

# **A legitimidade sucessória do filho concebido por meio de técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem***

*Bruno Gomes de Assumpção*

*Lélia Júlia de Carvalho*

*Taiane Borges de Oliveira Santos*

## **Resumo**

Este artigo tem por objetivo analisar os direitos sucessórios do filho concebido após a morte do genitor por meio da técnica de reprodução assistida denominada inseminação artificial homóloga *post mortem*. A metodologia utilizada no estudo foi pesquisa exploratória e descritiva com apresentação de análise qualitativa. As fontes utilizadas foram doutrinas, artigos científicos e sítios da Internet relacionados ao tema. A legislação brasileira não pôde acompanhar os avanços da engenharia genética, o que resultou em falta de regulamentação específica para o uso de técnicas de reprodução assistida. Embora haja referência à questão no art. 1597, do Código Civil de 2002 quanto à presunção de paternidade, esse dispositivo, entretanto, não prevê seus reflexos no direito sucessório causando divergências na interpretação do art. 1.798 do Código Civil, que trata da sucessão legítima das pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão. Dependendo da interpretação que se dá aos dispositivos legais, poder-se-á admitir ou não o direito sucessório de pessoa concebida após a morte do genitor. Diante da ausência de legislação direta, deve ser analisada a possibilidade de utilização do sêmen do cônjuge falecido para inseminação. Caso seja possível, deve-se investigar se seria necessária uma autorização anterior do falecido que contemplasse eventual uso póstumo de material biológico para fins de reprodução. Além disso, resta estabelecer se o filho gerado após a morte de seu genitor teria direito à herança com os demais filhos. Com base nesses questionamentos, esse estudo busca investigar, a partir dos princípios constitucionais, a legitimidade sucessória do filho concebido por meio da técnica da inseminação artificial homóloga *post mortem*.

**Palavras-chave:** Inseminação Artificial Homóloga *Post Mortem*, Princípios constitucionais, Direito Sucessório.

## **Abstract**

*This article aims to analyze the succession rights of the child conceived after the death of the parent through the technique of assisted reproduction called artificial insemination homologous post mortem. The methodology used in the study was an exploratory and descriptive research with presentation of qualitative analysis. The sources used were doctrines, scientific articles and Internet sites related to the topic. Brazilian legislation has not been able to keep up with advances in genetic engineering, which has resulted in a lack of specific regulation for the use of assisted reproduction techniques, although reference is made to the issue in art. 1.597, of the Civil Code of 2002 regarding the presumption of paternity. This provision, however, does not provide for its effects on inheritance law, causing differences in the interpretation of art. 1.798 of the Civil Code, which deals with the legitimate succession of persons born or conceived at the time of the opening of the succession. Depending on the interpretation*

*given to legal provisions, it may be possible to admit the succession of a person conceived after the death of the parent because, in the absence of legislation, it must be analyzed whether he could use the semen of the deceased spouse for insemination. If this is possible, it would require the authorization of the deceased parent. Still, if the child generated after the death of his parent would have the right to inheritance like the other children. Therefore, this study analyzes, based on constitutional principles, the inheritance legitimacy of the child conceived through the technique of post-mortem homologous artificial insemination.*

**Keywords:** *Postmortem Homologous Artificial Insemination, Constitutional principles, Succession Law.*

## **1.Introdução**

Os avanços tecnológicos e científicos da medicina alcançados pela pesquisa na área de reprodução assistida deram oportunidade aos casais de terem filhos sem a necessidade da cópula. Se, por um lado, isso superou parte dos problemas com a infertilidade, por outro, sobrevieram lacunas no ordenamento jurídico que suscitam discussões da doutrina. Tal prática, sem dúvida, afetaria as relações de família relativamente aos efeitos jurídicos do direito à sucessão.

Pela falta de regulamentação para uso das técnicas de — no caso, da inseminação artificial homóloga *post mortem* que possibilita a geração de um filho depois de morto o seu genitor —, surgiram divergências baseadas na interpretação do art. 1798 do Código Civil, que trata da sucessão legítima daquelas pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. De fato, a interpretação que for dada a esse artigo poderá entender-se por, admitir ou não, o direito sucessório de pessoa concebida após a morte do autor da herança.

Enquanto não for criada legislação própria, essas questões, na atualidade, podem ser tratadas com as mais diversas interpretações. Esse estudo analisa se é possível ao filho concebido por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem*, ter direito hereditário.

## **2. Os avanços históricos da reprodução assistida**

A primeira técnica de reprodução assistida feita por meio de inseminação artificial de que se tem registro, foi realizada pelos árabes no ano de 1332, em equinos, (MOURA, 2009). Entretanto somente em 1776, se realizou a primeira inseminação artificial patenteada pelo saber científico, quando o Italiano Lazaro Spalanzani fez experimentos com mamíferos. Ele colheu o sêmen de um cachorro e o aplicou em uma cadela no cio, a qual teve três filhotes, 62 dias mais tarde. Era o início de uma revolução do campo da reprodução animal a partir do nascimento dessa técnica (MORAIS, 2011, p.11).

Em 1875 pesquisadores, ao utilizarem coelhos, morcegos, estrelas e ouriços do mar em seus estudos laboratoriais, concluíram que basicamente, a fertilização é constituída pela união de um espermatozoide com um óvulo. O cientista Walter Heape, em 1891, na cidade de Calcutá, estudou a fase de pré-implantação de embriões de macaco *rhesus*. No mesmo ano, em continuação de suas pesquisas, agora em parceria com cientista Buckley, “transplantaram com sucesso embriões de uma coelha para o útero de outra espécie”, um felino denominado Angorá (NAKAMURA, 1984, p.15).

A partir de então, com os avanços da ciência, as indagações e pesquisas passaram a se difundir, ocupando um lugar de grande importância na busca da solução para infertilidade humana (DONADIO, 1997, p. 137). Em 1959, o Cientista Chang apresentou provas dos primeiros sucessos de fertilização *in vitro*, através de técnicas dos sinais genéticos aplicadas em coelhas. Mas foi em março de 1968 que o embriologista Robert Edwards e Barry Bavister fertilizaram o primeiro pré-embrião humano *in vitro* (CABRAL, 2012, p.03).

Segundo Cabral (2012, p.03) em abril de 1968, o Embriologista Robert Edwards e o Ginecologista Patrick Steptoe formaram um grupo para trabalhar com fertilização *in vitro*. Avançando nas pesquisas, em 1971, tentaram implantar embriões em mulheres, mas sem êxito. Quatro anos depois, essa dupla consegue realizar a primeira gravidez, que, porém, foi tubária, ou seja, o óvulo fertilizado foi implantado fora do útero, onde não há chances de o feto progredir.

Após um trabalho árduo de 15 anos de pesquisa, realizado pelos médicos Patrick Steptoe e Robert Edwards, reservando todos os fins de semana de quinta-feira a domingo, Leslie Brown consegue engravidar. A moça juntamente com seu marido tentava, há anos, ter filhos. O problema era que Leslie, aos 32 anos, tinha as trompas bloqueadas (NAKAMURA, 1984, p.16).

O primeiro caso de reprodução humana assistida, com a fecundação do óvulo fora do organismo materno, em uma proveta, ocorreu em 25 de julho de 1978. Nascia o primeiro bebê de proveta do mundo, a inglesa Louise Brown, nasceu no hospital geral de Oldham, perto de Manchester (MONTALBANO, 2012).

A partir do nascimento de Louise Brown na Inglaterra, na cidade de Oldham, depois da persistência nas pesquisas, surge uma nova era na reprodução assistida. Acontece uma verdadeira revolução nos avanços tecnológicos e científicos. Depois desse marco na história, mais de 3,5 milhões de crianças nasceram por intermédio desse tratamento, sendo que as chances de sucesso, na época de Louise, não passavam de 5% do total das tentativas (MOURA, 2009).

Em 03 de outubro de 1978, dessa vez na Índia, nasce o segundo bebê pelas mãos do doutor Saroj Kanti Bhattacharya, professor de ginecologia e obstetrícia da Universidade de Calcutá. O ginecologista Patrick Steptoe e o embriologista Robert Edwards continuaram suas pesquisas e obtiveram sucesso agora na Escócia. Como resultado de seus trabalhos, em 14 de janeiro de 1979, nascia a terceira bebê, chamada Cândice Reed (NAKAMURA, 1984, p.18).

A partir de 1980, deixou-se de constituir acontecimento raro o nascimento de bebês inseminados artificialmente. Nesse mesmo ano, foi criado o primeiro banco de embriões congelados na Austrália, onde nasceu Baby Zoe, a primeira bebê concebida a partir do uso de embriões crio-preservedos, ou seja, embriões congelados. No dia 07 de outubro de 1984, nascia Ana Paula Caldeira, no Estado de São Paulo, através da técnica realizada pelo ginecologista Milton Nakamura, pioneiro em fertilização *in vitro* no Brasil (CABRAL, 2012, p. 04).

Atualmente, a reprodução humana assistida ganha maior relevância em seu papel na sociedade. Com a assistência reprodutiva, casais com dificuldades de conceber podem alcançar a tão sonhada maternidade e paternidade. Entretanto, a prática dessa técnica ainda encontra barreiras impostas pela inexistência de legislação pertinente, seja constitucional ou infra-constitucional (CABRAL, 2012, p. 04).

### **3. A possibilidade do reconhecimento de efeitos jurídicos da técnica de reprodução humana assistida denominada inseminação artificial *post mortem***

No decorrer da história, algumas mudanças ocorreram na sociedade, principalmente em relação ao papel da mulher. Tais mudanças contribuíram para uma queda nas taxas de fecundidade, tanto no Brasil quanto em outros países. Muitas mulheres, empenhadas em outros afazeres, deixaram para mais tarde a experiência de ser mãe. Entretanto, a maternidade continua sendo a meta de quase todas. Mesmo em tempos atuais, aquelas que não conseguem gerar um filho, sentem-se insatisfeitas, sofrem e, geralmente, procuram tratamento contra a infertilidade (BORLOT, 2004, p. 63).

Muitos homens também conservam o projeto de constituir família com filhos. Ao tentar concretizar esse objetivo, alguns se deparam com a infertilidade, onde a notícia deixa a maioria deles muito abalada, principalmente pela dificuldade que têm de entender que a infertilidade não está atrelada à virilidade (BORLOT, 2004, p. 63).

A Infertilidade é definida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como a incapacidade de um casal para conseguir a gravidez ou o parto de um bebê vivo, após um ano de relações sexuais regulares “realizadas em dias alternados sem o uso de métodos contraceptivos” (SOUSA, 2016, p.40). A possibilidade de que a infertilidade ocorra pode aumentar com a idade. Um em cada quatro casais com mais de 35 anos sofrerá de infertilidade (BORLOT, 2004, p. 64).

As tecnologias utilizadas para realização da reprodução humana assistida estão no contexto mais amplo dos cuidados referentes à infertilidade. O conceito de reprodução assistida é a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade (MALUF, 2013, p.191).

Nesse mesmo contexto, a reprodução assistida é o conjunto de técnicas utilizadas por médicos especializados, que têm como principal objetivo a tentativa de proporcionar a gestação a mulheres com dificuldades de engravidar. Em outras palavras, consiste na orientação e assistência para a prática reprodutiva, quando os métodos tradicionais não atingem o resultado desejado (PINTO, 2008).

As técnicas de reprodução assistida resultam dos avanços científicos e tecnológicos da humanidade. Montalbano (2012, p.11) explica que datam de alguns séculos as intervenções e experiências no processo de reprodução de seres vivos e da reprodução humana, expondo que

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

As principais técnicas de reprodução assistida, desenvolvidas no decorrer dos séculos, podem ser divididas em quatro grandes grupos: inseminação artificial homóloga, inseminação artificial heteróloga, fecundação *in vitro* e mães de substituição.

Consoante explicação de Cabral (2012, p.06), a expressão inseminação “deriva do latim, formada pela preposição *in* mais *seminare*, que significa semente. O adjetivo

artificial, que também deriva do latim, *artificialis*, por sua vez significa feito com arte”. Essa técnica não é muito complexa. Pelo contrário, é relativamente simples. Consiste na introdução do esperma na vagina, por meio de uma cânula (pequeno tubo). É a técnica mais antiga, que teve um longo processo de desenvolvimento e não causou grandes polêmicas, desde sua criação.

Inseminação artificial, também conhecida por fecundação *in vivo* porque ocorre dentro do corpo da mulher, pode ser denominada como a introdução de gametas masculinos no interior do canal genital feminino, por procedimentos mecânicos, sem que tenha havido qualquer aproximação sexual do casal, com a finalidade de gerar um filho (CABRAL, 2012, p. 06).

Nos dizeres de Machado (2011, p. 32), entende-se por inseminação artificial o procedimento técnico-científico de levar o óvulo ao encontro do espermatozoide, sem a ocorrência do coito. Constitui-se o conjunto de técnicas, com o objetivo provocar a geração de uma criança, através de outros meios que não o do relacionamento sexual.

Costuma-se recorrer a utilização dessa técnica quando os gametas masculinos possuem problemas de fertilidade ou em casos de alta acidez do pH vaginal, que provoca a morte das células masculinas antes que elas consigam, de fato, adentrar o corpo feminino (UENO, 2017).

Assim, o procedimento técnico científico de inseminar artificialmente pode ocorrer através de quatro maneiras distintas dependendo do local onde será realizado o depósito dos espermatozoides: inseminação artificial intravaginal, inseminação artificial intrauterina, inseminação artificial intraperitoneal ou inseminação artificial intratubária de gametas e zigotos (OMMATI, 1999).

A inseminação intravaginal ocorre quando o esperma ainda fresco é depositado no fundo do canal genital feminino através de uma seringa plástica. Já a inseminação intrauterina ocorrerá com a inserção dos espermatozoides diretamente na cavidade uterina da mulher, utilizando, para realizar o procedimento, uma sonda que será conduzida às trompas de falópio em busca de um óvulo para fecundar (OMMATI, 1999).

Já a inseminação intraperitoneal acontecerá quando os espermatozoides forem introduzidos, por meio de uma micro agulha, diretamente no líquido intraperitoneal. Uma injeção é aplicada dentro da cavidade abdominal da mulher para que as próprias trompas capturem os espermatozoides, com a finalidade de fertilizar o óvulo (OMMATI, 1999).

A inseminação artificial intratubária de gametas (GIFT, sua sigla em inglês) acontece quando os dois gametas, óvulo e espermatozoide, após uma estimulação química, são coletados e, em seguida, transferidos para as tubas uterinas, onde ocorre a fecundação, como esclarece Ommati (1999):

A transferência intratubária de gametas consiste em captar os óvulos da mulher por meio de laparoscopia, exame endoscópico da cavidade abdominal mediante uma pequena incisão na parede do abdome, ao mesmo tempo em que se capta o esperma do marido. Na mesma operação, colocam-se ambos os gametas em uma cânula especial, devidamente preparada, introduzindo-os em cada uma das trompas de Falópio, lugar onde se produz naturalmente a fertilização. Se tudo transcorre normalmente, os espermatozoides penetram em um ou mais óvulos, formando-se o embrião. Este descerá dentro das trompas até o útero, de forma tal que a concepção se produzirá integralmente

no corpo da mulher. O grande problema é a baixa porcentagem de êxito dessa técnica, figurando entre 35 a 40%. Outro problema, comum às técnicas que não se utilizam apenas de métodos físicos, é a grande possibilidade de concepção de gêmeos. Isso se explica pelo fato de, ao se utilizar esse método de reprodução artificial, recolherem-se vários óvulos, para se garantir alguma margem de sucesso.

Finalmente, a inseminação artificial intratubária de zigoto (ZIFT, sua sigla em inglês) consiste em colocar os gametas, óvulo e espermatozoide, em contato, *in vitro*, em condições apropriadas para a fusão. O zigoto ou zigotos resultantes são transferidos para o interior das trompas uterinas. A diferença entre as duas transferências intratubárias é que, com a ZIFT, a fecundação se realiza fora do corpo da mulher, enquanto que na GIFT, o encontro do óvulo com o espermatozoide formando o embrião, ocorre nas trompas (OMMATI,1999).

A ZIFT e a GIFT possuem as mesmas restrições, ou seja, apresentam baixa porcentagem de êxito e sobra de vários zigotos não colocados no corpo da mulher. Esses zigotos são conservados, congelados até que o casal decida o que fazer, surgindo uma problemática ético-jurídica, que será analisada logo mais à frente (OMMATI,1999).

A inseminação artificial também pode ser classificada como homóloga ou heteróloga. É considerada inseminação homóloga, quando a fecundação acontecer pelo sêmen do cônjuge ou companheiro da respectiva mulher que o receberá, ou seja, a técnica é homóloga, quando existir um casal na iniciativa de gerar um filho e o sêmen coletado provier do varão (MACHADO, 2011, p. 34).

No que diz respeito à inseminação artificial homóloga, em tese, não há discussões quanto à filiação, tendo em vista que os pais que assumirão a criança são exatamente os mesmos que fizeram a doação do material genético, além de não modificar a hereditariedade biológica da criança (CABRAL, 2012).

Contudo, entende-se por inseminação artificial heteróloga como aquela em que o gameta masculino utilizado é de um terceiro. Não pertence ao cônjuge ou companheiro da mulher inseminada. Costuma-se recorrer à inseminação heteróloga, quando é detectada ausência completa de espermatozoides, ou quando a produção de espermatozoides é alterada pela infertilidade masculina. Nos dizeres de Cabral (2012, p. 07), inseminação artificial heteróloga:

É aquela em que o sêmen utilizado é de terceiro, e não é do cônjuge ou companheiro da mulher inseminada. Trata-se de técnica utilizada por vários motivos de esterilidade masculina, tais como: por ausência completa de espermatozoides (azoospermia), por obstruções nas vias excretoras dos testículos (azoospermia excretora), por hipofertilidade, por motivos de anomalias morfológicas, por motivações genéticas, bem como por portar o vírus HIV.

Para Machado (2011, p. 33), o cônjuge ou companheiro que não tiver produção de espermatozoides ou que os produz em quantidade inferior à necessária para que ocorra a fertilização, poderá resolver seu problema de infertilidade, utilizando espermatozoide de doadores, através de bancos de sêmen. Ou seja, poderá dispor da técnica de inseminação artificial heteróloga.

Segundo Cabral (2012, p. 07), a técnica de inseminar artificialmente foi o primeiro exemplo de reprodução medicamente assistida. Atualmente, é uma das técnicas mais utilizadas, por se afigurar como um procedimento de simples aplicação. É importante trazer à luz que a inseminação artificial ou fecundação *in vivo* se difere

da fertilização *in vitro*, uma vez que esta ocorrerá em laboratório, em um tubo de cultura laboratorial.

A fertilização *in vitro*, nas palavras de Pinto (2008), também conhecida como *fivete* (sigla em inglês) ou, muitas vezes, denominada bebê de proveta, é uma das técnicas consideradas mais modernas de reprodução assistida. Com ela, a fecundação dos gametas masculino e feminino ocorre fora do corpo da mulher e, após a formação do embrião, este é implantado no útero materno para que ali se desenvolva. Os embriões resultantes são transferidos para o útero ou para as trompas. Ommati (1999) explica o procedimento da fertilização:

A fertilização *in vitro* seguida da transferência de embriões, ou simplesmente FIVETE (sigla em inglês), consiste na técnica segundo a qual o zigoto ou zigotos continuam a ser incubados *in vitro* no mesmo meio em que surgiram, até que se dê a sua segmentação. O embrião ou embriões resultantes (estágio de 2 a 8 células) são, então, transferidos para o útero ou para as trompas. É a fertilização em laboratório, conhecida como bebê de proveta.

Essa técnica é indicada para mulheres que apresentam obstruções na tuba uterina, sofreu casos repetidos de aborto ou realizou laqueadura e para os homens que realizaram o procedimento de vasectomia, apresentam alterações em seu teste de espermograma ou possuem fatores genéticos de infertilidade (UENO, 2017).

Maluf explica que o processamento da técnica mencionada funciona em um ambiente “com 5% de dióxido de carbono e temperatura de 37 graus Celsius para, depois de 24 a 48 horas, serem transferidos para a cavidade uterina os embriões formados, contendo já de 4 a 8 células” (2013, p. 313).

No entanto além disso cabe ressaltar que existe ainda a possibilidade de congelamento do sêmen recolhido e não implantado, através da técnica denominada criopreservação. Esse procedimento permite conservar células utilizando nitrogênio líquido, a uma temperatura de 196 grau negativos (CREMA, 2008).

Esse mecanismo possibilita preservar os gametas femininos, masculinos e embriões para o uso posterior. Muitas pessoas precisam preservar os gametas por se depararem com a impossibilidade imediata de maternidade ou paternidade, seja por escolha ou por circunstâncias adversas, como o tratamento de câncer que exige o procedimento de rádio e quimioterapia ou de outras doenças, que podem afetar a fertilidade futura (CREMA, 2008).

A criopreservação permite que o sêmen se mantenha com suas características inalteradas por um período de até 20 anos. Foi o que possibilitou especialistas do hospital do Estado Americano da Califórnia conseguirem a concepção de um gêmeo de um menino de sete anos, em outubro de 1997(CREMA, 2008).

Outra técnica de reprodução assistida que não possui lei regulatória em vigor, é conhecida como mães de substituição. Trata-se da doação temporária do útero para que nele, o embrião seja implantado e assim ocorra a gestação. Pode ser utilizada quando uma mulher não consegue sustentar a gravidez normal em seu corpo, por incapacidade física para carregar o embrião (PINTO, 2008).

É de todo oportuno mencionar que o empréstimo uterino não pode ter cunho lucrativo ou comercial. Existe ainda recomendações do Conselho Federal de Medicina no sentido de que as doadoras temporárias do útero devam pertencer à família da

doadora genética, em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Os demais casos são sujeitos à aprovação do Conselho (PINTO, 2008).

De forma geral, as técnicas de inseminação artificial não geram discussões mais acaloradas. Entretanto, tendo em vista as conquistas científicas e a possibilidade de criopreservação por tempo indeterminado, foi possível a utilização da técnica de inseminação, mesmo após o falecimento do homem. Isso tem gerado ampla discussão no âmbito jurídico. É o caso da inseminação artificial *post mortem* (MARQUES, 2017, p. 11).

A inseminação artificial homóloga *post mortem* tornou-se possível graças ao congelamento dos espermatozoides do marido ou companheiro após morte deste. O congelamento de material biológico permite que a esposa ou companheira seja inseminada com sêmen do cônjuge falecido, vindo a gerar-lhe um filho (PINTO, 2008). Essa técnica é considerada um dos mais modernos métodos de criopreservação de material genético.

O marco inicial das discussões jurídicas sobre os limites e as possibilidades da inseminação artificial homóloga *post mortem* ocorreu a partir do caso conhecido como *Affair Parpalaix*, que ocorreu na França, em 1984. O caso envolveu o casal Alain Parpalaix e Corine Richard (MARQUES, 2017, p. 10). Segundo exposto abaixo:

O casal mantinha um relacionamento e não tinha filhos. Ao ser diagnosticado com câncer, Parpalaix teve que se submeter a tratamento quimioterápico e foi informado sobre a alta probabilidade de se tornar infértil, razão pela qual, imbuído da intenção de ter filhos futuramente, decidiu depositar seu esperma em um banco de sêmen. Com o agravamento da doença, Parpalaix e Richard decidiram se casar, mas, dois dias após a cerimônia, ele veio a falecer. Desejando gerar o filho, Corine Richard procurou o banco de sêmen meses depois para se submeter ao procedimento de inseminação artificial. A clínica, por sua vez, recusou-se a entregar o material biológico depositado, alegando ausência de previsão legal e contratual que a obrigasse a entregá-lo e, com isso, teve início uma controversa disputa judicial. Ao final da contenda, o Tribunal de Creteil reconheceu o direito de Corine, razão pela qual presumiram o consentimento do falecido face ao procedimento postulado. Todavia, devido à longa duração do processo, a inseminação não foi exitosa.

No mundo, a prática de inseminação *post mortem* não é uniforme. Na Europa a Alemanha e Suécia vedam essa técnica. A França proíbe e acrescenta que o consentimento externado em vida perde o efeito. A Espanha não permite esse tipo de inseminação, mas garante direitos ao nascituro quando houver declaração escrita por escritura pública ou testamento. Já a Inglaterra admite o procedimento da técnica, mas não garante direitos sucessórios, a menos que haja documento expresso nesse sentido (MARQUES, 2017, p. 11).

Na América do Norte, Estados Unidos reconhece a existência do ligame jurídico da filiação sob a condição de que haja um consenso expresso em vida. O Canadá permite a utilização dessa técnica, mas sob à vigilância e ao controle de uma Agência denominada *Assisted Human Reproduction Agency of Canadá*, que registra as informações relativas à saúde das pessoas que se submetem a esse procedimento (PINELA, 2017).

Na América Latina, a Colômbia, o Chile e o México admitem o uso dessa técnica. A Argentina e o Uruguai desde 2013 regulamentaram o procedimento, sendo o acesso gratuito e integral a toda pessoa maior de idade, desde que expresse seu consentimento por escrito (PINELA, 2017).

No Brasil, não existe legislação específica permissiva ou proibitiva em relação à prática da reprodução assistida e tampouco em relação ao procedimento de inseminação artificial *post mortem*. Tramitam no Congresso Nacional, há dezesseis anos, diversos projetos de lei (PL) que tratam sobre o assunto e alguns deles permitem a inseminação artificial *post mortem*, como: “o PL 2.061/93; o PL 3.638/93; PL 2.855/97; o PL 90/99 reapresentado em 2001; o PL 1.184/03; o PL 120/03. Mas nenhum chegou a termo” (MALUF, 2013, p. 207). No Brasil, não houve grandes avanços no que se refere à regulamentação jurídica das práticas de reprodução humana assistida.

Nesse contexto, a única regulamentação específica existente é a resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina que, embora não tenha força de lei, é usada pelos médicos como um parâmetro ético em eventual utilização da técnica de inseminação artificial *post mortem*. Segundo o conselho, essa técnica não constitui um ilícito ético, desde que haja uma autorização prévia e específica do falecido para o uso do material genético por sua esposa ou companheira para concepção (NEVES, 2009, p. 109).

O que trouxe solução para a infertilidade, graças aos avanços da engenharia genética, levantou novos problemas e questões jurídicas. Estas ainda são muito discutidas, já que tal prática afeta e transforma as relações de família e direitos sucessórios (MARQUES, 2017, p. 11).

#### **4. Legitimidade sucessória do embrião concebido por meio da técnica de inseminação artificial homóloga após a morte do seu genitor**

No que diz respeito à reprodução humana assistida e a procriação carnal ambas são regulamentadas pelo código civil de 2002, em seu artigo 1.597. O texto do referido artigo faz menção sobre algumas técnicas de inseminação artificial dentre elas a *post mortem*, buscando assim resguardar a presunção de paternidade (ALBURQUERQUE FILHO, 2012).

Com isso, pode-se considerar legítima a prática de inseminação homóloga *post mortem*, visto que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 4º, reconheceu o instituto da família monoparental, possibilitando que uma família se forme por um dos pais e seus descendentes. E o Código Civil em seu artigo 1597 admitiu em seu ordenamento, através da presunção de paternidade, as técnicas de reprodução assistida (MARQUES, 2017, p. 12).

Quanto à presunção de paternidade, a Primeira Jornada de Direito Civil, por meio do enunciado n. 106, ao realizar a interpretação do artigo 1597, III, do Código Civil, descreve que, para considerar presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher esteja na condição de viúva. Diante do silêncio do Código Civil quanto ao estado civil da mulher que queira inseminar-se com o sêmen do marido já morto, o enunciado mencionado tentou dirimir a questão ao estabelecer que a mulher, ao se submeter a esse procedimento utilizando o material genético do

falecido, esteja na condição de viúva para evitar dúvidas sobre a paternidade do filho (WINCKLER, 2001).

Para que a viúva se submeta à técnica de inseminação homóloga *post mortem*, além de estar na condição de viúva, como explicado, é preciso haver a expressa manifestação de vontade do doador do material genético. A resolução do conselho federal de medicina ressalta que o doador deve manifestar, por escrito, o destino de seu pré-embrião criopreservado em caso do seu falecimento. O enunciado 106 da Primeira Jornada de Direito Civil também se manifestou sobre o assunto, confirmando a necessidade de autorização por escrito de forma prévia do marido para que se utilize seu sêmen após seu falecimento (DIAS, 2007, p. 330).

É necessário não perder de vista a posição que alguns tribunais vêm assumindo diante da matéria *sub examine*. Em novembro de 2014, o TJDF, no julgamento de um recurso de apelação de n. 20080111493002, negou o pedido de uma viúva que pretendia utilizar o material genético criopreservado do seu finado companheiro a fim de inseminar-se artificialmente. O Tribunal, ao julgar o recurso, fundamentou que, diante da ausência de legislação específica sobre o tema, não era possível presumir o desejo do *de cuius* de ser pai após a sua morte, sem a manifestação expressa em vida.

Outro caso sobre o tema foi julgado pela 13ª vara cível de Curitiba. Nos autos do processo n. 0027862-73.2010.8.16.0001, diferentemente da posição do TJDF, o juízo decidiu conceder liminar em favor da possibilidade de a viúva utilizar-se do material genético do falecido para inseminação após a morte dele, mesmo sem autorização prévia, reconhecendo o desejo do falecido de ser pai, através de provas testemunhais.

Considerando legítimo o uso da técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem*, havendo a confirmação de estar a mulher na condição de viúva e a comprovação da existência documento que expresse a manifestação de vontade do doador do material genético, qual seja o seu falecido companheiro ou marido, deve-se agora analisar se a criança eventualmente concebida possui ou não direitos sucessórios.

Ao tratar sobre o assunto de vocação hereditária, o Código Civil, em seu artigo 1798, dispõe que possuem legitimidade para suceder: as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. O referido artigo, em tese, excluiria o nascido através de inseminação artificial após a morte do *de cuius*, posto que a criança não haveria nascido nem teria sido concebida no momento da abertura da sucessão (ALBURQUERQUE FILHO, 2012).

Entretanto o mesmo Código afirma, no artigo 1597, III, no capítulo de Direito de família, que na constância do casamento essa criança já havia sido concebida, ainda que a sucessão de seu genitor estivesse aberta. Diante da redação desses dois artigos a doutrina passou a se firmar sob diferentes pontos de vista e dividir o entendimento de doutrinadores do direito de família e sucessões (ALBURQUERQUE FILHO, 2012).

Leite (2003, p. 110) defende que a criança gerada através de utilização de sêmen congelado após a morte de seu genitor, não herdará de seu pai, porque não estava nascida no momento da abertura da sucessão. Preconiza que existiria uma solução a seu favor, se houvesse disposição legal nesse sentido. Mas, sem previsão, não serão possíveis eventuais direitos sucessórios.

No mesmo sentido, defende Pereira (2004, p. 318) que será inadmissível falar em direitos sucessórios daquele filho nascido por inseminação artificial homóloga *post mortem*, porque a transmissão da herança acontece em consequência da morte, dessa transmissão participarão somente aqueles que estejam nascidos ou concebidos.

Gama (2003, p. 732) aduz a impossibilidade do reconhecimento do direito sucessório do concebido após a sucessão hereditária, mas admite a possibilidade do chamamento a suceder de forma testamentária, como prole eventual, já que são filhos concebidos após a morte do pai. Portanto, poderão somente herdar na sucessão testamentária, e não na sucessão legítima.

Em contrapartida a esse entendimento, Neves (2009) fundamenta sua tese com base no princípio constitucional da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, ratificado pelo artigo 1596 do código civil de 2002, que veda qualquer distinção entre filhos.

Nesse sentido, seria plenamente possível fundamentar o reconhecimento da sucessão legítima ao filho concebido através de inseminação artificial *post mortem*, com base no princípio constitucional da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, § 6º, da CF/88 e no art. 1596 do CC/02, tendo em vista que tanto a Constituição Federal quanto o Código Civil vedam qualquer distinção de tratamento distinto entre os filhos, independentemente da origem do vínculo de filiação (MARQUES, 2017).

Já Albuquerque Filho (2012) assevera que excluir das relações sucessórias os nascidos mediante inseminação artificial póstuma contraria claramente o princípio constitucional da igualdade de filiação, consagrado no artigo 227, § 6º da CF/88, uma vez que o legislador não previu qualquer exceção ao princípio da isonomia entre filhos.

Em consonância com os dizeres de Albuquerque Filho, há que se notar o posicionamento de Lobo (2003, p. 40), em total corroboração ao acima expendido. Ele explana que, independentemente da origem dos filhos, é vedado o tratamento diferenciado entre eles. Revelam-se, pois, resíduos de desigualdade, quando se realiza interpretação restritiva das normas relativas à filiação.

Também por este prisma é o entendimento de Freitas (2008), que perfilha o mesmo pensar ao asseverar que, “independentemente de ter havido ou não testamento, sendo detectada no inventário a possibilidade de ser utilizado material genético do autor da herança, hão de ser preservados os bens desta prole eventual”.

Quando se entende que o filho, fruto de inseminação artificial homóloga póstuma, não pode suceder ou, quando puder, somente o será de forma testamentária, se dá um tratamento diferenciado ao filho nascido por esta técnica. Tendo em vista que os demais filhos sejam aqueles concebidos de forma natural, os adotivos e outros terão direito a suceder na forma hereditária, enquanto que os havidos de inseminação *post mortem*, somente terão direito a suceder de forma testamentária (MARQUES, 2017).

## **5. Conclusão**

Observa-se quão atual, polêmica e abrangente é a questão trazida à baila. Não obstante a complexidade do tema, a consideração objetiva do pouco material legislativo existente permite algumas conclusões.

Primeiramente, devem-se reconhecer os direitos sucessórios do filho concebido por inseminação homóloga *post mortem*. Tendo em vista que o próprio Código Civil prevê a filiação dessa criança, falta somente que os efeitos sucessórios sejam estendidos ao caso. O artigo art. 1.798 do Código Civil deve ser interpretado, com observância dos princípios constitucionais, especialmente o da igualdade plena entre os filhos, a proibição discriminatória e o melhor interesse desse filho. Interpretar o preceito de forma a dar tratamento diferenciado em relação aos demais herdeiros viola a própria Constituição.

No que se refere a legitimidade do uso da técnica de inseminação artificial póstuma, deve-se analisar que a partir da previsão desse procedimento, no artigo 1597, III, do Código Civil, ratifica-se a possibilidade de ser permitido utilizar o sêmen do genitor biológico após o falecimento para gerar sua prole.

A respeito da manifestação de vontade do doador do material genético para que seja realizada a inseminação *post mortem*, diante da ausência de legislação específica, deve-se fazer uma interpretação com base no princípio da autonomia da vontade, que consiste no consentimento em comum do casal em levar adiante esse projeto parental mesmo após a sua morte, de modo que tal providência deveria ser por meio de documento expressando essa vontade.

Quanto ao reconhecimento dos direitos sucessórios do filho concebido por inseminação *post mortem*, percebe-se a deficiência de respaldo jurídico brasileiro que ampare o tratamento diferenciado ao filho nascido por inseminação artificial, excluindo-o da sucessão sem lhe conceder direitos. De fato, o art. 1798 do Código Civil deve ser interpretado em conjunto com o disposto na Constituição Federal em observância aos princípios constitucionais.

Sem perder de vista a dicção do art. 227, § 6º, da Constituição Federal que descreve a proibição de quaisquer formas discriminatórias relativas à filiação, esclareça-se que os filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção terão os mesmos direitos. Sendo assim, torna-se possível, reconhecer a habilitação do filho concebido por meio da técnica de inseminação póstuma na sucessão de seu genitor, aceitando que se opera os efeitos pessoais e patrimoniais em sua plenitude.

## REFERÊNCIAS

ALBURQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA-IBDFAM, 25. 2012, Minas Gerais. **Anais eletrônicos...** Minas Gerais: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2012. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/8.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf)>. Acesso em: 07 jul. 2018.

BORLOT, Ana Maria Monteiro; Trindade, Zeidi Araújo. As tecnologias de reprodução assistida e as representações sociais de filho biológico. **Revista da Sociedade Brasileira de Psicologia Hospitalar**, Rio de Janeiro, v. 09, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/epsic/v9n1/22382.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 03 jul. 2018.

BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 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: 03 jul. 2018.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; CAMARDA, Dayane Ferreira. Intimidade *versus* origem genética: a ponderação de interesses aplicada à reprodução assistida heteróloga. **Revista Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Minas Gerais, p. 29, fev. 2012. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/Pondera%C3%A7%C3%A3o%20de%20interesses%20aplicada%20%C3%A0%20reprodu%C3%A7%C3%A3o%20assistida%2010\\_02\\_2012.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Pondera%C3%A7%C3%A3o%20de%20interesses%20aplicada%20%C3%A0%20reprodu%C3%A7%C3%A3o%20assistida%2010_02_2012.pdf)> Acesso em: 30 jun. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução RE no 2.168 de 10 de novembro de 2017**. normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352362>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

CREMA, Luiz Gabriel. **A possibilidade ético-jurídica do direito à origem Genética na reprodução assistida heteróloga**. 2008. 117 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Itajai (UNIVALI), São José, 2008.

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

DONADIO, Nilson. **Reprodução Humana II**. São Paulo: Puregon, 1997.

FREITAS, Douglas Phillips. Reprodução assistida após a morte e o direito de herança. **Revista Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Minas Gerais, Jun. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=423>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

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

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentário ao novo código civil: do direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **Código civil comentado: direito de família. Relações de parentesco. Direito Patrimonial**. São Paulo: Atlas, 2003.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: Aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, Anderson Braga. **As repercussões sucessórias da inseminação artificial Homóloga *Post mortem***. 2017. 49 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Curso de Direito, Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 2017.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. Inseminação *post mortem* e seus reflexos no direito de família e sucessões. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina, Santa Catarina**, v.19, p. 09-34, 2012. Disponível em: <<https://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/48/49>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

MORAIS, Milena Miranda. **A legitimidade sucessória dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida *post mortem***. 2011. 70f. Trabalho de Conclusão

de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Curso de Direito, Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 2011.

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. Reprodução assistida. Um pouco de história. **Revista da Sociedade Brasileira de Psicologia Hospitalar**, Rio de Janeiro, v. 12, dez. 2009. Disponível em:<[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-08582009000200004#1a](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004#1a)>. Acesso em: 30 jun. 2018.

NAKAMURA, Milton; TROUNSON, Alan; ALBANO, Aulus M.; WOOD, Carl. **Fertilização *in vitro* e microcirurgia tubária**. São Paulo: Roca, 1984.

NEVES, Rodrigo Santos. **Curso de Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OMMATI, José Emílio Medauar. As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 1999, p.10, mar. 1999. Disponível em:<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/464/r141-17.pdf>> Acesso em: 30 jun. 2018.

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

PINELA, Barbara; HAFIZ, Mariana; ZANFOLIN, Thainá. **Entenda a reprodução assistida: processos, história e desdobramentos**. Jornalismo especializado unesp. São Paulo, 09 Jun. 2017. Disponível em:<<https://jornalismoespecializadounesp.wordpress.com/2017/06/09/entenda-a-reproducao-assistida-processos-historia-e-desdobramentos/>>. Acesso em: 17 jan 2019.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução Assistida: Inseminação artificial homóloga *post mortem* e o direito sucessório**. Recanto das Letras. São Paulo, 28 Fev. 2008. Disponível em:<<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 02 jul 2018.

SOUSA, Daniela Costa. **Técnicas de Reprodução Humana Assistida para o Tratamento da Infertilidade**. 2016. 173f. Dissertação (Mestrado em Biologia Celular e Molecular)- Programa de Pós-graduação Biologia Celular e Molecular, Faculdade de Ciência da Universidade do Porto (FCUP), Portugal, 2016.

UENO, Joji. **Reprodução Assistida**. Gera restauração da fertilidade. São Paulo, 06 Dez. 2017. Disponível em:<<https://clinicagera.com.br/tratamentos/reproducao-assistida/>>. Acesso em: 17 jan 2019.

WINCKLER, Deicy Isabel. **Reprodução humana assistida: o estatuto jurídico dos Embriões resultantes da concepção extracorpórea, Brasil**. 2001. 133f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2001.