

INSEMINAÇÃO PÓSTUMA: O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO

INSEMINATION POSTHUMOUS: THE RIGHT OF SUCCESSION OF EMBRYO

Annila Carine da Cruz - Mestranda em Direito Negocial pela UEL.

RESUMO

Nos dias atuais, graças ao progresso da ciência, já é possível gerar um ser depois do falecimento dos progenitores biológicos, no entanto, esta é uma situação atípica quando o assunto envolve filiação e direito sucessório. No ordenamento jurídico brasileiro, a falta de regulamentação específica encontra problemas para determinar o reino do que é lícito, fazendo com que os julgadores necessitem invocar princípios éticos, sociológicos, filosóficos e até religiosos para dar uma solução aos litígios referentes à reprodução assistida. Neste contexto, cabe aos legisladores elaborarem leis específicas, eis que não se pode conceber que no ordenamento pátrio atual haja qualquer restrição legal que impeça ou dificulte a efetivação dos direitos inerentes aos embriões provenientes de fecundação *post mortem*.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Inseminação póstuma. 2. Direito sucessório. 3. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

Nowadays, thanks to the progress of science, it is possible to generate a being after the death of the biological parents, however, this is an atypical situation when it involves affiliation and inheritance law. In the Brazilian legal system, the lack of specific regulation problems is to determine the realm of what is lawful, causing the judges need to invoke ethical, sociological, philosophical and religious to give a solution to disputes relating to assisted reproduction. In this context, it is up to lawmakers drafting specific laws, behold, it is inconceivable that the current parental order is no legal restriction that prevents or hinders children's rights from post mortem fertilization.

KEYWORDS: 1. Posthumous insemination. 2. Inheritance law. 3. Dignity of the Human Person.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o progresso do conhecimento científico tornou tecnicamente possível a realização de intervenções na vida pré-natal, o que até então era inimaginável aos olhos das gerações precedentes.

A revolução biotecnológica já permite o acesso à totalidade do nosso material genético, ameaçando desnaturar a identidade humana e fabricar “novos seres” não previstos nos planos da natureza, mas sim planeados pela ciência.

Hoje, a falta de regulamentação encontra obstáculos para determinar o reino do que é lícito, tanto na perspectiva ética quanto na jurídica.

A fecundação homóloga realizada após a morte do doador (*post mortem*) é exemplo da evolução científica que ainda não fora regulamentada de forma precisa na legislação brasileira. Tentando superar essa omissão legislativa, inúmeras são as opiniões doutrinárias que buscam suprir essa lacuna, principalmente no tocante ao direito de filiação e ao direito sucessório.

Este trabalho busca invocar os consagrados princípios constitucionais, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade humana e da igualdade entre os filhos, independente da situação jurídica dos pais, eis que não se pode conceber que no ordenamento pátrio haja qualquer ressalva legal que restrinja os direitos das crianças provenientes deste tipo de fecundação.

2. PRINCIPAIS ASPECTOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

No ordenamento jurídico brasileiro, para que se possa realmente compreender o conceito e fixar os principais aspectos da reprodução assistida, é necessário que se tenha algum conhecimento prévio a respeito de seu histórico.

Stela Marcos de Almeida Neves Barbas (2006, p. 27/42), em sua dissertação de mestrado, sintetiza de forma brilhante a evolução genética, desde a Grécia Antiga até os tempos atuais.

Como evidenciado na pesquisa da autora, os gregos foram os primeiros a dar importantes contribuições para a ciência da embriologia. Os primeiros registros desses estudos encontram-se nos livros de Hipócrates, médico grego famoso do século V A.C., considerado por muitos como o Pai da Medicina.

No século IV A.C., Aristóteles elaborou um tratado de embriologia onde defendeu que só a semente masculina continha o princípio da vida.

Galeno, no século II D.C., num livro sobre a formação do feto, descreveu o desenvolvimento dos embriões.

O cientista alemão Ludwig Jacobi, no século XVIII, especificamente no ano de 1767, realizou experiências genéticas com peixes. Alguns anos mais tarde, o professor italiano Lazzaro Spallanzani sujeitou cães a este gênero de experiência dando origem ao nascimento de três crias de uma cadela de raça Barbetto.

No início do século XIX, o processo foi aplicado a éguas, vacas e ovelhas, e no final daquele século, Elie Ivanoff, patologista de origem russa, estendeu com sucesso o seu uso a outros animais, utilizando técnicas que ainda hoje são observadas.

O primeiro ensaio num ser humano verificou-se em 1785 quando Thouret, decano da Faculdade de Medicina de Paris, fecundou a sua mulher estéril com uma injeção intravaginal do seu esperma.

Durante a Segunda Guerra Mundial propagaram-se nos EUA os bancos de sêmen e foram inúmeras as inseminações realizadas pelo exército americano, que transportava, por avião, esperma dos soldados que lutavam no Pacífico. Registram-se 20.000 (vinte mil) nascimentos fruto da aplicação daquela técnica. Todos os filhos foram considerados legítimos por decisão, sem precedentes, tomada pelo juiz Henry Greenberg, do Supremo Tribunal de Nova Iorque¹ (BORRELI MACIA, 1954 apud BARBAS, 2006, p. 31).

Desde então, se iniciou uma corrida revolucionária genética, cujos conhecimentos gerados consagraram-se no chamado Projeto Genoma Humano.

Atualmente, inúmeras técnicas de reprodução assistida vêm sendo utilizadas no Brasil, com o intuito de reverter os problemas biológicos de infertilidade, todavia sem a devida regulamentação jurídica.

O Código Civil de 2002, mais especificamente em seu artigo 1.597, dispõe genericamente sobre algumas técnicas de reprodução assistida. *In verbis*:

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;

¹ BORRELI MACIA. La Persona Humana, Bosch, Barcelona, 1954, p. 82.

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.** (grifou-se)

Extraí-se do presente artigo que, com a inclusão dos incisos III, IV e V, teve o legislador a intenção de constatar, no texto legal, a existência das técnicas de reprodução assistida, bem como resguardar os direitos dos filhos havidos de fecundação artificial homóloga *post mortem*, *in vitro* e inseminação artificial heteróloga, com a prévia autorização do marido.

Vale esclarecer que, embora tal dispositivo seja aplicado a inúmeros casos cujo objeto jurídico verse sobre o direito a filiação e a reprodução assistida, contudo, outros tantos casos permanecem sem resposta. Sobre o tema, Silvio de Salvo Venosa (2003) defende que "o Código Civil de 2002 não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata a existência da problemática e procura dar solução exclusivamente ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por opção do legislador".

Adiante, adentrando no aspecto biológico da matéria, torna-se necessário esclarecer alguns conceitos técnicos.

Segundo Andrea Aldrovandi (2002) "a reprodução humana assistida é, basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade".

A especialista Cristiane B. Vasconcelos (2006, p. 13) explica que:

"No concernente ao lugar da fecundação, a procriação assistida pode ser intracorpórea, sempre que a fecundação ocorre *in vivo*, ou seja, na cavidade uterina da mulher, ou extracorpórea, quando ocorrer *in vitro*, ou seja, a união dos gametas (concepção) é viabilizada, prescindindo-se de ato sexual".

(...)

A inseminação artificial possui três modalidades: (I) inseminação clássica: técnica na qual o sêmen é injetado na vagina ou na cavidade uterina; (II) inseminação intraperitoneal direta: método no qual o sêmen é inserido na cavidade abdominal, próximo aos ovários, para que as próprias tubas uterinas capturem os espermatozoides, da mesma forma que capturam os óvulos; (III) inseminação intrafolicular direta: modalidade na qual o sêmen é injetado no folículo ovariano pouco antes de ocorrer a ovulação”.

Dependendo da origem dos gametas, a inseminação ou fertilização será homóloga ou heteróloga. Será homóloga quando a fecundação se der entre gametas originados dos futuros pais da criança, pressupondo-se a existência de vínculo jurídico de natureza familiar (casamento ou união estável) entre o homem e a mulher em cujo organismo será depositado o sêmen do marido. Será heteróloga², quando os espermatozoides ou os óvulos, ou ambos utilizados na fecundação, são provenientes de terceiros, alheios à relação matrimonial, que não serão os futuros pais da criança gerada.

Neste contexto, não resta dúvida de que esses métodos científicos de reprodução assistida auxiliam na formação de uma família, contemplando-a com o filho desejado. Porém, 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.

Cada vez mais atual, a reprodução assistida trouxe à tona várias situações inesperadas que podem efetivamente ocorrer no mundo jurídico. No Direito Brasileiro, inúmeras questões controvertidas permanecem sem solução, dentre elas, as que dizem respeito ao direito sucessório. As discussões se intensificam quando o assunto envolve a inseminação póstuma.

3. O DIREITO A REPRODUÇÃO ASSISTIDA APÓS A MORTE DO DOADOR

Atualmente, graças aos progressos da ciência, já é possível gerar um ser depois do falecimento dos progenitores biológicos. No entanto, esta é uma situação atípica quando o assunto envolve filiação e direito sucessório.

² A fertilização artificial heteróloga é recomendada em casos de infertilidade grave ou definitiva, como a aspermia, e também para evitar a transmissão de doenças hereditárias graves (RIGO, Gabriella Bresciani, 2009).

Diante desta situação, inúmeras questões são levantadas: o embrião formado posteriormente a morte do marido se beneficia da presunção de paternidade? Devido ao fato de o embrião não estar concebido à data da abertura da sucessão, pode o mesmo ser herdeiro? A quem deve caber o direito de decidir sobre a utilização do embrião nos casos de morte de um dos progenitores?

Pelo pouco exposto, percebe-se que inúmeros são os questionamentos que vêm tateando o judiciário brasileiro, fazendo com que os julgadores necessitem invocar princípios éticos, sociológicos, filosóficos e até religiosos para dar uma solução aos litígios referentes à reprodução assistida.

No direito comparado, países como a “Inglaterra, Austrália e alguns Estados dos EUA permitem a reprodução com o uso do sêmen de homem que já morreu quando há uma autorização prévia. Na Alemanha, Suécia, França, Itália e Canadá, o procedimento é vetado. Já a Bélgica e a Grécia, por exemplo, liberam a reprodução póstuma mesmo sem o consentimento anterior”. (COLLUCCI, 2010)

No Brasil, o direito ao planejamento familiar está regulado pela Lei nº 9.263/96, que declara no seu artigo 3º, parágrafo único, inciso I, que todo cidadão tem direito “a assistência à concepção e contracepção”, bem como expõe no artigo 9º que é dever do Estado oferecer “todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”. Ademais, segundo Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 139 – 149) “deve-se observar que do direito de procriação inerente aos pais decorre, também, os direitos da criança que devem ser analisados”.

Durante muito tempo a Biologia considerou pai unicamente o homem que, através da cópula, fecundava a mulher e, como mãe, a mulher que carregava em seu ventre o feto e o colocava no mundo. Hoje, com os avanços da ciência médica, a paternidade e a filiação, assentados no ato sexual, podem ser contestados (LIMA, 2004, p. 252).

Com a edição da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer em seu artigo 227, § 6º o princípio da igualdade entre os filhos³, o ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no que tange ao direito de família, sofreu mudanças radicais, tendo os seus antigos princípios aniquilados. Com o advento das técnicas de reprodução

³ “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 (Art. 227, § 6º, da Constituição Federal/88)”.

assistida, a disciplina de filiação sofreu nova reforma, e o Código Civil teve que se readaptar à nova realidade.

O artigo 1.597 do Código Civil de 2002, já transcrito anteriormente, expõe que a filiação é determinada, até hoje, na ideia de presunção. Ocorre que, tradicionalmente, a presunção de filiação tinha o assento puramente biológico, ao passo que hoje, com as técnicas de reprodução artificial, a matéria tornou-se, até certo ponto, ultrapassada e carente de uma nova releitura.

Aprofundando um pouco mais no tema proposto, o inciso III do artigo 1.597 trata da fecundação artificial homóloga, deixando claro que se presume concebido na constância do casamento o filho havido por reprodução assistida, mesmo que finado o marido.

Embora o conteúdo deste inciso III seja genérico, de certa forma traz em seu bojo a intenção do legislador em garantir os interesses do embrião concebido pelo método de inseminação homóloga após a morte do doador.

No cenário jurídico brasileiro a inseminação artificial *post mortem* está no centro dos debates no direito de família. Recentemente, em Curitiba – Estado do Paraná, uma mulher que desejava engravidar do marido falecido conseguiu liminar que determinou a realização da fertilização pela clínica que guardava o sêmen congelado do cônjuge morto pelo câncer. Neste contexto, segundo artigo publicado por Evandro Fadel (2010), útil se faz compartilhar esta história bem como parte da sentença proferida pelo juiz Alexandre Gomes Gonçalves, da 13ª Vara Cível de Curitiba.

O caso envolve a professora Kátia Lernerneier, de 38 anos, que no dia 17 de maio de 2010, conseguiu uma liminar determinando que a Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia (Androlab), de Curitiba, realizasse inseminação artificial com o sêmen congelado de seu marido morto, Roberto Jefferson Niels, de 33 anos, vítima de câncer.

O laboratório alegava não poder realizar a intervenção devido ao fato de, no termo assinado quando da coleta, não constar expressamente qual a destinação do sêmen, conforme resolução do Conselho Federal de Medicina, de 1992, que trata da ética na utilização de técnicas de reprodução assistida.

Assim, a professora procurou a ajuda de um advogado e conseguiu demonstrar em juízo, com declarações de familiares e amigos, que a vontade de seu marido era ter um filho.

Neste caso, foi o entendimento do juiz Alexandre Gomes Gonçalves, da 13ª Vara Cível de Curitiba:

"Não parece, porém, que essa manifestação de vontade deva ser necessariamente escrita; deve ser, sim, inequívoca e manifestada em vida, mas sendo também admissível a vontade não expressada literalmente, mas indiscutível a partir da conduta do doador - como a do marido que preserva seu sêmen antes de submeter-se a tratamento de doença grave, que possa levá-lo à esterilidade e incentiva a esposa a prosseguir no tratamento".

De acordo com o trecho da sentença transcrita percebe-se claramente a tendência do judiciário brasileiro em defender o direito de procriação inerente aos pais, ainda que morto o doador, visando a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, em que pese a sentença esclareça que a manifestação da vontade do doador deve ser inequívoca e manifestada em vida, todavia, não exige que seja necessariamente escrita, o que mostra que não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do consentimento dado em vida, ainda que não literal, e imponha a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima este tipo de inseminação.

Assim, a prática da fertilização artificial *post mortem* vem se ajeitando, no que tange ao direito de família, aos moldes do “novo modelo familiar contemporâneo”. Dificuldade de adequação também há na área sucessória.

4. O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO

De acordo com a Constituição Federal de 1988, a herança é considerada direito fundamental, devidamente amparada pelo artigo 5º, inciso XXX, portanto, cláusula pétrea.

Neste contexto constitucional, Maria Helena Diniz ensina que “o direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplina a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou de testamento” (2004, p. 03).

Assim, com a morte do autor da herança, o sucessor passa a tomar a posição jurídica do falecido, sem que haja qualquer modificação na relação de direito, que permanece a mesma, apesar da mudança do sujeito.

Todavia, é essencial para a identificação da pessoa do herdeiro, a sua posição jurídica dentro da ordem de vocação hereditária ou em função do testamento.

De acordo com o artigo 1.798 dispõe o Código Civil que são legítimos a suceder somente as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Acontece que com as técnicas atuais de inseminação artificial é possível o nascimento de filho após a morte do autor da herança, sem que tenha havido prévia concepção, basta conservar o material genético para que terceiro o utilize após o falecimento.

Nesse sentido registra Guilherme C. N. da Gama: (2003, p. 732):

"(...) é possível que o sêmen, o embrião, e também o óvulo - quanto a este, as experiências científicas são mais recentes - possam ser criopreservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida".

Assim, o Código Civil trouxe uma única solução ao tema, conforme artigo 1.799, inciso I:

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.

Com a atual redação deste artigo, extrai-se que o filho concebido *post mortem* só poderá herdar por força de testamento, ou seja, não integrará o rol de herdeiros legítimos.

Adiante, o Código Civil determina, no artigo 1.800, § 4º, um prazo para a concepção da prole eventual:

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.

(...)

§ 4º 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.

Assim, percebe-se que o legislador abriu um precedente, ainda que por um breve período de tempo, da existência de direitos sem sujeito. Com isso, embora a legislação não tenha dado uma solução definitiva à controvérsia, ainda assim, determinou que os bens reservados a prole eventual ficassem confiados a um curador nomeado pelo juiz.

Como evidenciado, o tema não comporta unanimidade e três correntes discutem a possibilidade de direitos sucessórios a essa espécie de filiação (RODHOLFO, 2009): a **primeira corrente** chamada de restritiva não concede nenhum direito a essa filiação, nem mesmo direito ao reconhecimento da paternidade. A **segunda corrente** chamada de parcialmente restritiva reconhece o direito ao reconhecimento da paternidade, mas não vê possibilidade de sucessão por tal procedimento ser vedado pelo próprio código civil. A **terceira corrente** na verdade se subdivide em duas: a que concede direito a paternidade e direito a sucessão, desde que a inseminação tenha sido autorizada em vida e confirmada em testamento, que a mulher continue viúva e o nascimento aconteça no prazo de 2 anos da abertura da sucessão; já a outra subcorrente defende que há o direito de reconhecer a paternidade e também o direito a sucessão legal, independente de testamento, já que constitucionalmente é proibida a distinção entre filhos.

De acordo com a primeira corrente, que é a minoritária, a criança concebida pela inseminação artificial homóloga *post mortem* não deve ter reconhecido o direito a sucessão, nem mesmo o direito a paternidade. De acordo com esta teoria, defende-se a ideia de que ainda não houve a formação do embrião, apenas a doação do material genético (sêmen) no momento do falecimento do cônjuge, de modo que não se cogita interpretação extensiva da norma que tange à presunção de paternidade contida no artigo 1.597, inciso IV, do Código Civil, o qual expõe claramente que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga.

Já a segunda corrente, que defende o direito ao reconhecimento da paternidade, mas que rejeita a possibilidade de sucessão legal, encontra fundamento no artigo 1.798 do Código Civil vigente, pois de acordo com este artigo só estariam legitimados a suceder as pessoas já nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão e no caso da inseminação após o falecimento do progenitor biológico, o material genético (sêmen ou óvulo) do *de cujus* é fertilizado após a sua morte. Nestes casos, por ter sido a fertilização realizada após a morte do progenitor, não há que se falar em direitos sucessórios daquele que ainda não nasceu.

Sobre esta corrente, leciona Eduardo de Oliveira Leite (2003, p.110):

“Quanto à criança concebida por inseminação *post mortem*, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização do sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no do direito das sucessões. Nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão”. E conclui: “solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto da inseminação *post mortem*”.

Por fim, a terceira e última corrente subdivide-se em duas:

A primeira subdivisão entende que deve ser concedido o direito a paternidade e o direito a sucessão, desde que a inseminação tenha sido autorizada em vida e confirmada em testamento, que a mulher continue viúva e o nascimento aconteça no prazo de 02 anos da abertura da sucessão. Tal posicionamento é sustentado com fulcro no artigo 1.800, § 4º, do Código Civil, já acima transcrito, e no Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal, que visa delimitar a interpretação do artigo 1.597, inciso III, do Código Civil, com o seguinte conteúdo:

ENUNCIADO 106 – 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 seu material genético após a morte.

Deste modo, além da indispensável autorização escrita do cônjuge falecido, a mulher deverá estar na condição de viúva para que possa ser fertilizada

artificialmente, gerando um filho do *de cuius*. De acordo com o artigo 1.598 do Código Civil, esta exigência tem razão de ser, pois afasta a presunção da paternidade do segundo marido, enquanto conservada a condição de viúva. *In verbis*:

Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do artigo 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597.

Já a segunda subdivisão defende que o direito à paternidade do filho concebido pela inseminação *post mortem* deve ser reconhecida e também o direito a sucessão legal, independente de testamento, já que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, § 6º, estabelece o princípio da igualdade entre os filhos, proibindo qualquer forma de distinção.

Analisando todas estas correntes, concorda-se com a última teoria (segunda subdivisão), visto ser a mais coerente e adequada ao caso concreto, até porque no Brasil as pessoas não têm o hábito de fazer testamento, restando o filho concebido pela inseminação artificial *post mortem* prejudicado em relação aos demais herdeiros, pois só poderia participar da sucessão na qualidade de herdeiro testamentário.

Sobre o tema, Albuquerque Filho (2011) leciona:

“A possibilidade de não se reconhecer direitos à criança concebida mediante fecundação artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno. Pune-se o desejo de ter um filho, de realizar um sonho. Pune-se o amor que transpõe barreiras temporais, o amor perene, o amor verdadeiro, a fim de se privilegiar supostos direitos patrimoniais dos demais herdeiros. Tal perspectiva vai de encontro aos modernos princípios do direito de família, especialmente aos princípios da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana”.

Por fim, verifica-se que no Brasil a situação está longe de ser pacificada, todavia, acredita-se que, independentemente da forma de exigibilidade da herança, no âmbito sucessório deve prevalecer a obediência aos princípios da dignidade da pessoa

humana, da liberdade de planejamento familiar e da igualdade entre os filhos, ampliando-se o rol de legitimados do artigo 1.798 do Código Civil.

5. CONCLUSÃO

Graças à evolução científica, atualmente um casal pode gerar filhos de maneira artificial, pelo fato de a concepção natural não lhes ser possível, não devendo a legislação fazer qualquer diferenciação entre os filhos concebidos de maneira diversa da natural. O mesmo se aplica aos casos em que, falecido o marido, a mulher se presta a inseminação *post mortem*.

Assim, se comprovado o desejo do marido, independente de consentimento escrito, não há ilegalidade e nem possibilidade de diferenciação alguma, visto que o embrião concebido faz sim parte de um projeto parental.

No tocante ao âmbito sucessório, nosso Código Civil de 2002 só fez alusão a sucessão testamentária de filhos ainda não concebidos (art. 1799, inc. II do Código Civil). Todavia, tratando-se de sucessão legítima, nosso ordenamento não faz menção alguma.

Neste contexto, com fundamento no princípio constitucional que confere ao cidadão o direito à procriação, não pode, por exemplo, uma viúva cujo falecido marido deixou depositado o material genético necessário para que seja gerada uma criança, ter negado este direito. Pelo contrário, tal decisão deve ser respeitada e o desejo por parte de quem não vive mais no momento da fecundação deve ser mantido, visando a concretização do princípio fundamental da dignidade humana.

Por fim, conclui-se que o direito da criança deve ser preservado e que o embrião proveniente de inseminação *post mortem* não deve ser excluído da sucessão hereditária, sendo medida de justiça outorgar-lhe o tratamento de prole eventual, com direito de petição de herança, ampliando-se o rol de legitimados do artigo 1.798 do Código Civil.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Fecundação Artificial post mortem e o Direito Sucessório.** Disponível em: www.esmape.com.br/downloads/mat_prof_mariarita/prof_maria_rita_7.doc. Acesso em: 08/04/2014.

ALDROVANDI, Andrea. **A reprodução assistida e as relações de parentesco.** Jus Navigandi, maio de 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3127/a-reproducao-assistida-e-as-relacoes-de-parentesco/1>>. Acesso em: 02/04/2014.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Nevez. **Direito ao Patrimônio Genético.** Coimbra: Edições Almedina, 2006.

COLLUCCI, Cláudia. **Reprodução pós- morte é pouco comum no país.** Folha. UOL, 23 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/739271-reproducao-pos-morte-e-pouco-comum-no-pais.shtml>>. Acesso em: 02/04/2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões.** 18ª ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

FADEL, Evandro. **Notícias RHA.** O Estado de São Paulo - Vida & Saúde, 25 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.fertility.com.br/midia/noticias.aspx?i=562>>. Acesso em 04/03/2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil: do direito das sucessões.** Volume XXI. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LIMA, Taisa Maria Macena de. **Filiação e Biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas.** In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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: 02/04/2014.

RODHOLFO, João. **Inseminação artificial após a morte**. 29 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://nalei.com.br/alta-tensao-inseminacao-artificial-apos-a-morte-1897/>>. Acesso em: 19/04/2014.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano *in vitro* na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **A reprodução assistida e seus aspectos legais**. *Jornal da Ciência*, 02 de junho de 2003. Disponível em: <<http://www.jornaldaciencia.org.br/Detail.jsp?id=7402>>. Acesso em: 02/03/2014.