



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**RODRIGO LEITE VIEIRA**

***GERAÇÃO POST MORTEM***

**JUIZ DE FORA  
2011**

**RODRIGO LEITE VIEIRA**

***GESTAÇÃO POST MORTEM***

Monografia de conclusão de curso, apresentada á Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como Requisito à obtenção de título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora MARIA JOSÉ GUEDES GONDIM ALMEIDA.

**JUIZ DE FORA  
2011**



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**GESTAÇÃO *POST MORTEM***

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como Requisito à obtenção de título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora MARIA JOSÉ GUEDES GONDIM ALMEIDA.

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Prof. Orientadora: Maria José Guedes Gondim Almeida - UFJF

\_\_\_\_\_  
Prof<sup>a</sup>.: Isabela Gusman Ribeiro do Vale - UFJF

\_\_\_\_\_  
Prof<sup>a</sup>.: Flávia Lovisi Procópio de Souza - UFJF

**JUIZ DE FORA  
2011**

“Os homens fazem a sua própria história, mas não o fazem como querem... a tradição de todas as gerações mortas oprime como um pesadelo o cérebro dos vivos...”

Karl Marx

## **AGRADECIMENTO**

Aos meus pais pelo apoio incondicional em todos os momentos dessa longa trajetória.

Aos meus amigos que me ajudaram em que não pude estar presente devido ao árduo e cansativo trabalho desde o primeiro período da faculdade.

A minha namorada que me ajudou incansavelmente na produção deste trabalho e com grande compreensão e paciência nas noites e fins de semana para a elaboração desta monografia.

## RESUMO

O presente trabalho sobre gestação *post mortem* busca relacionar os avanços científicos da biomedicina com o nosso ordenamento jurídico, sendo o objetivo deste, demonstrar que as novas técnicas de inseminação artificial estão sem uma resposta no ramo do Direito Sucessório.

**Palavras-chaves:** Gestação *Post Mortem*; Inseminação Artificial; Direitos Sucessórios.

**ABSTRACT**

This work on post-mortem pregnancy seeks to relate the scientific advances in biomedicine with our legal system, with the objective of demonstrating the new techniques of artificial insemination are no answer in a branch of the Law of Succession.

**Keywords:** Post Mortem Pregnancy, Artificial Insemination, inheritance law.

**SUMÁRIO**

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>2. ENGENHARIA GENÉTICA .....</b>	<b>11</b>
2.1. Evolução Histórica .....	11
2.2. Caso Parpallaix .....	12
<b>3. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL.....</b>	<b>14</b>
3.1. Conceito .....	14
3.2. Inseminação Artificial Homóloga .....	15
3.3. Inseminação Artificial Heteróloga .....	16
3.4. Inseminação Artificial Post Mortem .....	17
<b>4. ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO .....</b>	<b>19</b>
4.1. Do Planejamento Familiar .....	19
4.2. Igualdade Entre Irmãos .....	20
4.3. O Art. 5º Inciso II Da CF.....	21
<b>5. DIREITO SUCESSÓRIO E CONSEQUENCIAS JURÍDICAS DA INSEMINAÇÃO POST MORTEM .....</b>	<b>23</b>
<b>6. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>27</b>
<b>7. BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>29</b>



## 1. Introdução

Para iniciarmos o presente trabalho sobre gestação pós-morte, antes devemos observar como é imprescindível conceituar e descrever o campo de atuação da Bioética e do Biodireito no escopo jurídico brasileiro, etimologicamente a Bioética é formada por bios (vida) e ética (costumes), vocábulos gregos como sendo a ética da vida. A Bioética não é uma ciência por si só, ela deve ser complementada por vários ramos da medicina e com outros ramos fora dela, tais como a sociologia, a psicologia, a política, a teologia, o direito, dentre outras.

Os avanços advindos das evoluções biotecnológicas e biomédicas têm gerado uma série de dificuldades e problemas no sistema jurídico pátrio e internacional, a Bioética é um estudo de conduta que procura trazer o bem à humanidade como um todo e a cada um dos indivíduos. Portanto, consiste em uma orientação para o Biodireito e para a normatização pertinente ao assunto, exigindo deste, soluções jurídicas para dissolver os conflitos causados por estas evoluções científicas que antes não existiam no sistema jurídico.

Dessa forma, a necessidade de soluções jurídicas esbarra na existência de um ordenamento jurídico pré existente e ineficaz perante os problemas gerados pelos avanços técnico-científicos, existindo o anseio pela fixação de normas que versassem sobre conflitos morais da vida posto que a Bioética não conseguiu por si só, acabar com esses conflitos e que vem sempre apresentando novos fatos inusitados que provocam os vários campos das ciências humanas e principalmente o Direito.

A Bioética e o Biodireito têm sido fundamentais na de proteção de algumas questões pertinentes à vida, principalmente no que se refere à proteção dos seres humanos que estejam direta, ou indiretamente, envolvidos em experimentos científicos sempre levando em consideração a dignidade da pessoa humana que pode ser considerado o princípio primordial na fundamentação e sustentação da Bioética e do Biodireito.

Historicamente vemos que em todas as gerações houve e há a grande preocupação do homem em garantir a continuação de sua espécie.

Nossa sociedade vem sofrendo grandes transformações no ramo da biomedicina e principalmente na área da reprodução humana. Devido a dificuldade

de algumas famílias em conceber naturalmente seus filhos por problemas diversos, o avanço tecnológico possibilita a reprodução humana por outros meios como a fertilização *in vitro*, empréstimo de útero, inseminação artificial homóloga e heteróloga por exemplo.

Essas novas formas de concepção de filhos geraram grandes problemas na sistemática jurisdicional defasada existente em nosso ordenamento, ainda não estamos preparados para esses avanços científicos que geram problemas principalmente no ramo do Direito Sucessório. Nosso ordenamento jurídico não pode se basear apenas no critério da consanguinidade para determinar a filiação e são essas questões que serão tratadas nos capítulos seguintes deste trabalho.

## **2. Engenharia genética**

### **2.1. Evolução histórica**

A perpetuação da espécie humana sempre foi uma das maiores preocupações do homem, a geração dos seres humanos sempre foi cercada por um certo misticismo desde o início da história, a gestação dependia da vontade de Deus que fazia surgir a alma nesse novo ser mas com o passar do tempo, deixamos de acreditar que apenas a vontade de Deus era suficiente para ocorrer a reprodução e o ato sexual passou a ser o foco da geração de um novo ser mas devido aos diversos problemas de reprodução que existem, tanto no homem quanto na mulher, com o passar do tempo novos métodos de reprodução foram criados para suprimir essas dificuldades.

Ainda no século 5 a.C. os Gregos já faziam suas primeiras pesquisas no ramo da embriologia, Aristóteles no século 4 a.C. escreveu um tratado de embriologia e mais tarde no século 2 d.C. Galeno escreveu um livro sobre a formação do feto e o desenvolvimento dos embriões. Mas foi na Idade Média que os avanços da ciência se deram de forma mais rápida, principalmente a partir do surgimento do microscópio em 1590.

As investigações sobre a inseminação artificial em seres humanos tiveram início por volta de 1790, através de Cary, baseando nas formas de utilização pra a reprodução bovina, mas foi por intermédio de J. Marion em 1866, depois de ter realizado 55 inseminações em 6 mulheres, houve a concretização da primeira gravidez, através de meios artificiais mas que terminou em aborto.

Em 1886, Montedazza propõe a criação de bancos de sêmen congelados, mas somente na década de 70 é que surgem as descobertas decisivas para garantir a procriação artificial, no final do século XVIII, através da ação do médico John Hunter, que, diante da dificuldade de um homem em engravidar a esposa, por ser portador de anomalia na uretra, injetou o sêmen diretamente no útero da mulher, vindo a se desenvolver a gravidez .

A inseminação in vitro de seres humanos teve seu auge na Inglaterra,

quando em 1978, Lesley Brown deu à luz ao primeiro “bebê de proveta” da história da humanidade e nesse mesmo ano nasceu na Índia o segundo, dessa forma, do primeiro bebê de proveta, até os dias atuais, calcula-se que milhares crianças foram geradas em clínicas de reprodução assistida, espalhadas pelas diversas partes do mundo.

## **2.2. Caso Parpallaix**

Este caso foi exposto pelo desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e professor das Escolas da Magistratura e do Ministério Público, José Carlos Teixeira Giorgis.

Os grandes percussores da discussão à cerca da Inseminação Artificial *Post Mortem* foi mundialmente conhecido caso “Affair Parpallaix” na França no ano de 1981, um casal de jovens Corinne Richard apaixonou-se por Alain Parpallaix, e logo começaram a namorar. Poucas semanas depois que se conheceram, veio a bomba: Alain estava com câncer nos testículos e a doença era incurável.

O amor por Corinne despertou em Alain o interesse em deixar herdeiros, porém a doença e o tratamento traumático da quimioterapia certamente o condenariam à infertilidade. Ele, então, tomou uma decisão: procurou um banco de sêmen e deixou depositado o seu esperma, para uso futuro.

Aterrorizados com o avanço da doença, Corinne e Alain casaram-se apressadamente. Dois dias depois da cerimônia, ele morreu, desejando desesperadamente um filho do seu amor, meses depois Corinne procurou o banco de sêmen para submeter-se à inseminação artificial. Os responsáveis pela empresa recusaram o pedido, por falta de previsão legal. Começou, então, um verdadeiro martírio em sua vida, que culminou em uma cruel batalha judicial.

O caso foi parar no Tribunal de Créteil, na França. A primeira questão discutida foi sobre a titularidade do sêmen. Teria direito, Corinne, a requerer o material coletado de seu ex-marido? O que deveria ser feito com os semens e óvulos das pessoas mortas? O material pertence à família do falecido? Caso tenha

que ser descartado, qual a formalidade? Depende de autorização?

O entrave jurídico começou com a existência de um contrato de depósito que obrigava o banco de sêmen a restituir o esperma. Os proprietários do estabelecimento alegaram que não havia um pacto de entrega, pois o material da pessoa morta não é comerciável e no território francês não havia lei que autorizasse a fecundação póstuma.

Depois de intenso debate jurídico, decidiu o tribunal francês em condenar a clínica a devolver o esperma congelado ao médico designado pela viúva do depositante, sob pena de sanção pecuniária.

Dada a demora na solução do problema, a inseminação não teve sucesso, pois os espermatozoides já não mais estavam potencializados para a fecundação.

Foi a partir dele que os países começaram a se preocupar com o destino do material coletado para inseminação artificial, principalmente após a morte do doador.

### 3. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

#### 3.1. Conceito

Frente aos grandes avanços da ciência médica no campo da reprodução humana, surgiram novas técnicas reprodutivas que não importam diretamente no ato sexual entre um homem e uma mulher, possibilitando a fecundação mesmo nos casos de casais inférteis ou estéreis.

A inseminação artificial pode ser vista como uma forma de intervenção do homem no processo de procriação, com o objetivo de fazer que pessoas com problemas de infertilidade satisfaçam esse desejo de procriar. As técnicas de Inseminação Artificial ou de fertilização artificial como também é conhecida, se tornaram uma alternativa à esterilidade, propiciando uma esperança para os casais que sofrem com a esterilidade e que é considerado como sendo o procedimento de introdução artificial e provocado de espermatozoides em um óvulo, para a formação da célula zigoto.

Pode-se destacar a inseminação artificial (homóloga e heteróloga), a fertilização ou fecundação *in vitro* (FIV), a transferência de gametas para as trompas (GIFT) e a transferência de zigoto para as trompas (ZIFT).

Uma questão a ser discutida sobre este tema é a paternidade, a Constituição Brasileira de 1988 definiu como entidade familiar até mesmo a união estável equiparando-a ao casamento em várias situações, desde que atenda a quatro requisitos fundamentais: que a convivência seja duradoura, pública, contínua, e finalmente, que a união tenha o objetivo de constituir família.

Como afirma MADALENO (2008, p. 384):

Embora o Código faça apenas referência à presunção de paternidade para o casamento, ela pode e deve ser entendida às uniões estáveis para efeitos de prova judicial da paternidade oriunda de uma união estável, quando o companheiro se recusa a registrar seu filho, mesmo frente a sua notável convivência, cujo fato tem um forte peso probatório na demanda de investigação de paternidade, embora não afaste a prova através do exame de DNA.

Constatada a grande dificuldade de provar a paternidade nos casos previstos no artigo 1597 do Código Civil, o legislador optou por tornar essa presunção legal, considerando que a maternidade é sempre certa e o marido da mãe é, normalmente, o pai do filhos que nascerão da coabitação entre eles, na chamada presunção *pater is est*, admitindo prova em contrário em qualquer caso de dúvida do marido.

Cabe ressaltar que estas técnicas de reprodução humana assistida devem ser utilizadas somente em casos de infertilidade ou de esterilidade do casal, a fim de se evitar a banalização da mesmas, para escolha de descendentes geneticamente perfeitos.

### **3.2. Inseminação Artificial Homóloga**

Na inseminação artificial homóloga o próprio casal terá sua genética transmitida a seus descendentes, o homem fornece o sêmen e a mulher o óvulo, que será fecundado em laboratório e posteriormente introduzido em seu útero, essa é a diferença da inseminação artificial heteróloga, o material genético é proveniente dos próprios cônjuges interessados em ter filhos. Esse fato de o material genético utilizado ser do próprio casal é o que faz este procedimento receber poucas críticas, pois o que se busca é apenas a concretização do sonho de ser pai ou mãe, a filiação biológica e afetiva será a mesma, não expondo a criança a qualquer tipo de dano psicológico futuro, deste modo não existem controvérsias éticas e nem mesmo religiosas quanto a este tipo de reprodução, desde que a mesma seja realizada com o consentimento do marido.

Outra vertente de inseminação artificial homóloga, que vem gerando vários debates doutrinários, sendo inclusive objeto maior do presente estudo, é a novidade prevista no inciso III do artigo 1597 do Código Civil de 2002. Ele faz incidir

a presunção de concepção na constância do casamento dos filhos “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”. Caso este que terá seus desdobramentos jurídicos discutidos ao longo deste trabalho.

### **3.3. Inseminação Artificial Heteróloga**

A Inseminação Artificial Heteróloga é aquela em que o material genético utilizado advém de pessoas diferentes de um ou de ambos os cônjuges. Esta inseminação pode se dar com a doação de um óvulo de uma outra mulher previamente fertilizado e implantado no útero da gestante, assim a criança seria filha geneticamente da mulher que doou os óvulos e não da gestante. Nesse caso a mulher não pode ter filhos e contrata uma outra, para no laboratório engravidar, técnica conhecida como “barriga de aluguel”. Podendo ainda ocorrer com a doação do sêmen, onde este é inserido no útero da mulher ou ainda quando é doado o embrião, nem o óvulo nem o sêmen são do casal, nestes casos ocorre apenas a vinculação afetiva.

A presunção de paternidade na Inseminação Artificial Heteróloga consentida pelo marido gera a filiação socioafetiva, porque geneticamente a criança gerada não conterá nenhum traço da pessoa que a registrará. Assim, o marido tendo conhecimento prévio e consentindo que sua mulher seja inseminada com a utilização de material genético de terceiro, não pode, futuramente, impugnar a paternidade, devido ao fato de não poder haver nenhum vínculo entre o casal que recebeu o material genético e o doador deste.

Neste tipo de inseminação existe ainda uma grande discussão à cerca do sigilo quanto ao doador do material genético a ser utilizado, esta doação tem que se dar de maneira gratuita sem nenhum fim lucrativo e comercial, nem mesmo os receptores do material genético devem ser divulgados.

Os maiores conflitos éticos e religiosos existentes estão nesta modalidade de inseminação, tendo em vista que a filiação não corresponderá a



verdade biológica. Para a Igreja Católica a fecundação artificial heteróloga é contrária ao matrimônio, à dignidade dos esposos, à vocação própria dos pais e ao direito do filho a ser concebido e posto no mundo pelo matrimônio.

### **3.4. Inseminação Artificial *Post Mortem***

De forma simplificada a inseminação artificial *post mortem* ocorre quando um dos cônjuges que contribuiu com o material genético falece antes de se finalizar o procedimento, com a criopreservação dos óvulos, espermatozoides e até mesmo de embriões congelados, podemos obter a procriação ao aplicar esta técnica. Diante desta grande evolução científica tal acontecimento deixa de ser mera especulação e passa a ter grande probabilidade de realização, e como no direito brasileiro o que a lei não proíbe é plenamente possível, a geração de um filho após a morte do doador do material genético é por falta de uma legislação reguladora aceitável. Mas isto irá gerar grandes discussões doutrinárias à cerca deste tema, com posicionamentos diversos sobre os problemas gerados com a utilização desta técnica, como veremos a seguir.

A corrente favorável a Inseminação Artificial *Post Mortem* alega o direito ao planejamento familiar instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que sobressalta a manifestação da vontade dos cônjuges, não sendo errada do ponto de vista ético. Lembrando sempre a necessidade do consentimento expresso sobre a finalidade do material genético armazenado pelo cônjuge falecido, caso contrário, a utilização deste material deve ser equiparada à do doador anônimo não havendo presunção de paternidade legal como a afirma Paulo Lôbo (*apud* ALBUQUERQUE FILHO, 2009):

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

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

Em sentido análogo temos a opinião do autor Madaleno (2008, p. 388):

A possibilidade de a viúva proceder à inseminação artificial homóloga após a morte do marido, previsto no inciso III, do artigo 1597, só poderá ser levado a efeito se já constar de autorização expressa deixada pelo esposo sucedido em documento de consentimento de precedente posse da clínica, centros ou serviços especializados na aplicação de técnicas de reprodução assistida, ou se em vida o marido assim se expressou por testamento ou documento autêntico.

Segundo outra corrente a prática deste tipo de inseminação artificial foge até mesmo do objetivo principal da utilização desta que é remediar as consequências da infertilidade. Consequentemente é preciso evitar tais práticas, pois a criança embora possa ser filha genética, será, juridicamente, extramatrimonial, pois não terá pai, nem poderá ser registrada como filha matrimonial em nome do doador, já que nasceu depois de 300 dias da cessação do vínculo conjugal em razão da morte de um dos cônjuges.

Outro problema levantado é referente à nossa atual estrutura de sucessão, que ficaria praticamente impossível à fixação dos herdeiros e o esclarecimento das situações sucessórias, a partilha que porventura se fizesse estaria indefinitivamente sujeita a ser alterada por esse novo filho.

## 4. ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

### 4.1 Do Planejamento Familiar

Em nosso sistema jurídico é reconhecido o direito ao pluralismo das entidades familiares e o completo e pleno direito a este planejamento, tendo a norma constitucional estabelecido tal direito, não poderia existir norma que proibisse ou coibisse a prática deste, assim tem-se como permitido a utilização das técnicas de reprodução assistida até mesmo a *post mortem* para se alcançar este objetivo.

Fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável o art. 226§ 7º da Constituição Federal de 1988, que tem a seguinte redação:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:

(...)

§ 7º - 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.

(...)

Havendo então o consentimento manifesto e inequívoco da vontade do falecido em constituir uma família seria o bastante para autorizar a utilização do material genético deixado para este fim. Diante destes fatos não existiria dúvidas quanto ao direito de presunção de paternidade estabelecido pelo Código Civil, contudo o cônjuge sobrevivente teria o direito a escolher realizar ou não a inseminação. Neste sentido afirma ilustríssimo doutrinador Paulo Luiz Netto Lobo, diz que a respeito das entidades familiares contidas no art. 226 da Constituição Federal que:

O caput do artigo 226 é cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os

requisitos de afetividade, estabilidade e ostentabilidade. Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargos de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referências expressas. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de famílias indicados no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo a tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.

Diante do posicionamento deste doutrinador o fato de não estar de maneira explícita a entidade familiar oriunda de um inseminação post mortem, onde a criança terá a companhia somente de um dos seus genitores como afirma o parágrafo 4º do artigo 226 da constituição federal, “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, sendo assim esta poderia estar no rol de uma entidade familiar.

#### **4.2. Igualdade Entre Irmãos**

O art. 227 § 6 da Constituição Federal, trouxe uma inovação ao ordenamento jurídico ao igualar os direitos entre irmão nos seguintes termos:

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.

(...)

§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.

(...)

Diante da redação deste artigo conclui-se que ambos os filhos

independente da maneira utilizada para a concepção destes, tem iguais direitos já que esta norma não admite qualquer exceção legal. Sendo assim o filho concebido por inseminação artificial post mortem é parente no grau de descendente do falecido.

O art. 1597, inciso III do Código Civil reconhece novamente os direitos da criança concebida por meio da inseminação post mortem quando diz:

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

(...)

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

(...)

Conforme tais dispositivos legais, os posicionamentos doutrinários referentes aos direitos sucessórios da criança concebida por este meio, tornam-se contrários claramente ao princípio constitucional da igualdade de filiação já que o legislador não previu qualquer exceção a regra, independente da situação de fato que se encontrem os pais. Segundo Giselda Hironaka (2006): “A constituição federal não faz distinção entre os filhos, qualquer que seja sua origem ou o tipo de relação mantida por seus genitores”.

Entende-se que os direitos sucessórios da inseminação post mortem são amplos não se restringindo apenas à sucessão testamentária como defendida pela maioria dos doutrinadores. Contudo existe ainda um questionamento a se fazer em relação a fixação do prazo para utilização pelo cônjuge sobrevivente do material genético preservado, assim alguns doutrinadores entendem que caberia ao autor da sucessão quando manifestou a sua vontade por documento autêntico fixar o prazo de espera do nascimento dos filhos, que não deveria ultrapassar dois anos, posicionamento que será debatido novamente no próximo capítulo.

#### **4.3 O Art. 5º Inciso II Da CF**

A Inseminação Artificial até os dias atuais não possui nenhuma

regulamentação específica e claramente o direito precisa sempre estar se adaptando as transformações da ciência. A inseminação artificial *post mortem*, surge como um problema de grande proporção no ordenamento jurídico, pois não há nada que há proíba ou que a permita nem sequer uma disposição referente a possibilidade de realização.

O art. 5º, II da Constituição Federal traz a seguinte redação:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...)

Diante desta norma constitucional tem-se como permitida a prática da Inseminação Artificial *Post Mortem* posto que, não existe em nosso ordenamento jurídico nenhum dispositivo legal proibindo, chega-se a esta conclusão diante da lacuna existente na própria carta magna. Contudo o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil nos traz a seguinte redação: “Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Diante da complexidade e das consequências que esta prática traz ao mundo jurídico na área do direito de família e dos direito sucessórios, além das questões sociais e psicológicas, esta matéria deveria sofrer algumas restrições legais. Tais fatos nos fazem retomar o conceito do princípio da autonomia e do consentimento, que são considerados tão valiosos e decisivos na possibilidade da realização desta técnica.

## 5. DIREITO SUCESSÓRIO E CONSEQUENCIAS JURÍDICAS DA INSEMINAÇÃO *POST MORTEM*

Primeiramente devemos conceituar a chamada entidade familiar monoparental, que é aquela formada por apenas um genitor. Apesar de sempre ter existido faticamente nunca se viu protegida pelo Estado, estando marginalizada pela sociedade que mesmo sabendo de sua existência, preferia fechar os olhos e lhe negar direitos.

A monoparentalidade pode representar um risco para formação da criança como podemos perceber nas palavras de Wardle (2002, p. 26 e 27):

(...) Atualmente se tem irrefutável evidência empírica de que a estrutura ou forma da família é de grande importância para a felicidade individual e para a estabilidade social. (...) A família baseada no casamento é singularmente benéfica para o bem estar dos indivíduos e das sociedades. (...) a evidência é esmagadora de que essas “formas familiares” alternativas são arautos de grande sofrimento para os indivíduos e causas de substancial desastre social e econômico para as nações.

No entanto com a evolução do Direito e da forma de pensar da sociedade, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana e da função social da família, é que a monoparentalidade foi reconhecida por nosso ordenamento, conforme o artigo 226, parágrafo 4º da Constituição Federal “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Apesar do reconhecimento dado as famílias monoparentais estipulada pela Carta Magna de 1988, ela em nenhum momento incentiva a sua formação, certa não ser esta a melhor forma de entidade familiar, em especial no caso de inseminação póstuma, em que o filho já nasce órfão de pai, o que afetará seu pleno desenvolvimento, uma vez que paternidade e maternidade são valores sociais fundamentais.

A nível infraconstitucional, normas a respeito do planejamento familiar, não mais restritas ao casal, mas também ao homem e

à mulher, individualmente, considerados. De acordo com o tratamento normativo fornecido por esta Lei, pode-se depreender o reconhecimento da existência do direito de qualquer pessoa (homem ou mulher) ao planejamento familiar, incluindo a adoção de técnicas de fertilização para que haja a reprodução humana, o que conduz à constatação de que a lei autoriza a monoparentalidade obtida por via procriação assistida. (GAMA, 2000: 526)

Em nosso ordenamento existem duas espécies de sucessões, a legítima e a testamentária, sendo a legítima quando o de cujus não deixa expressa sua última vontade em relação aos seus bens por meio de testamento, então seu patrimônio por força de lei e por meio de um processo judicial de inventário é dado início a sucessão legítima chamando ao processo todos os herdeiros legais. Já a sucessão testamentária ocorre quando o de cujus deixa por meio de um testamento seguindo todas as regras para que este tenha validade no mundo jurídico expresse quem herdará o que, neste modo de sucessão o de cujus pode dispor da maneira que quiser de metade dos seus bens.

O direito sucessório é o conjunto de normas que regula a transferência do patrimônio de alguém depois de sua morte, ao herdeiro em virtude de lei ou por um testamento. A Constituição Federal em seu art. 5º, XXX, assegura o direito de herança e o Código Civil disciplina o direito das sucessões estabelecendo as regras para se herdar. A princípio todos os herdeiros têm direito a sucessão, contudo o art. 1798 do Código Civil regula quem pode herdar com a seguinte redação “ Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Com as novas técnicas de inseminação artificial, o descendente pode ser gerado até mesmo depois da morte do doador do sêmen, assim surgem inúmeras complicações em relação à sucessão.

O Código Civil de 2002 em seu art. 1799 e art. 1800 permitem que na sucessão testamentária o de cujus reserve uma parcela de seus bens para os filhos ainda não concebidos nos seguintes termos:

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;

(...)

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

Com base nestes artigos o testador pode deixar seus bens para uma prole futura tendo, pois o herdeiro ainda não foi concebido.

Contudo em relação ao direito sucessório da prole eventual, ou seja, aquela oriunda da inseminação *post mortem* existem grandes controvérsias se esta teria ou não o direito de herdar por não se enquadrar aos requisitos do art. 1798 do Código Civil, se fossemos visualizar apenas este artigo quem não estiver concebido até a data da morte do autor da herança não está legitimado a suceder na sucessão testamentária.

Há, no entanto, aqueles que interpretam analogicamente a regra do artigo 1800, §4º c/c inciso I do artigo 1799, admitindo, no caso da inseminação póstuma, somente ser possível a sucessão testamentária, uma vez que o referido artigo fixa o prazo de dois anos para que seja concebido o sucessor de pessoas indicadas pelo testador para que aquele seja chamado a suceder, desde, é claro, que indicado no testamento. Essa analogia é totalmente descabida, uma vez que o filho havido por inseminação póstuma nunca poderia ser tratado como sucessor testamentário, uma vez ser filho do próprio *de cujos*, tendo que ser considerado, na pior das hipóteses, como sucessor legítimo, por questões óbvias.

Essa questão relacionada ao lapso temporal que o filho póstumo deve nascer para poder pleitear seus direitos sucessórios deve ser revista pela legislação brasileira que se mostra lacunosa provocando uma grande insegurança jurídica com relação a este tema. Certamente deverá ser estabelecido um limite temporal para a realização da inseminação póstuma, assim como a adaptação do direito sucessório, uma vez que há possibilidade de se manter o sêmen crio-conservado por um longo período de tempo, como pena de se prolongar incerteza quanto a sua herança.

Uma forma de se dirimir este problema seria uma analogia ao prazo do inciso II do artigo 1597 do Código Civil de 2002, estabelecendo um limite não superior a 300 dias da abertura da sucessão para que ocorresse um nascimento deste novo descendente.

Existem três correntes divergentes sobre o tema, a primeira corrente não reconhece direitos aos filhos gerados após a morte do seu genitor, mediante inseminação artificial, nem no direito de família nem no direito de sucessão, defendendo a tese de que tal procedimento deveria ser proibido no Brasil assim como ocorre em outros países.

A segunda corrente defende que a prole deveria ter alguns direitos no campo do direito de família, mas não reconhece o filho gerado após a morte do genitor à condição de herdeiro, pois a paternidade pode ser estabelecida com base no fundamento biológico, mas não para fins sucessórios.

Já a terceira corrente defende plenos direitos a criança gerada por este procedimento, admitindo iguais direitos no direito de família e no direito sucessório, pois não haveria no Brasil a proibição expressa para a utilização de tal técnica, firmando sua tese no direito ao planejamento familiar, e ao fato de a criança gerada ser filha legítima dos cônjuges, assim iria gerar um dano menor a criança concebida dessa forma, que não pode pagar pelos atos de seus ascendentes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de família sofreu várias transformações ao longo do tempo na sociedade, inicialmente era reconhecida apenas como uma comunidade formada por meio do casamento e posteriormente passou a ter um significado mais amplo, reconhecendo a união estável e a comunidade formada por um dos pais e seus descendentes. No entanto, o reconhecimento da monoparentalidade não pode servir como fundamento para justificar a ausência pré-determinada da figura paterna, que mesmo com toda essa evolução explicitada não obsta a importância da figura paterna no desenvolvimento social e psicológico dos filhos.

Como os diversos meios de reprodução assistida tiveram um grande avanço científico, o sonho de procriar deixou de ser uma meta inalcançável para aqueles casais fadados à infertilidade. Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro não se mostrou eficaz para acompanhar essa nova realidade social advinda da evolução das ciências médicas. E sem dúvida o ramo do direito que se mostrou mais deficiente com este progresso dos métodos de reprodução assistida foi o do direito sucessório.

A reprodução assistida homóloga *post mortem* debatida ao longo do trabalho, a meu ver, apesar de se considerar um prática socialmente danosa, devendo ser proibida e sancionada por lei, a verdade é que, como a inseminação póstuma não é proibida pelo Estado, não se pode esquecer aqueles casos em que já foi empregada, trazendo à vida crianças como outras quaisquer e que merecem ter seus direitos respeitados. Com esse intuito é que se deve prever quais os possíveis direitos do filho póstumo, para que este não seja prejudicado de tal forma a ferir sua dignidade.

Como já foi exposto anteriormente, apesar da novidade legal prevista no inciso III do artigo 1597 do Código Civil de 2002, o legislador não se preocupou com as possíveis complicações jurídicas que viessem a ocorrer com o nascimento do filho póstumo. Tal omissão fez com que surgissem divergências doutrinárias acerca dos efeitos da fecundação artificial póstuma.

Portanto a meu ver, o direito não pode negar importância à figura do pai, esvaziando seu significativo conteúdo biológico, muito menos presumir não ser ele fundamental para a devida formação de seu filho, sendo altamente maléfica a

prática da inseminação póstuma, uma vez que, por vaidade ou por capricho de alguns, traz à vida uma criança que será desprovida de um direito fundamental que é ter um pai e uma família bem estruturada.

## 7. BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcante de. *Fundação artificial post mortem e o Direito sucessório*. Disponível em:

[http://www.esmape.com.br/esmape/index2.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=78&Itemid=99999999](http://www.esmape.com.br/esmape/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=78&Itemid=99999999). Acesso em outubro de 2011.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: informação e documentação – referências – elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Vade Mecum, 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Vade Mecum, 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum, 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional**. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renova, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. Palestra proferida no I Congresso Internacional de Direito Civil –

Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro (“Interpretação do Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legilidade constitucional”), sob a coordenação científica do Professor Gustavo Tepedino (UERJ), em 23 de setembro de 2006. Disponível em : <http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=290>. Acesso em outubro de 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Código Civil Comentado: Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial** – vol. XVI. Álvaro Vilaça Azevedo (coordenador). São Paulo: Atlas, 2003.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WARDLE, Lynn D. **Questões de família: a importância da estrutura familiar e da integralidade familiar**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Cidadania – o novo CCB e a vacatio legis**. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002  
Trad Gisele Groeninga.