

INSEMINAÇÃO *POST MORTEM* E SEUS REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO

PILOTTI, Evander Rodrigo Michelon¹
HAAS, Adriane²

RESUMO

Com os avanços científicos e tecnológicos, presentes na atualidade, no direcionados ao campo da fecundação humana, existem formas de reprodução assistida, visando suprir imperfeições biológicas, sejam estas do homem, na concentração de espermatozoides produzidos, ou na mulher, que pode apresentar anticorpos na que inutilizam o material genético masculino, dificultando ou mesmo impossibilitando a reprodução efetiva. Por tais métodos terem por objeto material genético em estado criogênico, surgiu a possibilidade de reprodução independentemente da condição vital do autor deste material, sendo denominada inseminação póstuma, ou *post mortem*. Entretanto, tal possibilidade tem gerado diversas discussões no campo jurídico, o qual, por enquanto, apresenta lacunas legais referentes ao assunto, pelo que soluções tem sido buscadas até mesmo em ordenamentos paralelos. Desta forma, serão analisadas as consequências jurídicas geradas por tal forma reprodutiva, verificando as poucas previsões legais presentes no ordenamento jurídico pátrio, embora estas não sirvam para dirimir de modo efetivo os conflitos gerados pela mesma, bem como doutrinas e jurisprudências, além de normas e casos julgados, inclusive em outros países, a título de direito comparado. Verificar as possíveis soluções aos conflitos advindos da inseminação *post mortem*, verificando as possibilidades de resguardo aos direitos do nascituro, tanto patrimoniais quanto de reconhecimento familiar, dada a condição lacunosa da legislação pátria na atualidade, utilizando-se de previsões constitucionais, legais, análises doutrinárias e jurisprudenciais, e, inclusive, de ordenamentos de outros países, a título de direito comparado.

PALAVRAS-CHAVE: Inseminação. Póstuma. Direito Sucessório.

POST MORTEM INSEMINATION AND ITS EFFECTS IN SUCCESSION RIGHTS

ABSTRACT

With the scientific and technological advances presents today in the targeted field of human fertilization, there are forms of assisted reproduction to meet biological imperfections, being that from men, on the concentration of sperm produced, or from women, who can present antibodies in that disable male genetic material, making it difficult or even impossible to the effective reproduction. The possibility of reproduction undepending the living condition of the author of this material, by such methods have as object a genetic material in cryogenic state, being named posthumous insemination, or post-mortem. However, this possibility has generated many discussions in the legal field, which for now has legal gaps related to the subject, so solutions have been sought even on parallel systems. Thus, to examine the legal consequences generated by such reproductive form, checking the few legal provisions present in the national legal system, although these do not serve to effectively resolve the conflicts generated by the same, as well as doctrines and jurisprudence, beyond standards and judged cases, including in other countries, by way of comparative law. To investigate possible solutions to conflicts arising from post-mortem insemination, checking the possibilities of safeguarding the rights of the unborn as much equity as family recognition, given the condition of the homeland vacuous legislation today, using constitutional , legal provisions, doctrinal and jurisprudential analyzes, and even the systems of other countries, by way of comparative law.

KEYWORDS: Insemination. Posthumous. Right Succession.

1. INTRODUÇÃO

A busca por conhecimento é intrínseca à natureza do ser humano. Mistérios, “porquês”, tudo estimula a curiosidade. É a principal chave da ciência, colocando-a em constante evolução. Dentre as ramificações científicas, há o estudo da reprodução humana, considerando que, sob tal perspectiva, na atualidade, há várias técnicas de fertilização medicinalmente previstas.

Dado o congelamento do sêmen, surgiu uma possibilidade prática um tanto peculiar. Esta prática é conhecida por inseminação *post mortem*. Tal modalidade diferencia-se das demais pelo tempo em que é realizada, qual seja após a morte do autor do material genético. Assim, caso tenha sido coletado material genético do membro masculino de um casal, enquanto vivo, e este venha a falecer posteriormente, poderá ainda, a mulher, requerer a inseminação artificial.

Com estas técnicas, muitos sonhos são realizados, famílias construídas, enquanto, no passado, seriam apenas tentativas frustradas. Outrossim, há de se convir que, onde há uma família, existem patrimônio, direitos, deveres, dentre diversos outros fatores que nos levam a refletir sob perspectiva jurídica.

O Direito é ciência que também se encontra em evolução diária. Visa acompanhar o desenvolvimento da sociedade, de modo geral, amparando quaisquer situações que venham a desencadear conflitos jurídicos dentre a população. Entretanto, dada a amplitude das situações que envolvem o cotidiano, a regulamentação efetiva pode não ser tão rápida quanto desejamos, ou sequer necessitamos.

Na ausência de disposição legal, são originadas as chamadas lacunas da lei, que são, realmente, assuntos não tratados de forma específica. O último caso de inseminação apresentado, *post mortem*, passa justamente por esta fase, dada a complexidade de seu estudo.

¹ evanderrodrigo1@hotmail.com

² professorahaas@gmail.com

Quando um indivíduo vem à óbito, diversas situações jurídicas acompanham tal fato. Seu estado civil, suas posses, sucessores, dentre diversos fatores são analisados, e, geralmente, desencadeiam discussões jurídicas, denominadas “lides”.

O Direito Civil é o ramo regulador dos direitos materiais que vão ser objeto das lides, mais especificamente. No Código Civil de 2.002, em seu capítulo “V” (quinto), denominado também Direito de Família. Dentro deste, há o Direito Sucessório, que visa orientar o aplicador do Direito quanto à partilha de bens, reconhecimento de herdeiros, inclusive fora do matrimônio.

Assim, o presente trabalho visa demonstrar as atuais formas jurídicas utilizadas para resolver conflitos advindos da citada modalidade reprodutiva, dada a ausência de disposição legal para tanto, refletindo sobre os direitos do nascituro inseminado artificialmente frente herdeiros já nascidos ao tempo da morte do pai, além de seu reconhecimento familiar, e aspectos relevantes ao Direito sucessório.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 ABERTURA DA SUCESSÃO E LEGITIMIDADE PARA SUCEDER

Em regra, com a morte de um indivíduo, nos termos do artigo 1.784 do Código Civil, tem-se a abertura de sua sucessão. O evento morte, nos termos dos artigos 6º e 7º do Código Civil vigente, significa o término da existência da pessoa natural.

Como bem ensina Maria Berenice Dias (2013, p. 103), a abertura da sucessão se sujeita à existência de herdeiro, legítimo ou testamentário, e existência de patrimônio do autor da herança. Havendo tais pressupostos, os bens do falecido são diretamente transferidos a seus herdeiros. Tal entendimento tem amparo legal no artigo 1.784, deste mesmo diploma.

Ideia esta, que se traduz no Princípio da *Saisine*, que nos ensinamentos de Washington de Barros Monteiro (2011, p. 15),

Esse princípio vem expresso na regra tradicional do direito gaulês *lemortsaistlevif*. Quer dizer, instantaneamente, independente de qualquer formalidade, logo que se abre a sucessão investe-se o herdeiro no domínio e posse dos bens constantes do acervo hereditário.

Embora a transmissão seja imediata no plano jurídico, no fático, esta depende de aceitação dos herdeiros, a qual, por interpretação do artigo 1.805 do diploma cível, pode ser expressa ou tácita. Isto, segundo Cahali e Hironaka (2007, p. 70), “em razão do princípio de que ninguém é herdeiro contra a sua vontade, não se podendo impor a adição do acervo hereditário, assumindo as obrigações, encargos, administração de patrimônio, etc., se não existir interesse para tanto”.

A renúncia ou aceitação é sempre com relação ao todo da herança, por seu caráter indivisível, conforme dispõe o artigo 1.791, do mesmo Código Civil, além do parágrafo único deste artigo, que dita o momento de seu término condicional, qual seja na partilha de bens, observando a qualidade imóvel dos direitos sucessórios, trazida pelo artigo 80, II, do citado diploma.

Nos termos do artigo 1.798, deste código, “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, a qual se dá até o quarto grau, conforme artigo 1.592.

Dentre estas, ainda, há de se diferenciar herdeiros facultativos, necessários e testamentários. Os primeiros são assim considerados justamente por não haver dever legislativo de resguardo à metade dos bens do autor, sendo seus sujeitos os irmãos, sobrinhos, tios, e demais parentes colaterais, podendo assim, citado autor, dispor da totalidade de seus bens, caso haja restante somente esta classe sucessória.

Os herdeiros necessários, por sua vez, o são por existência de imposição legal, conforme artigo 1.845 do Código Civil, traduzindo-se no cônjuge sobrevivente, descendentes e ascendentes. A estes, há resguardo de, pelo menos, metade dos bens deixados pelo falecido, parte esta que constitui a legítima.

Por fim, os herdeiros testamentários, como seu próprio nome sugere, são aqueles nomeados por ato de última vontade do autor da herança, o testamento. Amparando o entendimento relativo à legítima, acima disposto, há o artigo 1.857, em seu parágrafo primeiro do Código Civil, versando sobre a impossibilidade de inclusão desta no ato.

2.2 EXPLICAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E MÉTODOS EXISTENTES

Em certos casos, um casal pode não ter condições suficientes para, naturalmente, gerar um herdeiro. A deficiência reprodutiva pode se dar tanto em ser humano de sexo masculino, quanto feminino.

No primeiro caso, pode haver déficit na concentração da produção de espermatozóides, dentre diversos fatores impeditivos, pelo que o tratamento se dará de modo a aumentar a concentração de material genético, aumentando as chances de fecundação.

Já no segundo, tal deficiência pode ser oriunda de anticorpos presentes no colo do útero, que matam os espermatozóides, impossibilitando a fecundação efetiva.

Nestes casos, os métodos de reprodução assistida tornam-se porta para a procriação. Na atualidade, dois são os métodos mais utilizados para tanto. O primeiro é a fertilização *in vitro*, também conhecida por “bebê de proveta”, onde há a coleta do material genético do casal, para que haja manipulação exterior, em laboratório, forçando a fecundação efetiva, extra-uterina, quando então o material será inseminado no útero da mulher.

O segundo método é o da inseminação artificial, que ocorre de forma intra-uterina. Se divide em heteróloga e homóloga. A primeira assim se chama pela origem dos materiais genéticos utilizados, pois tanto os espermatozóides quanto o óvulo podem ser de terceiro, caso em que, segundo Maria Berenice Dias (2013), há ocorrência da filiação social.

Homóloga, por sua vez, é aquela onde são utilizados os materiais genéticos de ambos os componentes do casal, somente, consistindo na filiação natural, conforme a autora supra citada.

Tais métodos consistem na coleta do material genético do homem, com tratamento para aumento de concentração deste, caso necessário, com posterior injeção na cavidade uterina da mulher, evitando os citados anticorpos, caso existam.

2.3 LACUNA LEGAL QUANTO AO ASSUNTO

O Direito, embora vise sempre prevenir seus regidos em questões cotidianas, se adaptando ao desenvolvimento e necessidades de cada sociedade, não tem acompanhado os desenvolvimentos científicos, que parecem não ter limites.

Um exemplo, no âmbito da inseminação artificial, por ter como objeto um material genético em estado criogênico, é a possibilidade, então, da inseminação póstuma, ou seja, posterior à morte do autor do material. Tal modalidade reprodutiva tem gerado muitas discussões no âmbito jurídico, dada a condição lacunosa do ordenamento jurídico brasileiro quanto ao assunto.

Embora esta perdure, há uma série de medidas sendo tomadas para dirimir as lides atuais, buscando uma solução efetiva, enquanto não há positividade desta. Para verificar a possibilidade de adquirir, o nascituro, fruto de inseminação *post mortem*, direitos sucessórios, deve-se primeiramente analisar seu reconhecimento no âmbito familiar.

2.4 PREVISÃO DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Sobre tal assunto, em termos de previsão legislativa, esta existe somente quanto à sucessão testamentária, onde há conflito legal gerado entre os artigos 1.597 e 1.798, do diploma cível.

Conforme o citado artigo 1.798, são considerados herdeiros legítimos os nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão. Desta forma, se interpretando de forma literal o texto legal, verifica-se que não há tratamento aos herdeiros advindos da citada modalidade fecundativa de sua posição de sucessor.

Outrossim, dispõe o referido artigo 1.597 que:

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

Fixando diretrizes para interpretação destes, aparece o Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal, ao versar:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, é obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize o material genético após a morte.

Ainda, de modo a amparar este entendimento, traz o artigo 1.799 do Código Civil a possibilidade de nascituro ainda não concebido, ao tempo da abertura da sucessão, ser beneficiário de testamento, conforme seu inciso I.

“As disposições de última vontade referem-se, pois, à devolução dos bens aos herdeiros legítimos ou instituídos, abrangendo, também, outras finalidades, como o reconhecimento de um filho, a nomeação de tutores ou de testamenteiro, e mesmo a revogação de um testamento anteriormente feito.” (RIZZARDO, 1996, p. 320).

A única ressalva para a manutenção do citado direito hereditário é o prazo constante no artigo 1.800, deste mesmo código, contido em seu parágrafo quarto, qual seja de dois anos da abertura da sucessão, para a concepção do nascituro indicado no citado inciso I do artigo anterior, para que perdurem os efeitos sucessórios, sob pena de passarem estes aos herdeiros legítimos.

Nesta linha, dita o artigo 227 da Carta Magna, em seu parágrafo sexto, que “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”.

Observa-se, assim, a primazia do ordenamento jurídico pátrio pela igualdade no tratamento quanto à filiação, evitando qualquer tipo de discriminação, como aconteceria no caso do artigo 1.798, supra mencionado, por restringir os direitos sucessórios apenas aos filhos já concebidos ao tempo da abertura da sucessão.

Respeitados os requisitos legais, inclusive o supra citado prazo do artigo 1.800, § 4º do Código Civil, há de se tratar em pé de igualdade os direitos concedidos aos filhos, tanto havidos na constância do casamento, quanto por inseminação *post mortem*, assunto do presente.

2.5 DIREITO COMPARADO

O marco histórico do presente assunto ocorreu na França, em 1984, e ficou conhecido como “Affair Parpalaix”. Neste, um casal, após algumas semanas de relacionamento, descobriu que o homem, Alain Parpalaix, possuía câncer nos testículos. Foram então efetuar a coleta do material genético, dado o grande risco de esterilidade. Conforme a doença avançou, o casal resolveu se casar, e Alain faleceu, dois dias após o casamento.

A mulher, Corine Richard, após a morte de seu então marido, decide realizar a inseminação, no caso, *post mortem*. O pedido do material genético foi negado pelo banco de sêmen. Corine entra na Justiça, buscando o direito de reaver o material para fecundação assistida.

O Tribunal francês julgou favorável à autora a ação, condenando o citado banco a fornecer o material. Infelizmente, tal cumprimento foi impossibilitado pela demora, perdendo, os espermatozoides, seu potencial fecundativa. (COCO, 2013).

A partir de então, se iniciaram uma séria de debates e discussões sobre a finalidade de se manter um embrião em estado criogênico, sejam em bancos de depósito na qualidade de simples doador, sem vínculo com o destinatário, ou como depositário, guardando seu material genético para futuras formas de reprodução assistida, como a presente debatida.

A título de Direito Comparado, vale observar a evolução de outros países no que tange ao assunto, em relação ao ordenamento pátrio. A Alemanha, por exemplo, veda expressamente a inseminação *post mortem*, juntamente com Suécia e França.

O ordenamento espanhol, por sua vez, trata do assunto na Lei nº 14/2006, mais especificamente em seu artigo 9.2, que versa a necessidade de consentimento expresso pelo marido para a utilização de seu material genético em inseminação *post mortem*, por até um ano de seu óbito, gerando, assim, efeitos legais quanto à filiação.

Na Inglaterra, é habilitada tal modalidade de fecundação assistida, embora não haja, via de regra, direitos sucessórios ao nascituro advindo desta. A exceção se dá quando há consentimento expresso para tanto.

Por fim, em Portugal, há o Projeto Português sobre a Utilização de Técnicas de Reprodução Assistida, o qual proíbe tal prática assistencial, inclusive quando haja consentimento expresso do marido para tanto. (MOREIRA FILHO, 2014).

2.6 CASOS JULGADOS SOBRE O ASSUNTO NO BRASIL.

No Brasil, a título de exemplos de casos julgados relativos à inseminação póstuma, tem-se um ocorrido em Curitiba-PR, onde um casal tentava constituir família, embora suas tentativas fossem seguidamente frustradas. Após o marido receber um diagnóstico de câncer, sabendo que o tratamento adequado seria a quimioterapia, a qual propiciaria

sérios riscos de levá-lo à esterilidade, decidiram por preservar o material genético do enfermo. O câncer se espalhou pelos ossos do mesmo, levando-o a óbito no ano de 2009.

Após o óbito deste, a esposa procurou o laboratório onde havia sido coletado o material genético, para realização da inseminação. Sob a justificativa de questões éticas, houve recusa por parte deste. Tal motivo ensejou a discussão judicial acerca da utilização do referido material genético.

O caso tramitou perante a 13ª Vara Cível daquela Comarca, sendo concedida liminar para a viúva, embora não houvesse consentimento expresso deixado pelo marido, após prova testemunhal de sua família de que realmente desejava constituir família com a requerente.

A reprodução póstuma é assunto extremamente complexo, pois espraia-se em diversas diretrizes jurídicas, a começar pela dignidade da pessoa humana, pois "se a motivação do cônjuge restante em gerar esta criança for para preencher o espaço deixado pelo parceiro ou por motivos financeiros relacionados à herança, o filho está sendo buscado como um meio e não um fim, o que fere a dignidade do ser humano" [1].

O legislador brasileiro não proibiu nem autorização a prática da inseminação post mortem. O Conselho Federal de Medicina, por sua vez, restringiu-se a deliberar que "as clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e pré-embriões" (Resolução 1.358/92, item V.1), silenciando-se quanto ao demais.

A ausência de norma jurídica, cuja imposição é coercitiva e independente da convicção íntima do jurisdicionado, dificulta demasiadamente a atuação dos operadores do Direito.

Outro aspecto importante da reprodução póstuma é quanto ao direito sucessório.

A lei civil garante direitos sucessórios às "pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão" (art. 1.798, Código Civil). Assim, filhos de inseminações post mortem não seriam herdeiros para o Direito Positivo, contrariando o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, 6º da Carta Magna, que determina que "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".

Em atenção a tal risco, a III Jornada de Direito Civil aprovou o Enunciado 267, segundo o qual "a regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança".

Para fins de herança, portanto, é preciso estabelecer limites temporais, pois a decisão pela inseminação poderá ocorrer bem para além do falecimento do pai ou da mãe, concretizando-se depois do inventário finalizado. Nesse caso, a partilha haverá que ser revista por ação de petição de herança imprescritível para a maioria dos doutrinadores, que poderá desaguar na restituição dos bens do acervo e sua consequente redistribuição, com todas as implicações cartorárias e fiscais.

A polêmica estende-se também sobre diversos outros pontos: qual é a natureza do embrião? Por não ser objeto de herança, de quem seria a titularidade do sêmen depositado na clínica de fertilização? A simples autorização em formulário da própria clínica é suficiente para legitimar o procedimento? Ou o consentimento deve ser manifesto em escritura pública ou testamento?

As pesquisas bioéticas não correm sem refletir sobre o humano. Muito pelo contrário: tem o humano como sua inspiração. O que ocorre é que não existe um alinhamento de conceitos entre as áreas do conhecimento. O significado de "pessoa", por exemplo, varia da ciência para a filosofia, e da filosofia para a religião. E essas três áreas do conhecimento ciência, filosofia e religião refletem diretamente na moral social conforme o contexto das épocas.

Como se vê, a caminhada é longa. E sejam quais forem as dificuldades do caminho, importa, sobretudo, como ensinou o teólogo e filósofo suíço Hans Küng, que "deve-se avançar de uma ciência livre para outra eticamente responsável". (Fonte: < <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2209896/liminar-autoriza-reproducao-post-mortem>>. Acesso em 23.04.2014).

Outrossim, a polêmica do caso se deu quando, apesar da Justiça conceder seu pedido, o mesmo ser indiretamente negado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), ao ameaçar punir o médico que realizasse o procedimento, por não haver autorização expressa do marido, nos termos da Resolução 1.385 daquele órgão.

Após uma série de discussões, o Conselho resolveu por liberar a realização do procedimento. Posteriormente, foi elaborada a Resolução nº 2013/13, alterando os padrões e requisitos para a Reprodução Assistida, visando, essencialmente, a análise concreta de cada caso, sob a ética e direito de família, dentro dos bons costumes.

Ainda, em São Paulo, conforme Diário da Justiça de São Paulo, datado de 21/05/2008, há um pedido de Alvará, realizado por Eliane Ribeiro de Mello. No caso, o casal tentava, há doze anos, constituir uma família. Pela dificuldade, procuraram uma clínica de fecundação assistida, onde realizaram dois ciclos do tratamento, devidamente programado e acompanhado, sem êxito. Ocorre que, no meio do processo, seu marido veio a falecer por conta de acidente aéreo. Portanto, Eliane requer na Justiça tal alvará para utilizar o material genético de seu marido, já morto, para chegar ao fim que tanto almejavam, qual seja a constituição de família.

Quanto ao julgado, segue:

583.00.2008.138900-2/000000-000 - nº ordem 636/2008 - Outros Feitos Não Especificados - Alvará Judicial - ELLIANE RIBEIRO DE MELLO - Fls. 48/52 - Vistos. (...) A questão é estranha à legislação em vigor, o que, por si, não desincumbe o Juiz de solucioná-la, pois nestes casos, deverá a decisão valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil). No caso, verifica-se que a autora e seu marido tinham por objetivo comum a formação de família, que somente não se concretizou por dificuldades na concepção por meios



naturais. Embora casados há vários anos, o casal buscou a ajuda de técnica de reprodução assistida, somente em abril de 2006, expressando o desejo de terem filhos com o início do tratamento eleito, sob a assistência médica da Clínica GENE - Medicina Reprodutiva. Por certo, desnecessária a demonstração da dificuldade superada pelo casal para que decidissem por este tratamento, levando-se em consideração custos, desgastes emocionais em frustradas tentativas, além da realização de exames, muitas vezes invasivos, necessários à formação de opinião médica para avaliação e encaminhamento à correta conduta a ser aplicada. Isto tudo, fez com que este casal vivesse a expectativa de paternidade/maternidade, sem qualquer resultado concreto, ficando apenas com a ideia, vontade e torcida de que tivesse êxito à fecundação. Sofreram juntos, todas as vezes que as tentativas fracassaram, unindo ainda mais o casal na luta por um filho. Mesmo sem estar concebido de fato, este filho já estava concebido de alma pelo casal, pois, de certa forma, conviviam diariamente com a expectativa de sua concepção. A reprodução assistida se deu por consentimento livre e esclarecido do casal e está formalizada por instrumento particular. A intenção de Andrei sempre foi a de se tornar pai, tanto que se submeteu à coleta de seu sêmen (fs. 38-9), para fins de engravidar sua mulher. Nesse passo, necessário diferenciar o doador do depositário de sêmen. O doador não é identificado e colhe seu material, colocando-o à disposição de eventual uso em processo de reprodução assistida, nos casos em que o marido da paciente seja impotente ou estéril. Andrei depositou seu líquido seminal para fins de realização de reprodução assistida em favor de Eliane, portanto, era depositário. Seu sêmen tinha destinatária certa com fins definidos. Por certo, com a morte do doador ou depositante, os gametas devem ser descartados a menos que haja autorização dos respectivos fornecedores, para autorização 'post mortem'. No caso, Andrei morreu prematuramente de forma abrupta, sem que tivesse, ao menos, tempo para autorizar o uso de seu sêmen na reprodução assistida que Eliane se submetia. Certamente, o depositário ou doador, ao saber que é portador de doença terminal, portanto, patente à proximidade de sua morte, terá condições de autorizar expressamente a utilização de seu material. Não foi o caso de Andrei. Com a continuidade à reprodução assistida estará se respeitando a dignidade da pessoa humana. Se eventualmente Eliane obtiver êxito em seu tratamento e engravidar, a vontade do casal será respeitada, nos termos do preceito constitucional de se ter, como base da sociedade, a família, assegurado o planejamento familiar como livre decisão do casal (art. 226, § 7º, da Constituição Federal). Feitas estas considerações gerais, anoto que o legislador atual reconhece os efeitos pessoais do concepturo (relação de filiação), conforme dispõe o Código Civil, a saber: "Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: ... 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;" É evidente o reconhecimento do vínculo familiar, relativamente à eventual êxito em concepção de Eliane. Aliás, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, em seu art. 26, parágrafo único, garante o reconhecimento do filho após o falecimento do pai. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prescreve que o direito à filiação é indisponível e imprescritível. A criança tem o direito de conhecer seus pais, o que não ocorre com relação à criança nascida por meio da inseminação póstuma, muito embora ela saiba que foi desejada e venha a integrar uma família. Entretanto esta situação não será solucionada pela legislação. Poderia, no caso, Eliane estar grávida de Andrei quando ele sofreu o acidente e, do mesmo modo, o filho do casal também não conheceria o pai. Entendo que a viúva tem o direito de tentar gerar um filho de seu falecido marido, quando este era manifestamente o desejo do casal, interrompido por uma morte precoce. Estas questões se deparam com a Ética e o Direito. Inaceitável é o descompasso entre o Direito e a Ciência, pois a tecnologia avança a passos largos, não podendo o Direito acompanhá-la e muito menos atravancá-la. O Direito não pode, de imediato, solucionar as mudanças sociais, porque elas são volúveis, enquanto que o Direito exige bases sólidas. Por esta razão é necessária a certeza dos avanços tecnológicos para que possa o Direito discipliná-los. Sérgio Ferraz, ao tratar da relação entre as manipulações biológicas e os princípios constitucionais, destaca: "Em outras palavras, seja agora, enquanto não editada a pertinente normatividade, seja a partir de sua elaboração, e subsequente vigência, o tema da manipulação genética tem de ser, a todo instante, calibrado à vista dos princípios constitucionais - única fórmula de assegurar a abertura das sendas do progresso, dentro dos marcos fundamentais livremente estabelecidos pela sociedade." Assim, inegável que a inseminação póstuma necessita de regras disciplinadoras temporais, éticas e protetivas, sem abandono do direito do pretenso pai de expressar sua vontade quanto a uma possível paternidade póstuma, respeitando a vontade da mãe e o objetivo do casal. Isto posto, defiro o alvará pretendido, para autorizar a autora, Eliane Ribeiro de Mello, a utilizar no tratamento de reprodução assistida, o sêmen criopreservado de Andrei François de Mello, seu falecido marido, armazenado na Clínica Gene - Medicina Reprodutiva, pelo prazo de um ano a contar da retirada deste alvará. Pagas as custas. Expeça-se o alvará e arquivem-se. E alvará à disposição. - ADV DEBORA SCHALCH OAB/SP 113514. (Fonte: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/17979843/pg-498-judicial-1-instancia-capital-diario-de-justica-do-estado-de-sao-paulo-dj-sp-de-21-05-2008>> Acesso em 20.04.2014).

Observa-se facilmente o peso dos princípios constitucionais sobre as decisões, principalmente quanto à dignidade da pessoa humana e direito de constituir família, de modo que, em ambos os casos, dadas as circunstâncias dos mesmos, inclusive das tentativas frustradas antes da morte dos genitores, cercear o direito de utilização do material genético significaria cercear, também, seu direito de reprodução dentro do âmbito familiar desejado.

2.7. SOLUÇÃO APRESENTADA

O ordenamento pátrio, apesar da ausência de regulamentação legislativa efetiva quanto ao assunto em pauta, tem algumas normas que ajudam o magistrado a decidir os casos atuais. Nascendo com vida o herdeiro oriundo de fecundação *post mortem*, sob a égide Constitucional, ante o disposto em seu artigo 227, parágrafo sexto, qual seja sobre o tratamento igual aos filhos, havidos ou não na constância do casamento, terá pleno reconhecimento como filho.

Aí é que nasce a problemática do assunto, que se remete à ceara patrimonial. Conforme o mencionado artigo 1.799, em seu inciso I, do Código Civil, há previsão para o testador indicar bens à pessoa ainda não concebida. Neste caso, a regulamentação da tutela dos bens se mostra presente no artigo 1.800, do mesmo *codex*, juntamente com seus parágrafos.

Ainda neste, mais especificamente no art. 1.800, § 4º, do Código Civil, existe o prazo de dois anos para concepção do nascituro indicado pelo testador, sob pena dos bens a este conferidos passarem aos herdeiros legítimos. Tal prazo tem sido aplicado como regra para resguardo dos direitos de tal nascituro, por ausência de legislação própria para tanto.

Aos herdeiros havidos em até trezentos dias após a dissolução do vínculo matrimonial, inclusive por morte, conforme tratado pelo artigo 1.597 do Código Civil vigente, há presunção de sua concepção como na constância do casamento, equiparando-os diretamente com herdeiros legítimos. Nestes casos, o herdeiro é havido *post mortem*, mas dificilmente sua fecundação tenha se dado por inseminação póstuma, dado o prazo legal estabelecido.

Em casos onde há tal tratamento reprodutivo assistido é que a situação fica juridicamente complicada. Ante a lacuna legislativa para tanto, os princípios constitucionais visam resguardar os direitos do filho ainda não havido, mesmo que não tenha este sido mencionado em testamento, haja vista sua condição de herdeiro legítimo, e dever de tratamento igual deste perante seus irmãos já nascidos.

Aparente é, portanto, a regulamentação legal do assunto. Venosa (2005, p. 256), neste sentido:

advirta-se, de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microsistema.

A solução em si, ao menos por enquanto, é basear-se nestes princípios constitucionais, passando ao herdeiro os mesmos direitos dos filhos já nascidos, inclusive quanto à partilha de bens, separando-a em equivalentes quinhões hereditários, a título de regra.

Outrossim, sabe-se da variedade de lides existentes no mundo jurídico, cada qual com suas peculiaridades. Em muitos casos, a partilha se daria antes mesmo da eficaz fecundação deste herdeiro, e por isso, haveriam retrocessos processuais, bem como sobrepartilhas, podendo produzir prejuízos às partes, ou, no mínimo, fazer com que estes “paudem” suas vidas até o nascimento do novo herdeiro, com vida. Nestes, faz-se necessário maior estudo, inclusive se utilizando, o magistrado, do Direito Comparado.

Até a eficaz regulamentação do assunto, é árduo dever do magistrado decidir sobre o presente tema, mas deve este fazê-lo com olhos aos princípios constitucionais, buscando a equidade tanto entre a proteção patrimonial dos herdeiros já nascidos, quanto do herdeiro ainda não concebido, sem esquecer do tratamento futuro a que este deverá ser tomado, pois, apesar de havido por método reprodutivo peculiar, considera-se, para todos os efeitos, filho e fruto de um casal.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Civil é responsável pela regulamentação dos bens da pessoa natural. Enquanto vivos, somos proprietários de bens, sejam estes móveis, imóveis, corpóreos, ou incorpóreos.

Entretanto, com a morte de um indivíduo, tem-se, em consoante com regulamentação legal, o término da existência da pessoa natural, importando, com isso, o fim de sua personalidade jurídica, e, portanto, a abertura de sua sucessão.

O Princípio da *Saisine*, conforme mencionado no item “2.1” do presente trabalho, em âmbito jurídico, reza a transferência automática da propriedade dos bens do falecido a seus herdeiros legítimos, de modo a evitar que tais bens restem sem dono, mesmo que por pouco tempo.

Quanto a tais herdeiros, há conflito no Código Civil quanto a seu *status quo*, haja vista que somente os sucessores vivos podem ser herdeiros, embora, por sucessão testamentária, podem herdar, inclusive, os ainda não concebidos ao tempo da abertura da sucessão.

Tal disposição testamentária pode remeter-se a nascituro oriundo de inseminação artificial, a qual, dados os avanços tecnológicos existentes, possibilita o nascimento de uma criança inclusive após a morte de seu genitor, detentor do material genético utilizado.

Esta inseminação é uma forma de reprodução assistida, que pode fazer-se necessária por deficiência masculina ou feminina, e ocorrerá, dependendo do caso, no interior ou exterior do útero, sendo denominadas, respectivamente, “intra uterina” e “in vitro”, sendo esta última também chamada “bebê de proveta”.

Embora haja tais possibilidades, o Direito ainda não está plenamente sincronizado com a tecnologia científica, de modo que resta lacunosa a condição do ordenamento jurídico quanto ao assunto da inseminação *post mortem*.

Outrossim, há análise a institutos diversos para tentar supri-la o mais rápido possível, verificando a existência ou ausência, a cada caso, de direitos de reconhecimento familiar e sucessório ao nascituro, embora perdure conflito legal no ordenamento pátrio.

Contudo, há uma forma sucessória que encontra previsão legal efetiva no ordenamento jurídico brasileiro, no que tange à sucessão *post mortem*, qual seja a testamentária. Conforme descrito no artigo 1.799, inciso I, do Código Civil vigente, em havendo indicação por testador a alguém, ainda não concebido ao tempo da abertura da sucessão, será este legítimo herdeiro testamentário.

Ainda, ampara o entendimento de herdeiro *post mortem* o artigo 1.597 deste diploma, em seus incisos “III” a “V”, citando expressamente como concebido na constância do casamento, portanto herdeiro legítimo, o havido por fecundação artificial.

O conflito em si está ao efetuar a leitura do artigo 1.798, ainda deste *codex*, pois este restringe a capacidade sucessória estritamente aos já nascidos ao tempo da abertura da sucessão.

Em âmbito nacional, há de se convir que os casos aqui demonstrados tiveram julgamento favorável quanto à prática do método reprodutivo, haja vista as condições em que os mesmos ocorreram, qual seja do tratamento anterior à morte do genitor.

A consideração do direito de construção familiar tem se mostrado presente nas decisões dos magistrados, incluindo o princípio da dignidade da pessoa humana, o que é predominante nas decisões que envolvam cunho afetivo, como é o presente caso.

Apesar da lacuna legislativa sobre o assunto, bem como das diversas problemáticas e questionamentos acerca destes, cabe ressaltar que o reconhecimento familiar de criança advinda de inseminação artificial, bem como seu tratamento, deve mostrar-se sempre igual o dos demais filhos.

Inclusive, caberia um acompanhamento psicológico ao mesmo, desde pequeno, para prepará-lo à vida sem conhecimento de seu pai, e principalmente com a ideia de ter nascido, ou sequer sido fecundado, após a morte daquele, ainda sob a égide dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro.

Tal ordenamento, atualmente, vem enfrentando dificuldades para elaborar decisões quanto a presente matéria, por ser ainda estranha a seus olhos. Contudo, não deve medir esforços a regulamentação e padronização quanto ao que se deve ser levado em consideração para julgar os casos advindos deste avanço científico.

Atualmente, tanto o Conselho Federal de Medicina quanto o próprio Judiciário tem aceitado esta prática, ainda nova no país. Se ficará esta regulamentada como revogada, a espelho da Alemanha, autorizada, como na Inglaterra, ou mesmo condicionada, à exemplo da Espanha, só o tempo dirá, após a análise concreta das necessidades e cultura brasileiras.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, G. **Justiça autoriza professora a usar sêmen de marido morto no Paraná.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/05/justica-autoriza-professora-usar-semen-de-marido-morto-no-parana.html>>. Acesso em 02.11.2013.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.358/1992.** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em 29.10.2013.

BRASIL. SENADO, A. **Proposição regula uso de sêmen de marido ou companheiro morto em inseminação artificial.** Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2011/12/26/proposicao-regula-uso-de-semen-de-marido-ou-companheiro-morto-em-inseminacao-artificial>>. Acesso em 02.11.2013.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. **Direito das Sucessões.** 3 ed. Editora RT. 2007.

CORRÊA, BRUNA, R. **Direito à sucessão na inseminação artificial assistida pos mortem.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=%20revista_artigos_leitura&artigo_id=13213>. Acesso em 20.11.2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões.** 3 ed. Editora RT. 2013.



COCO, BRUNA, A. **Reprodução assistida post mortem e seus aspectos sucessórios.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida-post-mortem-e-seus-aspectos-sucess%C3%B3rios>>. Acesso em 02.11.2013.

DA COSTA, ROSINETE, C. **Sucessão em geral: Vocação hereditária e capacidade sucessória.** Disponível em: <<http://www.mestremidia.com.br/ead/mod/resource/view.php?id=843>>. Acesso em 02.11.2013.

DE MENEZES, R. **Direito das Sucessões: Aula 05.** Disponível em: <<http://rafaeldemenezes.adv.br/assunto/Direito-das-Sucess%C3%B5es/9/aula/5>>. Acesso em 28.10.2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Vol. 6. Editora Saraiva. 2013.

ESPANHA. **Lei nº 14/2006**, de 26.05.2006. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/114-2006.html>. Acesso em 08.11.2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol. 7: Direito das Sucessões.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, LUANA, G. **Os reflexos sucessórios da inseminação artificial homóloga post mortem.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24694/os-reflexos-sucessorios-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem>>. Acesso em 02.11.2013.

DA ROSA, Conrado Paulino. **Novas Regras de Reprodução Assitida destacam saúde da mulher e direitos reprodutivos para todos.** Disponível em: <<http://www.conradopaulinoadv.com.br/index.php/novas-regras-de-reproducao-assistida-destacam-saude-da-mulher-e-direitos-reprodutivos-para-todos/>>. Acesso em 22.04.2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22/04/2014.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10.01.2002. <Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 22.04.2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2013/13.** Íntegra disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em 22.04.2014.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **O direito civil em face das novas técnicas de reprodução assistida.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-civil-em-face-das-novas-t%C3%A9cnicas-de-reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida>>. Acesso em 22.04.2014.

SIMSEN, Hedi. **A Sucessão Testamentária no Brasil.** Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Heidi%20Simsen.pdf>>. Acesso em 22.04.2014.

SILVA, Danúbia Cantieri. **Direito sucessório da companheira à luz do princípio da isonomia.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13216&revista_caderno=14>. Acesso em 23.04.2014.

DA SILVEIRA, Gabriella Nogueira Tomaz. **Inseminação artificial post mortem e suas implicações no âmbito sucessório.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11926&revista_caderno=6>. Acesso em 23.04.2014.