se aqui da possibilidade de identificação da identidade genética por meio do exame de DNA.

Segundo Leila Donizetti “pelo sistema biológico, filho é aquele que detém os genes do pai”<sup>73</sup>. Logo, a descoberta do exame de DNA foi de fundamental importância para o direito, eis que constitui prova inequívoca da relação biológica entre duas pessoas, possibilitando que seja traçado o grau de parentesco.

Para o direito brasileiro, o reconhecimento da paternidade traz consigo direitos e deveres do pai em relação à criança, “tais como: direito de usar o nome do pai, o direito de alimentos, o direito à herança”<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*. **Revista Síntese de Direito de Família nº 65**. São Paulo: Editora Síntese, abril/maio.2011, p. 10-11.

<sup>72</sup> DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 34/35

<sup>73</sup> *Ibidem, loc cit.*

<sup>74</sup> *Ibidem, loc cit.*

Havendo a filiação biológica gera-se, conseqüentemente, o dever de sustendo, tanto monetário, quanto psicológico, conforme art. 22, do ECA<sup>75</sup>.

Qualquer entendimento que afaste a criança gerada do direito de ter sua filiação reconhecida será uma infração direta ao ECA, que, em seu art. 27, determina que o reconhecimento deste direito é personalíssimo, indisponível e imprescritível.

Insta salientar que o ordenamento jurídico brasileiro se limita a determinação da filiação biológica com o exame de DNA, haja vista que não tem o poder de estabelecer qualquer vínculo afetivo entre o pai e o filho. Ainda assim, é garantida a criança todos os direitos prefalados decorrentes do estado de filiação.

Na inseminação artificial homóloga *post mortem* há também a coincidência biológica entre os pais e o nascido. Assim sendo, reforçado está o entendimento da existência da filiação neste caso.

### 3.1.3 Filiação afetiva

Segundo Fabio Ulhoa Coelho filiação sócio-afetiva é constituída “entre um adulto e uma criança ou adolescente, que, sob o ponto de vista das relações sociais e emocionais, em tudo se assemelha a de pai ou mãe e seu filho”<sup>76</sup>.

Paulo Luiz Netto Lôbo leciona que estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, e dele decorrem direitos e deveres<sup>77</sup>.

A relação socioafetiva entre os pais e a criança tende a ser o fator condicionante de maior importância para o estabelecimento da relação parental, pautado no princípio basilar do melhor interesse da criança. Nesse sentido justifica-se a adoção, e, em casos determinados, à posse de estado do filho<sup>78</sup>.

Leila Donizetti defende que o vínculo biológico é insuficiente para estabelecer vínculo de filiação entre pai e filho, pois a convivência familiar é de suma importância

---

<sup>75</sup> BRASIL, **Estatuto da Criança e Adolescente**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 21 maio 2012.

<sup>76</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Vol. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 160.

<sup>77</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 325

<sup>78</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1 ed.. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p. 482

nessa relação. É um erro dos operadores do direito considerarem o vínculo de consanguinidade, confirmado pelo exame de DNA, sem observar a relevância das complexas relações humanas.<sup>79</sup>

A relação de filiação deve ser pautada na afetividade, no desejo de criar uma família, de se responsabilizar pelo outro, de se doar, não devendo ser considerada apenas na sua acepção patrimonial.

Os laços afetivos derivam do desejo de ser pai ou mãe, de se responsabilizar pela vida e bem estar do outro, e não meramente do sangue.

Segundo Eduardo Oliveira Leite,

[...] as indagações doutrinárias mais recentes tem insistido, de forma cada vez mais frequente e firme, que a filiação não é somente fundada sobre os laços de sangue; o vínculo sanguíneo determina, para a grande maioria dos pais, um laço fundado sobre a vontade da aceitação dos filhos. Logo, a vontade individual é a sequência ou complemento necessário do vínculo biológico. [...]<sup>80</sup>

No tocante ao tema central do trabalho, mais uma vez é reforçado o entendimento de que há relação de filiação entre o falecido e a criança que foi gerada com seu material genético, mesmo tendo a concepção ocorrido após a morte daquele. É oportuno lembrar que, neste caso, há a vontade expressa do “*de cujus*” da utilização do material genético, há o desejo da filiação, e em momento algum pode ser revogado sem seu consentimento.

O desejo de ter um filho, de se responsabilizar por ele, de fazer parte de sua vida, deve se prolongar, mesmo após a morte do genitor. Um pai que morre por causas naturais antes do nascimento de seu filho não deixará de ser pai por isso, e sua importância na vida da criança não será diminuída. Muitas crianças perdem seus pais cedo, mas todas elas tiveram um pai. Saber que tem um pai, ainda que ele já tenha falecido, é de suma importância para estruturação psicológica da criança.

Ademais, insta salientar a importância da igualdade entre os filhos, independente de sua origem. Seria uma situação anacrônica considerar que um filho biológico poderá ter seu direito de reconhecimento de filiação cerceado apenas pelo fato de ter sido

---

<sup>79</sup> DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 36/38.

<sup>80</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 203.

concebido após a morte de seu genitor. Já encontra-se pacificada, tanto judicialmente, quanto socialmente, a hipótese de estabelecimento de filiação mesmo após a morte do pai, sem, se sequer, exigem relação biológica, como, por exemplo, no caso da adoção póstuma.<sup>81</sup> Tentar limitar o projeto parental *post mortem* seria claramente um retrocesso.

Por fim, conclui-se que a criança gerada por inseminação artificial homóloga *post mortem* estabelece todos os vínculos de filiação mencionados no trabalho.

### 3.2 PARENTALIDADE E FILIAÇÃO NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

É indiscutível o vínculo parental estabelecido, haja vista que biologicamente não tem como se negar a paternidade. Haverá laços de consanguinidade, e, como supracitado, a paternidade será presumida. O material genético utilizado é do casal, e, conseqüentemente, a prole gerada é biologicamente filho de ambos. Conquanto, mesmo sendo indiscutível a paternidade biológica, o ordenamento impôs, ainda, a presunção da paternidade jurídica. Em conformidade com o artigo supracitado, a criança gerada pela referida técnica tem seu direito de filiação garantido pelo nosso ordenamento jurídico, estabelecendo-se tanto a filiação natural, quanto a filiação civil.

Porém, é de suma importância esclarecer que a autonomia da vontade é limitada. A despeito, a Resolução n. 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina estabelece que:

#### [...]V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-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 de **falecimento de um deles ou de ambos**, e quando desejam doá-los[...]<sup>82</sup>. (grifo nosso)

<sup>81</sup> DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*. **Revista Síntese de Direito de Família nº 65**. São Paulo: Editora Síntese, abril/maio. 2011, p. 10.

<sup>82</sup> BRASIL. **Conselho federal de medicina**. Nº 1.957/2010. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2012.

É oportuno esclarecer que o dispositivo regulamenta a criopreservação de gametas e pré-embriões, conforme o título mesmo, ainda que, ao determinar a manifestação de vontade, não tenha mencionado os gametas. Deve-se analisar a resolução inteiramente, o que possibilita o entendimento de que há claramente a exigência da manifestação de vontade nos casos de criopreservação dos gametas.

Destarte, havendo consentimento expresso e escrito do “*de cujus*” não há legislação que vede a utilização do material, assim como não há hipótese que negue o reconhecimento da filiação. Nesse ponto, é perfeitamente invocável o direito à liberdade, garantido constitucionalmente pelo art. 5º, inciso II, da Constituição Federal. Assim sendo, decorrente da ausência de qualquer norma que vede a utilização do material genético do genitor, o método está juridicamente permitido.

Eduardo de Oliveira Leite entende que, diante de problemas que impossibilitem a procriação natural, a decisão de recorrer a métodos de inseminação artificial para gerar um filho deve ser comum ao casal, assim como o desejo de ter um filho naturalmente. A busca por métodos não naturais deve decorrer de um projeto parental comum, que atenda ao desejo de ambos<sup>83</sup>.

Porém, há ainda divergência doutrinária quanto a possibilidade de relação parental entre o “*de cujus*” e a prole gerada pelos referidos métodos. Nesse sentido, existem teses distintas a despeito da proteção da vontade de procriar depois da morte.<sup>84</sup> A esse respeito, a doutrina se diverge formando dois grupos que advogam teses distintas.

Há um posicionamento restrito que nega qualquer direito à filiação à prole gerada por meio da inseminação artificial *post mortem*. Aduzem, em síntese, que a morte teria efeito revogatório da permissão da utilização do material genético para procriação pela técnica ora estudada. Defendem que, ainda que ocorra a inseminação artificial após a morte do genitor, a prole concebida será filho apenas do sobrevivente, vez que não existe autorização válida do falecido.

Nesse sentido, Mônica Aguiar leciona que:

[...] Na inseminação artificial *post mortem*, a morte funciona como causa revogadora da permissão do emprego da técnica médica. [...] A procriação resultante de um desejo unilateral foge a bilateralidade que caracteriza o

---

<sup>83</sup>LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. 1 ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 346 e 153.

<sup>84</sup>AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 117.

autêntico projeto parental e, pois, não pode provocar efeitos em relação a quem não se manifestou, ao tempo da inseminação artificial, pela assunção desse desiderato[...] <sup>85</sup>.

Continua o raciocínio afirmando que ambos os cônjuges, ou companheiros, formam uma única parte, com vontades que convergem entre si. Logo, a declaração de vontade somente terá validade jurídica quando unidas. Sendo a morte causa revogadora da manifestação de vontade enquanto vivo do falecido, não haverá a união das declarações, logo, o procedimento de inseminação *post mortem* não estará autorizado <sup>86</sup>.

Defende a existência de um consentimento prévio à conservação do material genético, contudo, antes da realização da inseminação deve-se haver novo consentimento, que represente a vontade comum do casal.

Diante desses argumentos, alegam que o inciso III, do art. 1.597 do Código Civil, deve ser suprimido, para que garanta que a criança só nascerá com possibilidade de convivência familiar, em ambiente que proteja sua dignidade. Nesse sentido, o projeto parental deve ser formado pela mãe e pelo pai, e a procriação unilateral foge desse ideal, não podendo, conseqüentemente, provocar efeitos para quem não consentiu ao tempo da inseminação propriamente dita <sup>87</sup>.

Mônica Aguiar conclui afirmando que o inciso III, do art. 1.597, do Código Civil é inconstitucional, por ferir o princípio constitucional da isonomia de direito entre homens e mulheres, por proteger apenas a viúva, uma vez que se refere apenas a filiação *a patre*. Em virtude dessa inconstitucionalidade é possível o reconhecimento, tão somente, da filiação *a matre*, afastando a presunção prevista no inciso em comento. <sup>88</sup>

Desta forma, o nascido será filho apenas da mãe, afastando-se a presunção de paternidade contemplada no art. 1.597 do Código Civil.

Fundamenta-se esse entendimento no fato de que o art. 1.597 do Código Civil só regulamentou a presunção de paternidade, sendo silente quanto aos direitos sucessórios. Por fim, alega que a prática não pode ser considerada lícita no

---

<sup>85</sup>AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p 118/119.

<sup>86</sup> *Ibidem*, *Loc cit.*

<sup>87</sup> *Ibidem*, *Loc cit.*

<sup>88</sup> *Ibidem*, *Loc cit.*

ordenamento jurídico brasileiro por ser uma violação flagrante ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos<sup>89</sup>.

Não há de se admitir este entendimento, haja vista que existindo um projeto parental composto pelo o desejo comum do casal de gerar descendentes, um fato imprevisível da vida não pode vedar a possibilidade dessa realização, como, por exemplo, uma morte inesperada antes da concepção. Ora, se um casal inicia o tratamento da Reprodução Assistida, mas antes da concepção o marido vem a óbito, é inaceitável o entendimento da inexistência da relação parental, pautada na desconsideração da vontade do falecido e da existência de um projeto parental.

Qualquer entendimento contrário, em relação à filiação, violaria o princípio fundamental da igualdade entre os filhos, conforme art. 1.596 do Código Civil, em homenagem ao artigo 5º, *caput*, inciso II, e artigo 227, parágrafo 6º, ambos da Constituição Federal. É inadmissível que a concepção após a morte de um dos genitores seja fato cerceador do direito de filiação.

Olga Jubert Gouveia Krell defende que é válida a manifestação de vontade do homem de ter filhos por meios medicamente assistidos, mesmo após a sua morte. Logo, a morte não funcionaria como causa revogadora da manifestação de vontade.<sup>90</sup>

Continua o raciocínio afirmando que, “o surgimento de um filho artificialmente gerado após a morte do “de cujus” não causa efeitos patrimoniais relativos ao espólio e aos herdeiros, constata-se que este filho sofreria um dano patrimonial ao ser excluído da sucessão hereditária”<sup>91</sup>.

Eduardo de Oliveira Leite desaconselha tal prática, vez que, dada à inexistência de um casal, não há o que justifique a inseminação. A possibilidade de aceitação do procedimento pode causar danos psicológicos tanto para criança, como para a mãe. A condição de viuvez pode ser fator que potencialize a vontade de ter filho,

---

<sup>89</sup> AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p 118/119.

<sup>90</sup> KRELL, Olga Jubert Gouveia. As principais questões jurídico-civis ligadas às técnicas de reprodução assistida e o seu tratamento. **Revista do mestrado em direito**. Maceió: Edufal, vol. 2, nº 03, 2008, p.167

<sup>91</sup> *Ibidem*, *Loc cit*.

provocando uma relação desajustada em que o nascido venha para preencher o vazio deixado pelo falecido.<sup>92</sup>

Faz-se necessário refutar a tese exposta, vez que já é sabido que a vontade de ter filhos já existia no momento da autorização do armazenamento do material genético. Desvalorizando-se a condição de uma mãe sozinha desempenhar os deveres de assistência, inclusive psicológica, ao nascido, estar-se-á iniciando uma discussão sobre todas as possibilidades em que o sistema jurídico confere a uma mãe o poder de exercer a responsabilidade sozinha. Nesse sentido, se justificaria o aborto em casos que o pai da criança viesse a óbito antes do nascimento de seu filho, sob fundamentos de que seria indigno nascer sem pai, e que os transtornos psicológicos seriam muito grandes podendo provocar sequelas irreparável.

Aparentemente, esse entendimento ignora os princípios basilares do direito de família, tais como: o livre planejamento familiar, a igualdade entre os filhos, e, principalmente, a dignidade da pessoa humana.

Não há de se admitir coisificação da criança gerada, desconsiderando não apenas os laços de consanguinidade, como também a liberdade do planejamento familiar, com a vontade expressa em vida pelo “*de cuius*”. Nosso ordenamento jurídico veda, por exemplo, a desigualdade entre filhos biológicos e adotados. Desta forma, é inaceitável que consinta com a discriminação da prole gerada após a morte do genitor, principalmente diante da relação de consanguinidade.

Em um viés mais moderado, há doutrinadores defendendo que, tendo em vista a relação biológica, não há como se negar o direito à filiação.

Para Guilherme Calmon a origem biológica deve ser considerada como fundamento mais importante para se estabelecer vínculos de maternidade e paternidade, vez que se trata de um parentesco natural.<sup>93</sup>

Na inseminação artificial homóloga *post mortem* o material genético utilizado pertence ao pai e a mãe da criança gerada, havendo compatibilidade completa dos

---

<sup>92</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. 1 ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 155.

<sup>93</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1. ed.. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p.727.

vínculos de consanguinidade<sup>94</sup>. No momento em que fornecem o material genético é flagrante a manifestação de vontade de ambos.

Fabio Ulhoa Coelho defende que “o homem que tiver se submetido a técnicas de fertilização assistida homóloga uma vez na vida pode, enquanto vivo ou depois de morto, ser pai contra sua expressa declaração de vontade”. Diante dessa afirmativa fica clara a importância da relação biológica entre os genitores e seus descendentes. Conclui o entendimento dizendo que a criança teria direito ao reconhecimento de paternidade mesmo após o falecimento de seus genitores.<sup>95</sup> Assim, considera-se os direitos fundamentais da criança gerada, bem como contempla-se o direito de livre planejamento familiar.

No que concerne ao elemento volitivo, é importante perceber que sua presença, por se só, fundamenta o estabelecimento da filiação. A autorização para utilização do material genético para fins reprodutivos vincula e responsabiliza o titular originário do gameta, mesmo depois de sua morte.

A manifestação de vontade demonstra claramente o desejo de gerar descendentes. Fica evidente a existência do planejamento familiar, que não desaparece com um óbito de um dos pais. Há o sonho da gestação, e há afetividade relacionada com o eventual sucesso da fecundação.

Desta forma, é possível entender que a filiação é um efeito decorrente da inseminação homóloga *post mortem*.

Maria Berenice Dias reforça este entendimento, afirmando que nos casos em que existe a autorização do falecido a inseminação homóloga *post mortem* está autorizada, presumindo a paternidade do filho concebido, mesmo após a morte de um dos genitores<sup>96</sup>.

Nesse mesmo sentido, Giselda Hironaka ensina que o vínculo paternal de filiação decorre da inseminação artificial *post mortem*<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1. ed.. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003.

<sup>95</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Vol. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 149/150.

<sup>96</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das Famílias**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 359.

<sup>97</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/98/78>>. Acesso em: 02 jul 2012, p. 71.

#### **4 DIREITO SUCESSÓRIO E INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM**

Para análise do tema faz-se necessário tecer algumas considerações gerais sobre direitos sucessórios pertinentes ao tema em desenvolvimento.

Carlos Roberto Gonçalves aduz que “a palavra “sucessão”, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens.”<sup>98</sup>

Nas palavras de Claudia de Almeida Nogueira o Direito das Sucessões engloba todas as normas referentes à transmissão do patrimônio do falecido aos seus sucessores decorrente da morte daquele<sup>99</sup>.

A sucessão pode ocorrer em relações *inter vivos*, quando se muda a titularidade de um bem ou direito, à exemplo do que ocorre no direitos da obrigações ou no direito das coisas. Entretanto, o presente estudo fala de sucessão *causa mortis*, isto é, a sucessão decorrente do falecimento de alguém.

Orlando Gomes ressalta que a morte não é o único pressuposto para sucessão, mas também a vocação hereditária, que tem como fonte mediata a lei, estabelecendo a ordem de herdeiros naturais. Entretanto, pode ter, como fonte imediata, o testamento, que representa a liberdade do autor da herança de indicar seus sucessores.<sup>100</sup> Insta salientar que essa liberdade é legalmente limitada, pois parte do acervo hereditário é indisponível, como será tratado adiante.

Embora essencialmente patrimonial, por se tratar da mudança de titularidade de bens e direitos, a sucessão encontra-se impregnada no direito de família, tendo repercussões psicológicas e sociais.

---

<sup>98</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1.

<sup>99</sup> NOGUEIRA, Claudia de Almeida. **Direito das sucessões: comentário à parte geral e à sucessão legítma**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

<sup>100</sup> GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 10.

Nesse sentido Orlando Gomes continua afirmando que “o poder de designar herdeiros é limitado em disposições legais ditadas no interesse da família, da concentração ou da fragmentação do patrimônio familiar.”<sup>101</sup>

Reforçando este entendimento Giselda Hironaka ensina que, embora uma das justificações do direito sucessório seja pautada no direito à propriedade, ele também tem como base o direito de família. O legislador considerou os valores familiares para dispor sobre os regramentos sucessórios, sem deixar os descendentes desamparados, e sem diferenciá-los. Ademais, deu a devida importância aos ascendentes, garantindo-lhes o direito de concorrência à sucessão, por entender que os pais são a base para formação da vida e do caráter, e que devem ter direitos a privilégios. O legislador foi mais longe, concedendo ao cônjuge ou companheiro o direito de suceder, em concorrência com os descendentes, e, na falta destes, em concorrência com os ascendentes. Agindo assim, o legislador demonstrou que o direito sucessório não se justifica apenas no direito de propriedade, mas se fundamenta no direito de família, a fim de proteger a unidade familiar e perpetuá-la<sup>102</sup>.

O próprio regramento do direito sucessório prevê exclusão de herdeiro decorrente da indignidade ou deserdação. Posto isto, fica claro que não pode dissociar este instituto do viés emocional e familiar.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves leciona que a sucessão hereditária tem como base afeição do falecido pelo sucessor. O rompimento dessa afetividade, por meio da prática de atos de inequívoco desprezo, falta de gratidão e desrespeito contra o autor da herança, ou seus familiares, e ainda por atos delituosos ou reprováveis contra o falecido, torna o herdeiro ou legatário indigno de suceder.<sup>103</sup>

As causas de exclusão por indignidade estão elencadas no art. 1.814 do Código Civil<sup>104</sup>, sendo possível perceber neste instituto a forte ligação entre direito de família e direito sucessório.

---

<sup>101</sup> GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 10

<sup>102</sup> HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. Direito das Sucessões. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord). **Direitos das Sucessões**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 5.

<sup>103</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Vol VII, Direito das Sucessões. 3º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 93.

<sup>104</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002, Art. 1.814**. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

No que concerne à deserdação, as hipóteses são mais extensas, mas em todos os casos que existe exclusão por indignidade poderá haver deserdação.

O objeto do trabalho não é discorrer sobre as hipóteses de exclusão do herdeiro da sucessão de forma aprofundada, buscando tão somente demonstrar como o direito sucessório está eivado do direito de família e de seus princípios. Malgrado, como supracitado, admita-se que a essência do direito sucessório é patrimonial.

Superada as regras antigas, que diferenciava filhos primogênitos dos demais, na contemporaneidade preserva-se a sucessão igualitária para herdeiros que se encontrem no mesmo grau. É nesse sentido que dispõe o Código Civil, ao afirmar que concorrem igualmente todos os descendentes.<sup>105</sup> Como citado correntemente nesta pesquisa, à luz da Constituição Federal, é vedada a desigualdade entre os filhos, devendo ser ignorada a sua origem, a relação biológica ou qualquer outro fator.

A sucessão representa a continuidade de um legado, e, conseqüentemente, a continuidade da vida que atravessa gerações.

Tais considerações são indispensáveis para entendermos que não há como aceitar que exista filiação sem direito sucessório, haja vista que o direito das sucessões demonstra-se intimamente ligado ao direito de família, a preservação e continuidade da família. O legislador pátrio teve como influência basilar para elaboração do regramento sucessório a família, foi assim que ficou determinada a ordem de vocação hereditária. Ademais, não há como negar a essência afetiva das relações sucessória, reafirmadas pela possibilidade de exclusão da sucessão o indigno, e ainda pela deserdação. É indubitável o viés familiar como grande influência para o direito sucessório, ainda que seja inegável que é essencialmente patrimonial, por se tratar da mudança de titularidade de bens e direitos.

---

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;  
II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;  
III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

<sup>105</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. 1.835. Disponível em <[http://www.dji.com.br/codigos/1940\\_dl\\_002848\\_cp/cp157a160.htm](http://www.dji.com.br/codigos/1940_dl_002848_cp/cp157a160.htm)> Acesso em 10 abril 2012

#### 4.1 CAPACIDADE SUCESSÓRIA

A capacidade sucessória é uma condição que permite ao indivíduo receber a herança. Trata-se de um pressuposto para ser titular do direito sucessório invocado<sup>106</sup>.

A regra geral, decorrente de uma leitura sumária do art. 1.798, do Código Civil de 2002<sup>107</sup>, estabelece que são capazes para suceder os já nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão.

Por abertura da sucessão entende-se que é o exato momento do falecimento, e, sucessivamente, se apura a capacidade para suceder<sup>108</sup>.

Nesse sentido, analisando a sucessão da pessoa física, entende-se que não há a exigência do nascimento, e assim sendo, o nascituro também possui capacidade sucessória, conquanto tenha como condição o nascimento com vida. Desta forma, se o genitor falecer durante a gestação de seu filho, a este estará assegurado todos os direitos inerentes ao estado de filiação.

Segundo Maria Helena Diniz, o nascituro tem capacidade sucessória excepcional, já que só sucederá se nascer com vida, ficando pendente a transmissão da herança<sup>109</sup>.

Na concepção de Orlando Gomes o Código Civil de 2002 estende a capacidade sucessória para os embriões excedentários, havidos a qualquer tempo, decorrente de fecundação artificial homóloga. Para este autor é indispensável a autorização dos genitores para o emprego dos métodos de inseminação assistida. Entretanto, reconhece que a problemática se agrava nos casos de inseminação artificial *post mortem*, também prevista no art. 1.597, II, do Código Civil. Neste caso, defende que, mesmo havendo autorização, esta será revogada com a morte, perdendo seu efeito, e, conseqüentemente, o direito de realizar o procedimento<sup>110</sup>.

---

<sup>106</sup> CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil**: Vol. 6. Direito das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 134.

<sup>107</sup> BRASIL. **Código Civil de 2002**. Art.1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/codigos/2002\\_lei\\_010406\\_cc/010406\\_2002\\_cc\\_1798\\_a\\_1803.htm](http://www.dji.com.br/codigos/2002_lei_010406_cc/010406_2002_cc_1798_a_1803.htm)>. Acesso em: 23 ago 2012.

<sup>108</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Vol. 6. Direito das sucessões. 25 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 61

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>110</sup> GOMES, Orlando. **SUCESSÕES**. 14 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 30.

Este entendimento desconsidera a manifestação de vontade do genitor falecido, desautorizando o procedimento, e, por conseguinte, não concede aos ainda não concebido capacidade sucessória.

Na interpretação de Fábio Ulhoa Coelho,

[...] para que não ocorra discriminação da filiação, deve-se considerar que os embriões crioconservados produzidos com material genético fornecido por pessoas casadas ou em união estável têm capacidade para suceder se vierem um dia a ser inseminados e nascerem com vida. [...]<sup>111</sup>

Esta percepção parece a mais coerente com a Constituição, por estar de acordo com os princípios constitucionais correntemente citados neste trabalho, do livre planejamento familiar e da igualdade entre os filhos.

A sucessão será decorrente de lei ou por disposição testamentária declarando a última vontade do falecido.

#### 4.1.1 Sucessão legítima

Em suma, a sucessão legítima decorre imediatamente da lei<sup>112</sup>. Ocorre quando o *de cujos* não estabelece, enquanto vida, no todo ou em parte, o destino do seu patrimônio. Aplica-se ainda à hipótese em que existam herdeiros necessários, e, nesse caso, por determinação legal o *de cujos* não pode dispor de todos os seus bens, devendo observar a limitação da lei em relação aos herdeiros obrigatórios. Os herdeiros necessários não podem ser privados da sua quota parte da herança por ato de última vontade do falecido. Existindo herdeiros necessários a metade da herança é indisponível, procedendo-se a sucessão em favor destes. O falecido, querendo, poderá dispor da outra metade em testamento.<sup>113</sup>

São herdeiros necessários os ascendentes, descendentes e o cônjuge. Estes têm seu direito de herdar garantido por lei. Há ainda uma distinção entre herdeiro necessário e facultativo. Ambos são sucessores legítimos, porém o primeiro não

---

<sup>111</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Vol. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 235.

<sup>112</sup> MADALENO, Rodolfo. **Testamento: Expressão de Última Vontade**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=701>>. Acesso em 22 abril 2012, p. 1.

<sup>113</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direitos civil brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24.

pode ter seu direito à herança cerceado, já o segundo só vai herdar se não houver em testamento disposição contrária.<sup>114</sup>

Maria Helena Diniz leciona a vocação hereditária “consiste na distribuição dos herdeiros em classes preferenciais, baseada em relações de família e de sangue.”<sup>115</sup> Neste ponto, fica reafirmada forte influência do direito de família sobre o direito sucessório.

A limitação ao poder de dispor de seu patrimônio por meio de testamento é decorrente da proteção da legítima. Orlando Gomes leciona que “nem uma disposição testamentária pode reduzir, inclusive no valor, a legítima, seja qual for a forma de diminuição.”<sup>116</sup>

Carlos Roberto Gonçalves discorre que, na sucessão legítima são iguais os direitos sucessórios dos filhos, independente de suas origens, podendo ser eles biológicos ou adotados. Ademais, o Código Civil de 2002 trata sobre a inseminação artificial homóloga *post mortem* admitindo a presunção de filiação da criança gerada, e, assim sendo, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios <sup>117</sup>.

Diante do exposto, não merece prosperar qualquer entendimento que negue os direitos sucessórios ao filho concebido por inseminação homóloga, ainda que após a morte de seu genitor. Não se pode esquivar dos dispositivos constitucionais ao interpretar o Código Civil. Qualquer entendimento que venha a cercear o direito da criança gerada estaria em desacordo com o art. 227, § 6º, que determina a igualdade entre os filhos, independente de sua origem. Há, ainda, de se observar que este dispositivo foi repetido pelo próprio Código Civil, em seu art. 1.597.

Desta forma, deve-se entender que a criança gerada por inseminação artificial *post mortem* não apenas tem capacidade sucessória, como também é um herdeiro legítimo e necessário.

---

<sup>114</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direitos civil brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24.

<sup>115</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Vol. 6. Direito das sucessões. 25 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 122.

<sup>116</sup> GOMES, Orlando. **SUCESÕES**. 14 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 78

<sup>117</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. *Loc cit*, p 58.

#### 4.1.2 Sucessão testamentária

A sucessão testamentária decorre de um ato de última vontade do “de cujos” que estabelece o destino do seu patrimônio por meio de um testamento. Como supracitado, a sucessão testamentária, existindo herdeiros necessários, só poderá compreender metade da herança, com fulcro no art. 1.798 do Código Civil.

A principal finalidade do testamento é dispor sobre a destinação do acervo hereditário, entretanto, insta salientar que esta não é sua única finalidade. É possível, ainda, disposições acerca de reconhecimento de um filho, deserdação, nomeação de tutor, entre outros.<sup>118</sup> É nesse sentido que se admite disposições acerca de prole eventual.

Diante do esposado, entende-se que morrendo uma pessoa sem testamento a herança será transmitida aos herdeiros legítimos. Primeiro garante-se que os herdeiros legítimos necessários não vão ser privados de seus direitos, porém, não havendo herdeiros necessários, prossegue a sucessão em relação aos herdeiros legítimos facultativos. A mesma situação ocorre quando, havendo testamento, não dispõe da herança integralmente, sem se manifestar sobre parte de seus bens, direitos ou dívidas, ou, ainda, quando o testamento caduca ou é julgado nulo.<sup>119</sup>

Na inexistência de herdeiros necessários o “de cujos” terá plena liberdade de testar, sendo possível excluir da herança os herdeiros legítimos facultativos.

Para Orlando Gomes a sucessão testamentária é a única hipótese do não concebido ao tempo da abertura da sucessão ter capacidade sucessória. Neste caso, faz-se uma analogia ao artigo 1799, I, Código Civil, aduzindo que seria o caso de disposição testamentária sobre prole eventual, e que sua parte do acervo hereditário ficaria reservada por no máximo dois anos. Se passado o prazo o herdeiro não for concebido, os bens serão destinados aos demais sucessores<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Disposições testamentárias e clausulação da legítima. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) **DIREITO DAS SUCESSÕES**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 243.

<sup>119</sup> GOMES, Orlando. **SUCESSÕES**. 14 ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 84

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 30.

Ainda na defesa dessa tese, Maria Helena Diniz, também contempla o entendimento de que há a possibilidade do ainda não concebido suceder nos casos de disposição testamentária<sup>121</sup>.

Não obstante, Carlos Roberto Gonçalves ressalta que a capacidade sucessória ficará subordinada a condição de nascer no prazo legal os filhos da pessoa indicada pelo testador, e a genitora estiver viva por ocasião do falecimento do testador<sup>122</sup>.

Corroborando este entendimento, Fábio Ulhoa Coelho diz que a disposição testamentária é uma forma pacífica que possibilita que o ainda não concebido tenha capacidade hereditária, nos casos em que o testador beneficia o filho que uma determinada pessoa possa ter, devendo, conquanto, respeitar-se o limite máximo de dois anos seguintes à sua morte para a concepção<sup>123</sup>.

Não seria necessariamente um caso de sucessão *post mortem*, eis que poderia ser filho de qualquer pessoa indicada pelo testamento. Trata-se do indivíduo ainda não concebido, ou seja, ainda não existe nascituro. Neste caso, a sucessão fica submetida a um evento futuro e incerto.

A despeito da capacidade sucessória da criança gerada por inseminação homóloga *post mortem* Francisco José Cahali indaga sobre as contradições legais existentes, em que se reconhece o procedimento de inseminação artificial após a morte do genitor como legítimo, admite-se a relação de filiação, e, aparentemente, exclui a possibilidade de ser considerado um herdeiro legítimo. Nesse compasso, também reconhece a capacidade sucessória da prole eventual<sup>124</sup>.

Diante do exposto, é difícil compreender a fácil aceitação em relação a prole eventual como capaz de suceder, mesmo sem a exigência de nenhum vínculo biológico, e, em contrapartida, a resistência na aceitação de que a prole gerada por inseminação artificial homóloga *post mortem* tenha seu direito de herdar garantido.

Ora, se é dado um prazo de dois anos para a concepção de uma criança indicada pelo testador, e esta manifestação de vontade não é desconsiderada após sua

---

<sup>121</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Vol. 6. Direito das sucessões. 25 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 64.

<sup>122</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Volume VII, Direito das Sucessões. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 54.

<sup>123</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Op cit*, p. 236

<sup>124</sup> CAHALI, Francisco José. Sujeitos da sucessão. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) **DIREITO DAS SUCESSÕES**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p 23.

morte, é inadmissível que não se reconheça os direitos de uma criança desejada, oriunda de um projeto parental, devidamente planejada, biologicamente filha do falecido.

A exigência de autorização do procedimento pelos genitores é absolutamente coerente, mas a revogação dessa vontade após a morte de um deles é uma afronta ao livre planejamento familiar, e, até mesmo, da liberdade de contratação. Não se trata de um projeto leviano, mas da estruturação de uma família.

Nesse sentido, há de se admitir, ao menos, a capacidade sucessória testamentária da criança gerada pelo método estudado, considerando-a prole eventual. Entretanto, insta ressaltar que a sucessão testamentária não é a solução adequada, eis que a criança ainda terá tratamento desigual em relação aos demais filhos do falecido, e, ainda, não terá seus direitos garantidos como ocorre com os sucessores legítimos necessários.

#### 4.1.2.1 Prole eventual

A prole eventual é uma disposição testamentária, regulamentada pelo art. 1.799, inciso I, do Código Civil, que permite a disposição testamentária sobre a prole eventual de pessoas determinadas, desde que vivas estas, ao tempo da abertura da sucessão.<sup>125</sup> Desta forma, a prole eventual pode ser beneficiada em testamento, mesmo se tratando de pessoa ainda não concebida.

A única hipótese pacificamente contemplada do indivíduo ainda não concebido até a morte do testador suceder é por meio de disposição testamentária de prole eventual<sup>126</sup>. Trata-se de uma exceção à regra geral do Código Civil que só permite que os já concebidos ou já nascidos ao tempo da abertura da sucessão tenham capacidade de sucessória.

---

<sup>125</sup> CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil**: Vol. 6. Direito das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 371.

<sup>126</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Vol. VI, Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 190.

A prole eventual compreende apenas aos filhos da pessoa indicada pelo testador, não podendo ser estendida aos netos<sup>127</sup>. O benefício também não alcança as pessoas indicadas pelo autor da herança, tendo capacidade sucessória tão somente seus filhos. A pessoa indicada pelo testador precisa estar viva ao momento da abertura da sucessão, haja vista que na hipótese contrária ela não terá como conceber, logo, a disposição testamentária caducará<sup>128</sup>.

Desta forma, na sucessão testamentária os filhos eventuais de pessoas determinadas, indicadas em testamento e vivas ao tempo do óbito do testador, terão capacidade sucessória<sup>129</sup>.

Trata-se de uma exceção à regra do art. 1.798 do Código Civil, permitindo que o ainda não concebido tenha capacidade sucessória.

Feita a distinção entre sucessão legítima e testamentária evidencia-se claramente o tratamento protetivo dado aos herdeiros legítimos. Não obstante, observando quem são os herdeiros necessários percebe-se a preocupação do legislador em proteger os interesses da família fazendo a metade da herança do “*de cujos*” indisponível para garantir uma tutela específica para os ascendentes, descendentes e cônjuges.

Insta enfatizar a inclusão dos descendentes como herdeiros legítimos necessários, e lembrar que na ordem de vocação hereditária estes são privilegiados, concorrendo com o cônjuge.

Diante do exposto, salta aos olhos o tratamento diferenciado entre um herdeiro legítimo e um herdeiro testamentário, haja vista que este depende de um ato de última vontade do “*de cujos*”, que pode ser inválido ou caducar, enquanto aquele tem seu direito garantido por determinação legal.

Ora, concedendo-se à criança nascida por inseminação artificial *post mortem* apenas a capacidade sucessória testamentária estar-se-á furtando um direito indisponível da mesma. Outrossim, cabe ressaltar que fazer testamento não é prática comum dos brasileiros, e na sua ausência a criança ficaria desamparada. Como correntemente enfatizado é vedada constitucionalmente a desigualdade entre os filhos, e,

---

<sup>127</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Vol. 6. Direito das sucessões. 25 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 214.

<sup>128</sup> *Ibidem*, *Loc cit.*

<sup>129</sup> GOMES, Orlando. **SUCESÕES**. 14<sup>o</sup> Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 30.

indubitavelmente, é flagrante a diferenciação entre um herdeiro legítimo e testamentário.

Inicialmente observa-se desvantagem quando à parte indisponível da herança, reservada aos herdeiros legais. Ademais, cabe ressaltar fragilidade das disposições testamentárias, que podem ser julgadas nulas ou caducar fazendo com que um filho biológico perdesse seu direito de suceder. Observando os elegidos pelo legislador como herdeiros necessários é possível perceber que a legítima visa proteger a família, reconhecendo a necessidade da concessão de privilégios a fim de garantir a instituição familiar e sua união.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves,

[...]na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido concebido na constância do casamento, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios[...]<sup>130</sup>.

Diante da presunção de paternidade regulamentada pelo Código Civil, o entendimento diverso do supracitado ensejaria em uma situação anacrônica, em que se reconhece a existência de um filho que não tem direitos sucessórios. Seria flagrantemente uma afronta à Constituição Federal, na forma de seu art. 227, § 6º, que veda tratamento desigual entre os filhos.

O filho gerado pelo método discutido tem não apenas o vínculo biológico, mas, ainda, o vínculo jurídico de filiação. Trata-se de um planejamento, provavelmente mais estruturado e pensado que um filho por métodos naturais, eis que demanda da assinatura de um contrato e da submissão a um tratamento com métodos especializados.

Como supracitado próprio legislador garante o direito à presunção de paternidade das crianças concebidas por inseminação homóloga após a morte do genitor, e constitucionalmente é impugnado tratamento desigual entre os filhos pela origem de sua filiação. Assim sendo, fica clara a contradição existente quanto aos efeitos sucessórios decorrentes da referida técnica de reprodução. Ora, se foi recepcionada pelo nosso legislador a possibilidade de inseminação artificial *post mortem*,

---

<sup>130</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Vol VII, Direito das Sucessões**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 58.

presumindo-se inclusive a paternidade jurídica, é inconcebível que seja cerceado o direito de ser sucessor legítimo do seu genitor, vez que além de ser filho biológico também foi concebido pela execução do direito de livre planejamento familiar.

Embora seja claramente uma possibilidade médica, as contradições legais existentes, em face da complexidade da causa, são motivos de grandes especulações, sendo, inclusive, um tratamento desaconselhado por alguns doutrinadores tendo em vista a indefinição da situação jurídica da prole gerada.

#### 4.2 PETIÇÃO DE HERANÇA

O acervo hereditário tramite-se aos herdeiros automaticamente após a abertura da sucessão, conforme preceitua o art. 1.784 do Código Civil de 2002. É nesta regra que consiste o princípio *saisine*, que determina que, sucessivamente à morte do autor da herança, a propriedade e posse dos bens sejam transmitidas aos herdeiros. Ademais, insta salientar que a herança é transmitida como um todo unitário, e até a partilha o direito dos co-herdeiros será indivisível. A herança é vista como um bem imóvel, que pertence concomitantemente à todos os herdeiros. Por meio da ação de inventário e partilha obter-se-á a divisão do acervo hereditário, respeitando os limites legais<sup>131</sup>.

Entretanto, eventualmente pode ocorrer de se ter excluído da partilha um herdeiro. Neste caso, caberá a ação de petição de herança, que poderá socorrer o herdeiro legítimo ou testamentário, sendo o meio adequado para obter a restituição da herança, no todo ou em parte, contra quem a possua. Tem o fim de proteger a qualidade de sucessor, comprovada apenas após a partilha dos bens do acervo hereditário. Como preleciona Carlos Roberto Gonçalves, a referida ação constituiu uma proteção específica da qualidade de sucessor<sup>132</sup>.

A despeito, o Código Civil de 2002, em seu art. 1.824, dispõe que:

[...] O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da

---

<sup>131</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Volume VII, Direito das Sucessões. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 122-123

<sup>132</sup> *Ibidem*, *Loc cit.*

herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possuía. [...]

O herdeiro que merece reconhecimento pode ter sido excluído da partilha por se tratar de um filho não reconhecido, ou um companheiro com união estável ainda não constituída judicialmente, ou mesmo porque sua condição de herdeiro é testamentária e o testamento ainda não tinha sido encontrado. Qualquer sucessor que for prejudicado, sem que tenha reconhecida sua condição de herdeiro no momento da partilha dos bens, pode ajuizar ação de petição de herança a fim de demonstrar a sua qualidade, e cobrar restituição do quinhão que lhe é de direito.

Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro diz que é a ação competente para o herdeiro que não é reconhecido por título<sup>133</sup>.

Complementando este entendimento, Fábio Ulhoa Coelho ensina que a petição de herança será a ação adequada para que o verdadeiro herdeiro, até então não reconhecido, mova em face os herdeiros aparentes ou possuidores, a fim de que seja respeitado seus direitos sucessórios.<sup>134</sup>

A referida ação será cabível em todos os casos que os bens que compõe o espólio forem transmitidos sem respeitar a ordem de vocação hereditária.

Como esclarece Carlos Roberto Gonçalves a referida ação “persegue, além do fim declaratório que lhe é precípua, fim condenatório, consistente na mencionada restituição.”<sup>135</sup>

Em razão do princípio da indivisibilidade da herança a ação poderá compreender todos os bens hereditários, ainda quando exercida por um só herdeiro<sup>136</sup>.

É oportuno esclarecer que a ação de petição de herança é o remédio cabível após a partilha para reconhecimento judicial do sucessor e destituição dos bens que lhe é de direito de quem os possuía. Precedente a partilha, qualquer herdeiro pode se habilitar aos autos de inventário, alegado sua condição de sucessor e pleiteando seu

---

<sup>133</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 35 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 83.

<sup>134</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Vol. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 251.

<sup>135</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões**: V. 4. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 124.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 24.

reconhecimento, sem que seja necessária uma ação autônoma. A ação de petição de herança só se justifica após a partilha dos bens do acervo hereditário.

Discute-se na doutrina e jurisprudência a respeito da imprescritibilidade da ação de petição de herança. Admitindo-se a sua natureza condenatória, é inegável que a mesma se submeta a prazo prescricional. Na ausência de disposição sobre um prazo específico, aplica-se a regra do art. 205 do Código Civil de 2002, concluindo-se que o prazo prescricional para a referida ação é de 10 anos.

O direito sucessório só nasce após a abertura da sucessão, então é neste momento que o prazo prescricional começa a correr. Destarte, Cristiano Chaves ressalta que, embora o prazo prescricional se inicie com a abertura da sucessão, não corre contra os absolutamente incapazes qualquer prazo prescricional.<sup>137</sup>

Diante do exposto, percebe-se a preocupação do legislador em não deixar de fora da sucessão o herdeiro não reconhecido até a partilha. Aqui é possível reconhecer inclusive o sucessor que não tem qualquer vínculo biológico, sendo herdeiro apenas por disposição testamentária. Com isso, percebe-se, às escancaras, a preocupação do legislador em proteger os herdeiros legítimos, conquanto, não tenha deixado de se preocupar com as disposições testamentárias, que representam o ato de última vontade do falecido.

Foi concedido o lastro prazo prescricional de dez anos para extinção da ação, sem, conquanto, deixar de considerar a proteção aos absolutamente incapazes, que não poderão ter contra si a contagem do prazo enquanto não for sanada a incapacidade.

O direito de herdar foi privilegiado, em detrimento da segurança jurídica dos demais herdeiros, que terão a obrigação de restituir ao herdeiro que foi excluído da partilha não apenas os bens que lhe for direitos, mas também seus rendimentos e acessórios.<sup>138</sup>

Outrossim, diante do exposto, cabe fazer uma analogia ao direito sucessório na inseminação artificial *post mortem*, a fim de buscar uma solução coerente com todo o ordenamento jurídico, que garanta à criança gerada tudo que lhe for de direito.

---

<sup>137</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Incidentes à transmissão da herança. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) **DIREITO DAS SUCESSÕES**. 2. ed.. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 76

<sup>138</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Incidentes à transmissão da herança. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.) **DIREITO DAS SUCESSÕES**. 2. ed.. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 70.

Ora, se o legislador concede à qualquer herdeiro, havendo ou não vínculo biológico, o prazo de dez anos para ter sua condição reconhecida judicialmente, é inconcebível que negue a um filho, com laços de consanguinidade, o direito de ter sua condição sucessória reconhecida.

Recorrer à métodos artificiais de reprodução é mais complexo do que gerar uma criança por meios naturais. É preciso ter coragem para se submeter aos tratamentos, determinação e paciência para esperar os resultados. Deve-se lembrar que existe ainda uma burocracia, exigindo-se a assinatura de um contrato que demonstre a vontade das partes. É flagrantemente suficiente para demonstrar o desejo das partes de constituir uma família, o sonho ter um filho, um descendente biológico.

Imagine-se a hipótese do “*de cujus*” não ter filhos conhecidos, deixando apenas sua esposa, casa em comunhão parcial, e seus pais. Nesse caso, o monte hereditário será dividido entre os herdeiros. Contudo, se depois da partilha aparece um filho do “*de cujus*”, que até então era desconhecido, deverá haver reconhecimento do mesmo e a restituição dos bens, para que este figure como herdeiros, e os ascendentes do falecido deixarão de herdar. Essa possibilidade é perfeitamente aceita pelo nosso ordenamento jurídico, existindo, inclusive, ação própria para viabilizar o reconhecimento e restituição em favor do herdeiro superveniente, qual seja, ação de petição de herança, conforme art. 1.824, Código Civil. Assim sendo, fica comprovado que a segurança jurídica na sucessão hereditária é sempre relativa<sup>139</sup>.

Ora, se pode haver reconhecimento e restituição em casos que um filho apareça após a partilha, qual seria o óbice à possibilidade do reconhecimento por inseminação artificial *post mortem*? O raciocínio seria o mesmo. Ficando comprovada a verdade biológica há de se declarar herdeiro e restituir o que lhe for de direito.

A conclusão que se chega é que a sucessão hereditária sempre terá segurança jurídica relativa. Assim sendo, não devem prevalecer teses acerca da insegurança jurídica dos herdeiros já conhecidos no momento da abertura da sucessão, vez que

---

<sup>139</sup>ALBUQUERQUE, Carlos Cavalcanti. **Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório.** Disponível em: <[www.ibdfam.org.br/anais\\_download.php?a=8](http://www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=8)>. Acesso em: 24 abr. 2012, p.6.

essa segurança nunca será absoluta, podendo aparecer, a qualquer tempo, um herdeiro desconhecido.

### 4.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES

Diante dos avanços da biomedicina, especialmente na área de reprodução assistida, a hermenêutica constitucional é um instrumento indispensável para definir quais são as consequências jurídicas para quem se submete ao procedimento supracitado.

Ademais, diante da falta de amparo legislativo específico sobre o tema em comento, os princípios constitucionais devem servir como norteadores, a fim de gerar um entrosamento do direito com os demais ramos da ciência. Apenas assim será possível obter uma compreensão adequada do texto legal, solucionando, assim, as contradições existentes sobre o tema estudado no ordenamento jurídico.<sup>140</sup>

#### 4.3.1 Princípio da Igualdade entre os Filhos

Superada a época em que se admitia diferenciação entre filhos, a Constituição Federal de 1988 vedou qualquer tratamento de exclusão, ou outro tipo de desigualdade, entre irmãos. Nesse sentido, em seu art. 227, parágrafo 6º, determinou que, independente da existência de vínculo entre os genitores, da origem de parentesco, ou mesmo da época do nascimento, deverá ser garantido entre os filhos igualdade de tratamento.

É terminantemente proibida qualquer diferenciação, o que demonstra expressamente que o legislador acolheu o princípio da igualdade entre os filhos. Neste contexto, pouco importa qual filho nasceu primeiro, o relacionamento de seus genitores, se é biológico ou adotado.

Em vista desse novo valor axiológico, a Constituição impôs uma releitura das normas infraconstitucionais a respeito do tema, a fim de observar sua compatibilidade com a nova concepção de família. Ademais, insta ressaltar que a

---

<sup>140</sup> LEVY, Laura Affonso da Costa. Inseminação artificial *post mortem* e a reflexão constitucional. **Revista Síntese de Direito de Família nº 65**. São Paulo: Editora Síntese, abril/maio. 2011, p. 26

família, independente de sua espécie, passa a ter função de servir aos seus integrantes, garantindo os meios materiais e imateriais para desenvolvimento de suas personalidades. Nesse sentido, a preocupação se centraliza nos menores, a fim de proteger o melhor interesse da criança e adolescente.<sup>141</sup>

Esse preceito constitucional foi, ainda, reproduzido pelo Estatuto da Criança e Adolescente, em seu art. 20, a fim de enfatizar a disposição constitucional em uma norma infraconstitucional. Ademais, o Código Civil de 2002, em seu art. 1.596, também reproduziu o referido princípio, reforçando a superação da época em que se era admitida a desigualdade entre irmãos.

O princípio em comento impõe, conseqüentemente, a igualdade de direito entre os filhos, independente de sua origem. Trata-se da garantia de isonomia entre os irmãos.

A despeito, Guilherme Calmon defende que, havendo vínculo jurídico de filiação, os irmãos, filhos do mesmo pai ou da mesma mãe, deverão ter os mesmos direitos reconhecidos no ordenamento jurídico.<sup>142</sup> Qualquer diferenciação seria uma afronta direta ao preceito constitucional fundamental, repetido pelo Código Civil de 2002, e reafirmado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Antigamente se admitia, no campo do direito sucessório, uma distinção entre filhos fora do casamento, filhos adotados e filhos naturais originados de um casamento. Essa distinção não pode prevalecer em face dos novos preceitos trazidos pela Constituição de 1988. Outrossim, o Estatuto da Criança e Adolescente reforçou esse entendimento, não apenas com a reprodução do dispositivo constitucional, mas, ainda, em seu art. 41, determinou que os filhos adotivos têm todos os direitos e deveres inerentes à filiação, como se filhos naturais fossem.

Diante de todo o exposto, fica clara a preocupação do legislador com a proteção da família como uma unidade. Dispensada a análise de qualquer especificidade da relação de filiação, irmãos terão os mesmos direitos reconhecidos no ordenamento jurídico.

A despeito da problematização trazida por esta pesquisa, referente aos efeitos sucessórios na inseminação artificial homóloga *post mortem*, demonstra-se

---

<sup>141</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação**: O Biodireito e as Relações Parentais. 1. Ed..Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p. 420.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 437.

imperioso que se faça uma análise contemporânea das novas relações de filiação que surgem face aos avanços da biotecnologia associada ao preceito fundamental que garante a igualdade entre os filhos.

#### 4.3.2 Princípio do Livre Planejamento Familiar

O planejamento familiar deve ter como base uma análise de condições econômicas, sociais e afetivas. Cabe ao Estado manter a população informada da responsabilidade que reside na reprodução, e promover a educação prévia sobre controle da fecundidade. Entretanto, não poderá interferir na formação das famílias, incluindo o número de filhos e o espaçamento entre eles<sup>143</sup>.

Os direitos fundamentais também se referem a liberdade sexual e reprodutiva do homem e da mulher. Nesse sentido, às mulheres deve ser concedida a liberdade para escolher quantas e quais vezes vai exercer seu direito de ser mãe, sem, conquanto, deixar de enfatizar sua responsabilidade social inerente a esta decisão. Em contrapartida, ao homem, também deve ser garantida a liberdade sexual, sendo indispensável a conscientização da responsabilidade pessoal e social pelo seu comportamento, que pode repercutir no seus parceiros, e , principalmente, em seus filhos.<sup>144</sup>

Destarte, é imperioso que sejam disponibilizadas, para a sociedade, informações importantes sobre a reprodução responsável. Ademais, deve ser garantido o acesso à mecanismos de controle de fecundidade, para que possibilite o livre planejamento familiar.

Diante dos avanços da biomedicina, os métodos anticoncepcionais se diversificaram a fim de atender a demanda social e garantir a efetividade do direito de liberdade de reprodução. Nesse sentido, o Estado faz sua parte ao dispor para população as informações necessárias, mais, ainda, por disponibilizar mecanismos específicos para controle da reprodução.

---

<sup>143</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSELVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 56.

<sup>144</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1. ed.. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p.446.

Destarte, urge ressaltar que o Estado tem o dever de garantir a liberdade sexual e de reprodução, consistente no livre planejamento familiar. A fim de efetivar esses direitos deve-se respeitar a vontade livre e consciente do homem e da mulher quando a escolha for ter um ou muitos filhos<sup>145</sup>.

Qualquer interferência que venha a cercear a liberdade de estruturação e constituição de uma família seria flagrantemente uma afronta ao princípio em comento.

No mesmo entendimento, Cristiano Chaves afirma que o planejamento familiar, com a escolha dos critérios e dos modos de agir, pertence ao casal, sendo vedada qualquer medida coercitiva por parte do Estado<sup>146</sup>.

A Constituição Federal, em seu art. 226, parágrafo 7º, prevê expressamente o direito ao livre planejamento familiar. Desta forma, é eminentemente proibida a prática de qualquer meio coercitivo que venha a interferir no planejamento familiar.

Guilherme Calmon discorre sobre o tema, afirmando que a norma constitucional que reconhece o direito ao livre planejamento familiar não é absoluta, devendo observar os princípios da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da paternidade responsável. Conclui, enfatizando que se deve priorizar o interesse da criança e adolescente, que, neste caso, pode funcionar como um limitador ao direito de reprodução<sup>147</sup>.

Nesse ponto, cabe esclarecer que o princípio da paternidade responsável impõe a responsabilidade sobre o exercício do direito à reprodução. Ao exercer a liberdade de planejamento familiar estarão inerentes deveres, a fim de garantir o bem-estar físico e psíquico da criança gerada.

Entretanto, é oportuno mencionar que não se pode considerar que seja inaceitável o nascimento de uma criança sem pai. Pois, considerando essa hipótese estar-se-ia legitimando o aborto em casos que o genitor morresse antes do nascimento da

---

<sup>145</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Vol VI, Direito de Família.** 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 8.

<sup>146</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSELVALD, Nelson. **Direito das famílias.** 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 56.

<sup>147</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais.** 1. ed.. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p.448.

criança.<sup>148</sup> Ademais, O próprio Estatuto da Criança e Adolescente, em seu art. 42, parágrafo 5º, contempla a adoção *post mortem*, sem considerar que seria uma afronta ao princípio da paternidade responsável, ou mesmo da dignidade da pessoa humana.

### 4.3.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A pessoa humana é dotada de dignidade, atributo este que a distingue das coisas. Motivo pelo qual não pode haver valoração patrimonial das pessoas, eis que a dignidade é inerente à pessoa. A Constituição Federal inseriu a dignidade da pessoa humana como um fundamento de Estado, sendo um valor norteador das demais vertentes do direito, conforme seu art. 1º, inc. III<sup>149</sup>.

Segundo Ingo Sarlet, a dignidade é intrínseca à pessoa humana, e, conseqüentemente, independente de qualquer previsão legal, sempre deverá ser assegurada. Neste sentido, é imperioso garantir a efetividade de direitos decorrentes da dignidade, tais como a vida, integridade física e psíquica, a intimidade, a liberdade, entre outros<sup>150</sup>.

Nas palavras de Guilherme Calmon, a dignidade da pessoa humana, além de ser considerada valor fundamental, é, ainda, princípio norteador, eis que estabelece normas jurídicas que devem ser seguidas por todos. Assim sendo, não se trata apenas de um limite, mas também de um dever do Estado e da sociedade.<sup>151</sup>

No âmbito pessoal, este princípio busca como mínimo existencial a garantia dos direitos de personalidade. O respeito a este princípio fundamental impõe o respeito a liberdade individual e aos direitos decorrentes dela. Nesse sentido, considerando-se

---

<sup>148</sup> DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*. **Revista Síntese de Direito de Família nº 65**. São Paulo: Editora Síntese, abril/maio. 2011.

<sup>149</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **AS DIMENSÕES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**. Disponível em: <[http://escolasuperiordedireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo\\_Wolfgang\\_Sarlet.pdf](http://escolasuperiordedireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf)>. Acesso em: 23 set 2012, p. 364.

<sup>150</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **AS DIMENSÕES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**. Disponível em: <[http://escolasuperiordedireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo\\_Wolfgang\\_Sarlet.pdf](http://escolasuperiordedireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf)>. Acesso em: 23 set 2012, p. 365.

<sup>151</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1. Ed. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p. 141.

o direito a reprodução um direito individual, o referido princípio veda qualquer limitação ao direito de reproduzir<sup>152</sup>.

A interferência estatal no livre direito à reprodução seria, flagrantemente, uma violação direta à dignidade da pessoa, e do próprio casal. Assim sendo, não apenas é vedado ao estado intervir no livre planejamento do casal, como também tem o dever de garantir que a sociedade, inclusive o setor privado, não venha a cercear o direito dos que escolheram exercer livremente sua liberdade de reprodução.

Outrossim, insta salientar que integridade psíquica também é tutelada pelo princípio da dignidade. O Estado deve priorizar a integridade psicológica da pessoa humana, sendo vedada qualquer ação infundada que venha a degradar a imagem do cidadão perante a sociedade, e, inclusive, para ele mesmo.

Cabe aqui associar o princípio em questão ao tema problematizado por esta pesquisa. Inicialmente é possível perceber que qualquer intervenção estatal que vedasse a referida técnica seria um obstáculo a liberdade da pessoa humana, e, principalmente do casal. Por fim, cabe ainda ressaltar que, considerando que o Estado não pode vedar a livre iniciativa do casal, é inconcebível que negue ao filho gerado todos os direitos decorrentes da filiação. Qualquer disposição que venha a cercear o direito da criança gerada de dispor de todas as garantias decorrentes de sua filiação seria uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, eis que atingiria sua integridade psíquica.

A diferenciação de uma criança dos demais irmãos, ou até mesmo dos seus outros parentes, pode trazer transtornos e traumas irreversíveis. É possível encontrar na sociedade muitas pessoas que nem conheceram seus pais, haja vista que da morte não há fuga. Entretanto, não se encontra na sociedade filhos que tenham tratamento desigual em face da sua origem, ou mesmo do momento de seu nascimento.

---

<sup>152</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **AS DIMENSÕES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**. Disponível em: <[http://escolasuperiordedireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo\\_Wolfgang\\_Sarlet.pdf](http://escolasuperiordedireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf)>. Acesso em: 23 set 2012, p.381.

#### 4.4 PROJETO DE LEI

Tramitou no Congresso o Projeto de Lei nº 90/99, que pretendeu regulamentar a reprodução assistida, proibindo a fecundação no caso da inseminação homóloga *post mortem*<sup>153</sup>. Considera o emprego do método em comento um crime, e, no caso de desrespeito, a norma prevê o cerceamento dos direitos sucessórios da criança gerada<sup>154</sup>.

Urge salientar que este projeto já padece em descompasso com a realidade fática. Aceitar a proibição da reprodução assistida *post mortem* significaria um retrocesso, após décadas do emprego da técnica.

Segundo Rodrigo Delfim, se o referido projeto tivesse sido convertido em lei “ele já nascerá padecendo de grave inconstitucionalidade material, haja vista violar frontalmente os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da absoluta igualdade entre os filhos, do livre planejamento familiar, dentre outros<sup>155</sup>”.

Este projeto foi arquivado em fevereiro de 2007, conforme informação da Secretaria Geral da Mesa do Senado Federal<sup>156</sup>.

Tramitou, ainda, o projeto 90 (substitutivo)/2001, que, em observância a realidade fática, autoriza a utilização de gameta de pessoa falecida para fins reprodutivos, desde que exista manifestação de consentimento livre em documento ou testamento<sup>157</sup>. É importante observar que a importância do elemento volitivo, sendo indispensável para a realização da inseminação póstuma. Sem a manifestação de vontade constituir-se-á crime.

<sup>153</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 90/99. Artigo 13º - É crime: (...)VII - utilizar gametas ou embriões de doadores ou depositantes sabidamente falecidos; **Pena:** detenção, de dois a seis meses, ou multa. Disponível em: <[http://www.dbbm.fiocruz.br/ghente/doc\\_juridicos/pls90.htm](http://www.dbbm.fiocruz.br/ghente/doc_juridicos/pls90.htm)>. Acesso em: 12 set 2012.

<sup>154</sup> ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e biodireito**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/110>>. Acesso em: 1 set 2012.

<sup>155</sup> DELFIM, Marcio Rodrigo. **As implicações jurídicas decorrentes da inseminação homóloga “post mortem”**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12965/as-implicacoes-juridicas-decorrentes-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem>> Acesso em: 01 set 2012.

<sup>156</sup> BRASIL. Secretaria Geral da Mesa do Senado Federal. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=1304](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304). Acesso em: 12 set 2012.

<sup>157</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 90/01. **Art. 19** Constituem crimes: (...)VI - utilizar o médico gametas de doadores ou depositantes sabidamente falecidos, salvo na hipótese em que tenha sido autorizada, em documento de consentimento livre e esclarecido, ou em testamento, a utilização póstuma de seus gametas. Disponível em: [http://www.dbbm.fiocruz.br/ghente/doc\\_juridicos/pls90subst2.htm](http://www.dbbm.fiocruz.br/ghente/doc_juridicos/pls90subst2.htm). Acesso em: 12 set 2012.

Este projeto também foi arquivado em 2007, conforme informação conforme informação da Secretaria Geral da Mesa do Senado Federal.

Embora se reconheça que a iniciativa de autorização de inseminação após o falecimento de um dos genitores é um avanço legislativo, o projeto de lei em comento deixa de regulamentar questões essenciais, como a definição dos efeitos jurídicos decorrentes da inseminação póstuma.

Há, ainda, o Enunciado 127 do Conselho de Justiça Federal que propõe uma alteração no inciso II do art. 1.597, Código Civil, a fim de suprimir a parte final que prevê a inseminação após a morte do genitor. Fundamenta-se essa modificação nos princípios da paternidade responsável e dignidade da pessoa humana, por entender que uma criança não deveria nascer sem pai<sup>158</sup>.

A motivação em comento para a exclusão da possibilidade jurídica de inseminação *post mortem* não merece prosperar. Como afirmado anteriormente, é inconcebível que se exija a existência de um casal para criar e educar uma criança com dignidade. Afronta ao princípio da dignidade seria vedar a realização de um projeto parental, que visa originar descendentes, de forma minimamente planejada, com a presença indubitável do elemento volitivo de ambos os genitores. Ademais, cumpre reafirmar que o ordenamento jurídico brasileiro contempla, por exemplo, a adoção póstuma, sem considerar uma violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável<sup>159</sup>.

#### 4.5 DIREITO COMPARADO

Diante da ausência de uma legislação específica que regularmente as técnicas de reprodução assistida, em especial a inseminação homóloga *post mortem*, bem como, considerando-se as contradições legislativas diante das normas vigentes, faz-se imperioso fazer uma análise juscomparatista de legislações vigentes em outros países que regulamentam o tema. Busca-se uma diretriz para uma regulamentação

---

<sup>158</sup> BRASIL. Enunciado 127 Conselho de Justiça Federal. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em: 01 set 2012.

<sup>159</sup> DELFIM, Marcio Rodrigo. **As implicações jurídicas decorrentes da inseminação homóloga “post mortem”**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12965/as-implicacoes-juridicas-decorrentes-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem>> Acesso em: 01 set 2012.

em consonância com os preceitos constitucionais, bem como valores e princípios do ordenamento jurídico brasileiro, que não padeça em descompasso com a realidade fática.

Mônica Aguiar ressalta que, a regulamentação dos métodos de reprodução somente terá eficácia quando foi disseminada pelo ordenamento dos demais países, haja vista que enquanto existirem regras proibitivas e permissivas poderá haver tráfego de interesses entre os centros de saúde de diferentes nações<sup>160</sup>.

Entretanto, insta salientar que a busca por uma solução deve estar em consonância com os preceitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, devendo-se analisar de os dispositivos internacionais de forma sincrética com a legislação pátria e os princípios constitucionais.

#### 4.5.1 França

O ordenamento jurídico francês, na forma da Lei nº 94-654/94, prevê o direito do acesso à técnicas de reprodução assistida à casais. Contudo, impõe diversas condições.

A questão que vale a pena ressaltar é que o acesso às técnicas é restrito à casais, casados ou em união estável. Ou seja, não pode uma mulher sozinha se valer da doação de sêmen para procriar por meio de inseminação heteróloga, ao argumento de que a criança deve ser gerada de um projeto parental do casal, e não de desejo individual de ter um filho<sup>161</sup>.

Ademais, apenas os casais que realmente não possam ter filhos por meios naturais poderão recorrer às técnicas de reprodução artificial. Essa patologia deve ser atestada por médico especializado, podendo decorrer da infertilidade do casal, ou do perigo de transmissão de doença para a criança<sup>162</sup>.

Há, ainda, a exigência do casal esta vivo para a realização da inseminação. Neste ponto, fica claro que o Direito Francês veda a inseminação artificial *post mortem*. A

---

<sup>160</sup> AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 125.

<sup>161</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1 ed.. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p. 249.

<sup>162</sup> *Ibidem, loc cit.*

autorização expressa em vida perde seus efeitos com a morte, o que desautoriza a realização da técnica<sup>163</sup>.

Nesse contexto, comparando com o que encontra-se no ordenamento jurídico brasileiro, parece ser um retrocesso. A verdade é que a família monoparental já é constitucionalmente reconhecida. Existem diversos institutos que consagram a criação de uma criança apenas com um dos pais, à exemplo da adoção póstuma.

Outrossim, o direito à procriação, por se entender que é derivado do direito à saúde, ao livre planejamento familiar e a dignidade da pessoa humana, é um direito individual. Neste ponto, não pode depender da existência de um marido ou companheiro para que seja reconhecido.

Ainda que se reconheça que, assim como os demais direitos fundamentais, o direito à procriação tem limitações, a ponderação deve ser realizada em compasso com a realidade social. Há de se priorizar o interesse da criança a ser gerada, bem como a sua dignidade, mas não se pode considerar que uma criança terá mais ou menos dignidade por ter ou não a presença paterna. No contexto em que vivemos a concepção de família se estendeu, passando a considerar o amor e a afetividade como fator condicionante para o vínculo parental e para o desenvolvimento da criança, como supracitado no capítulo de filiação.

Diante do exposto, o entendimento do ordenamento francês não merece prosperar na realidade brasileira.

#### 4.5.2 Espanha

A Lei nº 35/1998, do Direito Espanhol, também reconhece a licitude da procriação por meio da reprodução assistida, sem, contudo, exigir como requisito o projeto parental de um casal. O ordenamento jurídico espanhol permite que uma mulher sozinha recorra aos métodos de reprodução assistida para gerar uma criança<sup>164</sup>.

Nos casos de inseminação homóloga todos os direitos serão garantidos à prole gerada, como se fosse filho natural. Nesse ponto, será imposta a mesma presunção

---

<sup>163</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed., ver., aum. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, 618.

<sup>164</sup> AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. 01 ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 132.

de paternidade vigente no Código Civil, que prevê o reconhecimento forçado ou voluntário<sup>165</sup>.

A Constituição Espanhola assegura o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, e nesse contexto engloba o direito à procriação. Sob esse fundamento é que se justifica a admissão da inseminação homóloga *post mortem* no ordenamento jurídico espanhol. Porém, convém ressaltar que deverá existir o consentimento do falecido em escritura pública ou em testamento, vinculando a destinação específica do material criopreservado para a procriação com a viúva. Ademais, a utilização do material genético criopreservado deverá ocorrer nos seis meses subsequentes ao óbito, para que sejam garantidos todos os direitos inerentes à filiação<sup>166</sup>.

Desde o início das discussões sobre o tema em estudo a ordem civil espanhola se mostrou direcionada a priorizar o melhor interesse da criança<sup>167</sup>.

Neste ponto, o ordenamento espanhol parece estar mais próximo da realidade fática do Brasil. Ao reconhecer a possibilidade de um projeto parental individual mostra-se em consonância com o contexto atual das sociedades, em que casamento não é mais objetivo central, muito embora ainda faça parte dos planos e sonhos de muitas pessoas. Contudo, não podemos ignorar que ter filhos e casar-se são ações dissociadas.

### 4.5.3 Inglaterra

Em 1984 foi publicado na Inglaterra o Relatório Warnock, que opinava favoravelmente às técnicas de reprodução. Defendia ser o meio adequado para que casais inférteis conseguissem ter descendentes biológicos. Entretanto, uma das recomendações era que apenas casais heterossexuais<sup>168</sup>. Ou seja, mulheres sozinhas e casais homossexuais não poderiam recorrer às técnicas de reprodução assistida.

---

<sup>165</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1 ed.. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, 268.

<sup>166</sup> AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Edição 01. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 132

<sup>167</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. 01 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 296.

<sup>168</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Loc cit*, 328.

Alguns anos mais tarde, em 1987, sobreveio o *Family Law Reform Act.*, que admitiu o uso de técnicas de inseminação artificial homóloga e heteróloga, para que casais inférteis pudessem procriar<sup>169</sup>.

Nesse ponto a regulamentação inglesa deste tema se aproxima da francesa, haja vista que ambas restringem o acesso aos meios artificiais de procriação à casais, e, conseqüentemente, cerceia o direito da mulher solteira ter um planejamento familiar que independa da figura masculina. Nesse sentido, percebe-se que a mulher sozinha é considerada incapaz de gerar uma criança e oferecer condições de um crescimento saudável e equilibrado. Também no Brasil há quem se afilie a este entendimento, defendendo que o projeto parental precisa ser construído por um casal.

Como correntemente defendido, este trabalho não partilha deste entendimento. A mulher, e também o homem, em conjunto ou sozinhos, são capazes de exercer os direitos e deveres inerentes à filiação. O projeto parental deve ser baseado no amor, no desejo de construir um lar, e para ser mãe ou pai não precisa ser casado.

Os exemplos de mães solteiras são notórios no contexto histórico que se presencia. E não por isso se considera um afronte ao interesse da criança, e muito menos poderá considerar a ausência de um projeto parental.

O Direito inglês não vedou o emprego da técnica de inseminação *post mortem*, porém, neste caso, a criança nascida não terá direitos de filiação, tão pouco sucessórios<sup>170</sup>.

Mais uma vez o posicionamento do Direito inglês se opõe ao que este trabalho entende como coerente. Não se deveria admitir a possibilidade de que nasça um descendente biológico sem que o reconhecesse como filho. Diante do ordenamento jurídico brasileiro essa regulamentação seria eminentemente inconstitucional, por violar flagrantemente os princípios fundamentais da igualdade entre os filhos e da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>169</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1 ed.. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, 268.

<sup>170</sup> *Ibidem*, 328

#### 4.6 DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Conforme supracitado, para efeito do presente estudo, considerar-se-á como efeito da inseminação artificial homóloga *post mortem* o reconhecimento da filiação entre o nascido e o “de cujus”. Diante dessa conclusão, discute-se quais efeitos sucessórios serão gerados pela aplicação da referida técnica de reprodução.

É oportuno lembrar que na inseminação em estudo, a concepção ocorrerá após a morte de um dos genitores ou de ambos. A despeito, o Código Civil estabelece que tem vocação hereditária “os já nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão”<sup>171</sup>. Considera-se aberta a sucessão no momento da morte de alguém, nascendo, sucessivamente, o direito hereditário<sup>172</sup>.

Diante de uma leitura constitucional do Código Civil, há de se interpretar a possibilidade de vocação hereditária de forma ampla, sob à luz do princípio fundamental da igualdade entre os filho. A Constituição não estabeleceu condições à prole gerada para exercer seus direitos de filiação e sucessórios, assim sendo, a igualdade deve prevalecer, independente da origem ou tempo em que ocorreu a concepção. Desta forma, não há de se estabelecer exceções ao referido princípio<sup>173</sup>.

Entretanto, diante das contradições legislativas no que tange os efeitos da inseminação, a doutrina divaga sobre quais seriam os possíveis efeitos sucessórios decorrentes da geração de uma criança por meio de inseminação homóloga *post mortem*.

Cabe reafirmar que há teses no sentido de excluir qualquer direito sucessório para criança gerada. Nesse caso, não se admite hipótese alguma em que o direito de suceder será concedido ao nascido.

Nesse sentido, Mônica Aguiar opina que, assim como ocorre em relação ao direito de filiação, a morte revoga a vontade do genitor, de forma que, na ausência de autorização do mesmo, inexistente possibilidade de utilização do material genético. No

---

<sup>171</sup>BRASIL. **Código Civil de 2002**, art. Art.1.798. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 22 abr 2012.

<sup>172</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Das Sucessões**. 2. ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 06.

<sup>173</sup>ALBUQUERQUE, Carlos Cavalcanti. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**. Disponível em: <[www.ibdfam.org.br/anais\\_download.php?a=8](http://www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=8)>. Acesso em: 24 abr. 2012, p. 8

caso em que, mesmo sem autorização, o material genético seja utilizado para a inseminação o filho será apenas do cônjuge sobrevivente, estando sob sua responsabilidade. Assim sendo, a criança não será registrada como filha de falecido, tão pouco terá qualquer direito sucessório em relação ao genitor<sup>174</sup>.

A vontade das partes contratantes forma uma única manifestação, devendo estar presente no momento em que se assina o contrato e no momento da inseminação, somente operando efeito quando a manifestação das duas partes convergirem. Então, falecendo o genitor não terá como constituir a manifestação de vontade no momento do emprego da técnica, e a manifestação anterior será desconsiderada. Desta forma, sendo o elemento volitivo indispensável, o procedimento fica desautorizado<sup>175</sup>.

Defende-se que o projeto parental precisa ser composto por duas vontades, e na hipótese de falecer uma das partes, o projeto fica frustrado. Então, “na inseminação artificial *post mortem*, a morte funciona como causa revogadora da permissão do emprego da técnica médica”<sup>176</sup>.

Nesse mesmo sentido, Guilherme Calmon advoga que, diante da atual conjuntura do sistema jurídico, no que concerne à proteção da criança gerada, não há como se admitir o acesso do cônjuge sobrevivente ao material genético armazenado, ainda que exista autorização expressa com a demonstração clara da vontade do falecido. Com fundamento da verdade biológica, decorrente do parentesco natural, não há como negar o direito à filiação, contudo, não há possibilidade do nascido ter direitos hereditários, dada a clareza do Código Civil, que excluiu a possibilidade de suceder para os que não forem nascidos, ou ao menos concebidos no momento da abertura da sucessão.<sup>177</sup>

Em um pensamento um pouco mais moderado, Olga Jubert Gouveia Krell reconhece como válida a manifestação de vontade expressa em vida, mesmo após a morte do titular do material genético. Contudo, embora defenda que a morte não funciona como revogação da manifestação de vontade, afirma que o filho nascido por

---

<sup>174</sup> AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 117

<sup>175</sup> *Ibidem*, *Loc cit*.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 118/119.

<sup>177</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1. Ed. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003, p. 733.

inseminação homóloga *post mortem* não terá nenhum direito patrimonial. A criança sofreria um dano patrimonial <sup>178</sup>.

Defende-se que o texto legal deve ser interpretado restritivamente, e, assim sendo, são legitimados a suceder os já nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão. Excluindo-se assim os direitos sucessórios da prole concebida após a morte do genitor.

Há, ainda, quem advogue a tese de que não seria possível atribuir ao filho, objeto de fecundação artificial *post mortem*, a condição de herdeiro legítimo, mas nada impede que ele se torne herdeiro testamentário, quando houver disposição em favor da prole eventual, como ato de ultima vontade do falecido. Quando assim for, mesmo ocorrência da concepção sendo após a morte do genitor, poderá este filho ostentar a condição de herdeiro testamentário.

Fábio Ulhoa Coelho diz que é pacífico na doutrina a possibilidade de sucessão da prole eventual, cabível para que o ainda não concebido tenha capacidade sucessória.<sup>179</sup>

A despeito defende Orlando Gomes: “O outro pressuposto é a vocação hereditária. Sua fonte mediata é a lei, mas, imediatamente, pode originar-se de testamento.”<sup>180</sup>

Para Orlando Gomes a única hipótese da criança nascida por meio de inseminação homóloga *post mortem* suceder é por meio de disposição testamentária, na figura de prole eventual<sup>181</sup>.

Ainda na defesa dessa tese, Maria Helena Diniz, também contempla o entendimento de que há a possibilidade do ainda não concebido suceder nos casos de disposição testamentária<sup>182</sup>.

Assim sendo, claro é que o “de cujos” pode deixar em testamento a relação de herdeiros e estabelecer a forma pela qual se deve proceder à partilha do patrimônio. Entretanto, é imprescindível observar as limitações legais quanto à disposição do patrimônio em relação aos herdeiros necessários. Nesse sentido dispõe Giselda

---

<sup>178</sup> KRELL, Olga Jubert Gouveia. As principais questões jurídico-civis ligadas às técnicas de reprodução assistida e o seu tratamento. **Revista do mestrado em direito**. Maceió: Edufal, vol. 2, nº 03, 2008, p.167

<sup>179</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Vol. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 236

<sup>180</sup> GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14. ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 10.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>182</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Vol. 6. Direito das sucessões. 25 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 64.

Hironaka que “algumas vezes, ainda, o poder de designar herdeiros é limitado segundo critérios que o legislador julgou apropriados à situação pessoal e familiar do titular do patrimônio”<sup>183</sup>.

A abstenção do legislador da responsabilidade de regulamentar os efeitos sucessórios, causa, indubitavelmente, insegurança jurídica para o filho concebido artificialmente após a morte do genitor e para os filhos já concebidos no momento da abertura da sucessão. Ademais, também não foi regulamentado a cerca da autorização prévia do genitor falecido ou estabelecido um prazo final para viúva ter direito de utilizar o sêmen do “*de cujus*”.

Eduardo Oliveira Leite, fazendo uma análise psicológica da situação, diz que quando um casal é acometido pela infertilidade, tendo como inconcebível a procriação natural, a inseminação artificial deve sobrevir como uma opção. Contudo, assim como o projeto de ter uma filho natural deve ser composto pela vontade do casal, a decisão de recorrer à auxílio médico para gerar uma criança também não pode ser individual. No caso de morte de uma das partes não subsiste o projeto parental comum, logo, não se justifica o emprego da inseminação assistida, mesmo porque, diante das contradições legislativas, a inseminação póstuma poderia provocar vários problemas de herança e de sucessão. Neste sentido, desaconselha a inseminação homóloga *post mortem*.<sup>184</sup>

Em contrapartida, há doutrinadores entendem que havendo o parentesco natural, decorrente do vínculo biológico, a presunção de paternidade é inegável. Decorrente dessa conclusão, não há como se negar a existência dos direitos sucessórios originados da própria filiação. Seria uma situação anacrônica imaginar uma criança reconhecida como filho, mas, apenas pela origem e meio em que se deu sua concepção, ter seu direito de suceder cerceado.

Entendimento que contrarie a garantia de direitos sucessórios seria integralmente inconstitucional, vez que é direito fundamental ter garantida a igualdade entre os filhos, independente de sua origem. Ademais, insta repetir que a inseminação artificial homóloga é decorrente da vontade expressa de ambos os genitores, que no

---

<sup>183</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 2. ed.. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 02.

<sup>184</sup>LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. 1 ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, Edição 01, p. 155.

momento em que armazenam o material genético registram quais suas pretensões. Trata-se de um projeto familiar bilateral.

A despeito, como supracitado, a Constituição Federal garante a liberdade do planejamento familiar, não podendo o Estado agir de forma coercitiva, sob pena de estar incompatível com a Constituição Federal. Ainda nesse sentido, privar o nascido de seus direitos fundamentais, seria, antes de tudo, uma afronta a dignidade do mesmo, e, ainda, de sua genitora.

Maria Berenice Dias ensina que, havendo prévia autorização do falecido, não há impedimento para gerar uma criança por inseminação artificial homóloga, mesmo depois do óbito do titular primário do material genético. Não existe qualquer vedação a este método no ordenamento jurídico. Ademais, considerando sua execução com sucesso, e, por conseguinte, a geração de uma criança, não se pode ignorar que a Constituição Federal veda qualquer tipo de tratamento desigual entre os filhos, sem fazer nenhuma ressalva. Posto isso, é inadmissível que uma legislação infraconstitucional restrinja os direitos do filho concebido pela técnica em comento<sup>185</sup>.

Em reforço a este entendimento Giselda Hironaka expõe que, supondo que houve autorização, a inseminação homóloga *post mortem* gerará o vínculo de filiação, e, por consequência, todos os efeitos jurídicos daí decorrentes, incluindo os direitos sucessório<sup>186</sup>.

No mesmo sentido, Rodrigo Delfim afirma que entendimento diverso ensejaria em uma situação ainda mais perniciosa do quando se admitia distinção entre filhos biológicos e adotivos. Entretanto, no caso em questão, a discriminação recairia sobre os próprios filhos biológicos, o que contraria diversos princípios constitucionais<sup>187</sup>.

Carlos Roberto Gonçalves discorre que, considerando-se que na sucessão legítima é vedado tratamento desigual aos filhos, e que o Código Civil de 2002 trata sobre a

---

<sup>185</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das Famílias**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 359.

<sup>186</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/98/78>>. Acesso em: 02 jul 2012, p. 71.

<sup>187</sup> DELFIM, Marcio Rodrigo. **As implicações jurídicas decorrentes da inseminação homóloga “post mortem”**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12965/as-implicacoes-juridicas-decorrentes-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem>> Acesso em: 26 out 2012.

inseminação artificial homóloga *post mortem* admitindo a presunção de filiação da criança gerada, não se justifica a exclusão dos direitos sucessórios da criança gerada após a morte do seu genitor.<sup>188</sup>

Conclui afirmando que, “entendimento contrario conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal”<sup>189</sup>.

---

<sup>188</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Vol VII, Direito das Sucessões**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 58.

<sup>189</sup> *Ibidem, loc cit.*

## 5. CONCLUSÃO

As técnicas de reprodução assistida, decorrentes das evoluções da biotecnologia, impulsionam uma releitura das normas vigentes. A concepção da família foi reformulada, assim como os conceitos de maternidade e paternidade.

Com os avanços médicos e científicos foram desenvolvidos métodos contraceptivos que viabilizam o controle da fecundidade, e, por conseguinte, da própria estruturação da família.

Em contraponto, também foram desenvolvidos métodos de reprodução medicamente assistida que possibilitam que casais ou mulheres solteiras, que não poderiam ter filhos pelos meios naturais, consigam realizar o sonho da maternidade ou paternidade.

Neste contexto que surgem as questões relativas à autonomia reprodutiva. Pode-se considerar que o direito à procriação advém do direito à saúde física e psíquica, e está intrinsecamente relacionado com a dignidade da pessoa humana e do livre planejamento familiar.

Entretanto, insta enfatizar que o direito à procriação não pode ser visto como absoluto, tendo como limitador os demais direitos. As técnicas de reprodução assistidas só devem ser recorridas quando reproduzir naturalmente foi inviável. E, ainda assim, deve existir recomendação médica e psicológica diante da complexidade de que se trata.

Ademais, deve-se priorizar o melhor interesse da criança, com uma avaliação competente das condições da procriação, que devem decorrer da iniciativa de formar uma família, da possibilidade do oferecimento de condições de vida saudável e digna, pautada em relações saudáveis de afeto, educação e amor. Mas é oportuno esclarecer que para que se garanta o acesso à procriação não se deve exigir a existência de um casal.

O reconhecimento jurídico da família monoparental representa um espelho da sociedade, que a tempos se transformou, contemplando outros moldes de paternidade e maternidade. Trata-se de uma evolução social e psicológica, em que se verifica a existência de famílias que fogem do modelo clássico, formadas por pai, mãe e filhos. Nesse contexto, percebe-se a concretização de projetos familiares

individuais, de modo que exigir um casal para acesso às técnicas de reprodução assistida seria um retrocesso, em total descompasso com a realidade social.

Diante do exposto, entendendo-se a procriação como um direito individual, defende-se que, ainda com o óbito do genitor, havendo autorização em vida, a viúva terá direito de se valer dos métodos de reprodução assistida.

No caso da inseminação artificial, o exemplo mais comum é a implantação do gameta masculino na mulher, mas, nada impede que o inverso ocorra, como, por exemplo, na hipótese de gestação por substituição.

No caso de inseminação artificial homóloga existe total coincidência de identidade genética entre a criança gerada e o casal contratante. No caso da ocorrência após a morte de um dos genitores, ainda assim a criança será biologicamente filha de ambos. Dos laços de consanguinidade decorre a filiação genética.

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece a possibilidade de inseminação homóloga *post mortem*, determinando a presunção de filiação como efeito decorrente. Desta forma, estabelece-se a filiação jurídica da criança gerada pelo método em comento.

Ademais, há de se destacar a importância da manifestação de vontade em vida, que demonstra a afetividade, o desejo de procriar, ainda que seja após a sua morte. A proposta de inseminação artificial é composta por um procedimento em que fica demonstrada a intenção e o desejo de procriação. A própria busca por uma clínica especializada e a retirada do material genético para criopreservação é suficiente para provar a existência do elemento volitivo dos genitores. Contudo, ainda é exigida a formulação de um contrato que os signatários deixem expressa a manifestação de vontade, inclusive em caso de morte de uma das partes. Nesse ponto, fica claro o planejamento familiar. Não é um filho que é gerado em uma noite. Passa-se por um processo difícil e oneroso para alcançar um objetivo firmado. Já existe o desejo, o comprometimento e a responsabilização pela vida que está por vir.

O filho foi planejado antes da morte de um dos seus genitores, então não se pode presumir que a viuvez gerará motivação egoística para procriar. Se assim fosse, o caminho seria ilegitimar a adoção póstuma, ou, até mesmo, legitimar o aborto em caso de morte de um dos pais, diante do argumento de que não seria digno nascer sem pai, e que os transtornos psicológicos seriam muito grandes, podendo provocar

danos graves e irreparáveis. Diante de uma evolução contraposta a este entendimento, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a família monoparental e a adoção póstuma.

Entende-se, ainda, que o elemento volitivo não pode ser desconsiderado após a morte, sob pena de incorrer em uma afronta direta à liberdade de contratação e ao livre planejamento familiar. Ainda que se reconheça que tais direitos são limitados pelos demais, deve-se entender que a criança que será gerada é absolutamente desejada e amada pelos seus genitores.

A hipótese de não se reconhecer o vínculo de filiação entre a criança e seu genitor falecido seria flagrantemente uma discriminação, expressamente veda pela Constituição Federal, no que concerne a proibição de qualquer tratamento desigual entre filho, independente de sua origem.

É oportuno esclarecer que não se vislumbra a hipótese do emprego dos métodos de reprodução assistida sem assinatura de um contrato que tenha previsões específicas da destinação do material recolhido, inclusive após morte de um dos contratantes.

Desta forma, o vínculo de filiação entre a criança gerada e seus genitores é inegável, ainda que a concepção tenha ocorrido após a morte de um deles.

As maiores celeumas jurídicas ocorrem no âmbito do direito sucessório. Mesmo sendo consagrada a presunção de paternidade, o Código Civil de 2002 determina que são aptos a suceder apenas os já concebidos no momento da abertura da sucessão. Nesse ponto encontra-se uma contradição quanto ao regramento da inseminação homóloga *post mortem*.

Aparentemente admite-se a criança gerada após a morte do genitor como filho do mesmo, mas, em contrapartida, vem cercear os direitos inerentes à filiação, tais como os direitos sucessórios.

Uma interpretação restritiva dos dispositivos infraconstitucionais pode levar a um entendimento equivocado. Não se pode esquivar dos preceitos fundamentais para interpretar as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal veda qualquer tratamento desigual entre filhos, independente de sua origem. Nesse ponto, inexistente qualquer ressalva, e não pode uma lei infraconstitucional se opor à preceitos constitucionais e limitar o que foi consagrado como direito fundamental.

Destarte, cumpre lembrar que seria um desrespeito à dignidade dos genitores e da criança gerada. A interferência estatal no livre direito à reprodução seria uma violação direta ao princípio em comento, haja vista que o direito a procriação também decorre da dignidade, assim como a saúde psíquica do envolvidos na reprodução assistida.

Nesse ponto, é importante destacar que o princípio do livre planejamento familiar também se faz presente. Deve-se respeitar a vontade do casal em escolher ter muitos, poucos ou nenhum filho, cabendo ao Estado tão somente manter a sociedade informada das consequências e responsabilidades decorrentes da procriação, bem como dos meios para evitá-la.

Ademais, não também se pode considerar como um herdeiro testamentário, na hipótese de prole eventual, pois nesse caso seria flagrante o tratamento desigual, e, conseqüentemente, inconstitucional.

Foi concedido pelo legislador o prazo de dois anos após a abertura da herança para que o filho da pessoa determinada em testamento nascesse sem a exigência sequer de que fosse filho do falecido, na hipótese de prole eventual. A segurança jurídica foi relativizada em detrimento da realização do desejo do falecido.

Salta aos olhos que a segurança jurídica é relativizada quando se trata reconhecimento de filiação e os efeitos daí decorrente. O legislador civilista regulamentou a ação de petição de herança como remédio cabível ao herdeiro ainda não conhecido no momento da partilha dos bens, concedendo um prazo de dez anos para que reclame seu direito em juízo. Nesse ponto não parece se preocupar com a segurança jurídica dos demais herdeiros.

Na inseminação homóloga póstuma a criança gerada é presumida filho e estão presentes os laços de consanguinidade e o elemento volitivo, então é inconcebível que a segurança jurídica não seja novamente relativizada.

Ao regulamentar o art. 1.789 do CC, admitindo-se como sucessor apenas os já concebidos, o legislador não percebeu os avanços científicos na área da reprodução humana. Entretanto, o Código Civil deve ser interpretado à luz da Constituição Federal.

O Direito não deve se limitar a interpretação restrita do texto de lei, precisando atentar-se as mudanças no contexto social. O caso concreto, especialmente no que

concerne a área médica, deve ser analisado de forma interdisciplinar para que esteja em consonância com os anseios sociais. Diante dos direitos e garantias constitucionais o dispositivo do art. 1.789, CC, deve ser interpretado extensivamente, para garantir efetividade ampla aos preceitos e princípios fundamentais.

No que concerne a capacidade sucessória, entende-se que a criança gerada deverá ser um herdeiro legítimo e necessário, assim como os demais filhos reproduzidos por meios naturais. Qualquer entendimento que diferir dessa premissa será uma afronta direta ao princípio da igualdade entre os filhos, do livre planejamento familiar e da dignidade da pessoa humana, contemplados constitucionalmente.

Há de se reconhecer que não existe um entendimento pacífico sobre o tema em questão, o que causa maior preocupação. Os crescentes casos de reprodução assistida após a morte de um dos genitores ficam a mercê da insegurança jurídica decorrente das contradições legais, dependendo de interpretações contraditórias de juízes de primeiro e segundo grau. Desta forma, urge enfatizar a urgência na regulamentação do tema, com o objetivo de por fim à celeuma jurídica problematizada.

Entretanto, cabe enfatizar que é imperioso que o legislador civilista observe os preceitos constitucionais e a própria realidade fática. Admitir uma regulamentação que proíba a técnica em estudo seria um retrocesso, haja vista que diante dos avanços médicos-científicos a reprodução assistida é um meio empregado nacionalmente, multiplicando-se os casos em que a inseminação ocorreu após a morte do genitor.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Carlos Cavalcanti. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**. Disponível em: <[www.ibdfam.org.br/anais\\_download.php?a=8](http://www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=8)>. Acesso em: 22 jun 2012.

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e biodireito**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=110>>. Acesso em: 18 jun 2012

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

\_\_\_\_\_; REIS, Sérgio Nogueira Reis. **Bioética no cinema**. 01 Ed. Belo Horizonte: Editora Nova Alvorada Edições, 2009

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. *In*: CASABONA, Carlos Maíra Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. (Coords.) **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. 1 ed.. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005

BRASIL. **Conselho federal de medicina**. Nº 1957/2010. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm)>. Acesso em 25 mai 2012

\_\_\_\_\_. **Código Civil de 2002**, art. 1597, V. Disponível em <[http://www.dji.com.br/codigos/1940\\_dl\\_002848\\_cp/cp157a160.htm](http://www.dji.com.br/codigos/1940_dl_002848_cp/cp157a160.htm)>. Acesso em: 25 mai 2012

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 25 mai 2012

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e Adolescente**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 25 mai 2012

\_\_\_\_\_. Enunciado nº 106, Jornada de Direito Civil de 2002. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/ijornada.pdf>>. Acesso em: 20 jul de 2012.

CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil**: Vol. 6. Direito das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000

\_\_\_\_\_. Sujeitos da sucessão. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.) **Direito das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007

CORLETA, Helena Von Eye. FRAJNDLICH, Renato. **Infertilidade – Introdução**. Disponível em: <<http://www.abcdasaude.com.br/artigo.php?658>>. Acesso em: 20 abr 2012

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Vol. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

DELFIN, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*. **Revista Síntese de Direito de Família nº 65**. São Paulo: Editora Síntese, abril/maio. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed., ver., aum. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Vol. 6. Direito das sucessões. 25 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Manual das Famílias**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007

FARIAS, Cristiano Chaves de. Incidentes à transmissão da herança. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.) **Direito das sucessões**. 2 ed.. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSELVALD, Nelson. **DIREITO DAS FAMÍLIAS**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1 ed.. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Filiação e reprodução assistida. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro. São Paulo: Editora Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Vol VII, Direito das Sucessões. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro**: Vol VI, Direito de Família. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito das sucessões**: V. 4. 7º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

\_\_\_\_\_, Maria Rosália Pinfildi. Reprodução Humana Assistida. Disponível em: <<http://www.direitodefamilia.com.br/materia.asp?CodMater=160>> . Acesso em: 05 out 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 2 ed. Belo Horizonte, 2007.

\_\_\_\_\_. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/98/78>>. Acesso em: 02 jul 2012.

JANSEN, Brigitte E. S.. A nova biotecnologia e a medicina atual necessitam de um tipo diferente de insumo bioético, ou trata-se de conflito ético de interesses? *In*: CASABONA, Carlos Maíra Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes Queiroz. (coords). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 5.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. As principais questões jurídico-civis ligadas às técnicas de reprodução assistida e o seu tratamento. **Revista do mestrado em direito**. Maceió: Edufal, vol. 2, nº 03, 2008

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. Inseminação *post mortem* e a resolução n. 1957/2010 do conselho federal de medicina: do equívoco ético ao comportamento jurídico. *In*: GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo (Orgs.) **Bioética e direitos fundamentais**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 189.

LEVY, Laura Affonso da Costa. Inseminação artificial *post mortem* e a reflexão constitucional. **Revista Síntese de Direito de Família nº 65**. São Paulo: Editora Síntese, abril/maio. 2011, p. 26

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *In*: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 325.

MADALENO, Rodolfo. **Testamento: Expressão de Última Vontade**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=701>>. Acesso em: 23 set 2012

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 35 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003

NOGUEIRA, Claudia de Almeida. **Direito das sucessões: comentário à parte geral e à sucessão legítima**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Vol. VI, Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução assistida: inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório**. Acesso em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>>. Disponível em: 04 set 2012. Acesso em: 15 mai 2012, p. 5.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético – sêmem – após a morte do seu titular. *In*: CASABONA, Carlos Maíra Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes Queiroz. (coords). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p.294.

\_\_\_\_\_, Arryanne. Tecnologias reprodutivas e direito: algumas conexões. *In*: DINIZ, Debora. BULGLIONE, Samantha. **Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas?**. 01 Ed.. Brasília: Editora Letras Livres

SÃO PAULO. Secretaria de Estado da Saúde. **Hospital estadual dobra capacidade de reprodução assistida pelo SUS**. Disponível em <<http://www.saude.sp.gov.br/ses/noticias/2012/marco/hospital-estadual-dobra-capacidade-de-reproducao-assistida-pelo-sus>>. Acesso em: 12 jun 2012

SÁ, Maria Fátima Freire. NAVES, Bruni Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: < [http://escolasuperiordedireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo\\_Wolfgang\\_Sarlet.pdf](http://escolasuperiordedireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf)>. Acesso em: 23 set 2012, p. 365.

SOUZA, Allan Rocha de. CASTRO, Raul Murad Ribeiro de. JUNIOR, Vitor de Azevedo Almeida. **A constituição e a regulamentação da reprodução assistida**. Disponível em:<[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/01\\_726.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/01_726.pdf)>. Acesso em: 30 jun 2012

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. *In*: CASABONA, Carlos Maíra Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes(Coords). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.