



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

ANDERSON BRAGA MARQUES – 10/0085881

AS REPERCUSSÕES SUCESSÓRIAS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL
HOMÓLOGA *POST MORTEM*

BRASÍLIA
2017

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

ANDERSON BRAGA MARQUES – 10/0085881

**AS REPERCUSSÕES SUCESSÓRIAS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL
HOMÓLOGA *POST MORTEM***

*Monografia apresentada como requisito para
a conclusão do Curso de Bacharelado em
Direito pela Universidade de Brasília.*

Orientador: Prof. João Costa Neto

BRASÍLIA

2017

ANDERSON BRAGA MARQUES

**AS REPERCUSSÕES SUCESSÓRIAS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL
HOMÓLOGA *POST MORTEM***

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e aprovada pela banca examinadora composta pelos seguintes professores:

Brasília, 27 de junho de 2017.

Prof. Dr. JOÃO COSTA NETO (Orientador)

Prof^a. Dra. DANIELA MARQUES DE MORAIS (Examinadora)

Prof. Me. FABIANO HARTMANN PEIXOTO (Examinador)

AGRADECIMENTOS

Dedico esse trabalho primeiramente a Deus, pois, sem ele eu não estaria aqui; agradeço ao meus pais que não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida; agradeço a minha esposa, que de forma especial e carinhosa transmitiu-me força e coragem nos momentos de dificuldades; ao meu filho, que indiretamente, iluminava meus pensamentos a buscar mais conhecimentos; a todos os professores da UnB, pelos ensinamentos e atenção, em especial, ao meu orientador, professor João Costa Neto, pela paciência na orientação e incentivo por tornar possível a conclusão desta monografia.

RESUMO

Com o surgimento de novas tecnologias na área da biomedicina, possibilitou o armazenamento do material genético em clínicas especializadas por longos períodos. Isso permitiu que, um filho possa ser concebido após a morte do seu genitor. Essa técnica de reprodução assistida é denominada de inseminação artificial homóloga *post mortem*. O grande problema é que o ordenamento jurídico não acompanhou o processo evolutivo da biomedicina. Atualmente no Brasil, não há uma legislação constitucional ou infraconstitucional específica quanto à questão da reprodução assistida. O que temos é uma referência as técnicas de reprodução assistida, exclusivamente, quando estabelece a presunção de filiação previsto no artigo 1.597, do Código Civil de 2002. De forma injustificável, não há qualquer previsão dos reflexos do uso desses procedimentos no âmbito do direito sucessório. O Código Civil estabelece em seu artigo 1.798 que serão legitimados a suceder aqueles já concebidos no momento da abertura da sucessão. Dependendo da interpretação que se dá ao dispositivo legal, poder-se-á admitir ou não o direito sucessório de pessoa concebida após a morte do genitor. Diante da ausência legislativa, surgem alguns indagações jurídicos oriundos da inseminação artificial homóloga *post mortem*: Há a possibilidade de utilização do sêmen do cônjuge para inseminação, após a sua morte? Caso seja possível, pode ser feita sem autorização previa do cônjuge falecido? O filho gerado por técnica de inseminação artificial *post mortem* teria direito a herança, equiparando-se aos demais filhos? Sabido que não há prazo para o reconhecimento de paternidade (Súmula 149 do STF) e o direito do incapaz é imprescritível (art. 198, I, do CC), como ficaria a segurança jurídica daqueles que receberam legitimamente os seus quinhões hereditários? Fundamentado em interpretações princípio lógicas dos textos constitucionais, acredita-se que a inseminação artificial *post mortem* deva ser autorizada, com reconhecimento do direito a paternidade e sucessório, desde que haja a autorização prévia do cônjuge falecido e a concepção ocorra dentro de um prazo prescricional de dois anos, previsto para concepção da prole eventual de terceiro, beneficiada na sucessão testamentária, de acordo com o artigo 1.800, § 4º, do Código Civil.

PALAVRA CHAVE: Direito Sucessório; Reprodução Assistida; Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem; Princípios Constitucionais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>:	
QUESTIONAMENTOS JURÍDICOS	10
1.1 As Técnicas de Inseminação Artificial.....	10
1.2 A Inseminação Artificial Homóloga <i>post mortem</i>	12
1.3 Legislação Brasileira	14
1.4 A Presunção da Paternidade	15
1.5 Direito Sucessórios	18
2. AS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DOS REFLEXOS SUCESSÓRIOS	
NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>	20
2.1 A legitimidade da técnica de inseminação artificial homóloga <i>post mortem</i>	20
2.2 A expressa manifestação de vontade do doador do material genético	25
2.3 A legitimidade sucessória do filho concebido por meio de técnica de inseminação artificial homóloga <i>post mortem</i>	30
2.4 Sobre o prazo prescricional para concepção	36
2.4.1 Direito a herança	37
2.4.2 O prazo prescricional na petição de herança.....	38
2.4.3 Analogia ao prazo prescricional previsto na sucessão testamentária.....	40
CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44
ANEXO A - PROJETO DE LEI DO SENADO nº 749, de 2011	48

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo estudar o polêmico tema da inseminação artificial homóloga *post mortem*. É uma das técnicas de reprodução assistida que, possibilita uma criança ser gerada após o falecimento do seu progenitor biológico, utilizando seu sêmen criopreservados. É uma forma de reprodução que afastaram a necessidade da sexualidade, inimaginável até poucas décadas atrás, tornando-se possível atualmente, graças à fantástica evolução da medicina. Essa nova realidade traz consigo novos problemas, pois se a ciência deu solução à infertilidade, as questões jurídicas advindas da evolução científica estão longe de encontrar soluções, visto que, tal prática afeta e transforma as relações de família, irradiando efeitos jurídicos tanto para o direito de família, como para o direito sucessório.

Diante da ausência legislativa que regulamente o uso das técnicas de reprodução assistida, surgiram alguns questionamentos referente ao direito hereditário dos filhos oriundos da inseminação artificial homóloga *post mortem*. A divergência baseia-se na interpretação do art. 1.798 do Código Civil, que trata da sucessão legítima com o seguinte texto: “*Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*”. Em tese, os filhos fruto de inseminação artificial homóloga *post mortem*, não estaria ainda concebido e nem nascido no momento da abertura da sucessão, conseqüentemente, fora da sucessão hereditária.

Enquanto não há uma legislação própria, seja em lei especial ou no próprio código, todas essas questões permanecem sendo tratadas com as mais diversas interpretações doutrinárias acerca do tema.

Sendo assim, o presente estudo visa analisar, de forma sistemática, o disposto no art.1.798, do Código Civil brasileiro, o qual dispõe acerca do direito hereditário, avaliando sua real possibilidade frente ao texto constitucional e ainda os seus reflexos da prática da inseminação artificial homóloga *post mortem*, para que esse estudo subsidie futuras decisões judiciais sobre o tema.

A metodologia utilizada no presente estudo foi uma pesquisa de caráter exploratório e descritivo, com apresentação de análise qualitativa. As fontes utilizados foram documentos legais, doutrinas e artigos científicos e sites relacionados ao tema, de forma primária e secundária.

Desse modo, o primeiro capítulo tratará sobre os avanços da biomedicina e surgimento de novas técnicas de reprodução assistida, com foco em especial na técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem*. Será abordado ainda, a temática sobre a presunção da paternidade do marido falecido e os reflexos no âmbito jurídico decorrente ao emprego das técnicas de reprodução humana para a concepção *post mortem*.

No segundo capítulo, continuaremos a tratar das repercussões sucessórias da técnica de reprodução artificial em estudo, trazendo diferentes posicionamentos doutrinários sobre os seguintes questionamentos jurídicos oriundos da inseminação artificial homóloga *post mortem*, tais como: Há a possibilidade de utilização do sêmen do cônjuge para inseminação, após a sua morte? Caso seja possível, pode ser feita sem autorização previa do cônjuge falecido? O filho gerado por técnica de inseminação artificial *post mortem* teria direito a herança, equiparando-se aos demais herdeiros? Sabido que não há prazo para o reconhecimento de paternidade (Súmula 149 do STF) e o direito do incapaz é imprescritível (art. 198, I, do CC), como ficaria a segurança jurídica daqueles que receberam legitimamente os seus quinhões hereditários?

Por fim, na conclusão, dedica-se a responder os questionamentos supracitados, com uma interpretação conjunta aos princípios elencados em várias áreas do direito, passando da interpretação formalista das regras, para interpretações principiológicas dos textos constitucionais.

1. A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*: QUESTIONAMENTOS JURÍDICOS

Com os avanços tecnológicos da medicina e surgimento de novas técnicas de reprodução assistida, possibilitaram o sonho projeto parental humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana. Através de tais técnicas, foi possível o armazenar o sêmen do *de cujus*, em processo de criopreservação, possibilitando a fecundação do conjugue sobrevivente. Essa técnica de reprodução assistida é denominada de inseminação homóloga *post mortem*. Entretanto, a evolução na área da reprodução assistida, gerou inúmeros conflitos no mundo jurídico. Atualmente no Brasil, não há uma legislação que permita a realização das diversas técnicas de reprodução assistida, tão pouco, há legislação que vedem. Com isso, surgiram inúmeros questionamentos sobre a possibilidade do uso da técnica reprodução assistida homóloga, após a morte. É o que iremos abordar no primeiro capítulo.

1.1 As Técnicas de Inseminação Artificial

A esterilidade e a infertilidade humana são alguns dos grandes dilemas que atordoam a vida de alguns casais na atualidade. Na tentativa de minimizar este problema, as tecnologias reprodutivas, cada vez mais modernas, estão proporcionando a estes, o direito à procriação.¹

Os avanços no campo da reprodução assistida dos seres humanos têm uma longa história na cultura ocidental, principalmente a partir da constituição da biologia e da medicina como ciências experimentais modernas, com explica Ana Alejandra Rotania:

“Intervenções e experiências com o processo de reprodução de seres vivos e da reprodução humana datam de alguns séculos. Os fatos que vêm ocorrendo no campo das ciências biológicas, médicas e afins são resultantes do desenvolvimento científico e tecnológico que sofre mudanças significativas a partir da chamada Revolução Científica do século XVII e, sobretudo, nos séculos XIX e XX. No século XIX, as ciências biológicas se constituem em ciências modernas, seguindo a orientação do paradigma da experimentação, comprovação e matematização do mundo”.²

¹ LEAL, Paula Mallmann. *Os Reflexos Sucessórios na Inseminação Post Mortem*. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/paula_leal.pdf. Acesso em: 20 de jan. 2017.

²ROTANIA, Ana Alejandra. *Dossiê Reprodução Humana Assistida*. 2003.p 04.

Atualmente, com o progresso da biotecnologia com relação às técnicas de reprodução humana assistida, torna-se possível armazenar óvulos, sêmens ou até mesmo embriões excedentários por longos períodos, através das modernas técnicas de criopreservação. A aludida técnica possibilita o armazenamento do material genético a temperaturas extremamente baixas em torno de -196°C , possibilitando sua utilização tempos depois de colhido o sêmen ou óvulo.³

As principais técnicas de reprodução assistida utilizadas atualmente são a inseminação artificial homóloga⁴, a inseminação artificial heteróloga,⁵ a fecundação artificial *in vitro*⁶ e a gestação substituição⁷, que afastaram a necessidade da sexualidade para a

³ FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação Artificial Post Mortem e seus Reflexos no Direito de Família e no Direito Sucessório*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/224.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁴ Na reprodução assistida homóloga utilizam-se gametas do próprio casal, na qual espermatozoides são preparados (capacitados) para adquirir maior e melhor mobilidade e a seguir ser introduzidos, por um cateter adequado, diretamente no fundo uterino e na cavidade tubária. O encontro dos gametas, assim como a fertilização esperada, irá ocorrer de forma espontânea nas tubas uterinas, e a fecundação se dá dentro do corpo da mulher. MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. *Reprodução assistida: Um pouco de história*. Revista da SBPH, v. 12, n. 2, p. 37, 2009.

⁵ Na reprodução assistida heteróloga, utilizam-se gametas masculino ou feminino ou ambos de doadores, na qual espermatozoides são preparados (capacitados) para adquirir maior e melhor mobilidade e a seguir ser introduzidos, por um cateter adequado, diretamente no fundo uterino e na cavidade tubária. O encontro dos gametas, assim como a fertilização esperada, irá ocorrer de forma espontânea nas tubas uterinas, e a fecundação se dá dentro do corpo da mulher. MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. *Reprodução assistida: Um pouco de história*. Revista da SBPH, v. 12, n. 2, p. 37, 2009.

⁶ A técnica chamada fertilização ou fecundação *in vitro* (FIV), que pode ocorrer de forma convencional, em que se coloca um óvulo em contato com vários espermatozoides, e através injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), que consiste na deposição mecânica de um único espermatozoide no interior do óvulo. A técnica consiste em estimular a indução de ovulação, através de medicação, extrair o óvulo maduro de dentro do ovário da mulher e colher o sêmen do genitor. No laboratório, os óvulos são colocados em um recipiente com os espermatozoides (FIV clássica). Na ICSI apenas um espermatozoide é injetado dentro do óvulo ocorrendo à fecundação e formando o zigoto (pré-embrião). Por fim, os embriões são colocados dentro do útero com um cateter especial com ou sem auxílio de uma ultrassonografia pélvica via supra púbica. Após 12 a 14 dias, já se pode saber o resultado através do teste de gravidez (beta-hCG). A taxa de gravidez por tentativa depende da idade da mulher e do diagnóstico do casal. GIMENSE, Giselle Cristina Alves. *As Técnicas De Reprodução Humana Assistida E As Suas Implicações Na Esfera Da Responsabilidade Civil*. 2009. p.30.

procriação, socorrendo os casais que antes tinham dificuldades para ter de forma natural seu filho, recorreram a tais técnicas, possibilitando aos genitores realizar este desejo.

Entretanto, a questão não é tão simples. Neste sentido, explica Maria Berenice Dias:

“A identificação dos vínculos de parentalidade não pode mais se buscar exclusivamente no campo genético, pois situações fáticas idênticas ensejam soluções substancialmente diferentes. As facilidades que os métodos de reprodução assistida trouxeram permitem a qualquer um realizar o sonho de ter um filho. Para isso não precisa ser casado, ter um par ou mesmo manter uma relação sexual. Assim, não há como identificar o pai com o cedente do espermatozoide. Também não dá para dizer se a mãe é a que doa o óvulo, a que cede o útero ou aquela que faz uso do óvulo de uma mulher e do útero de outra para gestar um filho, sem fazer parte do processo procriativo. Submetendo-se a mulher a qualquer desses procedimentos torna-se mãe, o que acaba com a presunção de que a maternidade é sempre certa.”⁸

As técnicas de inseminação artificial, de uma forma geral, trata-se de técnica simples que não gera maiores discussões. Entretanto, tendo em vista o desenvolvimento de tecnologia e a possibilidade de congelamento de gametas por tempo indeterminado, a utilização da inseminação em algumas situações específica, tem gerado ampla discussão no âmbito jurídico. É o caso da inseminação após a morte.

1.2 A Inseminação Artificial Homóloga *post mortem*

A inseminação artificial homóloga *post mortem*, gera maiores discussões por se tornar possível em razão de modernos métodos de criopreservação do material genético do

⁷A gestação de substituição acontece quando há a fertilização *in vitro* e a mulher doadora do material genético possui algum problema que faz com que seu útero não seja apto a gerar o embrião. Assim, o embrião se desenvolverá no útero de uma “mãe hospedeira”. *Revista da EMERJ*, v. 13, n° 50, 2010. p. 356.

⁸ DIAS, Maria Berenice. *Filiação Homoparental e a Reprodução Assistida*. Disponível em: <http://www.slideshare.net/sabrinabc1/artigo-filiao-homoparental-e-a-reproducao-assistida>. Acesso em: 12 jan. 2017.

marido ou do companheiro mesmo após o seu falecimento, possibilitando a sua esposa ou companheira inseminar seu sêmen, vindo a gerar um filho de pai proeminente. Tal situação era inimaginável até poucas décadas atrás, tornando-se possível atualmente graças à fantástica evolução da medicina, mais especificamente da engenharia genética.⁹

A reprodução assistida *post mortem* passou a ser discutida com maior veemência com o caso mundialmente conhecido como “Affair Parpalaix”, que ocorreu na França, em 1984. A história do casal Corine Richard e Alain Parpalaix:

“Em 1984, na França, a jovem Corine Richard se apaixonou por Alain Parpalaix. O varão descobriu estar com câncer nos testículos e, no intuito de poder ter um filho com a mulher amada, depositou num banco de sêmen seu material genético para que após as sessões de quimioterapia pudesse usá-lo para gerar a almejada prole. Como previsto, a doença não só o deixou estéril, como, após alguns dias do casamento, veio a fatalizá-lo. Negado pelo banco de sêmen, Corine Richard buscou a autorização judicial para cumprir a vontade de seu falecido esposo. O banco alegava que não havia um acordo de entrega do material genético a outra pessoa, senão ao falecido, e, como na França não havia legislação que autorizava inseminação artificial *post mortem*, foi necessário buscar a tutela do Estado para preenchimento deste vácuo legislativo. Depois de muita batalha, o tribunal francês de Créteil condenou o banco de sêmen na entrega do material para um médico designado pela viúva. Infelizmente, pela morosidade da ação, a inseminação artificial não foi realizada, pois, os espermatozoides não estavam mais próprios à fecundação”.¹⁰

No mundo, a disciplina jurídica para a inseminação *post mortem* não é uniforme. No Brasil, não temos legislação proibitiva da inseminação *post mortem*, como acontece na Alemanha e Suécia, tampouco existe lei admitindo tal prática.¹¹ A França proíbe e acrescenta

⁹ REIS, Carolina Eloáh Stumpf. *Reprodução Assistida Homóloga Post Mortem – Aspectos Éticos e Legais*. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/reproducao_assistida_homologa_post_mortem_-_aspectos_eticos_e_legais.pdf. Acesso em: 22 mar. 17.

¹⁰ FREITAS, Douglas Phillips. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. 2008.

¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e dignidade humana*, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 173-174.

que o consentimento externado em vida perde o efeito. A Espanha não permite a inseminação *post mortem*, mas garante direitos ao nascituro quando houver declaração escrita por escritura pública ou testamento e a Inglaterra admite o procedimento, mas não garante direitos sucessórios, a menos que haja documento expresso nesse sentido¹².

Essa nova realidade traz consigo novos problemas, pois se a ciência deu solução à infertilidade, as questões jurídicas advindas da evolução científica estão longe de encontrar soluções, visto que tal prática afeta e transforma as relações de família, irradiando efeitos jurídicos tanto para o direito de família, como para o direito sucessório.

1.3 Legislação Brasileira

A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família quando reconheceu como entidade familiar a união estável entre um homem e uma mulher¹³ e a família constituída de um dos pais com seus filhos, além da família oriunda do matrimônio¹⁴. No art. 226, § 7º, a Constituição Federal definiu o planejamento familiar fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, vejamos:

“Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

¹²PINTO, Carlos Alberto Ferreira. *Reprodução Assistida: Inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório*. Disponível em: <<http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 06 abr. 2017.

¹³Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹⁴Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Sendo assim, o princípio do livre planejamento familiar, consagrado pela Constituição, que trata do direito de todo indivíduo vivenciar sua vida reprodutiva de forma livre e sem a interferência do Estado.

No Código Civil de 1916, os legisladores não cogitavam a possibilidade de, no futuro, haver a concepção humana fora do útero feminino ou após a morte do genitor.¹⁵ Porém, mesmo com os avanços dos conhecimentos científicos no âmbito das procriações artificiais, o Código Civil de 2002, cujo seu projeto é de 1975¹⁶, não trouxe avanços consideráveis na área da reprodução assistida, deixando uma grande lacuna legislativa, especialmente no que se refere à inseminação artificial *post mortem*.¹⁷

1.4 A Presunção da Paternidade

O atual Código Civil reconheceu parcialmente a evolução da bioética e, conseqüentemente, passou a incluir em seu ordenamento as técnicas de reprodução artificial através da presunção de paternidade. Assim dispõe o art. 1.597:

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

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

¹⁵ FILHO, José Roberto Moreira. *O Direito Civil em face das novas técnicas de reprodução assistida*. 2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=33>>. Acesso em 2 jan. 2017

¹⁶ Em janeiro de 2002, foi sancionado o novo Código Civil (CC) brasileiro que entrou em vigor apenas em 11 de janeiro de 2003, sendo que a análise do projeto original teve início em 1975. Passos, Edilenice. *Memória Legislativa do Código Civil* / Edilenice Passos, João Alberto de Oliveira Lima. — Brasília: Senado Federal, 2012. p. xxi

¹⁷ MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. *Inseminação post mortem e seus reflexos no direito de família e sucessões*. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/download/48/49>. Acesso em: 7 de mar.2017

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

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

O referido artigo trata da presunção de paternidade chamada *Pater is est*¹⁸, as quais tem por finalidade fixar o momento da concepção, definindo a filiação e certificando a paternidade, imputando-lhe os direitos e deveres decorrentes. Dispõe que a paternidade é presumida quando havida por inseminação artificial homóloga, a qualquer tempo, e inseminação heteróloga, quando houver consentimento do cônjuge.

O STJ reconheceu no julgamento do REsp 1.194059/SP¹⁹, da relatoria do ministro Massami Uyeda, a aplicação da presunção de paternidade na união estável. Ressalta-se que

¹⁸ Expressão oriunda do Direito Romano, que atribui ao marido a paternidade do filho concebido durante o casamento. Tal presunção possui natureza *juris tantum* (relativa), podendo ser ilidida por prova contrária, especialmente o exame de DNA. MENESES, Eliton. Disponível em: <https://chicoeliton.blogspot.com.br/2013/03/presuncao-pater-is-est.html>. Acesso em: 17 abr. 2017.

¹⁹ RECURSO ESPECIAL - NOMEM IURIS - DEMANDA - PRINCÍPIO ROMANO DA MIHIFACTUM DADO TIBI JUS - APLICAÇÃO - UNIÃO ESTÁVEL – ENTIDADE FAMILIAR - RECONHECIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO - REQUISITOS - CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA - OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA - DEVERES - ASSISTÊNCIA, GUARDA, SUSTENTO, EDUCAÇÃO DOS FILHOS, LEALDADE E RESPEITO - ARTIGO 1.597, DO CÓDIGO CIVIL - PRESUNÇÃO DE CONCEPÇÃO DOS FILHOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - APLICAÇÃO AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - ESFERA DE PROTEÇÃO - PAI COMPANHEIRO - FALECIMENTO - 239 (DUZENTOS E TRINTA ENOVE DIAS) APÓS O NASCIMENTO DE SUA FILHA - PATERNIDADE - DECLARAÇÃO- NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - Desimporta o nomen iuris dado à demanda pois, na realidade, aplicar-se-á o adágio romano da mihifactum dado tibi jus. II - O ordenamento jurídico pátrio reconhece, como entidade familiar, a união estável entre pessoas (ut ADPF N. 132/RJ, Rel. Min. Ayres Brito, DJe de 14/10/2011), configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família (artigo 1723, do Código Civil), com atenção aos deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação de filhos (artigo 1724, do Código Civil), de modo a permitir aplicação, às relações patrimoniais, no que couber, das regras pertinentes ao regime de comunhão parcial de bens (artigo 1725, do Código Civil). III - A lei não exige tempo mínimo nem convivência sob o mesmo teto, mas não dispensa outros requisitos para identificação da união estável como entidade ou núcleo familiar, quais sejam: convivência duradoura e pública, ou seja, com notoriedade e continuidade, apoio mútuo, ou assistência mútua, intuito de constituir família, com os deveres de guarda, sustento e de educação dos

para que haja a presunção de paternidade torna-se necessária, prova pré-constituída, da configuração da união estável.

Para parte da doutrina, busca resguardar a presunção de paternidade decorrente do casamento, por isso, não se aplicaria à união estável, devendo a paternidade, nesse caso, ser reconhecida voluntariamente pelo companheiro em vida ou por meio de processo judicial de investigação de paternidade²⁰. Paulo Lôbo defende a aplicação à união estável, a despeito do termo “casamento” no texto legal, haja vista a equiparação Constitucional²¹. A I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários, por meio do Enunciado nº 106²² segue esse entendimento.

Portanto, a filiação será reconhecida sem maiores percalços, problema maior está no direito sucessório.

filhos comuns, se houver, bem como os deveres de lealdade e respeito. IV - Assim, se nosso ordenamento jurídico, notadamente o próprio texto constitucional (art. 226, § 3º), admite a união estável e reconhece nela a existência de entidade familiar, nada mais razoável de se conferir interpretação sistemática ao art. 1.597, II, do Código Civil, para que passe a contemplar, também, a presunção de concepção dos filhos na constância de união estável. V - Na espécie, o companheiro da mãe da menor faleceu 239 (duzentos e trinta e nove) dias antes ao seu nascimento. Portanto, dentro da esfera de proteção conferida pelo inciso II do art. 1.597, do Código Civil, que presume concebidos na constância do casamento os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes, entre outras hipóteses, em razão de sua morte. VI - Dessa forma, em homenagem ao texto constitucional (art. 226, § 3º) e ao Código Civil (art. 1.723), que conferiram ao instituto da união estável a natureza de entidade familiar, aplica-se as disposições contidas no artigo 1.597, do Código Civil, ao regime de união estável. VII - Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1194059 SP 2010/0085808-2, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 06/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2012)

²⁰ Idem.

²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma distinção necessária*. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 19, ago.-set. 2003, p. 137.

²² Art. 1.597, inc. III: Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

1.5 Direito Sucessórios

A vocação hereditária é tratada no atual Código Civil no artigo 1.798, dispõe que: “*legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*”, o que, em tese, o filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem*, não teria reconhecido o direito sucessório, pois não estaria ainda concebido e nem nascido no momento da abertura da sucessão.²³

O atual Código Civil reconheceu em parte à evolução da bioética, fez referência apenas as técnicas de reprodução assistida exclusivamente quando estabelece presunções de filiação artigo 1.597. De forma injustificável, não há qualquer previsão dos reflexos do uso desses procedimentos no âmbito do direito sucessório. O legislador, ao formular a regra contida no artigo 1.798, não atentou para os avanços científicos na área da reprodução humana, ao se referir somente às pessoas já concebidas.²⁴

Ao excluir da sucessão hereditária, o filho fruto da inseminação artificial homóloga póstuma, o Código Civil vai de encontro com o Princípio Constitucional da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, §6º, da Constituição Federal de 1988²⁵ e ratificado pelo artigo 1.596²⁶, do Código Civil, que veda qualquer distinção de tratamentos entre os filhos.²⁷

Alguns autores defendem a possibilidade de inserção do concebido após por inseminação póstuma, apenas no âmbito da sucessão testamentária, quando houver expressado a disposição de última vontade em favor de prole eventual do próprio de *cujus*,

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

²⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 116.

²⁵ Art. 227, §6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

²⁶ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias.

²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma distinção necessária*. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 19, ago.-set. 2003, p. 137.

prevista no artigo 1799, I, do Código Civil²⁸, desde que, a concepção deste herdeiro seja no prazo de dois anos contados a partir da data da abertura da sucessão (art. 1800, §4º, CC). Após este termo final, sem a concepção do herdeiro, os bens serão transferidos aos herdeiros legítimos.²⁹

No entanto, ao admitir que a única forma para suceder, seria por meio da sucessão testamentária, deve-se considerar que será dado um tratamento diferenciado ao filho concebido após a morte do seu genitor, em relação aos demais herdeiros legítimos. Essa interpretação, contraria o entendimento dado ao princípio constitucional da igualdade entre filhos, que veda qualquer resíduo de desigualdade de tratamentos aos filhos, independentemente de sua origem.³⁰

Sendo assim, existem muitas divergências no âmbito jurídico, social e até mesmo religioso quanto ao emprego de técnica de reprodução humana para a concepção *post mortem*. É uma temática aberta que constitui um grande desafio para o Direito e para a Ciência Jurídica no nosso Direito e, assim, apta as mais diversas interpretações. O ponto de vista jurídico é o que interessa para o presente trabalho.

Diante do exposto, surgem os seguintes questionamentos:

Há a possibilidade de utilização do sêmen do cônjuge para inseminação, após a sua morte? Caso seja possível, pode ser feita sem autorização prévia do cônjuge falecido? O filho havido por técnica de inseminação artificial *post mortem* teria direito a herança, equiparando-se aos demais filhos? Sabido que não há prazo para o reconhecimento de paternidade (Súmula 149 do STF) e o direito do incapaz é imprescritível (art. 198, I, do CC), como ficaria a segurança jurídica daqueles que receberam legitimamente os seus quinhões hereditários?

É o que tentaremos responder nos próximos capítulos.

²⁸ Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 323.

³⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*. Op. cit., p. 732-733.

2. AS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DOS REFLEXOS SUCESSÓRIOS NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Tendo em vista, a ausência de uma legislação específica sobre o tema da reprodução assistida, buscaremos auxílio na doutrina para tratar das questões jurídicas em conflito.

2.1 A legitimidade da técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem*

Atualmente no Brasil, não há uma legislação constitucional ou infraconstitucional específica quanto à questão da reprodução assistida. Em face do vazio legislativo existente, não há uma expressa vedação legal para prática de inseminação artificial *post mortem*, tampouco existe uma legislação permissiva.

Timidamente, o Código Civil vigente trata da presunção de paternidade no artigo 1.597, faz menções a algumas técnicas de produção assistida, como fecundação artificial homóloga, inclusive a *post mortem* (inciso III), concepção artificial homóloga (inciso IV) e inseminação artificial heteróloga (inciso V). A disposição expressa no referido artigo manifesta a intenção da legislação de resguardar a filiação da criança gerada por inseminação póstuma, independentemente do momento do nascimento.³¹

A única regulamentação específica sobre reprodução assistida é a Resolução nº 1.957/2010, que revogou a Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina CFM, que embora não tenha força de lei é usada pelos médicos como um parâmetro ético em eventual utilização da técnica de inseminação *post mortem*.³²

No item V.3, da referida Resolução, determina que:

“No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-

³¹ LEAL, Paula Mallmann. *Os Reflexos Sucessórios na Inseminação Post Mortem*. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/paula_leal.pdf. Acesso em: 20 de fev. 2017.

³² MOTA, Manuela. *Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem: sua implicação no âmbito do direito sucessório*. Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/342/3/20657903.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2017.

embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los”.

Nesse sentido, para o Conselho Federal de Medicina - CFM, não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem*, desde que, tenha autorização prévia e específica do falecido para o uso do material biológico criopreservado.

Enquanto não temos legislação própria, seja em lei especial ou no próprio código, todas essas questões permanecem estão sendo tratadas a partir das mais diversas interpretações doutrinárias acerca do tema. De um lado, os que defendem essa proteção, ao argumento de ser convergente o direito da criança à existência. De outro, os que sustentam a impossibilidade dessa técnica, como forma de assegurar o direito do filho a uma estrutura familiar formada por ambos os pais.³³

Para os doutrinadores que sustentam a impossibilidade da inseminação, mesmo com a permissão dado pelo doador, a morte torna-se nula a permissão da inseminação. Segundo Mônica Aguiar, “*mesmo que tenha ocorrido uma inseminação que tal, a morte opera como revogação do consentimento prestado e, portanto, o concebido será filho apenas do cônjuge sobrevivente*”.³⁴

No mesmo sentido, de inviabilidade da técnica, Eduardo de Oliveira compreende, que a técnica de inseminação artificial *post mortem* é uma distorção dos preceitos éticos, ao qual, se destinou a inseminação artificial homóloga. Para o autor, a partir do momento que não mais um casal, moralmente, a inseminação não dever ser mais realizada. Neste sentido, expõe:

“A resposta negativa a um pedido desta natureza se impõe. E isto, por diversas razões. Inicialmente, vale lembrar que tal pedido sai do plano ético reconhecido à inseminação homóloga; ou seja, se não há mais casal solicitando um filho, nada mais há que justifique a inseminação. Num segundo momento, tal solicitação provoca perturbações psicológicas em relação à criança e em relação à mãe. Nada impede que nos questionemos se está criança desejada pela mãe viúva não o é, antes de tudo, para preencher o vazio deixado pelo marido. Além disso, a viuvez e a sensação de solidão vividas pela mulher podem hipotecar pesadamente o

³³AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e Bioética*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 117.

³⁴*Ibidem*. p 117.

desenvolvimento psico-afetivo da criança. Logo, a inseminação “*post-mortem*” constitui uma prática fortemente desaconselhável”.³⁵

Compartilhando do mesmo posicionamento, Guilherme de Calmon, justifica que a falta de validade Constitucional da referida prática, afrontar o melhor interesse da criança e igualdade dos filhos:

“[...] a falta de validade constitucional da reprodução *post mortem*, porque não seria possível o exercício do projeto parental apenas por ato unilateral da mãe, de modo que o melhor interesse da criança não estaria sendo atendido à luz da psicologia, haja vista que o fruto da inseminação jamais conheceria o seu genitor, não possuindo igualdade de tratamento com os filhos já nascidos quando do óbito”.³⁶

O princípio do melhor interesse da criança foi instituído pela Constituição Federal de 1988 no seu art. 227³⁷, e ganha relevância na inseminação artificial *post mortem*, pois de um lado está o desejo da mulher de, mesmo sozinha, gerar uma criança e por outro o melhor interesse da criança. Neste sentido, para o Tomaz, Aguiar e Albuquerque:

“Esse princípio merece relevância quando fala em inseminação artificial *post mortem*, pois nesse caso, os interesses divergentes são enormes, pois de um lado está o desejo da mulher de, mesmo sozinha, gerar uma criança e de outro o melhor interesse da criança. No entanto, não podemos presumir que o fato da aplicação do princípio do melhor interesse da criança impede, automaticamente, que ela possa ser gerada por uma mãe sozinha, deve ser feita uma análise, em cada caso,

³⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 155

³⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 733

³⁷ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

para se verificar se esta pode fornecer todas as condições materiais e psicológicas necessárias ao desenvolvimento da criança, mesmo estando sozinha.”³⁸

Do outro lado, devido a uma ausência legislativa específica que vede a prática da inseminação artificial, estão os doutrinadores que defendem a inseminação após a morte, e fazem interpretações e sistematizações de alguns princípios constitucionais.

Carmen Lúcia, faz referência ao princípio da legalidade:

“O princípio da legalidade está previsto no art. 5º, Inciso II, da nossa Carta Magna e determina o seguinte: “*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. Tal princípio aplicado a praticamente a todos os ramos de direito e no que tange à reprodução humana assistida, não poderia ser diferente, pois, no Estado Democrático de Direito, na relação entre particulares, tudo o que não é proibido é permitido.”³⁹

Segundo Paula Mallmann Leal, é assegurado na Constituição Federal de 1988 o planejamento familiar de forma livre, não podendo o Estado o determinar, mas sim uma escolha pessoal:

“O sistema jurídico brasileiro reconhece como entidades familiares à união estável, o casamento e a entidade monoparental, sendo o planejamento familiar uma livre escolha do casal. Em decorrência disso, parece inadmissível a existência de norma proibitiva à inseminação artificial *post mortem*, pois esta concepção faria parte de um projeto de vida em comum anterior. Este ato legitima e legaliza a inseminação *post mortem*, reconhecendo os efeitos jurídicos ao concebido. Sendo assim, a criança concebida de forma póstuma será descendente biológico do falecido, sendo reconhecido através do disposto no artigo 1.597, inc. III, CC, e seus direitos serão assegurados pela aplicação do princípio da igualdade, pois, como foi

³⁸ TOMAZ, Nara dos Santos; AGUIAR, Fernanda Darise Alves; ALBUQUERQUE, Márcia Thaene Aragão. *Post Mortem em Face dos Princípios Constitucionais e seus Reflexos no Direito Sucessório*. Disponível: http://flucianofejao.com.br/novo/wpcontent/uploads/2016/03/INSEMINACAO_POST_MORTEM_EM_FACE.pdf. Acesso em: 12 fev. 2017.

³⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio da pessoa humana e a exclusão social*. Palestra na XVII Conferência da OAB. Rio de Janeiro, 29 ago./2 set. 1999. In: FACHIN, op. cit. p. 88.

dito, esta criança será tão filha quanto os outros descendentes, não se admitindo qualquer exceção à regra”.⁴⁰

Com o mesmo entendimento, assiste Douglas Phillips Freitas:

“A nossa Carta Magna em seu art. 226, §7º, defende a livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar, vedando qualquer minoração deste direito, por quem quer que seja, e, se houver, estará atacando os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável”.⁴¹

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho destaca que, o planejamento familiar é de livre deliberação do casal, ocorre com a manifestação de vontade em vida, inclusive quanto à realização de um projeto parental, mas pode por circunstâncias alheias à vontade dos partícipes ser efetivado *post mortem*, viabilizando o nascimento de uma criança por inseminação póstuma:

“Não se admite, porém, que a deliberação de ter um filho tenha sido inicialmente manifestada e, por circunstância imprevista, como, p. ex., uma morte prematura, possa esse projeto não ser materializado após o falecimento do cônjuge ou companheiro. O planejamento familiar, sem dúvida, dá-se quando vivos os partícipes, mais seus efeitos podem se produzir para após a morte. Havendo testamento, o desejo manifestado em vida será cumprido, porém, depois da morte. Afinal, porque seria diferente com a intenção de ter um filho após a morte. As vicissitudes da vida são as mais diversas e muitas vezes um projeto plenamente exequível fica impossibilitado por circunstâncias absolutamente alheias à nossa vontade. O avanço da biomedicina possibilita que a intenção de ter um filho, no

⁴⁰ LEAL, Paula Mallmann. *Os Reflexos Sucessórios na Inseminação Post Mortem*. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/paula_leal.pdf. Acesso em: 20 de fev. 2017.

⁴¹ FREITAS, Douglas Phillips. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>. Acesso em: 02 abr. 2017.

âmbito de um projeto parental, possa se concretizar depois da morte de um dos cônjuges ou companheiros”.⁴²

Contudo, ao concluir que a Constituição Federal, no seu art. 226, §4º, reconheceu o instituto da família monoparental, possibilitando uma família ser formada por um dos pais e seus descendentes, o Código civil admitiu em seu ordenamento as técnicas de reprodução artificial através da presunção de paternidade⁴³, não faz sentido negar o direito de a viúva ter um filho de seu falecido, por meio de inseminação artificial.

Reconhecendo a possibilidade da fecundação por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem*, trataremos no próximo capítulo sobre a necessidade da autorização do cônjuge falecido.

2.2 A expressa manifestação de vontade do doador do material genético

Outra controvérsia sobre a técnica de reprodução assistida em estudo, é a obrigatoriedade da autorização prévia do cônjuge falecido, para realização da inseminação após a morte. Como já citado nos parágrafos anteriores, no Brasil não há uma legislação específica que regule as técnicas de inseminação artificial, o que temos atualmente é uma Resolução do Conselho Federal de Medicina, que não tem força de lei, e regula a ética profissional dos médicos nos procedimentos das técnicas de inseminação artificial. A referida Resolução ressalta, que o doador do material genético deve externar por escrito, o destino do seu pré-embriões criopreservado, em caso do seu falecimento.

A Primeira Jornada de Direito Civil, por meio do Enunciado nº106, também se manifestou acerca do tema:

“ENUNCIADO 106 – Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, é obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de

⁴²FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque, *Inseminação Artificial Post Mortem E Seus Reflexos No Direito de Família E No Direito Sucessório*.Disponível em:<http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.

⁴³ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

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 eu material genético após a morte”.⁴⁴

Portanto, conforme o Enunciado nº 106 e a Resolução 1352/98 do Conselho Federal de Medicina, é indispensável que haja autorização escrita do marido para que se utilize eu material genético após a morte.

No âmbito doutrinário, o tema é abordado pelo corrente que defendem a prática da inseminação artificial *post mortem* no Brasil, mas divergem no ponto da autorização prévia do doador. A corrente majoritária, defende que sem a autorização do marido, a prática deve ser vedada. De outro lado, a corrente contrária, acredita que o simples fato do doador depositar o seu material genético no laboratório, já suficiente para comprovar a sua pretensão de ter um filho.

Para Silmara Juny Chinelato, sem a autorização expressa do marido, tal prática deveria ser vedada, vejamos: “não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de morto, devendo o sêmen ser destruído se não houver manifestação expressa de vontade quanto à inseminação *post mortem*.”⁴⁵

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Paulo Lôbo afirma que, o material genético armazenado na clínica, não é objetivo de herança e que para realização da inseminação, dependerá haver o consentimento de ambos. Caso a inseminação seja realizada sem a devida manifestação autorização do *de cujus*, não deve ser reconhecida a paternidade. Conforme se verifica:

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

⁴⁴ Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Acesso em: 23mai. 2017.

⁴⁵ CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil*. v.18. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 54.

consentida, porque não perde a dimensão da liberdade. A utilização não consentida do sêmen deve ser equiparada à do doador anônimo, o que não implica atribuição de paternidade”.⁴⁶

Por sua vez, Gisele Leite ressalta que “a inseminação *post mortem* feita à revelia de seu titular ou nas hipóteses de recolhimento fraudulento ou eivado de vícios de vontade, não podem galgar efeitos jurídicos, até por se tratar de ato anulável”.⁴⁷

Nesse seguimento, para Maria Berenice Dias: "para que a viúva possa requerer o material genético armazenado, teria de haver uma manifestação em vida do falecido, expressando ser este o seu desejo. Esta manifestação seria necessária, pois ainda que o marido tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para a inseminação *post mortem*".⁴⁸

No âmbito jurisprudencial, a 3ª Turma Cível do TJDF, negou pedido de uma viúva para usar o material genético criopreservado do seu finado companheiro para fins de reprodução assistida, por entender o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização das técnicas de inseminação artificial, e diante da falta de uma legislação específica sobre o tema, não tem como presumir o desejo do *de cuius* de ser pai após a sua morte, sem a manifestação expressa em vida. Vejamos:

AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A

⁴⁶ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Código Civil Comentado: direito de família. Relações de parentesco. Direito Patrimonial*. Álvaro Vilaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. V.XVI. p.51.

⁴⁷ LEITE, Gisele. *Consequências da inseminação artificial após a morte do pai*. 2002. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-mai-14/pais_lei_inseminacao_morte_pai>. Acesso em 3 jan. 2012.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 330.

UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM.

1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC.

2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do *de cuius* em ação de inseminação *post mortem*, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor.

3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado *post mortem*, não se pode presumir o consentimento do *de cuius* para a inseminação artificial homóloga *post mortem*, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim.

4. Recurso conhecido e provido.

(Acórdão n.820873, 20080111493002APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, Relator Designado: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 03/09/2014, Publicado no DJE: 23/09/2014. Pág.: 136)

O presente caso retrata a história de um casal que manteve uma relação de 14 anos em união estável, com projeto de ter um filho. Para isso, o *de cuius* foi submetido, com sucesso, ao processo de reversão da vasectomia. Porém, ao ser diagnosticado com neoplasia maligna agressiva, decidiu em março 2006 criopreservar seu sêmen no Hospital Albert Einstein, sem manifestar expressamente o desisto no sêmen caso viesse falecer. No mês de agosto de 2007, o homem veio a falecer sem realizar a desejada inseminação.⁴⁹

Após a sua morte, a autora da ação procurou o hospital para solicitando o material genético do *de cuius* para efetuar o seu projeto parental, mas teve seu pedido negado pelo hospital, por não a devida autorização expressa do doador.⁵⁰

⁴⁹ Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2014/setembro/utilizacao-de-material-genetico-criopreservado-depende-de-autorizacao-escrita-do-morto>. Acessado em: 30 abr.2017.

⁵⁰ Idem.

Por seguinte, o cônjuge sobrevivente recorreu ao poder judiciário. Na 1ª primeira Instancia, o seu pedido foi deferido na 7ª Vara de Família de Brasília. Após recurso interposto pelo hospital, por maioria de votos, a 3ª Turma Cível do TJDFT reformulou a sentença em 1ª Instancia, negando o pedido da autora.⁵¹

Sob outra perspectiva, há quem admita que a inseminação seja realizada sem a devida manifestação autorização do *de cuius*, por entender que, o depósito do sêmen no laboratório é suficiente para produzir efeitos jurídicos, como dispõe Gabriella Bresciani Rigo:

“Se não houvesse o sonho da paternidade, qual seria o motivo para um homem deixar seu sêmen congelado em um centro de reprodução humana medicamente assistida? O depósito do material é o autêntico consentimento do falecido para tal procriação. Caso tenha o anseio de ser pai um dia, mas está casado com uma mulher que não é a pessoa que deseja para ser mãe de seus filhos, o homem que deixar seu esperma em um banco de sêmen deve ter o cuidado de deixar expressa proibição de utilização de seu material após a ocasião de sua morte. Assim, não havendo nenhuma proibição expressa por parte do homem que depositou o sêmen no centro de reprodução humana, não há porque negar qualquer direito à criança concebida *post mortem* mediante inseminação artificial homóloga”.⁵²

Nessa perspectiva, a 13ª vara cível de Curitiba, decidiu em favor da possibilidade da utilização do material genético do falecido para utilização em inseminação artificial após a sua morte, mesmo sem a autorização prévia.

Trata-se do caso da professora Kátia Lernerneier e seu falecido marido Roberto Jefferson Niels. Relata Katia, que estava casada há 05 anos e o casal já havia passado por várias tentativas frustradas de gravidez, que foram interrompidas por abortos espontâneos. Em janeiro de 2009, Roberto, seu marido, foi diagnosticado com câncer de pele e seria submetido a tratamento com quimioterapia. Seu médico alertou que esse tipo de tratamento poderia causar esterilidade e aconselhou depositar o seu material genético em uma clínica especializada. No momento da coleta do material genético, o doador não manifestou qual

⁵¹ Idem.

⁵²RIGO, Gabriella Bresciani. *O status de filho concebido post mortem perante o direito sucessório na legislação vigente*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 08 Jul. 2009. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849. Acesso em 5 Jan. 2017.

seria o destino do seu material genético, caso viesse a falecer. Após cinco meses de tratamento, Roberto veio a óbito.⁵³

Após a morte do marido no início de 2010, Kátia decidiu realizar a inseminação com o material depositado na clínica, e naturalmente, a clínica se negou a realizar tal procedimento. Logo, ajuizou uma ação de obrigação de fazer em desfavor da clínica perante a 13ª Vara Cível de Curitiba.⁵⁴

O juiz Alexandre Gomes Gonçalves, da 13ª Vara Cível de Curitiba, concedeu liminar para a professora Kátia Lenerneier, autorizando a utilização do material genético criopreservado para realiza a desejada inseminação artificial, reconhecendo a presunção do desejo de ser pai, através de provas testemunhais: familiares, médicos e os demais herdeiros.⁵⁵

Percebe-se que até no âmbito judiciário temos entendimentos opostos, de causas semelhantes. Essa disparidade é devida a falta de disposição legal expressa sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida.

No próximo tópico, trataremos da capacidade sucessória do concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem*.

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

A questão dos direitos sucessórios dos descendentes inseminados *post mortem* geram controvérsias entre os doutrinadores. Apesar de a legislação brasileira admitir a possibilidade de filiação póstuma, mesmo que por via transversa, a existência de lacuna legal diante da falta de regulamentação específica repercute nos efeitos patrimoniais desta filiação. Visto que, o artigo 1.798, do Código Civil de 2002⁵⁶, sujeita-se à interpretação de que o filho concebido

⁵³ Disponível: <http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/juiz-autoriza-inseminacao-com-semen-de-marido>. Acesso em: 14 mai. 2017.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

por inseminação *post mortem*, não teria reconhecido o direito sucessório, pois não estaria o nascituro ainda concebido e nem nascido no momento da abertura da sucessão.⁵⁷

Em contrapartida, com base no princípio constitucional da igualdade entre os filhos, previsto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988: “*os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*”. Ratificado pelo artigo 1.596, do Código Civil de 2002, foi vedada qualquer distinção entre os filhos.⁵⁸

Posto isto, o princípio da igualdade entre os filhos poderia fundamentar o reconhecimento da sucessão legítima ao indivíduo concebido através da inseminação *post mortem*, tendo em vista, que o referido dispositivo veda qualquer distinção de tratamento entre os filhos, independentemente da origem do vínculo de filiação?⁵⁹

Paulo Lobo, ao explicar sobre o princípio da igualdade na filiação, ressalta que:

“Não se permite que a interpretação das normas relativas à filiação possa revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independentemente de sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, entre irmãos e no que concerne aos laços de parentesco.”⁶⁰

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho segue o mesmo entendimento, trazendo a seguinte redação:

⁵⁷ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. *Técnicas de reprodução assistida e biodireito*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 55, ago.-set. 2009, p. 23.

⁵⁸NEVES, Rodrigo Santos. *Curso de Direito das Sucessões (de acordo com a Lei n. 11.441/07)*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p.109.

⁵⁹NEVES, Rodrigo Santos. *Curso de Direito das Sucessões (de acordo com a Lei n. 11.441/07)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 109

⁶⁰ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado*, v. XVI, p. 40.

“[...] as soluções apontadas quanto ao reconhecimento de efeitos mitigados ao nascido mediante inseminação póstuma no âmbito do direito de família, excluídas as relações sucessórias contrariam claramente o princípio constitucional da igualdade de filiação, consagrado no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, uma vez que o legislador constitucional não previu qualquer exceção ao princípio da isonomia entre os filhos, independentemente da situação fático-jurídica em que se encontrem os pais, não cabendo ao intérprete, mesmo em hipóteses não previstas expressamente pelo legislador, estabelecer restrições”.⁶¹

Ao tratar sobre a mesma matéria, Maria Berenice conclui que, aquele assim concebido e nascido após a morte do seu genitor, é filho para todos os efeitos jurídicos, a começar pela subsunção ao regramento constitucional da igualdade da filiação, previsto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, norma que não admite qualquer exceção legal.

“A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários. (...) Na concepção heteróloga – fertilização artificial por doador – é indispensável à autorização. Ausente tal, não há como falar em capacidade sucessória, pois não há nem vínculo biológico e nem manifestação escrita do falecido. O consentimento é retratável até a concepção, depois não mais. Quando foi autorizada a fertilização *post mortem*, independe a data em que ocorra o nascimento; o filho tem assegurado direito sucessório. Havendo autorização, sem expressa manifestação sobre a possibilidade de fertilização após a morte, nem por isso é possível excluir o direito de quem nasceu por expresse consentimento daquele que o desejava como filho. O fato de o genitor ter morrido não pode excluir vínculo de filiação que foi aceito em vida.”⁶²

⁶¹ FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque, *Inseminação Artificial Post Mortem E Seus Reflexos No Direito de Família E No Direito Sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acessado em: 20 jan. 2017.

⁶²DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 117-118.

Para Douglas Phillips Freitas, existe garantismo constitucional, que engloba o direito à herança, que impede há possibilidade de se excluir o concebido *post mortem* da sucessão legítima, devendo ser encontrados meios para tutelar os direitos dessa prole. Nesse sentido o autor assevera:

“Independentemente de ter havido ou não testamento, sendo detectada no inventário a possibilidade de ser utilizado material genético do autor da herança (já que sua vontade ficara registrada no banco de sêmen), no intuito de evitar futuro litígio ou prejuízo ao direito constitucional de herança, há de ser reservados os bens desta prole eventual sob pena de ao ser realizado o procedimento, vier o herdeiro nascido depois, pleitear, por petição de herança, seu quinhão hereditário, como se fosse um filho reconhecido por posterior ação de investigação de paternidade”.⁶³

Para Giselda Maria Fernandes Hironaka, o princípio constitucional da igualdade de filiação aponta o reconhecimento de todas as relações sucessórias, ao nascido mediante inseminação póstuma. Assim dispõe: “[...] a inseminação *post mortem*, operar-se-á o vínculo parental de filiação, com todas as consequências daí resultantes, conforme a regra basilar da Constituição Federal, pelo seu art. 226, § 6º, incluindo os direitos sucessórios relativamente à herança do pai falecido”⁶⁴

Valéria Silva e Andryelle Vanessa acreditam que a inseminação artificial *post mortem* não deve ser admitida, porém, se ocorrer, não se podem afastar os direitos sucessórios daquele que nasceu. Isso violaria ainda mais os princípios da dignidade humana e do melhor interesse da criança, visto que está, já privada da convivência paterna, seria preterida economicamente, o que prejudicaria seu desenvolvimento.⁶⁵

⁶³ FREITAS, Douglas Phillips. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>>. Acesso em 2 jan. 2012.

⁶⁴ FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no Direito Sucessório*. In VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2011. Anais eletrônicos... Disponível em: <www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=224>. Acesso em 5 nov. 2016.

⁶⁵ CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. *Dos Aspectos Controvertidos da Reprodução Assistida Post Mortem*. Disponível em: <http://eduem.uem.br/ojs/index.php/RevCiencJurid/article/viewFile/10963/6014>. Acesso em: 22 jan. 2017.

Contudo, essa corrente é rebatida por Eduardo de Oliveira Leite, o qual entende que o embrião, cuja fecundação só se deu *post mortem*, não teria direito sucessório algum, pois não ser pessoa concebida e muito menos pessoa nascida à época da morte do genitor.

“Quanto à criança concebida por inseminação *post mortem*, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no direito das sucessões. Nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão. Solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*. Sem aquela previsão não há que se cogitar a possibilidade de eventuais direitos sucessórios”.⁶⁶

No mesmo sentido, versa Caio Mário:

“Não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte e dela participam as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão (art. 1798).”⁶⁷

A corrente doutrinária que sustenta a impossibilidade do reconhecimento do direito sucessório do concebido após sucessão hereditária, admite a possibilidade do chamamento a suceder da forma testamentária, como prole eventual, desde que, as pessoas indicada pelo testador estejam vivas a época da abertura da sucessão, na forma do artigo 1.799, I, do Código Civil.⁶⁸

⁶⁶LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 110

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 318.

⁶⁸Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

Há doutrinadores, como José Luiz Gavião de Almeida, que defendem que somente desta forma poderia ocorrer à sucessão legítima do não concebido do fruto da inseminação *post mortem*.⁶⁹

Guilherme de Calmon enfatiza que, o artigo 1.798, do Código Civil, apenas quis repetir o contido no Código de 1916, beneficiando o concepturo, porque era impossível imaginar-se que um morto pudesse ter filhos. Sendo assim, os filhos concebidos após a morte do pai somente poderão herdar na sucessão testamentária, e conclui:

“No direito brasileiro, nos termos dos artigos 1.717 e 1.718, do Código Civil de 1916, somente as pessoas que, ao menos, tinham sido concebidas antes da morte do autor da sucessão, teriam aptidão para suceder – tal regra é inserida no âmbito do artigo 1.798, do Código Civil de 2002, de forma mais técnica porque se refere tanto à sucessão legítima quanto à sucessão testamentária –, sendo que no caso da técnica conceptiva *post mortem* ainda sequer havia embrião no momento do falecimento do ex-cônjuge ou ex-companheiro. (...) no Código Civil de 2002, o artigo 1.799, inciso I, admite o chamamento, na sucessão testamentária, dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que tais pessoas estejam vivas à época da abertura da sucessão. Ao se admitir a possibilidade de disposição testamentária em favor da prole eventual decorrente do recurso às técnicas de reprodução assistida homologa, deve-se considerar que o tratamento é diferenciado, no campo sucessório, entre os filhos, já que ao menos os filhos concebidos após a morte do pai somente poderão herdar na sucessão testamentária, e não na sucessão legítima.”⁷⁰

Giselda Hironaka alerta sobre a impossibilidade do testador indicar a sua própria prole eventual na sucessão testamentária, e aduz que “[...] é claro que não poderá indicar sua própria prole eventual, uma vez que a lei exige que a pessoa indicada pelo testamento esteja

⁶⁹ALMEIDA, José Luiz Gavião. Código Civil Comentado. Direito das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima. v. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003.

⁷⁰GAMA, Guilherme Calmon Nogueira dá *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 Op. cit., p. 732-733.

viva no momento da abertura da sucessão”. No entanto, admite que o testador poderá fazê-lo por via reflexa: “[...] basta que indique a doadora do óvulo, se testador, ou o doador do espermatozoide, se testadora”.

Ao tratar sobre a mesma matéria, Juliane Fernandes Queiroz conclui que “[...] se o testador pode atribuir a sua herança à prole eventual de terceiros, também o pode, sem qualquer restrição à sua própria prole”.⁷¹

O grande problema de entender que a sucessão testamentária é a solução encontrada para garantir o direito de suceder, do filho fruto de inseminação homóloga póstuma, é dar um tratamento diferenciado ao filho nascido através desta técnica, visto que os filhos naturais, os adotivos, os havidos por inseminação heteróloga e até de fecundação *in vitro* terão direito a suceder na forma hereditária, enquanto que os havidos de inseminação *post mortem* somente terão direito a sucessão testamentária.⁷²

Ainda nesta seara, outra questão de extrema importância, refere-se ao prazo para concepção. Seria *ad etenum*? E como garantir a segurança jurídica daqueles que receberam legitimamente os seus quinhões hereditários? Mais uma vez, em face do vazio legislativo, busca-se na doutrina amparo para tal situação.

2.4 Sobre o prazo prescricional para concepção

Analisando as consequências da inseminação *post mortem* e considerado possível o reconhecimento do direito sucessório do concebido após abertura da sucessão, se faz necessário estipular uma prazo prescricional para concepção possa gerar direitos sucessórios e garantira segurança jurídica daqueles que receberam legitimamente os seus quinhões hereditários.

Parte da doutrina tende a estabelecer como limite o prazo prescricional da ação de petição de herança, evitando assim a possibilidade de gerar uma situação de insegurança

⁷¹QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 80

⁷² ALVDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. *A reprodução assistida e as relações de parentesco*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3127/a-reproducao-assistida-e-as-relacoes-de-parentesco>. Acessado em: 23 mar. 2017.

jurídica por tempo indefinido. Outros entendem razoável o prazo de dois anos, fazendo uma analogia ao disposto no art. 1800, §4º, do Código Civil de 2002.

Assim, tratando-se de direito sucessório, de cunho eminentemente patrimonial, deve haver um limite para que eventual herdeiro possa pleitear seus direitos, caso contrário a partilha nunca seria definitiva.⁷³

2.4.1 Direito a herança

O direito à herança é direito assegurado pela Constituição Federal em seu art.5º, inciso XXX. O Código Civil estabelece em seu artigo 1.798 que serão legitimados a suceder aqueles já concebidos no momento da abertura da sucessão.

O direito sucessório possibilita através da ação de petição de herança inserido no artigo 1.824, do Código Civil⁷⁴, que o herdeiro reserve ou mesmo solicite a restituição de seu quinhão hereditário, uma vez que se comprove sua qualidade de herdeiro do *de cujus*.⁷⁵ Tal ação se destina aos casos em que o verdadeiro sucessor era desconhecido, ou porque não se encontrou no testamento, ou por se tratar de filho não reconhecido no momento da partilha dos bens, logo, o mesmo não veio a tomar posse e ser proprietário de sua herança por direito. A referida ação dá a perfeita noção que a segurança jurídica de qualquer sucessão é apenas relativa, à medida que, o preterido objetiva não só a declaração da qualidade de herdeiro, como também a restituição do patrimônio.⁷⁶

Assim, a ação de petição de herança seria um dos instrumentos que o filho concebido após a morte do genitor poderia utilizar para pleitear seu reconhecimento como herdeiro e

⁷³ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de, *Novos temas de biodireito e bioética*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 90.

⁷⁴ Art. 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.

⁷⁵ FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no Direito Sucessório*. In VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2011. Anais eletrônicos... Disponível em: <www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=224>. Acesso em 5 nov. 2016.

⁷⁶ FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque, *Inseminação Artificial Post Mortem E Seus Reflexos No Direito de Família E No Direito Sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acessado em: 20 jan. 2017.

assegurar seu quinhão hereditário deixado pelo falecido. No caso da inseminação artificial homologa *post mortem*, por questões de celeridade e economia processual, propõe-se a ação de investigação de paternidade acumulada com petição de herança, com o propósito de ver, reconhecida sua identidade biológica e o seu direito hereditário.

Reconhecida a procedência do pedido, na ação de petição de herança, a partilha é considerada nula, podendo-se pleitear os bens, inclusive de terceiros que detenham a posse.⁷⁷

2.4.2 O prazo prescricional na petição de herança

Sobre a ação de petição de herança, o Código Civil de 2002 não firmou o prazo prescricional para a ajuizá-la. Sabe-se que o efeito da sentença deste tipo de ação é de caráter condenatório. Logo, à princípio, deve ter prazo prescricional. Em consequência disso, entende-se que, se utilizando do artigo 205 do Código Civil, por não haver o legislador, fixado prazo menor, adota-se como lapso temporal limite de 10 anos.⁷⁸

No que tange a contagem do prazo prescricional, entende-se que a prescrição deve-se iniciar no momento em que seja reconhecida a paternidade e não no momento da abertura da sucessão. Antes de reconhecida a paternidade, inexistente o direito de propositura de ação. Esse é o entendimento 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.475.759/DF.

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. DIREITO SUCESSÓRIO. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. ANTERIOR AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO."

1. A petição de herança objeto dos arts. 1.824 a 1.828 do Código Civil é ação a ser proposta por herdeiro para o reconhecimento de direito

⁷⁷MORAIS, Milena Miranda de Moraes. A Legitimidade Sucessória dos Filhos Havidos Por Técnicas de Reprodução Assistida Post Mortem. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/3025/1/2011_MilenaMirandadeMoraes.pdf. Acessado em: 22abr. 2017.

⁷⁸ Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

sucessório ou a restituição da universalidade de bens ou de quota ideal da herança da qual não participou.

2. A teor do art. 189 do Código Civil, o termo inicial para o ajuizamento da ação de petição de herança é a data do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, quando, em síntese, confirma-se a condição de herdeiro.

3. Aplicam-se as Súmulas n. 211/STJ e 282/STF quando a questão suscitada no recurso especial não tenha sido apreciada pela Corte de origem.

4. Incide o óbice previsto na Súmula n. 284/STF na hipótese em que a deficiência da fundamentação do recurso não permite a exata compreensão da controvérsia.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido." (REsp 1.475.759/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 20/05/2016)

Para o STF, a ação de investigação de paternidade é imprescritível, conforme a Súmula STF n° 149.⁷⁹ Sendo assim, entende-se que o prazo prescricional de 10 anos para ajuizar a ação de petição de herança, inicia-se após o reconhecimento do pedido de investigação de paternidade.

No caso do absolutamente incapaz, a lei conserva seu direito, não existindo a prescrição. Sendo assim, o termo prescricional iniciará quando se tornar relativamente incapaz.

Concluído esse raciocínio, o prazo prescricional para propositura da ação de petição de herança, inicia-se após ser reconhecido a paternidade. Na hipótese que, o autor da ação for considerado absolutamente incapaz, esse iniciara quando atingir seus 16 anos, quando tornar-se relativamente incapaz.

Sendo assim, em prol da segurança jurídica das relações sucessórias, nos casos de inseminação artificial homóloga *post mortem*, pode-se aplicar por analogia, o mesmo prazo

⁷⁹ Súmula 149 do STF: É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

prescricional utilizado nas ações de petição de herança, de 10 anos, a contar do momento em que seja reconhecida a paternidade.

2.4.3 Analogia ao prazo prescricional previsto na sucessão testamentária

Em contrapartida, há quem defenda que o prazo prescricional, seja o mesmo aplicado na sucessão testamentária, de dois anos da abertura da sucessão. Nesta seara, Carlos Cavalcanti de Albuquerque sugere aplicar: “por analogia, o prazo constante do artigo 1.800, § 4º, do Código Civil, ou seja, de dois anos a contar da abertura da sucessão”.⁸⁰

Almeida Junior ressalta sobre o prazo prescricional para o concebido após a abertura da sucessão. Por analogia, seja o mesmo aplicado na sucessão testamentária, de dois anos da abertura da sucessão. Decorrido esse prazo sem a concepção do herdeiro, os bens serão transferidos aos herdeiros legítimos.

“Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos, por aplicação analógica do art. 1800, § 4º do CC. Por conseguinte, o fruto da inseminação *post mortem* concebido após esse prazo já não poderia herdar de forma alguma.”⁸¹

Para Paula Leal, não há prescrição do direitos sucessórios, pois independente do momento da concepção, não deixará de ser filho do *de cujus* e seus direitos estão garantido pelo princípio da igualdade da filiação: “um filho concebido *post mortem*, mesmo após dois anos da abertura da sucessão, continuaria sendo filho. Independentemente do tempo passado,

⁸⁰ FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque. *Inseminação Artificial Post Mortem E Seus Reflexos No Direito de Família E No Direito Sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acessado em: 20 jan. 2017.

⁸¹JUNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. *Técnicas de reprodução assistida e biodireito*. 2003. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=110>>. Acesso em 2 jan. 2017.

o vínculo biológico ainda existiria e o princípio da igualdade da filiação, tão protegido pela Constituição, não poderia depender de prazos”.⁸²

Possível maneira de evitar essa surpresa aos demais herdeiros seria levantar a questão sobre a existência de material genético do *de cujus* e a possibilidade de utilização desse material pela viúva durante o processo de inventário. Assim, todos os herdeiros estariam cientes da possibilidade de surgimento de um novo herdeiro, ou poderiam decidir o que fazer com esse material, caso o *de cujus* não tenha e manifestado expressamente sobre o assunto.⁸³

⁸² LEAL, Paula Mallmann. *Os Reflexos Sucessórios na Inseminação Post Mortem*. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/paula_leal.pdf. Acesso em: 20 de fev. 2017.

⁸³ MORAIS, Milena Miranda de Moraes. *A Legitimidade Sucessória dos Filhos Havidos Por Técnicas de Reprodução Assistida Post Mortem*. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/3025/1/2011_MilenaMirandadeMoraes.pdf. Acesso em: 22abr. 2017.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou abordar os problemas relativos ao direito sucessório do filho concebido por inseminação artificial homóloga, após a morte do seu genitor. Devido à ausência de uma regulamentação específica sobre o tema, foram abordados diferentes interpretações doutrinárias sobre o tema.

Para atingir esse objetivo, no primeiro capítulo, foram debatidos os problemas decorrentes do vazio legislativo existente, visto que o ordenamento jurídico brasileiro não disciplina, tampouco veda tal prática. No segundo capítulo, foram realizadas análises doutrinárias, nos dois pólos debatedores, sobre os seguintes temas: A legitimidade da inseminação artificial homóloga *post mortem*; a expressa manifestação de vontade do doador do material genético; a legitimidade para suceder, do filho concebido por meio de técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem*; e por fim, sobre o prazo prescricional para concepção.

A respeito da legitimidade do uso da técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem*, deve-se fazer uma interpretação sistemática do princípio da legalidade, onde ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, e do planejamento familiar, que consiste na livre deliberação do casal para realização de um projeto parental. Além do mais, o Código Civil no seu artigo 1.597, inciso III, incluir em seu ordenamento a fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido através da presunção de paternidade. Em decorrência dessa previsão, ratifica-se a possibilidade de inseminação *post mortem*, ou seja, o indivíduo pode ser gerado após o falecimento do genitor biológico, pela utilização de sêmen criopreservado.

Sobre a manifestação expressa da vontade do doador do material genético para que seja realizada a inseminação *post mortem*, considera-se frágil o argumento que o depósito do sêmen no laboratório seja suficiente para produzir efeitos jurídicos e presumir o desejo de ser pai após a morte. Vale ressaltar que o material genético armazenado na clínica, não é objetivo de herança e que para realização da inseminação, dependerá haver o consentimento de ambos. Diante da falta de uma legislação específica sobre o tema, deve-se fazer uma interpretação condicionada ao princípio da autonomia da vontade, que consiste no consentimento em comum do casal querer levar adiante esse projeto parental mesmo após a sua morte, de modo que tal providência deveria caber ao laboratório por meio de documento que permaneceria arquivado no local.

Com relação aos direitos hereditários, o reconhecimento ao direito sucessório do filho concebido por inseminação *post mortem*, não poderá ser afastado, sob o argumento de fomentar uma eterna insegurança aos outros herdeiros e da partilha do acervo hereditário, pois a segurança é sempre relativa e não absoluta, ou pela literalidade do que dispõe o artigo 1.798 do Código Civil. Tal perspectiva vai de encontro aos modernos princípios constitucionais, especialmente aos princípios da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, o artigo 1.798 do Código Civil, deve ser interpretado conjuntamente com a Constituição Federal. A observação dos princípios constitucionais, como a igualdade plena entre os filhos, a proibição de qualquer forma discriminatória e o melhor interesse da criança, torna possível a habilitação do filho concebido após a morte se habilitar a sucessão de seu genitor. Dessa forma, considera-se mais sensata a corrente doutrinária que não verifica violações constitucionais à inseminação *post mortem*, aceitando que se operam os efeitos pessoais e patrimoniais em sua plenitude.

Por outro lado, há a necessidade de estipular um prazo prescricional para que o herdeiro seja concebido, para que não cause uma insegurança jurídica aos outros herdeiros e à partilha do acervo hereditário. O mais razoável seria considerar tal possibilidade, analogicamente a prole eventual, ou seja, o herdeiro deverá ser concebido no prazo máximo de dois anos, após a abertura da sucessão, para que se possa dividir a herança dentre os demais herdeiros e no bojo do próprio inventário, ou arrolamento reservar uma cota parte para o eventual herdeiro, ou peticionar uma ação de herança no limite prescricional desta.

Contudo, acredita-se que seja legítima a utilização da técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem*, assegurando ao filho nascido pela técnica de inseminação póstuma, ter a sua paternidade reconhecida, bem como ter seus direitos sucessórios reconhecidos, todavia, desde que a haja a autorização prévia do cônjuge falecido e a concepção ocorra dentro de um prazo prescricional de dois anos, a contar da abertura da sucessão.

Por fim, se faz necessário que as técnicas de reprodução assistida sejam regulamentada, com leis específicas e completas, capazes de sanar todos conflitos ético e jurídicos, quanto ao emprego de técnica de reprodução.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

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

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

ALVDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. *A reprodução assistida e as relações de parentesco*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3127/a-reproducao-assistida-e-as-relacoes-de-parentesco>. Acessado em: 23 mar. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – art. 227, § 6º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, art. 1.799. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. *Dos Aspectos Controvertidos da Reprodução Assistida Post Mortem*. Disponível em: <http://eduem.uem.br/ojs/index.php/RevCiencJurid/article/viewFile/10963/6014>. Acesso em: 22 jan. 2017.

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

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

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

DIAS, Maria Berenice. *Filiação Homoparental e a Reprodução Assistida*. Disponível em: <http://www.slideshare.net/sabrinabc1/artigo-filiao-homoparental-e-a-reproducao-assistida>. Acesso em: 12 jan. 2017.

FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque, *Inseminação Artificial Post Mortem E Seus Reflexos No Direito de Família E No Direito Sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acessado em: 20 jan. 2017.

FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque, *Inseminação Artificial Post Mortem E Seus Reflexos No Direito de Família E No Direito Sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acessado em: 20 jan. 2017.

FILHO, José Roberto Moreira. *O Direito Civil em face das novas técnicas de reprodução assistida*. 2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=33>>. Acesso em 2 jan. 2017

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação Artificial Post Mortem e seus Reflexos no Direito de Família e no Direito Sucessório*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf. Acesso em: 20 jan. 2017

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no Direito Sucessório*. In VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2011. Anais eletrônicos... Disponível em: <www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=224 >. Acesso em 5 nov. 2016.

FREITAS, Douglas Phillips. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>. Acesso em: 02 abr. 2017

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

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

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

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

LEAL, Paula Mallmann. *Os Reflexos Sucessórios na Inseminação Post Mortem*. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/paula_leal.pdf. Acesso em: 20 de jan. 2017.

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

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma distinção necessária*. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 19, ago.-set. 2003,

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

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de, *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. *Inseminação post mortem e seus reflexos no direito de família e sucessões*. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/download/48/49>. Acesso em: 7 de mar.2017

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

MOTA, Manuela. *Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem: sua implicação no âmbito do direito sucessório*. Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/342/3/20657903.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2017.

MORAIS, Milena Miranda de Moraes. *A Legitimidade Sucessória dos Filhos Havidos Por Técnicas de Reprodução Assistida Post Mortem*. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/3025/1/2011_MilenaMirandadeMoraes.pdf. Acessado em: 22abr. 2017.

NEVES, Rodrigo Santos. *Curso de Direito das Sucessões (de acordo com a Lei n. 11.441/07)*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 109

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

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e dignidade humana*, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. *Reprodução Assistida: Inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório*. Disponível em: <<http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 06 abr. 2017

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REIS, Carolina Eloáh Stumpf. *Reprodução Assistida Homóloga Post Mortem – Aspectos Éticos e Legais*. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/reproducao_assistida_homologa_post_morte_m_-_aspectos_eticos_e_legais.pdf. Acesso em: 22 mar. 17.

RESOLUÇÃO Nº 1.358/92. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm. Acesso em: 31 mar. 2011, às 17h.

ROTANIA, Ana Alejandra. *Dossiê Reprodução Humana Assistida*. 2003.

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

RIGO, Gabriella Bresciani. *O status de filho concebido post mortem perante o direito sucessório na legislação vigente*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 08 Jul. 2009. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849. Acesso em 5 Jan. 2017.

TOMAZ, Nara dos Santos; AGUIAR, Fernanda Darise Alves; ALBUQUERQUE, Márcia Thaene Aragão. *Post Mortem em Face dos Princípios Constitucionais e seus Reflexos no Direito Sucessório*. Disponível: http://flucianofejiao.com.br/novo/wpcontent/uploads/2016/03/INSEMINACAO_POST_MORTEM_EM_FACE.pdf. Acesso em: 12 fev. 2017.

ANEXO A - PROJETO DE LEI DO SENADO nº 749, de 2011**SENADO FEDERAL
PROJETO DE LEI DO SENADO
Nº 749, DE 2011**

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

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

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

“Art. 1.597.

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

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

JUSTIFICAÇÃO

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

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

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

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

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

Sala das Sessões,


Senador BLAIRO MAGGI

LEGISLAÇÃO CITADA

LEI Nº 39.456, DE 18 DE JANEIRO DE 2002.

Institui o Código Civil.

CAPÍTULO II Da Filiação

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

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

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

Publicado no DSF, em 21/12/2011.