



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aspectos Jurídicos da Inseminação Artificial *Post Mortem*

Paola Mavropoulos Beekhuizen Villar

Rio de Janeiro  
2009

PAOLA MAVROPOULOS BEEKHUIZEN VILLAR

Aspectos Jurídicos da Inseminação Artificial *Post Mortem*

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof<sup>ª</sup>. Néli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares  
Prof<sup>ª</sup>. Mônica Areal etc.

Rio de Janeiro  
2009

## ASPECTOS JURÍDICOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

**Paola Mavropoulos Beekhuizen Villar**

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo:** Tendo em vista que o progresso científico acarretou uma nova realidade em termos de reprodução humana, o atual Código Civil, em seu artigo 1.597, inciso III, estabelece que “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”. Contudo, esse dispositivo não autoriza expressamente a realização da inseminação artificial após a morte, razão pela qual a doutrina é controvertida acerca da sua possibilidade. A doutrina favorável, por sua vez, se divide quanto a possibilidade ou não de se reconhecer direitos sucessórios ao filho assim concebido. O presente trabalho tem por escopo apresentar a problemática decorrente da inseminação póstuma, abordar todos os posicionamentos doutrinários, assim como apontar algumas das soluções mais adequadas.

**Palavras-chave:** Direito Civil, Biodireito, Reprodução Humana Assistida, Segurança Jurídica, Igualdade de Filiação e Sucessão.

**Sumário:** Introdução. 1- Princípios da bioética e do biodireito. 1.1- Princípios específicos da reprodução humana assistida. 2- Reprodução humana assistida (RHA). 2.1- Aspecto religioso e modelos fundamentais. 2.2- Inovações trazidas pelo Código Civil de 2002. 3- Inseminação artificial após a morte. 3.1- A questão frente ao direito estrangeiro. 3.2- Direito à procriação X melhor interesse da criança. 3.3- Efeitos jurídicos da inseminação *post mortem*. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto o estudo da repercussão jurídica das técnicas de reprodução humana assistida realizadas após a morte, precisamente a inseminação artificial homóloga.

Com a evolução da ciência, essas técnicas foram se aperfeiçoando e deixaram de ser apenas uma teoria objeto de pesquisa para se tornarem uma realidade cada vez mais frequente na sociedade contemporânea.

Tradicionalmente, as técnicas de reprodução humana assistida são utilizadas por casais com problemas de infertilidade, sendo uma forma de tornar possível a procriação. Segundo LEITE (1995), são tratamentos capazes de dar filhos a quem a natureza os negou.

Todavia, não são raros os casos em que pessoas, independentemente de qualquer problema de infertilidade, congelam o seu material genético com a finalidade de utilizá-lo no futuro. Em tais casos, o material continua preservado até mesmo após a morte de seu titular, o que possibilita a utilização pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente.

Vale salientar que, apesar de não ser comum, já existem relatos da realização dessas técnicas em tais circunstâncias.

Atento à nova realidade, o Código Civil de 2002 trouxe inovações em seu artigo 1.597, ampliando as hipóteses de presunção de paternidade para abranger também aos filhos concebidos por meio de técnicas de reprodução humana assistida, homólogas ou heterólogas. No que tange à inseminação artificial homóloga, a presunção decorre do inciso III, daquele dispositivo legal.

Contudo, apesar da supracitada previsão, o legislador não regulamentou de forma suficiente a matéria, deixando de lado inúmeros problemas relacionados à temática em questão.

Dentre esses problemas, pode-se citar a controvérsia sobre a possibilidade ou não da realização de inseminação artificial homóloga após a morte, tendo em vista que, apesar da presunção de paternidade, não há autorização legal expressa.

A controvérsia consiste em um possível conflito entre o direito ao planejamento familiar e, por conseguinte, à procriação e o princípio do melhor interesse da criança, que poderia ser afetado em razão da sua criação em uma família monoparental formada voluntariamente.

Além disso, um outro problema diz respeito aos direitos sucessórios do filho havido por inseminação artificial após a morte. Isso porque, de acordo com o artigo 1.798 do Código Civil, apenas as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão são legitimadas a suceder.

É inegável a contradição do aludido dispositivo com o artigo 1.597, inciso III, pois a sua interpretação literal dá ensejo a existência de um filho sem direitos sucessórios. Acerca dessa contradição, não existe consenso na doutrina, havendo quem defenda a sua

inconstitucionalidade, diante do princípio constitucional da igualdade entre os filhos, previsto no artigo 227, § 6º, da CRFB.

Por outro lado, alguns doutrinadores, com fundamento no princípio também constitucional da segurança e estabilidade das relações jurídicas, previsto no artigo 5º, caput, e inciso XXXVI, da CRFB, defendem a impossibilidade de se assegurar direitos sucessórios a um herdeiro, ainda que seja filho, que pode nunca vir a existir.

A justificativa social do presente trabalho reside no fato de ser a inseminação artificial homóloga uma prática bastante difundida na sociedade. Deve-se considerar que com o aumento da carga de trabalho, as pessoas tendem a retardar o momento da procriação, o que as leva a preservarem o seu material genético como forma de prevenir empecilhos decorrentes da idade mais avançada, gerando, então, o risco da utilização desse material após a morte do seu titular.

A justificativa científica do estudo em questão consiste na indefinição legal dos efeitos jurídicos da inseminação artificial homóloga após a morte e na ausência de consenso doutrinário a respeito desses efeitos, acarretando um quadro de absoluta insegurança jurídica, que se pretende contribuir para amenizá-lo.

Portanto, o objetivo do presente trabalho é explanar todos os aspectos da questão acima exposta, bem como apresentar soluções hábeis a resolver os problemas por ela acarretados. Para tanto, será necessária a análise dos princípios da bioética e do biodireito.

O desempenho dessa empreitada não se afastará da máxima observância das normas e princípios constitucionais, privilegiando, assim, o diálogo vertical das fontes.

## **1- PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO**

É de conhecimento notório que a biotecnologia vem se desenvolvendo a passos largos. Cada vez mais são divulgados estudos e pesquisas inovadores capazes de proporcionar à sociedade benefícios até então inimagináveis.

Esse progresso, no entanto, nunca deve perder de vista a sua finalidade maior, qual seja a pessoa humana. Em outros termos, são os benefícios à pessoa humana que justificam as pesquisas impulsionadoras do progresso científico.

Ocorre que, especificamente em relação à reprodução medicamente assistida, GAMA (2003) adverte que as chances de desvios da aludida finalidade são grandes, haja vista

a possibilidade de a criança ser vista como um objeto, fruto de deliberação exclusiva de uma pessoa ou como mero exemplar do trabalho de um profissional da área.

Por conseguinte, considerando as inúmeras questões éticas trazidas pela evolução biotecnológica, mister a análise de alguns dos mais importantes princípios inerentes à bioética e ao biodireito, quais sejam os princípios da beneficência, da autonomia e da justiça.

O princípio da beneficência consiste na obrigação de maximizar o benefício e minimizar o prejuízo. Além disso, esse princípio tem uma segunda vertente, vista por alguns doutrinadores como outro princípio, o da não-maleficência, de acordo com o qual o ato médico não pode causar prejuízo deliberado, devendo buscar sempre o menor prejuízo à saúde do paciente.

GAMA (2003) aduz que o princípio da beneficência toma por base a perspectiva do médico em relação ao paciente, de forma que com o tempo passou-se a questionar a autoridade médica a respeito do que representa “fazer o bem”. Logo, constatou-se a insuficiência desse princípio para a solução dos dilemas morais.

O princípio da autonomia, por sua vez, leva em consideração a perspectiva do paciente que, como indivíduo capacitado, deve poder deliberar sobre suas escolhas pessoais. Sendo assim, os atos médicos só podem ser praticados se autorizados pelo paciente, sendo uma forma de se garantir a dignidade da pessoa humana.

Tal autodeterminação requer prévia informação para que o direito de decidir sobre as questões relacionadas ao seu corpo e à sua vida possa ser exercido com consciência. Em se tratando de paciente incapaz, o princípio da autonomia deve ser exercido pela família ou responsável legal.

O princípio da justiça tem por pressuposto fundamental a equidade e consiste na obrigação ética de dar a cada um tudo aquilo que lhe é devido. O profissional deve atuar com imparcialidade, desconsiderando aspectos sociais, econômicos, culturais, religiosos ou qualquer outro fator de discriminação, garantindo assim, a isonomia material.

CHIARINI JÚNIOR (2004) divide o princípio da justiça em três questões básicas e diretamente relacionadas à pesquisa científica: o ônus do encargo da pesquisa científica, que deve ser repartido por todos os membros da sociedade de forma igualitária e na medida de suas possibilidades econômicas; a aplicação dos recursos destinados a ela, que devem ser aplicados para a solução de problemas de países desenvolvidos e subdesenvolvidos; e a destinação dos resultados práticos obtidos a partir dela, que deve ser a mais ampla possível, sendo vedada qualquer distinção em função de classe social ou capacidade econômica.

É importante considerar que os três princípios devem ser simultaneamente observados, não possuindo aplicabilidade exclusiva, sob pena de se desvirtuarem.

Dessa forma, por exemplo, CHIARINI JÚNIOR (2004) esclarece que o princípio da beneficência ou não-maleficência deve ser conjugado com o princípio da autonomia, podendo aquele ser flexibilizado pela liberdade e possibilidade do paciente optar por fazer parte de algum tipo de experimentação médico-científica, desde que lhe sejam previamente esclarecidos todos os riscos potenciais da atividade que será realizada, assim como desde que isto não implique em sacrifício a sua vida, saúde, integridade física ou psíquica e direitos indisponíveis da pessoa humana.

Analisados os princípios da bioética, passa-se ao biodireito, que associado a essa, estuda os aspectos jurídicos dos avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia.

De acordo com CHIARINI JÚNIOR (2004), o biodireito é a posituação da bioética, ou seja, a encampação pela ordem jurídica de permissões e vedações de comportamentos médico-científicos e de sanções pelo descumprimento das vedações.

No âmbito interno de cada país o biodireito deve ser alicerçado em princípios gerais, tais como dignidade da pessoa humana, igualdade, justiça social, solidarismo, pluralismo, democracia e liberdade. Dentre esses, alguns merecem ser analisados mais profundamente, em razão de possuírem relação direta com a reprodução humana assistida, tema do presente trabalho.

Destaca-se o princípio da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, consoante o artigo 1º, inciso III, da CRFB. De acordo com DINIZ (2002), em decorrência da observância obrigatória do aludido princípio, a bioética e o biodireito passam a ter um sentido humanista, andando sempre juntos com os direitos fundamentais, não sendo possível fechar os olhos às injustiças contra a pessoa humana em prol do progresso científico.

Com efeito, a aludida autora conclui que as intervenções científicas que tenham por objeto a pessoa humana devem se submeter aos preceitos éticos, não podendo contrariar os direitos fundamentais. Melhor explicando, não obstante as práticas médicas e científicas prometam trazer grandes benefícios à humanidade, elas contêm riscos, que não podem ultrapassar os limites éticos impostos pelo respeito à dignidade de cada um dos indivíduos.

Outro princípio que merece ser analisado é o da igualdade, segundo o qual todas as pessoas merecem receber o mesmo tratamento pela lei. Entretanto, essa igualdade deve ser material, real ou fática.

MORAES (2004) esclarece que apenas as diferenciações arbitrárias são proibidas, tendo em vista que o tratamento diferenciado de casos desiguais, na medida de suas desigualdades é uma exigência do próprio conceito tradicional de justiça. Logo, o princípio constitucional somente será lesado quando o elemento discriminador não se encontrar a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, como por exemplo, a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada por meio de leis, bem como por meio de políticas ou programas sociais.

A vinculação desse princípio com o tema da reprodução humana assistida consiste na necessidade de se garantir o acesso de todos às técnicas reprodutivas artificiais, assim como de se vedar qualquer discriminação entre os filhos em virtude da forma de concepção.

Não se pode esquecer-se do princípio da liberdade, que possibilita a autodeterminação, ou seja, a possibilidade de fazer tudo aquilo que não é proibido por lei. Em outros termos, a liberdade humana consiste na atuação do homem em busca de sua realização pessoal, que na maioria das vezes inclui o desejo de ter um filho.

O princípio da liberdade se relaciona com o tema da reprodução humana assistida, especialmente a realizada após a morte, pois é um dos fundamentos adotados por aqueles doutrinadores que admitem a sua prática.

## **1.1 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.**

Ao lado dos princípios gerais, devem ser analisados os princípios especiais, os quais são próprios de determinados setores da biotecnologia. No que tange ao setor da reprodução humana assistida, destacam-se os princípios da paternidade responsável, do planejamento familiar e do melhor interesse da criança.

No que tange ao princípio da paternidade responsável, embora essa seja a expressão utilizada por toda a doutrina, ela é alvo de críticas por parte de alguns doutrinadores, uma vez que a responsabilidade não é apenas do pai, mas também da mãe, de forma que a expressão mais técnica seria parentalidade responsável.

O princípio da paternidade responsável, previsto no artigo 226, §7º, da CRFB, subordina o desejo dos pais de ter um filho a certas condições, até mesmo econômicas, considerando que a paternidade é ligada de forma indissociável à garantia da vida, saúde, educação e desenvolvimento dos filhos.



GAMA (2003) dispõe que a paternidade representa não apenas um direito fundamental, mas também a responsabilidade das pessoas que, no exercício de suas liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, vem a gerar uma nova vida humana, cujo bem estar físico, psíquico, espiritual, deve ser priorizado, assim como todos os direitos fundamentais devem ser garantidos em seu favor. Logo, ao direito individual do homem e da mulher de exercerem a sua sexualidade e de optarem pela paternidade se contrapõem as responsabilidades individual e social que eles assumem.

O princípio do planejamento familiar, igualmente previsto no artigo 226, § 7º, da CRFB, está ligado aos direitos reprodutivos e determina que cabe ao casal tomar as decisões acerca da sua família, tal como a de ter ou não filhos, o número de filhos e a forma de reprodução. Assim, ao Estado é vedada qualquer forma de coação ou ingerência na vida do casal.

De acordo com GAMA (2003), o princípio em referência possui dupla função. A primeira é de natureza preventiva, vinculada à informação e educação das pessoas sobre os métodos, recursos e técnicas de exercício dos direitos reprodutivos e sexuais. Já a segunda é de natureza promocional, vinculada ao emprego de recursos e conhecimentos científicos, possibilitando que as pessoas, previamente informadas das possíveis técnicas, exerçam os seus direitos reprodutivos e sexuais.

Grande parte da doutrina entende que o planejamento familiar se confunde com o chamado direito à procriação (*right to procreate*), o qual possui um conteúdo negativo e outro positivo. Aquele diz respeito à proibição do Estado de interferir na liberdade de escolha da pessoa de procriar ou não, enquanto que esse seria a liberdade reprodutiva propriamente dita, ou seja, a escolha não apenas de se reproduzir, mas também de quando e de como.

BARBOZA (2004) observa ter sido após a Conferência Internacional do Cairo em 1994 e de Pequim em 1995, que a autonomia reprodutiva obteve significativo progresso, porquanto reconheceu-se pela primeira vez em sede oficial a denominação direitos reprodutivos como direitos fundamentais ou humanos.

O planejamento familiar foi regulamentado pela Lei 9.263/96 que, ao contrário da Constituição da República, reconheceu a qualquer pessoa e não apenas ao casal o direito ao planejamento privado da vida familiar. O artigo 2º desse diploma legal conceitua planejamento familiar como: “conjunto de ações de regulação de fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.”

Além disso, o artigo 9º da Lei 9.263/96 estabelece que o direito ao planejamento familiar pode ser exercido com o amparo de todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos, desde que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Dessa forma, verifica-se que a lei admite o recurso às técnicas de reprodução humana assistida, bem como contempla o direito à procriação em seu aspecto positivo e negativo (direito de não reproduzir).

Além disso, não custa observar que os companheiros possuem igual direito ao planejamento privado de suas vidas unidas, uma vez que a Constituição reconhece a união estável como entidade familiar, sem estabelecer qualquer hierarquia em relação ao casamento.

Todavia, o direito ao planejamento familiar não é absoluto, devendo ser visto sob a perspectiva da futura criança. Em razão disso, a Constituição da República estabelece como limites a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável, princípios acima abordados.

Vale acrescentar que, de acordo com BARBOZA (2004), as disciplinas e ações inerentes ao planejamento familiar devem observar, ainda, o princípio da igualdade entre os cônjuges ou companheiros (artigo 226, §5º, da CRFB), do melhor interesse da criança e do adolescente (artigo 227, caput, da CRFB), da igualdade entre os filhos (artigo 227, §6º, CRFB) e do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde (artigo 196, CRFB).

Por último, resta analisar o princípio do melhor interesse da criança. Em que pese esse princípio estar previsto no artigo 227 da CRFB, a maior parte da doutrina civil-constitucionalista entende tratar-se de direito fundamental, uma vez que o § 2º do artigo 5º, da CRFB funciona como verdadeira cláusula aberta, encerrando o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais.

Ademais, DIAS (2006) salienta que o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU, 1989), a qual teve as suas vigas mestras transportadas para o ordenamento jurídico interno por meio do Estatuto da Criança e do adolescente. Assim, é possível afirmar que os direitos garantidos pela Convenção foram recebidos pelo §2º, do artigo 5º, da CRFB com *status* de direito fundamental.

Sobre a expressão melhor interesse, a supracitada autora observa que a versão em inglês, *the best interest*, enfatiza o caráter qualitativo do interesse da criança, enquanto que a versão brasileira, maior interesse, tem como foco o critério quantitativo. Contudo, o conceito

qualitativo é o mais adequado, pois aponta com mais precisão a orientação proveniente dos diplomas supracitados.

Na utilização das técnicas de reprodução humana assistida é fundamental que se leve em consideração o melhor interesse da futura criança, valor elevado à categoria de direito fundamental.

Os dois últimos princípios expostos serão reapreciados com maior profundidade quando da abordagem da admissibilidade da reprodução humana assistida após a morte.

Portanto, constata-se que as técnicas de reprodução humana devem ser vistas com bons olhos, na medida em que trazem grandiosos benefícios à sociedade, permitindo o exercício do direito à procriação por pessoas que não lograriam êxito pelos métodos naturais. Todavia, a sua legitimação está condicionada à observância de todos os princípios que acabaram de ser expostos.

## **2- REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA (RHA)**

A reprodução humana assistida consiste na intervenção do homem no processo de procriação natural, com o escopo de viabilizar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade possam procriar. É realizada por meio da manipulação de gametas, masculinos ou femininos, possibilitando a fecundação dentro ou fora do útero.

LEITE (1995) comenta que na história da humanidade, a questão da fecundidade sempre foi objeto de grande preocupação, sendo a esterilidade considerada um fator negativo, motivo de degradação, principalmente da mulher, já que até o final do século XVII não se sabia que o homem também poderia ser estéril.

O autor acrescenta que as religiões também contribuíram para esse cenário, porquanto relacionavam a fertilidade ao bem e a infertilidade ao mal, tanto que a esterilidade chegou a ser vista como uma maldição atribuída a desígnios divinos.

A reprodução assistida pode ocorrer por meio de fecundação *in vivo* ou inseminação artificial e fecundação *in vitro* ou fertilização assistida. Na fecundação *in vitro*, a reunião do material genético masculino e feminino, com a conseqüente fecundação e formação do ovo, é realizada fora do corpo humano, geralmente em um tubo de ensaio e somente após o início da divisão celular é que ocorre a introdução do ovo no útero da mulher. Já na fecundação *in vivo* a reunião do material genético ocorre dentro do corpo da mulher.

A inseminação artificial se divide em inseminação intrauterina (IIU) e transferência de gametas para as trompas (GIFT). Enquanto na primeira o sêmen é colocado no útero da mulher, na segunda é colocado nas trompas de falópio.

A depender da origem dos gametas a técnica de reprodução humana assistida pode ser classificada como homóloga, heteróloga ou bisseminal, sendo essa última exclusiva da inseminação artificial.

Na técnica homóloga os gametas, óvulos e espermatozóides, pertencem aos próprios pacientes que recorreram à técnica. Em regra, é utilizada por casais ou companheiros férteis, mas que por algum problema não conseguem obter a fecundação por meio do ato sexual.

Na heteróloga um dos gametas, ou até mesmo ambos, é proveniente de terceiros que não aqueles que recorreram à técnica. Em geral, é utilizada nas hipóteses de esterilidade de um dos cônjuges, moléstias transmissíveis, incompatibilidade do fator Rh e etc.

Na bisseminal, devido à insuficiência de esperma do marido é feita uma mistura entre esse e o esperma de um terceiro, que servirá para inseminar a mulher.

Verifica-se, assim, que quando a técnica é homóloga há uma provável convergência entre a filiação biológica, jurídica e afetiva.

O presente trabalho pretende abordar especificamente a inseminação artificial homóloga realizada após a morte de um dos genitores.

## **2.2 ASPECTO RELIGIOSO E MODELOS FUNDAMNETAIS**

As religiões sempre exerceram grande influência no que diz respeito à reprodução humana assistida. Pode-se dizer que isso se deve ao fato da procriação estar relacionada a um dever e ao mesmo tempo a uma dádiva divina.

GAMA (2003) ressalta que a Igreja Católica, por meio do documento do Vaticano consistente na “Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e à dignidade da procriação”, datado de março de 1987, expressa a sua contrariedade à adoção de qualquer das técnicas de reprodução humana assistida.

De acordo com o aludido autor, isso se deve à idéia da Igreja Católica de que a procriação é indissociável do ato sexual, o qual é desnecessário no contexto das técnicas de reprodução humana assistida, de forma que haveria uma disjunção entre o ato sexual e a

procriação. Acrescente-se, ainda, que o filho na visão católica é um dom decorrente do matrimônio, servindo como testemunho da doação recíproca e integral de seus pais.

Contudo, esse entendimento não é pacífico dentro da própria Igreja Católica, sendo certo que para alguns cristãos o recurso a tais técnicas é possível, desde que a inseminação seja intra-conjugal, tendo por objetivo contornar a esterilidade.

Ao analisar algumas das religiões mais influentes, GAMA (2003) relata que a Igreja Protestante, admite a inseminação artificial homóloga quando for imprescindível para a procriação, considerando que o importante é a relação afetiva entre os cônjuges. A Igreja Anglicana também não se opõe às técnicas homólogas, havendo divergências internas quanto à possibilidade das técnicas heterólogas. O Judaísmo admite a reprodução artificial homóloga, quando o marido sofrer de impotência *coeundi*. O Islamismo, por seguir estritamente os postulados do Alcorão, possui uma postura resignada, não admitindo que seus seguidores lutem contra a esterilidade.

Em que pese a influência das religiões na construção do ordenamento jurídico de cada país, constata-se que os sistemas jurídicos dos países laicos reconhecem a filiação quando esta decorrer de vínculo biológico ou afetivo, como ocorre na adoção e na reprodução assistida heteróloga, independentemente da relação travada entre os pais.

De acordo com GOMES (1997) no direito comparado existem três modelos fundamentais sobre a utilização das técnicas de fecundação assistida, quais sejam: o repressivo, que estabelece certas proibições e sanções; o liberal, que deixa à liberdade e autonomia das pessoas ou casais a decisão sobre a técnica de procriação, incumbindo à lei a disciplina das conseqüências e o intervencionista, favorável ao controle social sobre as escolhas individuais para a proteção de interesses superiores.

### **2.3 INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Tendo em vista a evolução da ciência acerca da reprodução humana assistida, que vem tornando a adoção dessas práticas uma realidade frequente, o legislador de 2002 resolveu se manifestar sobre o tema.

Com o escopo de atender ao comando constitucional da igualdade entre os filhos, independentemente da origem, o legislador optou por estender aos filhos havidos por meio de técnicas artificiais a presunção de paternidade. Por essa razão, foram inseridos mais três

incisos no artigo 1.597 do CC, o qual dispõe sobre presunção de paternidade dos filhos havidos na constância do casamento.

O inciso III estabelece a presunção de paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. O inciso IV presume a paternidade dos filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários resultantes de concepção artificial homóloga. Por último, o inciso V trata da presunção dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, mediante prévia autorização do marido.

BARBOZA (2004), ao comentar os incisos III e IV, aduz que o comprometimento do marido com a paternidade em tais casos reflete a orientação dos princípios constitucionais do planejamento familiar, paternidade responsável e melhor interesse da criança. Conclui, então, que o homem casado que fornece material fecundante aceita a paternidade que lhe será atribuída por força da presunção legal, ainda que quando do nascimento da criança a sociedade conjugal esteja desfeita.

No que tange à presunção estabelecida no inciso V, essa é a única de natureza absoluta, ou seja, que não admite contestação por meio de prova da ausência de vínculo biológico. Isso porque, a paternidade presumida nesse inciso decorre da livre manifestação de vontade expressada pelo cônjuge, a qual não pode ser revogada após a realização do procedimento. É um dos exemplos de esvaziamento da parentalidade biológica, sendo caso de parentalidade afetiva.

GOMES (2005) entende que, como o legislador não regulou a filiação decorrente de inseminação bisseminal, deve-se aplicar à hipótese, por analogia, o regramento contido nos incisos III e IV.

A redação do artigo em referência não estabelece a presunção de paternidade para a união estável, o que gera intensa discussão doutrinária.

Por um lado, defende-se a impossibilidade de se estender a presunção à união estável. O principal argumento é a natureza fática do instituto, cujos limites temporais não são precisamente delimitados, tal como ocorre no casamento, que tem o seu início e término oficializados. Assim sendo, seria muito difícil saber com certeza se o filho foi ou não concebido na constância da união estável, razão pela qual a extensão da presunção para esses casos acarretaria grande insegurança jurídica.

Destarte, em relação à reprodução humana assistida, a adoção desse entendimento restritivo dá ensejo a certas conseqüências. Em primeiro lugar a paternidade dependerá de reconhecimento voluntário ou obtido por meio de ação judicial.

Nesse sentido, quando se tratar de técnica homóloga não haverá maiores dificuldades em se estabelecer a paternidade, porquanto ela pode ser identificada por meio do exame de DNA. Todavia, em se tratando de técnica heteróloga, a comprovação da paternidade dependerá da configuração de um vínculo sócioafetivo, caso não haja autorização expressa.

Por outro lado, defende-se a extensão da presunção de paternidade aos filhos concebidos na constância da união estável ao argumento de que esta também foi reconhecida como entidade familiar pela Constituição, que conferiu a ela a mesma proteção conferida ao casamento.

De acordo com FARIAS e ROZENVALD (2008), a restrição da presunção ao casamento enseja a criação de duas categorias de filhos, aqueles havidos de pessoas casadas e aqueles havidos de pessoas não casadas, de forma que a primeira categoria receberia tratamento mais benéfico, o que viola a vedação de tratamento discriminatório entre os filhos.

Assim, a adoção desse entendimento ampliativo é plenamente compatível com a realização de uma interpretação conforme a Constituição do artigo 1.597 do CC, de forma a abranger também a união estável.

Vale observar que essa controvérsia já existia à época do Código Civil de 1.916, sendo certo que o legislador de 2.002 não apenas perdeu a oportunidade de solucioná-la, mas também acabou por estendê-la aos novos incisos.

Apesar do Código Civil de 2002 ter estabelecido a presunção de paternidade para os filhos decorrentes das técnicas reprodução artificial, ainda não é pacífica a orientação de que elas teriam sido autorizadas.

Ademais, constata-se que o aludido diploma legislativo prevê a reprodução humana assistida como uma realidade, mas não disciplina as conseqüências dela advindas, que em razão de serem bastante complexas e diversificadas seriam mais bem regulamentadas por um diploma específico.

Todavia, até hoje o Brasil não possui legislação específica. A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358 de 1992 versa apenas sobre as diretrizes éticas a serem seguidas pelas clínicas especializadas nas técnicas de reprodução humana assistida e profissionais da área médica. Porém, tramita no Congresso Nacional o projeto de lei nº 90/99 que regulamenta de forma completa e abrangente a matéria.

Por fim, merece destaque a observação de GAMA (SD) acerca da possível inconstitucionalidade formal do artigo 1.597. Isso porque, esse dispositivo, que correspondia ao artigo 1.603 do Projeto de 1975, sofreu alteração em segunda votação na Câmara dos Deputados. Em virtude da alteração, o dispositivo foi renumerado para artigo 1.602, acrescido

de mais dois incisos, atuais incisos III e IV, além de ter tido o original inciso III transformado em V, cuja redação foi igualmente modificada.

Nesse diapasão considerando que a reapreciação pela Câmara dos Deputados é restrita às emendas feitas pelo Senado e às questões de constitucionalidade, não poderia a primeira casa legislativa ter realizado novas alterações, que não passariam pelo crivo da segunda. Logo, não teria sido observado o trâmite do artigo 65 da CRFB.

### **3- INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL APÓS A MORTE**

O inciso III do artigo 1.597 traz à tona a complexa questão da inseminação artificial *post mortem*, que consiste na fecundação do óvulo da mulher com o sêmen criopreservado do marido, depois da morte deste.

Vale salientar que, apesar do dispositivo se referir apenas ao marido falecido, não há dúvidas de que caso seja ele quem deseja fecundar com seus espermatozóides os óvulos criopreservados deixados pela esposa falecida, incidirá a presunção de maternidade, de forma que a futura criança poderá ser registrada no nome dela.

Isso porque, a Constituição veda a discriminação entre homem e mulher, tendo estabelecido, em seu artigo 226, § 5º, que os direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente por ambos. Assim, ao se entender que a mulher pode decidir ter um filho do marido falecido, a recíproca também deve ser admitida.

Considerando que a fecundação é realizada após a morte do cônjuge, o que se tem na realidade é uma ficção jurídica, pois a morte é inegável causa de dissolução do casamento, consoante artigo 1.571, § 1º, do CC.

É importante destacar que não há consenso acerca do alcance da expressão “mesmo que falecido o marido”, havendo diversas interpretações em âmbito doutrinário.

GAMA (2003) entende que essa expressão deve ser interpretada exclusivamente para fins de estabelecimento da paternidade, devendo, em regra, ser respeitado o prazo de 300 (trezentos) dias após a morte do marido, na forma do inciso II, do artigo 1.597. Contudo, ainda que ultrapassado esse prazo, a paternidade deverá ser presumida, sem que isso possa ser considerado um estímulo ou autorização às técnicas de reprodução humana assistida.



Em contrapartida, RIZZARDO (2005) defende que a presunção de paternidade só ocorre dentro do referido prazo de 300 (trezentos) dias, findo o qual a única forma de se obter o reconhecimento do filho será a ação de investigação de paternidade.

Por sua vez, GOMES (2005) aduz que, embora esteja subentendido no dispositivo que a fecundação deva ter ocorrido durante a vida conjugal, nada impede que ela ocorra depois do falecimento do varão, não havendo qualquer prazo limite para a sua realização. Logo, realizada a inseminação *post mortem*, ainda que ultrapassados os 300 (trezentos) dias, deverá ser aplicada a norma do inciso III.

Em que pese não existirem maiores problemas acerca da definição da paternidade biológica, haja vista tratar-se de técnica homóloga, a hipótese gera uma série de questões de difícil resolução, tais como a possibilidade da sua realização violar o melhor interesse da criança e os seus direitos sucessórios.

### **3.1- A QUESTÃO FRENTE AO DIREITO ESTRANGEIRO**

Ao analisar os ordenamentos jurídicos estrangeiros no que concerne à regulamentação do uso da inseminação artificial após a morte, WIDER (2007) aponta a existência de três posicionamentos básicos. O primeiro é no sentido da vedação total à procriação póstuma. O segundo a admite, mas priva a futura criança dos direitos sucessórios. Já o terceiro é favorável, sob a condição de a criança concebida ter assegurado o direito sucessório aos bens não partilhados no momento do nascimento.

O direito alemão adota um posicionamento repressivo, proibindo a inseminação póstuma e cominando a sanção de pena privativa de liberdade de até 3 (três) anos ou multa para a mulher que se submeter a inseminação com sêmen do marido falecido. Tal prática é considerada lesiva aos bons costumes, de forma que com a morte extingue-se o direito de decisão sobre o destino dos gametas.

O direito francês também veda a inseminação *post mortem*, estabelecendo que o consentimento externado em vida perde o efeito com a morte. Não obstante, caso a vedação seja descumprida, reconhece a capacidade sucessória da criança assim concebida.

O direito Sueco é igualmente repressivo. O direito português inicialmente adotava essa postura, porém passou a admitir a inseminação após a morte, desde que mediante

consentimento expresso do marido ou companheiro, bem como limitada a prática aos 3 (três) meses seguintes ao óbito.

Em razão do modelo liberal adotado pelos Estados Unidos, o seu ordenamento jurídico confere à mulher o direito constitucional de procriar, vedando qualquer tentativa de limitação à inseminação artificial, até mesmo a póstuma.

Na Grã-Bretanha, a inseminação após a morte é admitida, mas os futuros filhos são excluídos dos direitos sucessórios, de forma que apenas aqueles que já estiverem no útero da mãe à época do falecimento é que poderão suceder.

O direito espanhol, apesar de admitir a reprodução póstuma, estabelece como regra a ausência de vínculo de filiação entre o marido morto e a futura criança. A exceção estaria no consentimento externado em vida pelo falecido, por meio de testamento ou ato escrito lavrado em cartório, devendo a prática ocorrer dentro dos seis meses seguintes à morte.

### **3.2- DIREITO À PROCRIAÇÃO X MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA**

A possibilidade da realização de inseminação artificial após a morte é questão igualmente controvertida na doutrina brasileira.

O direito à procriação, em seu sentido positivo, consiste na possibilidade de desenvolver em concreto a função de genitor, abrangendo para tanto a liberdade de dispor dos novos meios de concepção.

Conforme já foi exposto, o direito de procriar, como qualquer outro direito, não pode ser visto de forma absoluta, encontrando limite nos direitos da futura criança, ou seja, não poderá ser exercido quando contrariar o princípio do melhor interesse da criança.

A fim de garantir o melhor interesse da criança, a Constituição, em seu artigo 227, caput, prevê a convivência familiar como direito da criança e dever da família, da sociedade e do Estado. Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê, no artigo 4º, a convivência familiar como direito fundamental da criança.

Nesse diapasão, para parte da doutrina o direito à convivência familiar abrange necessariamente o convívio tanto com o pai como com a mãe. A criança teria o direito fundamental de nascer e se desenvolver em uma família biparental, não podendo a mãe criar voluntariamente uma família monoparental, de forma a condenar a criança, mesmo antes de nascer, a orfandade paterna.

Não seria possível comparar a situação acima descrita com a situação dos filhos concebidos em vida, mas que vêm a nascer depois da morte de um de seus genitores, pois nesse caso a monoparentalidade não é voluntária, porém decorrente de um evento imprevisível e inevitável.

Com efeito, de acordo com esse primeiro posicionamento, a inseminação *post mortem* não é admissível.

Considerando o aspecto biológico da inseminação póstuma, WIDER (2007) atenta para o fato de que o desejo da mãe de ter um filho concebido após a morte de seu marido pode assumir caráter patológico, pois ela concentrará no filho toda a afeição pós-conjugal, de forma que esse passará a desempenhar o papel de perpetuador de uma vida conjugal prematuramente desfeita.

Outro argumento tecido para sustentar a inadmissibilidade é a possibilidade de a mulher realizar uma inseminação póstuma tendo por finalidade interesses meramente patrimoniais, gerando um novo herdeiro tão somente para ter acesso à herança.

Em contrapartida, há entendimento no sentido da admissibilidade da inseminação *post mortem*. Como primeiro argumento, pode-se citar o direito ao planejamento familiar, que abrange o direito à procriação. Assim, como o direito ao planejamento familiar é reconhecido a qualquer pessoa e não apenas ao casal, o direito à procriação também o seria, não havendo qualquer empecilho ao seu exercício por uma pessoa solteira ou viúva.

Logo, a utilização das técnicas de reprodução humana assistida deve se dar de forma livre, sendo intolerável a ingerência do Estado, pois elas dizem respeito à esfera íntima das pessoas e ao planejamento privado da vida familiar, direito constitucionalmente assegurado.

No que tange ao melhor interesse da criança, não haveria qualquer incompatibilidade entre esse e a reprodução póstuma, uma vez que o genitor unilateral poderá fornecer à criança todas as condições materiais e afetivas, necessárias à sua criação e vida digna.

Para os adeptos desse segundo entendimento, é necessário atentar para o artigo 226, da CRFB, que confere especial proteção do Estado a qualquer tipo de família, sem distinção. Assim, ao se referir de modo exemplificativo ao casamento, união estável e entidade monoparental a Constituição consagra o princípio do pluralismo das entidades familiares.

Além disso, consoante ALBUQUERQUE FILHO (SD), é perfeitamente possível que o projeto parental tenha se iniciado em vida de ambos os cônjuges ou companheiros, mas por circunstâncias alheias às suas vontades não tenha se concretizado, quando então, poderá ser materializado após a morte de um deles.

Em observação, o referido autor pondera que existindo testamento o desejo manifestado em vida é cumprido depois do óbito, não havendo razão para se dar tratamento diferenciado à intenção de ter um filho. Com efeito, seria possível fazer uma analogia com a adoção póstuma disciplinada no artigo 42, §5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê a possibilidade de continuação do processo de adoção mesmo quando o adotante venha a falecer, desde que haja inequívoca manifestação de vontade nesse sentido.

Todavia, acrescenta o autor, que a realização de uma inseminação com sêmen do cônjuge ou companheiro falecido pressupõe a existência de autorização expressa, uma vez que a procriação, em qualquer circunstância, deve decorrer de um ato voluntário, dando ensejo a uma paternidade consentida.

Nesse sentido, LÔBO (2003) aduz que o princípio da autonomia, um dos princípios da bioética, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que ele tenha deixado para esse fim. Assim, não poderá a viúva exigir que a clínica de reprodução assistida lhe entregue o sêmen armazenado para que seja nela inseminado, por não ser ele objeto de herança. Sendo assim, a utilização não consentida do sêmen deveria ser equiparada à do doador anônimo, que não implica atribuição de paternidade.

Vale destacar que a Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina estabelece que, no momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar a sua vontade por escrito quanto ao destino a ser dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves, falecimento de um deles ou de ambos, bem como quanto ao desejo de doá-los.

Parte da doutrina que admite a inseminação póstuma exige, ainda, que ela seja realizada dentro de um prazo, tendo em vista a necessidade de se resguardar a segurança jurídica. Em regra, fala-se em um prazo de dois anos, em analogia ao artigo 1.800, §4º, do CC.

Essa exigência temporal, assim como exigência de autorização expressa do cônjuge ou companheiro falecido foram adotadas pelo enunciado 106, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em 03/11/2004.

Segundo o aludido enunciado, para que haja a presunção de paternidade do artigo 1.597, inciso III, do CC, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

### 3.3- EFEITOS JURÍDICOS DA INSEMINAÇÃO *POST MORTEM*

No que tange aos direitos sucessórios, o artigo 1.798 do CC restringe a legitimidade para suceder às pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Logo, estaria excluído o nascido após a morte do autor da herança, pois no caso da técnica concepitiva *post mortem* sequer há embrião no momento do falecimento do ex-cônjuge ou ex-companheiro.

Dessa forma, resta evidenciada a absoluta contradição entre o artigo 1.798 e o artigo 1.597, inciso III, ambos do CC, na medida em que a interpretação literal de cada um dos dispositivos revela a existência de um filho sem direito de suceder. Apesar dessa interpretação literal violar o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, há quem sustente tratar-se apenas de uma ponderação entre esse princípio e o da segurança jurídica, devendo este último prevalecer.

Nesse diapasão, ALBUQUERQUE FILHO (SD) reconhece a existência de basicamente três posicionamentos acerca dos efeitos jurídicos da inseminação póstuma, o primeiro absolutamente excludente, o segundo relativamente excludente e o terceiro inclusivo.

O primeiro posicionamento, absolutamente excludente, em razão de não admitir a reprodução póstuma, prega que o filho assim concebido não faz jus a qualquer direito em relação ao genitor falecido, seja no âmbito do direito de família, seja no âmbito do direito sucessório. Por conseguinte, a futura criança será considerada filha apenas do genitor sobrevivente.

Já o segundo posicionamento, relativamente excludente, admite apenas o reconhecimento da paternidade, considerando que, por se tratar de inseminação homóloga, o vínculo biológico é inegável. Em outros termos, apesar de ser reconhecido como filho, esse será excluído dos direitos sucessórios.

O principal argumento desse segundo posicionamento é a segurança jurídica, prevista como direito fundamental no artigo 5º, inciso XXXVI, da CRFB e conceituada por SILVA (2003, p.431) como “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos, à luz da liberdade reconhecida”.

Isso porque, não seria justo com os demais herdeiros que, após longos anos, a viúva decidisse ter um filho que pudesse a qualquer tempo reivindicar a sua parte na herança, modificando por completo uma situação jurídica já consolidada.

A solução vislumbrada por GAMA (2003) seria a possibilidade de a futura criança ajuizar uma ação de indenização em face de sua mãe e dos profissionais que a auxiliaram a procriar utilizando-se do sêmen do cônjuge ou companheiro falecido, pleiteando a reparação dos danos patrimoniais que sofreu em razão da sua exclusão dos direitos sucessórios, com fundamento na responsabilidade civil. Seria uma espécie de lucros cessantes, consistente na parte da herança que ela teria direito e que foi distribuída entre os herdeiros existentes há época do óbito.

Há também entendimento de que o filho concebido após a morte, embora não seja legitimado à sucessão legítima, pode ser incluído no âmbito da sucessão testamentária, desde que haja expressa disposição nesse sentido, nos termos do artigo 1.799, inciso I, do CC.

Ora, se o testador pode atribuir a sua herança à prole eventual de terceiros, com maior razão pode também atribuí-la à sua própria prole. A viúva, então, teria o prazo de dois anos para realizar a inseminação, consoante artigo 1.800, § 4º, do CC.

Contudo, esse entendimento é rebatido ao argumento de que o autor da herança não pode indicar sua própria prole eventual, uma vez que a interpretação literal da lei exige que a pessoa indicada pelo testamento esteja viva no momento da abertura da sucessão.

Por sua vez, o terceiro posicionamento, inclusivo, admite não só o reconhecimento da paternidade, mas também o direito do filho póstumo à sucessão testamentária e legítima.

O fundamento está no artigo 227, § 6º, da CRFB, que prevê a igualdade entre os filhos independentemente de qualificação ou origem. Essa igualdade deve ser considerada um direito fundamental, haja vista o disposto no artigo 5º, §2º, da CRFB, de forma que é intolerável a restrição desse direito por norma infraconstitucional.

Ademais, a exclusão de direitos do concebido por meio de fecundação artificial *post mortem* viola os princípios da dignidade humana, do melhor interesse da criança, bem como não respeita a especial proteção e assistência garantida pelo Estado a qualquer tipo de família, na pessoa de cada um de seus membros, conforme o disposto no artigo 226, § 8º, da CRFB.

Argumenta-se, ainda, que essa igualdade entre os filhos, não pode ser violada em prol da segurança jurídica, uma vez que essa não é absoluta, mas ao contrário, pode ser relativizada, tal como já ocorre nas hipóteses de petição de herança.

De acordo com ALBUQUERQUE FILHO (SD) a segurança no procedimento sucessório é sempre relativa, pois a qualquer momento pode surgir um filho não reconhecido,

o que é capaz de modificar completamente a vocação hereditária. A título de exemplo, o Autor relata a situação do falecido que não tinha filhos, deixando somente cônjuge sobrevivente e ascendentes do primeiro grau.

Nesse caso, a herança seria partida em três quotas iguais, nos termos dos artigos 1.836 e 1.837, do Código Civil. No entanto, havendo ação de investigação de paternidade *post mortem* julgada procedente, seriam excluídos da sucessão os ascendentes, enquanto o cônjuge, a depender do regime de bens (cf. art. 1.829, I, do CC), poderia ou não concorrer com o descendente reconhecido judicialmente.

Por fim, ALBUQUERQUE FILHO (SD) observa, ainda, que na hipótese de filho concebido em vida, mas reconhecido após a morte do pai, não se discute se o autor da herança manifestou expressamente a sua vontade de detê-lo, pois o simples fato de a criança existir e a comprovação da relação de parentesco já é suficiente para que ela seja inserida na ordem de vocação hereditária.

Ademais, acrescenta o autor que mesmo que se trate de uma relação instável o filho terá direito de ser reconhecido, voluntária ou judicialmente, não se discutindo juridicamente acerca de possíveis distúrbios psicológicos graves em relação à criança, ao contrário, a impossibilidade do seu reconhecimento certamente lhe causaria maiores perturbações e prejuízos.

Destarte, não há razão para se estabelecer tratamento diferenciado entre essa situação e a situação do filho concebido por meio de inseminação *post mortem*, principalmente levando-se em consideração que o genitor falecido deliberou, de modo inequívoco, através de documento escrito ou testamento, a intenção de preservar seu material genético para posterior utilização, inclusive para depois de sua morte.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou analisar a reprodução humana assistida, precisamente a inseminação homologa *post mortem*, um dos temas mais instigantes do biodireito.

Em razão do vácuo legislativo acerca desse tema, as soluções devem ser buscadas nos princípios gerais e específicos do biodireito e da bioética, os quais têm por fundamento a pessoa humana, principal fator de estímulo ao progresso científico.

Trata-se de técnica reprodutiva artificial homóloga, pois se utiliza o material genético de pessoas casadas ou em união estável, apesar de um dos genitores já estar morto. Logo, o vínculo biológico é inegável.

Em que pese o artigo 1.597, inciso III, do CC, se referir expressamente à inseminação póstuma, estendendo a presunção de paternidade ao filho assim concebido, não há consenso sobre a possibilidade da sua realização. De acordo com VENOSA (2008), o legislador apenas constatou de maneira lacunosa a problemática e procurou dar solução ao aspecto da paternidade sem, contudo, autorizar nem regulamentar essa prática.

O principal argumento contrário à realização da reprodução *post mortem* é que ela vai de encontro ao princípio do melhor interesse da criança, haja vista esse abranger o direito da criança nascer e se desenvolver em uma família biparental, tendo como referência a figura de ambos os genitores.

Ademais, outros argumentos são as implicações de ordem psicológica que a prática poderá gerar na futura criança e a possibilidade da viúva se inseminar com a finalidade precípua de gerar um novo herdeiro para ter acesso à herança.

Em contrapartida, a possibilidade da inseminação póstuma é defendida com fundamento no direito de procriar, inerente ao planejamento familiar, que é garantido não apenas ao casal, mas também às pessoas em geral. Contudo, mister a observância da paternidade responsável e do melhor interesse da criança, o qual não é necessariamente violado, já que o genitor sobrevivente pode garantir ao filho todas as condições essenciais a um desenvolvimento físico e afetivo saudáveis.

Além disso, argumenta-se, ainda, que a exigência de uma família biparental não encontra guarida constitucional, uma vez que a Constituição consagra o pluralismo das entidades familiares, destinando especial proteção do Estado a qualquer forma de família, inclusive a monoparental, expressamente prevista no §4º, do artigo 226.

Esse último posicionamento parece ser o mais adequado à luz dos direitos e princípios constitucionais.

Todavia, tendo em vista o princípio da autonomia, um dos fundamentos da bioética, a utilização do material genético do falecido está condicionada ao consentimento expresso que ele tenha deixado para esse fim, porquanto a paternidade deve ser sempre voluntária.

Igualmente, é necessário fixar um prazo, cujo termo *a quo* será a morte, para a realização da inseminação. Isso porque, o direito de procriar não pode ser visto como um direito absoluto, já que todos os direitos, fundamentais ou não, são relativos. Assim, a



limitação temporal é uma forma de ponderação, conciliação entre o direito de procriar e a segurança das relações jurídicas.

Admitida a prática da inseminação após a morte, passa-se a uma segunda discussão, qual seja a possibilidade ou não do filho póstumo suceder.

Em que pesem alguns entendimentos contrários aos direitos sucessórios do filho assim concebido, como forma de se garantir a segurança jurídica, esses não merecem prosperar. Isso porque, a Constituição prevê a igualdade entre os filhos, independentemente da qualificação e origem, a qual também é considerada direito fundamental, consoante artigo 5º, §2º, da CRFB.

Acrescente-se que, ao se exigir a autorização expressa do genitor falecido para a utilização de seu material genético depois de sua morte, bem como ao se fixar um limite temporal para tal prática, a questão da violação da segurança jurídica é afastada, já que todos os demais herdeiros terão consciência de que a situação jurídica da sucessão só será consolidada após o prazo fixado.

Questão de maior complexidade pode surgir quando o limite temporal não for respeitado pela viúva. Nesse caso, considerando o direito fundamental da igualdade entre os filhos, a solução será o ajuizamento de uma ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança.

Ora, se o filho concebido em vida, mas reconhecido após a morte do pai, tem direito de reivindicar a sua parte na herança, não se deve dar tratamento diferenciado à situação em que o filho foi concebido por meio de inseminação *post mortem*, principalmente levando-se em consideração que o genitor falecido manifestou expressamente a intenção de preservar seu material genético para posterior utilização, inclusive para depois de sua morte.

Portanto, considerando tudo o que foi exposto, a melhor orientação é no sentido da admissibilidade da inseminação *post mortem*, desde que haja prévia autorização do genitor falecido, assim como desde que seja fixado um prazo para tanto, sendo razoável o prazo de dois anos, em analogia ao artigo 1.800, §4º, do CC. Essa é a orientação adotada no Enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em 03/11/2004.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório*. Disponível em: [www.esmape.com.br/downloads/mat\\_profa\\_mariarita/prof\\_maria\\_rita\\_7.doc](http://www.esmape.com.br/downloads/mat_profa_mariarita/prof_maria_rita_7.doc). Acesso em 25 jun 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida*. In LEITE, Eduardo Oliveira (Org). *Grandes Temas da Atualidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CHIARINI JÚNIOR, Enías Castilho. *Noções introdutórias sobre o biodireito*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5664&p=2>. Acesso em 25 jun 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

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

———. *Biodireito e o Novo Código Civil*. Disponível em [http://www.uniandrade.br/cep/download/pdf/Biodireito\\_novo\\_codigo\\_civil.pdf](http://www.uniandrade.br/cep/download/pdf/Biodireito_novo_codigo_civil.pdf). Acesso em 25 jun 2009.

GOMES, José Jairo. *Reprodução Humana Assistida e Filiação na Perspectiva dos Direitos da Personalidade*. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n.22, abr./jun. 2005.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Direitos da Personalidade e Bioética*. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro: vol.9, set./dez. 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: RT, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto; AZEVEDO, Álvaro Vilaça (coord.). *Código Civil Comentado: Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial*. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2006, vol 6.

WIDER, Roberto. *A Reprodução Humana Assistida: aspectos do Biodireito e da Bioética*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.