



Centro Universitário de Brasília - UNICEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

GABRIELA SEABRA MENDES GOMES

**A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM* E AS IMPLICAÇÕES
JURÍDICAS DESENCADEADAS NO ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO**

Brasília
2015

GABRIELA SEABRA MENDES GOMES

**A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM* E AS IMPLICAÇÕES
JURÍDICAS DESENCADEADAS NO ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Orientadora: Prof. Maria Heloisa Fernandes.

Brasília
2015

GABRIELA SEABRA MENDES GOMES

A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM* E AS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DESENCADEADAS NO ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Orientadora: Prof. Maria Heloisa Fernandes.

Brasília-DF, 06 de novembro de 2015.

Banca Examinadora

Prof. Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

Dedico este trabalho aos meus pais, Luciana e Nilton, sem os quais eu jamais poderia ter chegado até aqui. Agradeço a eles pelo amor incondicional e total dedicação dispensados todos estes anos. Por todo o esforço e investimento realizado em mim e pela tamanha preocupação com o meu futuro profissional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por toda força, graça e misericórdia a mim concedidas durante esta jornada. Agradeço a Ele pelo cuidado e zelo constante e amor imensurável, que me permitiram chegar até aqui e concluir mais essa etapa.

Aos meus pais, por todo o esforço dispensado, para que tudo isso fosse possível e real na minha vida. Agradeço a eles pelo exemplo diário de retidão, honestidade, garra e perseverança. Obrigada por acreditarem em mim, me impulsionando a extrapolar os limites medíocres que criava em minha mente.

Ao meu namorado e melhor amigo, Victor, agradeço por ter escolhido me amar, assumindo o papel de companheiro e parceiro de todas as horas, por ter sido ombro amigo nos momentos difíceis, pelas palavras de incentivo, quando descreditei. Obrigada por ser companhia sempre presente nos momentos de alegria e de crise. Te agradeço por tanto amor e carinho que demonstra por mim diariamente.

E a todos aqueles que de forma direta ou indireta contribuíram para a conclusão dessa etapa.

*O temor do Senhor é o princípio do saber, mas os loucos desprezam a sabedoria e o ensino.
Provérbios de Salomão 1:7*

RESUMO

O presente trabalho busca explorar e aprofundar o estudo a cerca dos direitos sucessórios e de filiação pertencentes ao filho concebido pela via da reprodução assistida homóloga *post mortem*. Antes de se adentrar ao cerne da problemática tratada no presente estudo, necessário foi abordar, no primeiro capítulo, no que consiste a reprodução assistida e suas técnicas, assim como, no segundo capítulo, foi preciso realizar uma análise dos essenciais princípios consagrados pela Constituição Federal e pelo Direito de Família que envolvem o tema trabalhado, construindo, assim, um panorama principiológico do ordenamento jurídico brasileiro, por fim, no terceiro capítulo, buscou-se apresentar uma abordagem da lei civil sobre a filiação e a sucessão sob a ótica dos concebidos *post mortem*, analisando as principais correntes doutrinárias que se desenvolveram em razão do presente tema. A metodologia escolhida e utilizada se constituiu na modalidade exploratória, pela pesquisa realizada em livros, artigos científicos, jurisprudência e na própria legislação. Hodiernamente, vislumbra-se que no ordenamento jurídico brasileiro há efetiva ausência de normatização específica sobre o direito sucessório do concebido após o falecimento do titular da herança, tal vácuo legislativo vem gerando controvérsias jurídicas, que somente a edição de legislação regulamentadora poderia por fim à discussão existente e à insegurança gerada ao infante.

Palavras-chave: Reprodução assistida homóloga *post mortem*. Princípios constitucionais. Direito sucessório. Filiação.

ABSTRACT

This paper seeks to explore and deepen the study about inheritance tax and membership belonging to the child conceived by means of assisted reproduction homologous post mortem. Before entering to the problematic core treated in this study required was to address, in the first chapter, consisting assisted reproduction and techniques, as well as in the second chapter, it was necessary to conduct an analysis of the essential principles enshrined in the Federal Constitution and the Family Law involving the theme worked, building thus a panorama of principles of Brazilian law, finally, in the third chapter, we sought to file a civil law approach to membership and succession from the perspective of designed post mortem, analyzing the main doctrinal currents that have developed because of this issue. The methodology chosen and used consisted in exploratory mode, the research carried out in books, scientific articles, case law and legislation itself. In our times, one sees that the Brazilian legal system's effective absence of specific regulation on succession rights of the conceived after the death of the owner of the estate, such legislative vacuum has generated legal disputes, only the issue of regulatory legislation could end the discussion existing and insecurity generated the infant.

Keywords: homologous assisted reproduction *post mortem*. Constitutional principles. Inheritance law. Affiliation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA	12
2.1 DAS TÉCNICAS UTILIZADAS NA REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA	12
2.2 DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>	16
2.3 DA NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO TITULAR PARA VIABILIZAR A UTILIZAÇÃO DO MATERIAL GENÉTICO <i>POST MORTEM</i>	18
3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS QUE PERMEIAM A QUESTÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>	28
3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS SOBRE PRINCÍPIO E REGRA	28
3.2 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	31
3.3 PRINCÍPIOS DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR, O DIREITO DE PROCRAR E O DEVER DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL	32
3.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS	35
3.5 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	37
3.6 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR	39
3.7 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	40
4 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>, O DIREITO SUCESSÓRIO E A CARÊNCIA LEGISLATIVA	42
4.1 O ARTIGO 1.597, III DO CÓDIGO CIVIL E A PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE NOS CASOS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>	42
4.2 O ARTIGO 1.798 DO CÓDIGO CIVIL: O REQUISITO DA COEXISTÊNCIA COMO PRESSUPOSTO FÁTICO DA CAPACIDADE SUCESSÓRIA	46
4.3 A CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA ACERCA DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DO <i>INSEMINADO POST MORTEM</i>	48
4.4 DO PRAZO PARA A REALIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>	56

4.5 A INEXISTÊNCIA DE LEI REGULAMENTADORA SOBRE O ASSUNTO, A NECESSIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 1.798 FRENTE AO ARTIGO 1.597, III, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL E A INDISPENSABILIDADE DA REALIZAÇÃO DE PONDERAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA	60
4.5.1) Da indispensabilidade da realização de ponderação principiológica	65
4.5.2) Da relativização dos requisitos do artigo 1.798 frente ao artigo 1.597, III, ambos do Código Civil, em razão dos princípios jurídicos constitucionalmente consagrados.....	69
5 CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS.....	80

1 INTRODUÇÃO

No campo da paternidade ou de sua presunção, em se tratando de biotecnologia, a opção jurídica, psicológica e científica a serem escolhidas devem ser sempre as que seguem o sentido de afirmar o homem como pessoa infungível e portadora de dignidade inalienável. Isto é dito, tendo em vista que durante a maior parte do século XX perdurou, em relação ao ser humano, a dicotomia “pessoa-coisa”, até que as evoluções científicas e tecnológicas, que possibilitaram o isolamento, bem como, a criopreservação de embriões, acabou trincando os alicerces do referido binômio.¹

Assim, a necessidade humana de se afastar a esterilidade, remontam há séculos de experiências, no sentido de tentar oferecer, aos casais com problemas de fertilidade, chances idênticas às que os férteis têm de gerar filhos.²

Noutro ponto, sabe-se que o Poder Legislativo brasileiro caminha a passos lentos, se comparado com o processo constante e latente de metamorfose intrínseco às gerações atuais da nossa sociedade, tendo em vista o grandioso e largo poder de influência e manipulação, nunca antes visto, da mídia, da ciência e da tecnologia sobre os seres.

Ocorre que isto tem gerado um descompasso prejudicial entre as previsões legais e os anseios da sociedade, dando ensejo a grandes discussões dentro de ramos diferentes do saber, o que acarreta grande insegurança jurídica às relações sociais, as quais ficam reféns e subordinadas ao juízo de valor e sentimento de equidade dos operadores do direito e da medicina.

Neste sentido, a evolução bastante dinâmica e veloz da ciência, especificamente do campo da reprodução humana, trouxe a possibilidade de se manter viva a fertilidade de um homem já morto, o que desencadeou diversas consequências no âmbito jurídico sucessório, trazendo à baila questões que outrora não eram discutidas e nem legisladas, mas que, hoje, passaram a ser objetos de acirradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, as quais necessitam ser suprimidas pelo legislador, uma vez que mesmo com a edição do Código Civil de 2002, várias matérias relativas às técnicas de reprodução humana

¹ AGUIAR, Mônica. *Direito à Filiação e Bioética*. 1 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 56 e 57

²Ibidem.

artificial permanecem sem a regulamentação desejada, deixando algumas situações sem a efetiva normatização necessária.

Urge apontar que o ordenamento jurídico pátrio prevê a possibilidade da realização de procedimento artificial conceptivo homólogo após o falecimento do doador do material biológico, estabelecendo o vínculo paterno-filial entre o falecido e o infante, porém não determina qual o prazo que a viúva terá, após a abertura da sucessão, para fecundar seu oócito com o esperma do titular da herança, de forma a assegurar o direito sucessório do filho nascido, sem que ofenda a segurança jurídica da sucessão. Tal situação fez gerar posições controversas e divergentes dentro da doutrina brasileira, no âmbito do direito de família e sucessões, sobre se o infante teria, ou não, direito à herança, já que não era, sequer, concebido no momento da abertura da sucessão.

Por conseguinte, tendo em vista todas as consequências sociais e jurídicas desencadeadas pela utilização das técnicas médicas de reprodução humana, necessário é analisar, à luz dos princípios jurídicos constitucionalmente consagrados de direito de família e sucessões, se o nascituro advindo pela utilização dos métodos conceptivos artificiais terá os mesmos direitos sucessórios que os demais herdeiros da primeira classe.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo estudar as possibilidades de se reconhecer o direito sucessório daquele filho havido por reprodução assistida homóloga *post mortem*, como herdeiro legítimo, bem como, os reflexos no âmbito jurídico deste reconhecimento. Trata-se de trabalho hermenêutico de ponderação principiológica, aceitando-se a preponderância dos princípios do planejamento familiar, o da igualdade entre os filhos, o da dignidade da pessoa humana, sobre o da segurança jurídica, que, na presente hipótese, tem cunho predominantemente patrimonial.

Portanto, busca-se abordar a questão que trata sobre como deve ser inserido o direito das sucessões na reprodução assistida homóloga *post mortem*, em relação ao novo ser que há de vir, propondo uma relativização do art. 1.798 do CC, o qual dispõe que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, frente ao disposto no art. 1.597, III do CC, o qual estabelece que “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”, a fim de assegurar os direitos sucessórios do nascituro, que, de forma

alguma, pode ser penalizado pela morosidade do Poder Legislativo, em regulamentar a presente questão.

2 REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA

Neste primeiro capítulo, são abordadas as principais questões atinentes, ao tema da reprodução assistida, tais como, as técnicas de reprodução utilizadas pela medicina atualmente, explicando, *en passant*, o procedimento realizado em cada uma delas, principais diferenças entre reprodução assistida homóloga e heteróloga e, ainda, como os Tribunais brasileiros têm lidado com a presente questão.

2.1 DAS TÉCNICAS UTILIZADAS NA REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

Segundo os ensinamentos de Carlos Alberto Ferreira Pinto, o marco inicial da história da reprodução assistida se deu em 1780, quando o monge italiano, Lázaro Spallanzani, demonstrou ser possível a fecundação, sem que houvesse contato sexual direto entre uma fêmea e um macho, ao colher o sêmen de um cachorro e aplicar em uma cadela no cio, vindo esta a parir três filhotes.³

Atualmente, a idealização do projeto de parentalidade consiste em uma das principais “justificativas para o uso das técnicas de reprodução assistida por quem deseja ter um filho”,⁴ haja vista que a geração de descendentes nem sempre é possível pela forma natural, isto porque, de acordo com dados médicos, “um a cada seis casais no mundo ocidental apresenta problemas de fertilidade e, para 20% desses, o único método de tratamento é a reprodução assistida”.⁵

No campo da reprodução humana, a biotecnologia tem avançado de forma rápida e intensa, implementando inovadoras e diferentes técnicas de reprodução assistida, buscando auxiliar casais e, inclusive, pessoas solteiras, que sofrem com a dificuldade ou impossibilidade de procriação, oportunizando a reprodução desvinculada da relação sexual.

³ PINTO, Carlos Alberto Ferreira. *Reprodução assistida: inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório*. Recanto das letras. São Paulo, 28 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 08 maio 2015.

⁴ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edilson; BORGES, Janice Silveira. Alteração de vontade nas técnicas de reprodução humana assistida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 299.

⁵ PETRACCO, Alvaro; BADALOTTI, Mariangela; ARENT, Adriana Cristine. Bioética e reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1.

Neste sentido, visando efetivar e garantir a realização do projeto parental a todas as pessoas, no ano de 2009, foi promulgada a Lei nº 11.935, que alterou o art. 35-C da Lei nº 9.656/98, que tornou obrigatória aos planos de saúde a cobertura do atendimento médico nos casos de planejamento familiar, o que inclui tanto tratamentos contraceptivos quanto conceptivos.⁶

Noutro giro, no tocante aos tipos de técnicas de procriação artificial, cumpre destacar que, independentemente da técnica utilizada, a forma de reprodução medicamente assistida será definida de acordo com a proveniência do material biológico utilizado na fecundação.⁷ É homóloga a fecundação artificial realizada com gametas fornecidos pelo casal interessado no procedimento. Heteróloga é a fecundação feita a partir da utilização de gametas doados por terceiras pessoas estranhas ao casal ou à pessoa interessada no referido procedimento médico.⁸

A reprodução assistida se constitui em um conjunto de diferentes operações, que buscam unir, de forma artificial, os gametas feminino e masculino, para dar origem a um novo ser humano. Este conjunto de operações pode dar-se pelos métodos *Zibot Intra Fallopian Transfer* (ZIFT)⁹, o qual se realiza em transferência intratubária de zigotos¹⁰, e *Gametha Intra Fallopian Transfer* (GIFT), que é a transferência intratubária de gametas - Resolução, ROC nº 23/2011 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).¹¹

A fertilização *in vitro* ou ectogênese, também conhecida como bebê de proveta, se caracteriza pelo método ZIFT¹². Esta técnica é conhecida desde 1978, ano em que ocorreu, na Inglaterra, a primeira gestação pela fertilização *in vitro*. Entretanto, a utilização deste método de reprodução artificial, teve seu auge na década de 1980.¹³ Tal técnica consiste no processo de retirada do óvulo do interior do útero, a fim de que este seja fecundado na proveta com o espermatozóide fornecido pelo cônjuge, no caso da fertilização homóloga, ou por um

⁶ BRASIL. *Lei 11.935, 11 de maio de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11935.htm>. Acesso em: 12 maio 2015.

⁷ BALAN, Fernanda de Fraga. *A reprodução assistida heteróloga e o direito da pessoa gerada ao conhecimento de sua origem genética*. Direito net. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2544/A-reproducao-assistida-heterologa-e-o-direito-da-pessoa-gerada-ao-conhecimento-de-sua-origem-genetica>>. Acesso em: 06 maio 2015.

⁸ *Ibidem*.

⁹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 679.

¹⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 157.

¹¹ DINIZ, op. cit.

¹² *Ibidem*.

¹³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 34.

terceiro – fertilização heteróloga.¹⁴ Após a fertilização do óvulo, a implantação do embrião na cavidade uterina deve ocorrer entre cinco e nove dias.¹⁵

Neste procedimento médico, busca-se reproduzir em laboratório as condições necessárias para possibilitar que todos os processos fisiológicos, tais como, maturação folicular, fertilização e desenvolvimento embrionário, sejam obtidos *in vitro*,¹⁶ para que, somente depois, o embrião venha a ser introduzido no útero materno, por meio de um cateter especial, a fim de dar início ao processo de gestação.¹⁷ A técnica da fertilização *in vitro* deve ser adotada nos casos em que a mulher possui problemas nas trompas, endometriose ou ovários policísticos¹⁸

Doutra forma, é o procedimento de inseminação artificial, ou também chamada de fecundação *in vivo*. O referido método é a técnica mais antiga de reprodução assistida, havendo relatos de que já no ano de 1866 concretizou-se a primeira gravidez tida por esta via.¹⁹

A inseminação artificial se processa pelo método GIFT, em que a fecundação do óvulo é realizada no interior da cavidade uterina, sem que haja necessidade de qualquer manipulação externa do gameta feminino ou do embrião.²⁰ Por esta técnica, após a indução da ovulação, o sêmen é coletado e injetado para dentro das vias genitais femininas.²¹ O presente método de reprodução assistida é indicado, tão somente, como a última e única saída para casais, em que o cônjuge varão ou companheiro sofre com deficiência na ejaculação, malformação congênita, escassez ou anomalia morfológica dos espermatozoides, ou quando estes possuem baixa motilidade, entre outros problemas que culminam na infertilidade.²²

Vale frisar que, de acordo com a Resolução nº 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM), a reprodução assistida somente pode ser adotada quando outros métodos

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 679.

¹⁵ CHINELATO, Silmara Juny. *Questões controvertidas no Novo Código Civil*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas: parte geral do Código Civil*. vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 65.

¹⁶ DALVI, Luciano. *Curso Avançado de Biodireito: doutrina, legislação e jurisprudência*, Florianópolis: Conceito, 2008. p. 172-173.

¹⁷ DINIZ, op. cit.

¹⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 158.

¹⁹ MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 30.

²⁰ DINIZ, op. cit.

²¹ COLOMBO, Cristiano. *Da reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 130.

²² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 34.

terapêuticos tenham sido utilizados, mas restarem ineficazes ou forem considerados inapropriados. Além disto, o inciso II do item I das Normas Éticas para utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, constante na Resolução nº 1358/92 proferida pelo já citado Conselho, para a realização de quaisquer dos métodos de reprodução assistida, é necessário que “exista probabilidade efetiva de sucesso e não incorra em risco grave de saúde para a paciente ou ao possível descendente”,²³ tudo isto, para que seja vedado o uso indiscriminado de tais métodos reprodutivos.

Cabe ressaltar que, no Brasil, é proibida a fecundação de gametas femininos humanos que vise outra finalidade que não seja a reprodução humana, conforme regulamenta a Resolução do CFM nº 2.013/2013, Seção I, nº 5. Com efeito, o fim único da fertilização artificial é possibilitar que pessoas ou casais que sofrem com a infertilidade ou que tenham dificuldades de procriar²⁴ possam vencer tais obstáculos e efetivar o seu direito à descendência.

Assim, antes de dar prosseguimento ao presente trabalho monográfico, cumpre observar que o Código Civil, ao tratar da reprodução humana medicamente assistida, faz uma pequena confusão com os termos vocabulares técnicos utilizados na reprodução assistida, de acordo com o que constata o Enunciado 105 da I Jornada de Direito Civil aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, o qual ponderou que “as expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’, constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597, deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida’.”²⁵

Por fim, é válido ressaltar que além da citada confusão terminológica realizada pelo Código Civil, cumpre esclarecer, também, que o termo “fertilização” e “concepção” são sinônimos, embora, o primeiro vocábulo seja mais comum na linguagem médica, e o segundo, na linguagem jurídica.²⁶

²³ DALVI, Luciano. *Curso Avançado de Biodireito: doutrina, legislação e jurisprudência*, Florianópolis: Conceito, 2008. p. 192.

²⁴ *Ibidem*, p. 680.

²⁵ CHINELATO, Silmara Juny. *Questões controvertidas no Novo Código Civil*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas: parte geral do Código Civil*. vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 65.

²⁶ CHINELATO, Silmara Juny. *Questões controvertidas no Novo Código Civil*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas: parte geral do Código Civil*. vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 64.

2.2 DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

A expressão, “inseminação *post mortem*”, pode ser entendida de diversas formas. De acordo com Eduardo Alonso, ela pode referir-se ao caso

“em que o doador do sêmen ou doadores do embrião tenham falecido antes de seu emprego, ou implantação, em uma mulher receptora; implantação em mulher viúva, de um embrião humano em cuja formação não tenha tomado parte o esposo falecido; e a ***inseminação de uma mulher viúva com o sêmen do marido falecido, ou implantação do embrião fecundado com o sêmen deste***”.²⁷(Grifo nosso)

A grande problemática que gira em torno da inseminação *post mortem* limita-se a esta última hipótese trazida com destaque.²⁸ Com efeito, a inseminação póstuma viabilizou à viúva a realização da fertilização de seu ócito com o sêmen criopreservado de seu marido ou companheiro após a morte deste, vindo ela a gerar um filho de pai pré-morto, fato este que desenha o quadro gerado pela reprodução assistida homóloga *post mortem*.²⁹

Vale dizer que dentre as mais variadas técnicas de reprodução assistida, tais como inseminações artificiais, fertilizações *in vitro*, transferência intratubária de gametas e outras, a inseminação póstuma é o procedimento que, de longe, tem gerado inúmeros questionamentos e posições contraditórias na doutrina especializada.³⁰

Conforme os ensinamentos de Eduardo Oliveira Leite, o referido procedimento de reprodução assistida também tem sido chamado de intermediário, porque, não é homólogo e nem heterólogo, mas trata-se de inseminação de uma mulher viúva com o esperma de seu marido que já não existe, em razão de seu falecimento.³¹

²⁷ SERRANO, Eduardo Alonso. El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem. In: *II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX*, Madrid, 1988, p. 377.

²⁸ GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 188.

²⁹ WIDER, Roberto. *Reprodução assistida: aspectos do biodireito e da bioética*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 72.

³⁰ GOZZO, Débora e LIGIERA, Wilson Ricardo. op. cit.

³¹ GOZZO, Débora e LIGIERA, Wilson Ricardo, op. cit., p. 189.

Cumprе apontar, a título de curiosidade, que a inseminação póstuma só se torna possível, porque os materiais genéticos coletados são armazenados a aproximadamente uma temperatura de -196° C,³² o que permite a conservação do material por anos.

Por conseguinte, ressalta-se que a referida técnica de reprodução tem seu emprego limitado a casos específicos, como no caso em que o sêmen é extraído do marido, em razão de grave doença ou estado terminal de vida deste, e fertilizado em sua esposa somente após o falecimento dele, o que possibilita a preservação da fertilidade de um homem falecido que, em vida, correu riscos de esterilidade.³³

Sabe-se que em casos de doenças graves, em que o paciente deve se submeter a tratamentos longos e invasivos, as chances de cura não são frequentes e se fazem acompanhar da esterilidade, o que explica a principal razão da coleta e conservação do sêmen, que objetiva, acima de tudo, a garantia de filiação ao casal, em respeito ao projeto parental.³⁴

Todavia, não obstante mais de trinta anos de discussão a respeito do tema da inseminação póstuma, além da crescente utilização das técnicas de reprodução assistida, ainda há uma efetiva lacuna na lei brasileira a este respeito, especialmente no que tange ao direito à herança deste concebido *post mortem*.³⁵

A primeira vez em que a história do Biodireito se deparou com a inseminação póstuma foi na década de 1980, com o famoso caso “Parpalaix”. Narra-se do referido caso, que Alan Parpalaix descobriu ter câncer nos testículos. Porém, antes de dar início ao tratamento, advertido pelo seu médico sobre os riscos de infertilidade, Parpalaix procedeu à coleta e congelamento de seu sêmen, em uma Clínica especializada – CECOS, objetivando o seu uso futuro, uma vez que vivia em união estável com Corinne, com quem veio a constituir matrimônio e projetar o desejo parental. Os procedimentos terapêuticos aos quais Alan se submeteu ocorreram nos anos de 1982 e 1983, vindo ele a falecer, contudo, em 25 de dezembro de 1985.³⁶

³² LEVY, Laura Affonso da Costa. *Inseminação artificial post mortem e a reflexão constitucional*. Revista Síntese Direito de Família, São Paulo, v. 12, n. 65, p. 21 - 46, abr-maio. 2011. p. 36.

³³ GOZZO, Débora e LIGIERA, Wilson Ricardo. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 188.

³⁴ GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. op. cit., p. 189.

³⁵ GOZZO, Débora e LIGIERA, Wilson Ricardo. op. cit., p. 188.

³⁶ GOZZO, Débora e LIGIERA, Wilson Ricardo. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 191.

Nesta oportunidade, a viúva e os pais de Alan Parpalaix requereram junto ao banco de criopreservação, CECOS, o sêmen coletado, com a finalidade de realizar a inseminação de Corinne. Entretanto, ambos pedidos foram negados.³⁷

Assim, a viúva postulou a retirada do sêmen junto à Justiça francesa, no Tribunal de Créteil que, em 1984, proferiu sentença e condenou o banco de sêmen a entregar o material biológico criopreservado à viúva, encerrando uma memorável lide judicial, mas iniciando grandes e complexas indagações doutrinárias sobre o tema.³⁸

Neste diapasão, a título exemplificativo, sobre o presente tema, questionou-se:

“Por quanto tempo deve ser conservado o material biológico congelado? Em não sendo utilizado o sêmen criopreservado, qual seria o seu destino? O descarte puro e simples, ou a doação para casais inférteis? Seria válida a vontade manifestada pelo cônjuge varão antes de morrer, a respeito do material congelado para inseminar sua esposa, ainda que com a superveniência da morte daquele? A viúva poderia dispor do sêmen criopreservado após a morte de seu marido? Qual a validade da manifestação escrita do titular em face da ausência de previsão legal? Em caso de inseminação *post mortem* pela esposa, que tipo de filiação usufruiria o concebido? Quais seriam seus direitos em face da pessoa e do patrimônio do pai?”³⁹

Tais indagações são as quais serão aprofundadas e, na medida do possível, respondidas, ao longo do presente trabalho.

2.3 DA NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO TITULAR PARA VIABILIZAR A UTILIZAÇÃO DO MATERIAL GENÉTICO *POST MORTEM*

No Brasil não existe qualquer dispositivo legal que regule a possibilidade de inseminação *post mortem*, ou os efeitos jurídicos dela advindos, com exceção do artigo 1.597, inciso III do Código Civil de 2002, que prevê a presunção de paternidade aos concebidos após a morte do seu genitor.⁴⁰ Assim, as clínicas e laboratórios especializados em reprodução

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem, p.190.

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 maio 2015.

se baseiam, tão somente, em normas expedidas pelo CFM, as quais os orientam a documentar o que os doadores pretendem fazer com o sêmen congelado. Tal atitude tem sido imposta, de forma obrigatória, desde 2010, contudo, há regulamentação neste sentido desde 1992.⁴¹

Importa esclarecer que, no ano de 2010, o CFM regulamentou, nos termos da Resolução nº 1.957/2010, único anexo, item VIII que

“não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.⁴²

Todavia, a citada Resolução restou revogada por novo ato normativo infralegal, constante da Resolução 2.013/2013, a qual, mais especificamente no item V, 3, dispôs que

“no momento da criopreservação os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados, quer em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los”.⁴³

Portanto, a partir do ato regulamentador expedido em 2010, e revogado em 2013, a questão sobre a necessidade de autorização expressa do titular, para uso do material genético após a sua morte, passou a ser matéria pacífica e incontroversa.

Assim, no que tange à reprodução assistida, com base na Resolução nº 1.358/1992 publicada pelo CFM, se faz obrigatório o consentimento, por escrito, dos pacientes inférteis, dos seus cônjuges, companheiros e dos doadores, após receberem dados biológicos, jurídicos, éticos e econômicos. Assim, é estendido às mulheres inférteis solteiras, casadas ou conviventes, o acesso aos métodos de reprodução assistida, sendo que, nos dois últimos casos, antes da realização do procedimento, é necessária a aprovação do cônjuge ou companheiro, para que se crie, efetivamente, vínculo conjunto de filiação entre o casal e o filho, assumindo ambos o compromisso de darem um lar à criança gerada.⁴⁴

⁴¹ JUSBRASIL. Liminar autoriza reprodução post mortem. Texto publicado por Rede de ensino Luiz Flávio Gomes – LFG. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2209896/liminar-autoriza-reproducao-post-mortem>>. Acesso em: 11 maio 2015.

⁴² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.957/2010*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 11 maio 2015.

⁴³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 2013/2013*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 14 maio 2015.

⁴⁴ AGUIAR, Mônica. *Direito à Filiação e Bioética*. 1 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 76 e 77

O problema pode ocorrer nos casos em que a coleta e armazenamento do sêmen se deu antes do ano de 2010, período em que não havia nenhuma imposição ou exigência a respeito da tomada de manifestação expressa e documentada do consentimento do titular para uso do material genético após a sua morte, embora já existisse regulamentação neste sentido, desde o ano de 1992, com a Resolução do CFM nº 1.358/1992⁴⁵.

Dessa forma, resta saber se tal condição se impõe aos casos ocorridos anteriormente ao ano de 2010, ainda que à época não existisse a imposição a respeito da tomada do expresse consentimento informado do titular. Para tanto, passaremos à análise do posicionamento prevalecente na doutrina e nos Tribunais.

O art. 1.597, inciso III, do Código Civil inovou ao determinar que “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”,⁴⁶ não havendo qualquer menção à necessidade de autorização do *de cuius*, para posterior utilização de seu material genético, conclusão, esta, abstraída a partir de mera análise perfunctória do referido dispositivo legal.

Porém, o Enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, acrescentou ao referido dispositivo legal, o entendimento de que

“para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte”.⁴⁷

Neste mesmo sentido, para Maria Helena Diniz, a inseminação *post mortem* somente poderá ser utilizada, “se houver anuência do marido neste sentido em instrumento público ou testamento”,⁴⁸ tornado indispensável o expresse consentimento informado do titular, para que o material biológico venha ser disponibilizado pelo banco de sêmen à viúva, a fim de que não haja dúvidas de que, de fato, este era o desejo do *de cuius*.

⁴⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.358/1992*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em 15 jun. 2015.

⁴⁶ BRASIL. *Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 maio 2015.

⁴⁷ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados de Direito Civil. Enunciado nº 106 - Art. 1.597, inc. III*. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2015.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 504

Silmara Chinelato acredita que a fertilização *post mortem* envolve os direitos de personalidade do doador do gameta criopreservado, por tal motivo, caso não haja expressa manifestação de vontade do falecido quanto à utilização de seu sêmen após a sua morte, não há meios de se presumir o desejo pela paternidade póstuma, caso em que o sêmen deve ser destruído.⁴⁹

Entretanto, contrariamente ao entendimento acima exposto, Maria Berenice Dias se posiciona no sentido de que

“o uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade. Impensável cercear esse direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter a técnicas de reprodução assistida. Na concepção homóloga, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*”.⁵⁰

Ou seja, neste caso, entende a Autora que o consentimento pode se operar de forma tácita, uma vez que o desejo de ter filhos e constituir descendência se expressou no momento em que o titular se submeteu à coleta do sêmen, o que causa a dispensa do consentimento expresso do *de cuius*.

Juliane Queiróz discorre sobre a questão, alegando que “não há amparo legal para a retenção do material genético por parte do banco de sêmen, por lhe faltar subjetividade”.⁵¹ Isto, porque, após da morte do titular do sêmen criopreservado, quem possui legitimidade para titularizar tanto os demais bens quanto o material biológico são seus herdeiros necessários, isto é, o cônjuge, os descendentes ou os ascendentes.⁵²

Por conseguinte, além de haver divergências dentro da doutrina, a respeito da necessidade de consentimento expresso do titular, para o uso póstumo de seu sêmen, buscando

⁴⁹ CHINELATO, Silmara Juny. *Questões controvertidas no Novo Código Civil*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas: parte geral do Código Civil*. vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 69.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 122.

⁵¹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte de seu titular. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 294.

⁵² QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte de seu titular. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 294.

os fins reprodutivos, observa-se que posições contrárias também se manifestam entre os julgadores, no âmbito dos Tribunais, no que tange ao presente tema.

A este respeito, tomemos por base a primeira decisão judicial brasileira sobre reprodução póstuma, proferida no dia 17 do mês de maio de 2010, na qual o Juiz de Direito da 13ª Vara Cível da Comarca de Curitiba, nos autos do processo nº 0027862-73.2010.8.16.0001,⁵³ deferiu liminar autorizando a viúva Kátia Lernerneier, de 38 anos, a tentar gerar um filho com o sêmen criopreservado do marido falecido, R.J.N., em Fevereiro do ano de 2010, vítima de câncer de pele (melanoma), o qual não deixou nenhuma disposição de última vontade, autorizando o uso póstumo de seu material biológico. Da referida decisão, não houve recurso.⁵⁴

Após várias tentativas frustradas de engravidar pela via natural, ao descobrir a doença do cônjuge varão, por orientação médica, a despeito das grandes chances de esterilidade deste, o casal optou pelo congelamento do sêmen. Porém, o marido não resistiu, e veio a falecer.⁵⁵

No fim de setembro do ano de 2010, a viúva teve êxito da fecundação, vindo a engravidar, e, em junho de 2011, nasceu a filha do casal, que teve atendido o seu direito ao reconhecimento da filiação, contudo, o direito sucessório da infante ainda permanece sem solução.⁵⁶

Em contrapartida, o acórdão proferido pela 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em Setembro de 2014, nos autos do processo nº 2008.01.1.149300-2 APC, deu a esta demanda solução diversa da que foi dada pelo juiz sulista, e restou assim ementado, *in verbis*:

“AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO *POST MORTEM* SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR – AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A

⁵³ COLOMBO, Cristiano. *Da reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 146.

⁵⁴ JORNAL DA ORDEM. Justiça do PR autoriza mulher a usa sêmen de marido morto. *Jornal da Ordem*. Disponível em: http://www.jornaldaordem.com.br/noticia_ler.php?id=17809. Acesso em: 14 set. 2015.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO *DE CUJUS* PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC. 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação *post mortem*, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor. **3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado *post mortem*, não se pode presumir o consentimento do *de cujus* para a inseminação artificial homóloga *post mortem*, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim.** 4. Recurso conhecido e provido.” (TJ-DF, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, Data de Julgamento: 03/09/2014, 3ª Turma Cível) (Grifo nosso)⁵⁷

Extrai-se do processo, em apertada síntese, que a viúva ajuizou ação declaratória constitutiva em desfavor do banco de sêmen, a fim de fosse reconhecido o seu direito à remoção e utilização do material genético de seu companheiro falecido, o qual se encontrava armazenado pelo nosocômio requerido.⁵⁸

Aduziu a autora que seu companheiro era portador de neoplasia maligna, e que, devido aos agressivos tratamentos a que se submeteria, sua fertilidade poderia ser afetada. Em razão disto, sob orientação médica, o companheiro da autora firmou contrato com a empresa ré, para coleta e armazenagem de seu sêmen. Contudo, não obstante o tratamento realizado, o varão veio a falecer no ano de 2007.⁵⁹ A viúva, ao solicitar a entrega do sêmen armazenado, teve seu pedido negado, sob o argumento de que não havia autorização do *de cujus* para uso do sêmen para este fim, fato que gerou a propositura da demanda.⁶⁰

Em primeiro grau, a Juíza sentenciante julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial, para declarar o direito da autora sobre o material genético deixado pelo ex-companheiro, autorizando a sua remoção.⁶¹ Inconformado, o nosocômio réu

⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação. Processo nº 2008.01.1.149300-2. Terceira Turma Cível. Relator (a): Des. Nídia Corrêa Lima. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826>>. Acesso em: 14 maio 2015.

⁵⁸Ibidem.

⁵⁹Ibidem.

⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação. Processo nº 2008.01.1.149300-2. Terceira Turma Cível. Relator (a): Des. Nídia Corrêa Lima. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826>>. Acesso em: 14 maio 2015.

⁶¹ Ibidem.

interpôs recurso de apelação, alegando ausência de direito da autora, porquanto inexistente a autorização do *de cujos*⁶².

Em segunda instância, a sentença recorrida restou reformada, vencido o voto da desembargadora relatora. A relatora do processo se posicionou no sentido de desprover o recurso, para manter a sentença, alegando que “se o falecido guardou o material genético, é porque ele e a companheira tinham interesse em procriar”, apesar de não ter nenhum documento exposto neste sentido, em razão do fato de que este procedimento ainda não era adotado à época, muito embora houvesse regulamentação neste sentido pelo Conselho Federal de Medicina⁶³.

Com o fito de elucidar melhor a controvérsia, julga-se oportuna a transcrição de trechos “chaves” do referido acórdão.

Assim, na defesa da corrente que vê a possibilidade de concessão do direito à inseminação, sem que haja, necessariamente, autorização do *de cujos* neste sentido, a relatora, assim, aduziu, *in verbis*:

“[...] O ponto nodal da controvérsia deduzida em juízo, no entanto, reside na falta de autorização escrita deixada pelo falecido companheiro da autora N. H. B. G. para fins de utilização do material genético, mesmo após o seu falecimento. [...] Insta verificar, assim, se a falta de autorização escrita pode ser suprida por outros meios de prova a respeito da intenção do doador de utilizar o material genético mesmo após a sua morte. A manifestação de vontade pode ocorrer de forma expressa ou tácita. Na manifestação expressa, como o próprio termo deixa claro, a pessoa emite diretamente a sua intenção. Já a manifestação tácita de vontade é extraída do próprio comportamento da pessoa. [...] O falecido companheiro da autora, caso não desejasse a utilização do material genético colhido poderia ter manifestado esta intenção no momento da celebração do contrato com a empresa ré, ora apelante. No entanto, não o fez, mesmo estando submetido a tratamento de doença grave, com risco de vir a falecer, o que conduz à conclusão de que concordava com a utilização do material genético armazenado, mesmo após a sua morte. Além disso, cumpria a ré demonstrar que alertou ao falecido companheiro da autora acerca da necessidade de emissão de autorização escrita para que o material fosse utilizado em caso de morte do doador. [...]”⁶⁴

⁶² Ibidem.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação. Processo nº 2008.01.1.149300-2. Terceira Turma Cível. Relator (a): Des. Nídia Corrêa Lima. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em:

Em seguida, o revisor declarou que seu voto seria no sentido de dar provimento ao recurso, uma vez que não se pode presumir o desejo do falecido de ter um filho depois de morto, apenas pelo depósito do material genético, alegando que:

“[...] A própria Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina vigente à época, impunha: "No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-lo". Dentro desse contexto, vê-se a necessidade de manifestação escrita do *de cuius* sobre a utilização do material genético após a morte. Neste ponto, a Autora alega ser possível inferir a vontade do doador por outros meios que não o escrito. Contudo, dos fatos trazidos aos autos, não se pode deduzir que sua intenção alcançava a possibilidade de utilização do material genético, mesmo após a sua morte. [...] Com estas considerações, tenho que a procedência do pedido inicial está a depender de documento escrito em que o doador do sêmen autoriza sua utilização após a morte. Admitir o contrário seria por em risco a escolha do próprio proprietário do material genético. [...]”⁶⁵

No mesmo sentido manifestado pelo revisor, posicionou-se o presidente e vogal, alegando que:

“[...] Tendo em vista (a) a necessidade de preservação dos interesses ou direitos da personalidade do falecido, por um lado, (b) a proibição de qualquer espécie de imposição de paternidade previsto no art. 226, § 7º, da Constituição Federal e (c) por fim, a exigência, igualmente constitucional de não gerar insegurança jurídica no processo sucessório, concluo pela imprescindibilidade do consentimento expresso do de cuius para a finalidade visada pela autora da presente ação. [...] Cabe indagar: caso a certeza de sua morte se avizinhasse, é possível aferir com a mesma probabilidade que a vontade da procriação permanecia? [...]”⁶⁶

Assim, como se vê, não há entendimento pacífico entre os operadores do direito a respeito da necessidade de autorização do depositante do sêmen para o uso póstumo de seu

<<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826>>. Acesso em: 14 maio 2015.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação. Processo nº 2008.01.1.149300-2. Terceira Turma Cível. Relator (a): Des. Nídia Corrêa Lima. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826>>. Acesso em: 14 maio 2015.

material genético, desde que tenha prova suficiente atestando que o projeto parental do casal iniciou-se em vida, o qual não foi realizado por circunstâncias alheias à vontade de ambos.

Porém, cumpre, ainda, verificar o que o Direito Comparado tem a acrescentar, na qualidade de fonte de direito, uma vez que a legislação estrangeira, a respeito da presente questão, encontra-se bem mais evoluída e possui perspectivas diversas. Deste modo, é válido ressaltar as soluções encontradas por alguns países, no que diz respeito à inseminação póstuma, destacando que:

- “a) Alemanha e Suécia, vedam a inseminação *post mortem*;
- b) França: Veda inseminação *post mortem* e dispõe que o consentimento externado em vida perde o efeito;
- c) Espanha: Veda a inseminação *post mortem*, mas garante direitos ao nascituro quando houver declaração escrita por escritura pública ou testamento;
- d) Inglaterra: Permite-se a inseminação *post mortem*, mas não garante direitos sucessórios, a não ser que haja documento expresso neste sentido.”⁶⁷

Assim, considerando todo o exposto, apesar de toda a controvérsia e divergência, o entendimento que, de fato, tem prevalecido, de acordo com o Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, assim como é o posicionamento do Conselho Federal de Medicina, é o que se firma no sentido de manter a exigência de autorização expressa do titular, para uso de seu material genético criopreservado após a sua morte, como único meio de possibilitar a fertilização de sua esposa ou companheira e reconhecer a filiação paterna do filho, concedendo-lhe todos os direitos patrimoniais e de personalidade advindos a partir da pessoa do pai.⁶⁸

Portanto, para que seja autorizada a reprodução assistida homóloga *in vivo post mortem*, é necessário que dois requisitos sejam observados, quais sejam: a mulher deve estar na condição de viúva; e o marido deve ter autorizado por escrito, de forma expressa, manifestando seu consentimento para a utilização de seu material biológico, para fins reprodutivos, após a sua morte.⁶⁹

⁶⁷ MOREIRA FILHO, José Roberto. *Os novos contornos da filiação e dos direitos sucessórios em face da reprodução humana assistida*. In: GUERRA, Arthur Magno e Silva. *Bioética e Biodireito: um introdução crítica*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 242.

⁶⁸ COLOMBO, Cristiano. *Da reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 164.

⁶⁹Ibidem.

Sabendo que à luz da medicina, da bioética e do direito, a prática da reprodução assistida póstuma é aceitável, resta, então, aprofundarmos o estudo quanto aos princípios basilares que guarnecem o direito da viúva a ter o filho, e o direito deste filho ao reconhecimento da paternidade, assim como, a efetivação de todos os demais direitos daí advindos, como à sucessão legítima, assuntos que serão abordados nos próximos capítulos.

3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS QUE PERMEIAM A QUESTÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

Como restou esclarecido no capítulo anterior, apesar de o ordenamento jurídico brasileiro não possuir uma “Constituição Bioética”, o operador do direito não pode se esquivar do dever de apreciar o caso dos nascidos via inseminação artificial homóloga *post mortem*, devendo, para isto, interpretar uma série de normas constitucionais que se relacionam com problemas da genética, como, por exemplo, o princípio da dignidade humana, da paternidade responsável, do direito à intimidade e à vida privada, do direito à saúde e etc., entendendo que, mesmo de forma indireta e sutil, a Constituição Federal de 1988 regula temas de biogenética.⁷⁰

Portanto, neste capítulo são estudados, de forma pormenorizada, os essenciais princípios jurídicos que regem, norteiam e embasam a prática da reprodução humana assistida póstuma no direito brasileiro. Além disto, é demonstrada a pertinência do uso do método de reprodução humana assistida, em relação aos direitos fundamentais, no que tange ao direito ao planejamento familiar, à procriação e ao dever de paternidade responsável.

Inicialmente, cumpre destacar que da Constituição Federal emergem os seguintes princípios aplicáveis ao direito de família, que são classificados em: princípios fundamentais, que são o princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar; e em princípios gerais, sendo o da igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança.⁷¹ Tais princípios vão ser oportunamente estudados, na medida da sua pertinência com o presente tema proposto.

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS SOBRE PRINCÍPIO E REGRA

Para dá-se início ao presente Capítulo, cumpre, primeiramente, esclarecer o que são princípios e quais as diferenças substanciais existentes entre eles e as regras jurídicas.

⁷⁰ AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 88.

⁷¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio da solidariedade familiar*. Jus Navegandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

Princípios são preceitos fundamentais do direito, são o alicerce em que a norma jurídica encontra seu fundamento e validade, são as vigas que sustentam o ordenamento, todavia, não estão definidos ou conceituados em nenhum diploma legal.⁷² Miguel Reale entende que os princípios se consubstanciam em enunciações normativas genéricas, que orientam a correta compreensão, aplicação e integração do ordenamento jurídico, ou mesmo, condicionam a elaboração de novas normas.⁷³

Princípios são normas básicas estruturantes, que cumprem o papel de verdadeiras bússolas que dão o norte e orientam o sentido a ser tomado pelo direito, nas situações jurídicas que se apresentam, mas, também, são diretrizes mestras dotadas de caráter coercitivo, que determinam e fixam padrões de comportamento e coíbem toda e qualquer prática que sejam incompatíveis com os valores impostos por eles.⁷⁴

Em outras palavras, Celso Antônio Bandeira de Mello, acertadamente assim discorreu:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento do princípio que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.⁷⁵

⁷² CASTRO, Carem Barbosa de. *Teoria geral dos princípios*. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12251&revista_caderno=25>. Acesso em: 25 maio 2015.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ LIMA JÚNIOR, Walington Carlos de; et al. *A fecundação artificial post mortem no ordenamento jurídico brasileiro*. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*, Ipatinga, MG, v. 1, n. 4, p. 13, 2012. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAAahUKEwiBqs2Ux5LGAhVHhg0KHd9HAKo&url=http%3A%2F%2Fadipa.educacao.ws%2Ffojs-2.3.3-3%2Findex.php%2Fjuridicas%2Farticle%2Fdownload%2F145%2Fpdf&ei=5Dd_VYGoAseMNt-PgdAK&usq=AFQjCNEIDnBrAHhyLmKeQfKsQ5iuMwn71Q&sig2=W0-DaYZVfc-8Yjo6_iN3ZA&bvm=bv.95515949,d.eXY>. Acesso em: 07 jun. 2015.

⁷⁵ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Elementos de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 230.

Por sua vez, regras jurídicas são normas destinadas a dar efetividade aos princípios jurídicos. São enunciados mandamentais, que estabelecem o dever-ser e regulam os padrões de comportamento e conduta social, de forma específica.⁷⁶ Assim, normas são prescrições objetivas e imperativas de observância obrigatória, que prescrevem a vontade impositiva do Estado, com o fito de organizar e disciplinar a vida em sociedade, impondo ou vedando a prática de determinadas condutas.⁷⁷ Contudo, com o decorrer do tempo e de acordo com a evolução social, as regras jurídicas precisam ser atualizadas, sob pena de tornarem-se obsoletas e temporais.

Os princípios diferenciam-se das regras, no sentido de que aqueles não impõem uma única solução (tudo ou nada) ao caso concreto, tais como essas o fazem. Pode-se dizer que a força dos princípios habita justamente na sua capacidade de amoldar e enquadrar o direito, no sentido de adaptá-lo à evolução (modificação) dos padrões e valores da sociedade, independentemente de modificação do ordenamento jurídico.⁷⁸

Isto é, um mesmo princípio, dependendo do momento histórico, poderá ter seu conteúdo amoldado e sua aplicabilidade variada, sem precisar comprometer a estabilidade jurídica, pelo contrário, este processo de constante adaptação evita a obsolescência e o engessamento do direito, permitindo que este acompanhe a evolução dos valores sociais, atendendo aos anseios da sociedade, independentemente do momento histórico ou da produção legislativa.⁷⁹

Assim, podemos concluir que os princípios se sobrepõem às regras, no sentido de que, a norma jurídica, para ser elaborada, necessariamente, deve observar as orientações pré-estabelecidas pelos princípios jurídicos, a fim de que esta nova construção legislativa encontre harmonia e unidade de sentido, em relação ao ordenamento jurídico.⁸⁰

⁷⁶ LAGINSKI, Valdirene. *Os princípios e as regras jurídicas*. Laginski Advogados. Disponível em: <http://laginski.adv.br/artigos/principios_regras.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

⁷⁷ CASTRO, Carem Barbosa de. *Teoria geral dos princípios*. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12251&revista_caderno=25>. Acesso em: 25 maio 2015.

⁷⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio da solidariedade familiar*. Jus Navegandi. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ LAGINSKI, Valdirene. *Os princípios e as regras jurídicas*. Laginski Advogados. Disponível em: <http://laginski.adv.br/artigos/principios_regras.htm>. Acesso em: 25 maio 2015

3.2 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, tal princípio se tornou a diretriz fundamental do Estado Democrático de Direito, norteando o sentido de toda e qualquer norma integrante do ordenamento jurídico e, a ela, dando validade.⁸¹ Sem dúvidas, o princípio da dignidade da pessoa humana é a mola mestra que baliza todos os ramos do direito.

Nas palavras de Maria Berenice Dias,

“É o princípio maior, afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal e fundante do Estado Democrático de Direito. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social, levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se podem elencar de antemão.”⁸²

A ideia de proteção da dignidade da pessoa humana visa assegurar e garantir a preservação de valores fundamentais ao ser humano, desde a sua concepção até a morte, orientando a sociedade, como um todo, a tratar uns aos outros de forma digna e respeitosa. O princípio da dignidade da pessoa humana se manifesta também no âmbito do biodireito e da bioética, como meio de assegurar o direito à vida e à dignidade humana aos envolvidos em toda e qualquer prática médica, a fim de se evitar abusos em relação ao corpo humano⁸³.

Buscando conectar o instituto da bioética e do biodireito ao princípio da dignidade da pessoa humana, cumpre esclarecer que a doutrina majoritária entende que a bioética é guiada por quatro princípios vetores, são eles o da não-maleficência, da beneficência, da autonomia e da justiça.⁸⁴

⁸¹ LIMA JÚNIOR, Walington Carlos de; et al. *A fecundação artificial post mortem no ordenamento jurídico brasileiro*. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*, Ipatinga, MG, v. 1, n. 4, p. 13-14, 2012. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAAahUKEwiBqs2Ux5LGAhVHhg0KHd9HAKo&url=http%3A%2F%2Fadipa.educacao.ws%2Ffojs-2.3.3-3%2Findex.php%2Fjuridicas%2Farticle%2Fdownload%2F145%2Fpdf&ei=5Dd_VYGoAseMNt-PgdAK&usq=AFQjCNEIDnBrAHhyLmKeQfKsQ5iuMwn71Q&sig2=W0-DaYZVfc-8Yjo6_iN3ZA&bvm=bv.95515949,d.eXY>. Acesso em: 25 maio 2015.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito contemporâneo de família e das sucessões: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p.76.

⁸⁴ SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e biodireito: uma introdução*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 32.

O conjunto destes princípios traduzem, em síntese, a ideia de que o ser humano deve ter o direito de decidir e manifestar seu livre consentimento informado, baseado em seus valores e crenças, sobre a sua submissão aos tratamentos médicos. Assim, o profissional da saúde está obrigado a buscar e realizar o tratamento mais efetivo e adequado ao paciente, a fim de possibilitar a este um melhor bem-estar e mais qualidade de vida. Portanto, o médico profissional deve se abster de toda e qualquer prática que possa vir a causar danos ao enfermo, ou, nos casos em que o prejuízo for inevitável, deve-se buscar a solução que lhe seja menos gravosa.⁸⁵

Desta maneira, torna-se evidente o caráter humanista tanto da bioética quanto do biodireito, ramo jurídico que visa normatizar as práticas médicas e científicas, no sentido de que buscam concretizar “o escopo último de qualquer empreendimento do sujeito de Direito: o resgate da dignidade da pessoa humana”.⁸⁶

A dignidade da pessoa humana sempre será o fim último dos mais diferentes ramos do saber, uma vez que toda pessoa deve ser tratada com respeito e estima, enquanto ser humano, em atenção aos direitos fundamentais à vida, à honra, à imagem, entre outros, que se devem à “consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil”.⁸⁷

3.3 PRINCÍPIOS DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR, O DIREITO DE PROCRIAR E O DEVER DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

Como restou demonstrado no capítulo anterior, as técnicas de reprodução humana assistida nasceram com o propósito de possibilitar aos casais inférteis ou estéreis, que não conseguem gerar pela via natural, a oportunidade de realizar o sonho da maternidade e da paternidade.⁸⁸ Com efeito, a reprodução humana assistida surgiu como meio de efetivar o

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena, *O estado atual do biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 14.

⁸⁶ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 119.

⁸⁷ MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 129.

⁸⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 155.

direito constitucionalmente garantido, a todas as pessoas, ao livre planejamento familiar,⁸⁹ oferecendo aos inférteis chances idênticas às que os férteis têm de gerar filhos.⁹⁰

Em Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento realizada pela ONU, em 1994, no Cairo, formulou-se, pela primeira vez, a ideia de direitos reprodutivos e sexuais, sendo que, no ano de 1995, na Conferência Internacional de Beijing, tais direitos foram confirmados, nos seguintes termos:⁹¹

“Os direitos reprodutivos incluem certos direitos humanos que já estão reconhecidos nas leis nacionais, nos documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos pertinentes das Nações Unidas aprovados por consenso. Esses direitos firmam-se no reconhecimento do direito básico de todos os casais e indivíduos a decidir livre e responsabilmente o número de filhos, o espaçamento dos nascimentos e o intervalo entre eles, a dispor da informação e dos meios para tanto e o direito a alcançar o nível mais elevado de saúde sexual e reprodutiva (...) A promoção do exercício responsável destes direitos de todos deve ser a base principal das políticas e programas estatais e comunitário na esfera da saúde reprodutiva, incluindo o planejamento familiar”.⁹²

O projeto parental advindo dos métodos científicos de reprodução humana traz a grande questão, que dá a saber se, efetivamente, e em qual medida, as pessoas possuem direitos a filhos, uma vez que os direitos sexuais e reprodutivos são conquistas que reconhecem o direito de cada indivíduo de projetar e organizar a sua opção sexual e reprodutiva.⁹³

Neste sentido, buscando regulamentar o direito fundamental ao planejamento familiar, em 1996, foi promulgada a Lei nº 9.263. O referido diploma legal ocupou-se em garantir o direito ao planejamento familiar a todo cidadão e em conceituar o referido direito, definindo-o como “um conjunto de ações de regulamentação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole, pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.⁹⁴

⁸⁹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 107.

⁹⁰ AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 56 e 57.

⁹¹ AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 178.

⁹² Ibidem.

⁹³ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito a Sexualidade e Reprodução*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 51 e 52.

⁹⁴ BRASIL. *Lei nº 9.263 de 12 de Janeiro de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 03 jun. 2015.

Por ocasião da promulgação da Constituição Federal, em 1988, o princípio do Livre Planejamento Familiar passou a ser previsto como direito fundamental constitucionalmente garantido a todo cidadão, cabendo ao Estado propiciar condições socialmente favoráveis para a efetivação do referido direito, de acordo com o artigo 226, § 7º do texto constitucional, que assim determina, *in verbis*:

“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”.⁹⁵

Em consonância ao texto constitucional, o direito ao livre planejamento familiar, passou a ser princípio fundamental do Direito de Família e diretriz que guia as relações familiares, sendo previsto, também, pelo novo Código Civil de 2002, em seu artigo 1.565, § 2ª, o qual possui redação semelhante ao art. 226, § 7º da Constituição Federal.

Assim, o ordenamento jurídico concedeu à família autonomia e liberdade para estabelecer a forma de organização do núcleo familiar que melhor atenda ao modo de vida pretendido pelo casal, dentro desta concepção de autonomia, se insere a ideia de planejamento familiar, pelo qual, cabe aos pais decidirem quanto à sua prole, havendo liberdade para escolher livremente sobre qual será a forma de subsistência da família, trabalho, formação moral e religiosa, escolha do número de filhos e o espaçamento temporal do nascimento entre eles, educação da prole, escolha de domicílio, entre outros. Além disto, frise-se que sobre tais possibilidades, não se tolera ou se admite quaisquer intervenções de terceiros, sejam estes particulares ou o próprio Estado, desde que o casal não fira direitos alheios.⁹⁶

Desta forma, conforme leciona Maria Helena Diniz, pode-se afirmar que o planejamento familiar é um direito reprodutivo garantido a todo cidadão, que tem como fundamento o respeito à dignidade humana e à paternidade responsável.⁹⁷ Assim, como visto, todos possuem direito à concepção e à descendência, o que pode ser exercido pelo viés natural,

⁹⁵ BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 jun. 2015.

⁹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 15 e 16.

⁹⁷ DINIZ, Maria Helena, *O estado atual do biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.178.

isto é, pelo próprio ato sexual, ou pela fertilização artificial, nos casos de esterilidade ou infertilidade.⁹⁸

Contudo, como todo direito impõe obrigações, nos direitos reprodutivos não é diferente, uma vez que as necessidades dos filhos nascidos, ou que estão por nascer, são questões que devem ser consideradas e devem ser tidas como critério balizador das decisões do casal ou do indivíduo, quanto à sua prole.⁹⁹

Portanto, os direitos dos filhos e o bem comum são limitadores aos direitos reprodutivos dos pais, revelando, assim, que a paternidade não deve ser exercida de forma livre, mas de forma responsável, haja vista que os casais são amparados pelo direito de dar vida aos filhos, ao passo que também são obrigados ao dever de conceder a esta prole condições de uma vida digna, fazendo com que se harmonize o direito à vida e ao livre planejamento familiar.¹⁰⁰

3.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS

O princípio da isonomia ou da igualdade, conforme a máxima aristotélica, consiste em tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na exata medida de suas desigualdades, a fim de que se obtenha um equilíbrio nas relações sociais.¹⁰¹ Sob este enfoque, busca-se conferir mais eficácia e acesso aos direitos fundamentais a todos os cidadãos, em igual medida, impedindo que ocorram distinções de qualquer natureza entre os iguais, e que privilégios sejam dados a uns em detrimento de outros, visando garantir mais segurança jurídica às relações sociais, e coibindo práticas discriminatórias, para promover, em igual medida, a dignidade humana de todos.¹⁰²

Nesta esteira, o princípio da igualdade foi estendido ao âmbito da filiação, sendo consagrado no artigo 227, § 6º da Constituição Federal de 1988, assim como, no artigo 1.596

⁹⁸ Ibidem, p. 179.

⁹⁹ DINIZ, Maria Helena, *O estado atual do biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 178.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ FILIAR, Rodrigo José. *Efetividade da jurisdição: fundamento para um processo civil socialmente inclusivo*. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8019>. Acesso em: 09 jun. 2015.

¹⁰² GRADE, Maíra Soalheiro; GUIZZO, Antônio Rediver. *A reprodução assistida post mortem e o direito sucessório*. Cognitio Juris. João Pessoa, Ano II, Número 6, dezembro 2012. Disponível em <<http://www.cognitiojuris.com/artigos/06/02.html>>. Acesso em: 8 de jun. 2015.

do novo Código Civil e no artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim determinam, com a mesma redação:

“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”.

No tocante ao tema tratado no presente trabalho, Cristiano Colombo, citando Roberto Wider, salienta que “se por um lado, o artigo supracitado não nomeia explicitamente os filhos gerados por inseminação *post mortem*, por outro lado, não há nele nada que os exclua”.¹⁰³ Em suma, a Carta Magna não prevê qualquer exceção ao princípio da igualdade entre a prole.¹⁰⁴

Com efeito, é vedado todo e qualquer tipo de discriminação ou distinção entre os filhos, quanto à sua origem, quer sejam filhos biológicos ou adotivos, quer gerados dentro ou fora do casamento, quer sejam concebidos pela via natural ou pela via biotecnológica. Assim, todos os filhos possuem isonomia jurídica, sendo titulares de iguais direitos e deveres, tanto pessoais quanto patrimoniais.¹⁰⁵

Ademais, além de ser vedada a discriminação entre os filhos, em relação à sua origem, vale dizer, também, que a igualdade de filiação independe da situação jurídica dos pais, isto é, no caso do filho inseminado *post mortem*, ainda que o pai já esteja falecido no momento da concepção, o direito deste concebido à paternidade e todas as consequências dela advindas, não pode ser restringido, uma vez que a situação do pai não é capaz de tornar o seu filho mais ou menos digno ao direito à paternidade, em relação aos demais irmãos.¹⁰⁶

Neste sentido, primando pelo princípio constitucional da igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º CF), da dignidade da pessoa humana do filho, bem como pelo princípio do livre planejamento familiar, Maria Berenice Dias, a este respeito, lecionou que

¹⁰³ WIDER apud COLOMBO, Cristiano. *Da reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 153 e 154.

¹⁰⁴ SILVA, Diego Rodrigues. *O direito sucessório dos inseminados post mortem em face dos princípios constitucionais*. EGOV. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-sucess%C3%B3rio-dos-inseminados-post-mortem-em-face-dos-princ%C3%ADpios-constitucionais>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

¹⁰⁵ HENRIQUES, Fernanda Borges. *A repercussão da reprodução assistida post mortem e o direito de herança*. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/fernanda_henriques.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2015.

¹⁰⁶ SILVA, Diego Rodrigues. op cit.

“Uma vez que a lei determina a transmissão da herança aos herdeiros (art. 1.784 CC), mesmo que ainda não nascidos (art. 1.798 CC) e até aos não concebidos (art. 1.799, I do CC), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem*. Sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, descabido afastar da sucessão de quem é filho e foi concebido pelo desejo do genitor”.¹⁰⁷

Assim, face a este exposto, percebe-se que a Constituição Federal buscou banir discriminações, de qualquer natureza, entre os cidadãos, estendendo tal previsão, inclusive, aos vínculos de filiação,¹⁰⁸ visando preservar, através da igualdade entre todos, a dignidade inerente à pessoa humana relativa a cada um.

3.5 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente encontra-se consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, veja-se, *in verbis*:

“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”.¹⁰⁹

Além da sua previsão constitucional, o referido princípio possui previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 3º ao 5º¹¹⁰, que reconhecem as crianças e os adolescentes como sujeitos de direito na condição especial de pessoas em desenvolvimento, na medida em que estabelecem que toda criança e adolescente gozam, de forma prioritária e integral, de todos os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. Isto significa dizer que nenhuma criança ou adolescente poderá ser negligenciado, discriminado, explorado ou oprimido, sob pena de punição.¹¹¹

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 123.

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre família, sucessões e o novo Código Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 44.

¹⁰⁹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acessado em 06 jun. 2015.

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Legislacao%20e%20Jurisprudencia/ECA_comentado.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2015.

Ademais, os referidos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente impuseram à família, à comunidade, à sociedade em geral e ao poder público o dever de agir em forma responsável, conjunta e articulada, para melhor assegurar e defender, com prioridade absoluta, os direitos garantidos a todos os menores, o que consolida o princípio da proteção integral.¹¹²

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente foi recepcionado pelo ordenamento jurídico interno como direito fundamental, por meio do Decreto nº 99.710/90, que ratificou a Convenção Internacional dos Direitos da Criança. O princípio jurídico em comento encontra-se intimamente relacionado com a ideia de proteção máxima aos interesses relativos à criança e ao adolescente, os quais primam pelo bom desenvolvimento físico, psicológico, educacional, cultural, moral, social e espiritual de todos os menores.¹¹³

Guilherme Gama leciona que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente inseriu importantes mudanças no âmbito das relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixou de ser considerado mero objeto de desejo a ser alcançado, para ser sujeito de direitos merecedor “de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família que ele participa”,¹¹⁴ ou seja, o interesse dos filhos deve sempre prevalecer em detrimento do de seus pais.

No que tange ao tema tratado no presente trabalho de monografia, quanto aos direitos dos inseminados *post mortem*, cumpre ressaltar que o melhor interesse da criança que há de nascer é valor fundamental que deve ser observado, quando da utilização das técnicas de reprodução humana assistida.¹¹⁵

Por outro lado, a lacuna legislativa sobre a questão específica da reprodução humana assistida *post mortem* causa impacto negativo sobre a proteção integral destinada ao

¹¹² BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Disponível em: <http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Legislacao%20e%20Jurisprudencia/ECA_comentado.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2015.

¹¹³ PESSOA, Thays. *A Filiação por inseminação artificial homóloga “post mortem” e a (im) possibilidade de suceder*. Jusbrasil. Disponível em: <<http://thaystanaJurapessoa.jusbrasil.com.br/artigos/114957280/a-filiacao-por-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-e-a-im-possibilidade-de-suceder>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

¹¹⁴ GAMA, Guilherme Calmone Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 457.

¹¹⁵ *Ibidem*.

menor, quando se trata da sua capacidade sucessória, em relação aos direitos de personalidade e patrimoniais relativos à pessoa de seu pai¹¹⁶.

Porém, não obstante esta ausência de lei específica, vale dizer que não deve ser admitido dentro do ordenamento jurídico qualquer medida que restrinja os direitos dos filhos, enquanto feto ou após o seu nascimento, com base nos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, da primazia absoluta e no dever de proteção integral aos menores.¹¹⁷

Como se vê, o legislador ocupou-se em ressaltar a prioridade que deve ser dada aos menores no trato dos seus direitos, em razão de serem pessoas ainda em desenvolvimento, impondo à família, à sociedade e ao Estado a responsabilidade e o dever de assegurar esses direitos, de forma primordial. Com isto, se busca evitar que ocorram abusos de poder pelas partes mais fortes e auto-suficientes, em detrimento dos direitos do menor, parte vulnerável e hipossuficiente.¹¹⁸

3.6 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso I, ao instituir a construção de uma sociedade solidária, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consagrou o princípio da solidariedade, como alvo a ser alcançado no âmbito das relações sociais.¹¹⁹ No Capítulo VII da Constituição Federal, destinado às famílias, o princípio da solidariedade familiar revela-se no dever de proteção do núcleo familiar (art. 226), da criança e do adolescente (art. 227) e dos idosos (art. 230), imposto à sociedade, ao Estado e à própria família, na qualidade de entidade e em relação às pessoas que a constituem.¹²⁰

Roberto Senise Lisboa leciona que o princípio da solidariedade pode ser observado por dois diferentes ângulos: o externo e o interno. Quando observado pela ótica

¹¹⁶ LIMA JÚNIOR, Daniel Veríssimo de. *Reflexos da inseminação artificial homóloga post mortem no âmbito do direito sucessório*. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj041943.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

¹¹⁷ SILVA, Diego Rodrigues. *O direito sucessório dos inseminados post mortem em face dos princípios constitucionais*. EGOV. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-sucess%C3%B3rio-dos-inseminados-post-mortem-em-face-dos-princ%C3%ADpios-constitucionais>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

¹¹⁸ LIMA JÚNIOR, op. cit.

¹¹⁹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 jun. 2015.

¹²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio da solidariedade familiar*. Jus Navegandi. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>>. Acessado em: 07 jun. 2015.

externa, o princípio da solidariedade confere ao Poder Público e à sociedade civil, como um todo unitário, o dever de promover políticas públicas destinadas à satisfação das necessidades dos mais necessitados e marginalizados. Por outro lado, se for analisado a partir do ponto de vista interno, o princípio da solidariedade determina que cada um dos membros de um determinado núcleo familiar colabore entre si, para que todos os componentes desta família possam ter o mínimo necessário para se desenvolverem e viverem com dignidade.¹²¹

Em outras palavras, o princípio da solidariedade familiar indica o “dever de cooperação mútua entre os membros da família e entre os parentes, para fins de assistência imaterial (afeto) e material (alimentos, educação, lazer)”,¹²² superando o individualismo jurídico e, unindo, de modo democrático, os membros de um grupo familiar, por meio da ideia de co-responsabilidade, que supõe a possibilidade de todos participarem nos bens da vida, não só patrimoniais, mas, inclusive, nos bens imateriais,¹²³ buscando a realização pessoal dos membros de determinado núcleo familiar.

Neste ponto específico, vale esclarecer que, tendo por fundamento o princípio da solidariedade familiar, não encontra guarida o argumento que se funda na proteção do patrimônio, para impedir a prática da reprodução artificial homóloga *post mortem*, bem como para afastar o estabelecimento da filiação, uma vez que a tendência pós-moderna, especificamente, do Direito Civil, se inclina para o reconhecimento do hipossuficiente e do vulnerável, para o desenvolvimento integral da pessoa humana, para ser solidário e não individualista.¹²⁴

3.7 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da segurança jurídica é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, sendo um dos princípios basilares que lhe dão essência e confere eficácia e funcionalidade ao ordenamento jurídico, buscando proteger, acima de tudo, o direito adquirido,

¹²¹ LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil: direito de família e das sucessões*. 5 vol. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 47.

¹²² *Ibidem*, p. 46

¹²³ LÔBO, op. cit.

¹²⁴ COLOMBO, Cristiano. *Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 155.

o ato jurídico perfeito e a coisa julgada,¹²⁵ conforme disposição constitucional prevista no artigo 5º, inciso XXXVI.¹²⁶

Ademais, ao tomarmos a lei como uma “garantia de estabilidade das relações jurídicas”, na medida em que confere ordem às relações sociais, temos que o direito é a própria expressão do princípio da segurança jurídica, inserindo-o no conceito de justiça.¹²⁷ Com efeito, o princípio da segurança jurídica possui interdependência com todos os demais direitos e garantias fundamentais, pois, os protegem e lhes dão maior efetividade.¹²⁸

¹²⁵ CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. *O princípio da segurança jurídica*. Jus Navegandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4318/o-principio-da-seguranca-juridica>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

¹²⁶ BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 jun. 2015.

¹²⁷ SOUZA, Carlos Aurélio Mota. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico jurídico*. São Paulo: LTr, 1996. p. 128.

¹²⁸ CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. op. cit.

4 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*, O DIREITO SUCESSÓRIO E A CARÊNCIA LEGISLATIVA

Existe uma efetiva lacuna na lei, no que concerne à inseminação artificial homóloga *post mortem*, em que o sêmen extraído do marido é utilizado somente após o seu falecimento, possibilitando preservar a fertilidade de um homem que corre riscos de esterilidade em razão de grave doença ou estado terminal de vida.¹²⁹

Vale dizer que é esta uma das situações mais polêmicas na área da reprodução assistida, tanto juridicamente quanto eticamente falando, restando, com isso, a seguinte questão, ainda indefinida: se há incidência deste método sobre a paternidade, consoante o art. 1.597, inciso III, do Código Civil de 2002, possui o nascido, então, direito à sucessão legítima? O direito à legítima estende-se aos casos de concepção artificial *post mortem*?¹³⁰ A este respeito, na doutrina encontram-se diversas posições e argumentações, tanto a favor, quanto contra, como será oportunamente demonstrado adiante.

O presente capítulo é inteiramente dedicado a harmonizar os princípios e garantias constitucionais que amparam o direito sucessório da prole concebida via inseminação artificial póstuma, haja vista que o art. 1.597, inciso III, do Código Civil brasileiro confere a ela a presunção de filiação, apesar de o ordenamento jurídico não haver lhe previsto qualquer garantia ou regulamentação ao direito sucessório que, ao menos em tese, via de regra, é consequência direta daquele que ostenta a condição de filho.

4.1 O ARTIGO 1.597, III DO CÓDIGO CIVIL E A PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE NOS CASOS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Ao se definir presunção, a Mônica Aguiar cita Vittorio Ilatia, o qual entende que presunção é “uma operação lógica pela qual, de um ato ou fato conhecido, se chega a um ato ou

¹²⁹ MACHADO, Maria Helena, *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 106 e 107

¹³⁰ *Ibidem*.

fato ignorado, se aproximando do indício, mas do qual se distingue, basicamente, porque na presunção há uma expectativa de repetição de uma experiência, uma ideia antecipada do que provavelmente pode ocorrer”.¹³¹

O legislador, ao determinar uma presunção, deve avaliar qual a melhor escolha a se fazer, tendo em vista alguma experiência adquirida no passado, contra a qual ainda existe alguma dúvida, objetivando, por conseguinte, proporcionar certo grau de segurança jurídica às relações sociais. Em termos práticos, mediante a presunção, o legislador ou o operador do direito, resolve o caso fático, em face da sua possível ocorrência, tomando-o como verdadeiro, devido a uma consequência extraída de um outro fato anterior. A respeito da presunção, temos duas classificações consagradas, são elas: a presunção *juris et de jure* (necessária ou absoluta; que não se admite nenhuma prova em contrário) e a *juris tantum* (relativa; admite qualquer tipo de prova em contrário).¹³²

Em suma, “a presunção pode ser entendida como uma verdade, aprioristicamente estabelecida pela lei”, em que é vedado ao Poder Judiciário o afastamento de qualquer presunção legal, sob pena se ferir a competência que lhe cabe.¹³³ Neste contexto, foram ingressadas, no ordenamento jurídico, especificamente, três novas presunções relativas, as quais estão previstas no art. 1.597, III, IV e V do Código Civil¹³⁴, em que se presumem concebidos na constância do casamento, os filhos havidos por fecundação artificial homóloga *post mortem*; os havidos a qualquer tempo, tratando-se de embriões excedentários, que decorrem de concepção artificial homóloga; e os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido.¹³⁵

Guilherme Calmom Nogueira da Gama disciplina que nas técnicas de reprodução assistida homóloga, o fundamento mais importante, a respeito dos vínculos paterno-filial é, indubitavelmente, a origem biológica, sendo o que o parentesco se estabelece, pois, no âmbito da consanguinidade, mas que, em se tratando de casais casados, é presumido, porquanto

¹³¹AGUIAR, Mônica. *Direito à Filiação e Bioética*. 1 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 58 e 59.

¹³² Ibidem, p. 59.

¹³³ Ibidem, p. 60 e 61.

¹³⁴Código Civil de 2002. “Art. 1.597 Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

¹³⁵AGUIAR, Mônica. *Direito à Filiação e Bioética*. op. cit., p. 67

a concepção ocorreu durante o casamento ou dentro dos prazos legalmente fixados. Vale lembrar que tal presunção de paternidade se estabelece de forma automática, a partir do nascimento com vida da criança.¹³⁶

Assim, visando ampliar o campo da presunção da filiação, a fim de acompanhar a evolução tecnológica e social, o Código Civil brasileiro, ao dispor sobre a presunção de paternidade, em seu art. 1.597, inciso III, estabelece que “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”. Porém, cumpre frisar que o Enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, acrescentou o entendimento de que a paternidade somente será presumida quando a mulher estiver na condição de viúva e quando houver autorização escrita do falecido para que se utilize seu sêmen após sua morte.¹³⁷

Pelo princípio da autonomia dos sujeitos, que é um dos pilares do Biodireito, conforme restou esclarecido no tópico 2.3 deste trabalho, a utilização do material biológico do falecido, para fins reprodutivos, está condicionada ao consentimento expresso deixado por ele, em que haja a clara autorização neste sentido. Caso contrário, não poderá a viúva, de forma alguma, exigir que o banco de sêmen lhe entregue o esperma do seu ex-cônjuge, para que ela possa inseminá-lo, tendo em vista que a paternidade precisa ser consentida. Assim, entende-se que a utilização do material biológico do falecido, sem seu consentimento para tanto, “deve ser equiparada à do doador anônimo, o que não implica em atribuição de paternidade”.¹³⁸

Nesta esteira, fazendo uma breve analogia, ressalte-se que a manifestação expressa do consentimento do cônjuge falecido é tão imprescindível à realização da reprodução assistida artificial *post mortem* e ao reconhecimento dos efeitos jurídicos advindos ao infante nascido, quanto nos casos da adoção póstuma, regulamentada pelo artigo 42, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que se exige a inequívoca manifestação de vontade do adotante quanto à adoção, quando vier a ocorrer o seu óbito durante o curso do processo, antes da prolação da sentença.¹³⁹

¹³⁶ DA GAMA, Guilherme Calmom Nogueira. *A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 727

¹³⁷ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados de Direito Civil. Enunciado nº 106 - Art. 1.597, inc. III. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2015.

¹³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil Comentado: direito de família. Relações de parentesco. Direito Patrimonial. Álvaro Vilaça Azevedo – coord.). São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI, p. 51.

¹³⁹ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 185.

Ademais, noutro ponto, observa-se que, para a maioria da doutrina, a presunção de paternidade constante do artigo 1.597 do Código Civil se refere apenas ao casamento, fazendo excluir, portanto, a união estável. Todavia, para Paulo Lôbo, o entendimento correto deve se firmar no sentido de que, embora o referido artigo se refira à “constância do casamento”, a presunção deve ser aplicada também à união estável, em razão da equiparação constitucional de ambos os institutos,¹⁴⁰ além disto, em ambos os casos, a inseminação é homóloga, uma vez que o material biológico, esperma e óvulo, pertence ao casal.¹⁴¹ Portanto, se biologicamente, em tese, não existem dúvidas sobre a paternidade, não subsistem razões plausíveis para a não aplicação da presunção do artigo 1.597 do Código Civil, também, nos casos de união estável.¹⁴²

Contudo, urge apontar que, caso não haja a admissão da presunção, necessário seria buscar autorização judicial, para se efetivar o registro, mediante alvará ou, na hipótese de haver dúvidas sobre a atribuição da filiação, a criança, representada pelo seu responsável legal, deve ajuizar uma ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, para que, julgada procedente, ela possa suceder nos bens deixados pelo genitor falecido.¹⁴³ Além disto, Carlos Cavalcanti acrescenta que:

“[...] a companheira sobrevivente poderia intentar, ainda durante o período de gestação, ação declaratória de união estável cumulada com autorização para registro da criança no nome do falecido, de modo que a situação, quando do nascimento com vida, já restaria juridicamente resolvida. No âmbito do direito sucessório deveria ser manejada a petição de herança, bem assim o pedido de reserva de bens nos autos do respectivo inventário.”

Noutro ponto, Paulo Lôbo frisa que, diferentemente da presunção de paternidade prevista no Código Civil, no artigo 1.597, inciso II, o qual estabelece que “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal”, a inseminação homóloga, após o falecimento do marido ou companheiro, pode ocorrer em tempo superior a esse, persistindo, mesmo assim, a presunção da paternidade,¹⁴⁴ como será estudado de forma mais aprofundada adiante.

¹⁴⁰ LÔBO, op. cit., p. 59.

¹⁴¹ ALBUQUERQUE FILHO, op. cit., p. 182.

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil Comentado: direito de família. Relações de parentesco. Direito Patrimonial. Álvaro Vilaça Azevedo – coord.). São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI, p. 51.

Portanto, encontrando-se o cônjuge sobrevivente na condição de viúva, e havendo a autorização do cônjuge falecido, para a utilização de seu material genético para além de sua morte, aquele assim concebido artificialmente, para todos os efeitos legais e jurídicos, é considerado parente do *de cujos*, da classe de descendentes de primeiro grau, conforme a presunção contida no artigo 1.597, inciso III, do Código Civil, e em atendimento ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos, previsto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, e do melhor interesse da criança.¹⁴⁵

4.2 O ARTIGO 1.798 DO CÓDIGO CIVIL: O REQUISITO DA COEXISTÊNCIA COMO PRESSUPOSTO FÁTICO DA CAPACIDADE SUCESSÓRIA

Normalmente, quando do nascimento ou concepção de um filho, o direito sucessório da criança é presumido, com base em preceitos e garantias constitucionais, pelo simples fato de ela ser filha. Mas, quando se trata de prole concebida via inseminação artificial homóloga *post mortem*, a colisão dos direitos fundamentais da sucessão e da segurança jurídica, em relação à quota parte da herança atribuída aos demais herdeiros, não torna simples a capacidade sucessória do filho concebido *post mortem*.¹⁴⁶

Ao regulamentar sobre a vocação hereditária, o Código Civil em seu artigo 1.798 aduz que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. O referido dispositivo legal estabeleceu, como regra, o princípio da coexistência, o qual dispõe que, para o indivíduo possuir capacidade sucessória, tanto legítima quanto testamentária, ele precisa estar vivo, ou, ao menos, alojado no ventre materno, quando do momento da sucessão, que coincide com a hora do falecimento do autor da herança.¹⁴⁷

Neste mesmo sentido, de acordo com os ensinamentos de Giselda Hironaka, podem ser herdeiros legítimos, testamentários ou legatários as pessoas nascidas ou, ao menos,

¹⁴⁵ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 185.

¹⁴⁶ SILVA, Diego Rodrigues. *O direito sucessório dos inseminados post mortem em face dos princípios constitucionais*. EGOV. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-sucess%C3%B3rio-dos-inseminados-post-mortem-em-face-dos-princ%C3%ADpios-constitucionais>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

¹⁴⁷ SANTOS, Mariane Pereira dos. *Da vocação hereditária*. Jus navegandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32925/da-vocacao-hereditaria>> Acesso em: 02 set 2015.

já concebidas no exato momento do falecimento do autor da herança. Vale frisar, que a referida autora destaca como sendo pessoas já concebidas, segundo os conceitos médico-legais, o feto, fase que começa desde a concepção até o início da expulsão do novo ser do corpo materno, e o feto nascente, que indica o período compreendido entre o início da expulsão fetal até o momento em que a criança chega ao mundo, ganhando vida independente.¹⁴⁸ Mas entende, Hironaka, que a doutrina alargou o conceito de nascituro para abarcar também a concepção *in vitro*, a fim de atender às inovações biotecnológicas, de forma que o nascituro ainda permanece sendo aquele concebido, porém ainda não nascido, sem que faça alguma diferença o lugar ou a forma da concepção.¹⁴⁹

O princípio da Saisine, previsto pelo artigo 1.784 do Código Civil, determina que os bens, direitos e obrigações do falecido sejam imediatamente transferidos aos seus herdeiros sobreviventes legítimos, testamentários e legatários, a partir da abertura da sucessão, desde que tenham esta capacidade para suceder. Sabe-se, então, que o momento ideal para a constatação da capacidade sucessória é o do momento do falecimento do titular da herança.¹⁵⁰

“O primeiro passo, portanto, à verificação da legitimidade de um herdeiro para participar de uma sucessão é a existência da pessoa indicada como legítima para amealhar o acervo hereditário”,¹⁵¹ de acordo com o que ensina Hironaka.

Por conseguinte, ao menos em tese e a *priori*, a primeira conclusão a que podemos chegar é que, a citada disposição legal é suficiente para excluir, da participação na herança do pai, o filho concebido após a morte daquele, pela via da inseminação artificial homóloga, já que nestes casos, sequer, havia embrião quando da morte do *de cujos*, não existindo, portanto, simultaneidade de existência entre o herdeiro e o falecido.¹⁵²

¹⁴⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil – parte especial: do direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20. p. 86 e 87.

¹⁴⁹ MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. *Inseminação post mortem e seus reflexos no direito de família e sucessões*. Revista da ESMESC, v. 19, n. 25, 2012, p. 24. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/48>>.

¹⁵⁰ MOREIRA FILHO, José Roberto. *Os novos contornos da filiação e dos direitos sucessórios em face da reprodução humana assistida*. In: GUERRA, Arthur Magno e Silva. *Bioética e Biodireito: um introdução crítica*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 239.

¹⁵¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 21

¹⁵² ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 185.

Mas como? Ora, como descendente que é, não deverá ser, também, o concebido *post mortem* sucessor legítimo do falecido? Para Giselda Maria Hironaka, a melhor solução compreendida para sanar este impasse é: ao nascer o filho concebido após a morte de seu pai deverá ser realizada uma ruptura do testamento, se este existir, ou uma sobrepartilha da herança, para incluir este novo herdeiro na sucessão dos bens, tal como ocorreria nos casos de aparecimento de filho outrora desconhecido, contudo, a questão é controvertida dentro da doutrina, como se passa a demonstrar no tópico que se segue.¹⁵³

Cumprido lembrar, por fim, que o pressuposto da coexistência, apesar de ser a regra, não é absoluto e guarda exceção nas hipóteses que tratam da prole eventual de terceiro, deste que este terceiro esteja vivo no momento da abertura da sucessão, situação prevista pelos artigos 1.799, inciso I, e 1.800, § 4º, ambos do Código Civil.

Neste respeito, Pontes de Miranda, citado por Colombo, anunciava a mitigação do princípio da coexistência, aduzindo que:

“Domina a doutrina da capacidade de suceder o princípio da coexistência dos nomeados e do testador: devem coexistir no momento da morte, no instante da transmissão. Tal princípio era absoluto; os tempos criaram exceções; e veremos que o direito brasileiro inseriu uma das mais graves e maiores consequências práticas.”¹⁵⁴

Assim, quanto à capacidade sucessória do concebido *post mortem*, Chinelato entende que o disposto no art. 1.787 do Código Civil não parece ser obstáculo, devendo este dispositivo legal ser interpretado de forma combinada com o art. 1.597 do Código Civil, exigindo-se apenas o consentimento expresso do falecido, para que a fertilização possa ser realizada *post mortem*.¹⁵⁵

4.3 A CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA ACERCA DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DO *INSEMINADO POST MORTEM*

¹⁵³ HIRONAKA, op. cit., p. 22.

¹⁵⁴ PONTES DE MIRANDA apud COLOMBO, Cristiano. *Da reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 231.

¹⁵⁵ CHINELATO, Silmara Juny. *Questões controvertidas no Novo Código Civil*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas: parte geral do Código Civil*. vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 73.

Tendo em vista a ausência de normatização específica sobre a questão da inseminação artificial homóloga depois da morte do doador do sêmen, surgiram, na doutrina, correntes que se firmaram sob diferentes pontos de vista, e divide o entendimento dos mais renomados doutrinadores do Direito de Família e Sucessões.¹⁵⁶ Neste giro, vê-se necessário o estudo explanatório de todos os posicionamentos firmados na doutrina, com o fito de se melhor compreender a presente problemática.

A primeira corrente, que poderia ser denominada de excludente, se posiciona no sentido de negar qualquer direito ao filho concebido *post mortem*, seja no âmbito do direito de família ou sucessões.¹⁵⁷ Ademais, os defensores deste posicionamento afirmam que sequer pode ser admitida, no ordenamento jurídico brasileiro, a realização da inseminação artificial *post mortem*,¹⁵⁸ devendo ser adotados sistemas positivos restritivos, a fim de proibir e penalizar tais práticas que são consideradas socialmente danosas, tal como já ocorre na Alemanha e na Suécia.¹⁵⁹

Neste sentido, Mônica Aguiar leciona que mesmo que tenha sido realizada a inseminação artificial *post mortem*, o falecimento do doador do sêmen opera como revogação do consentimento anteriormente prestado e, que, por isso, o ser concebido será filho tão somente do cônjuge sobrevivente.¹⁶⁰

Defensora desta primeira corrente, para Maria Helena Diniz não existem meios práticos para se aplicar a presunção de filiação estabelecida pelo art. 1.597, inciso III do Código Civil, uma vez que o *de cujus* já não mais goza de direitos ou exerce deveres após a sua morte¹⁶¹, portanto:

“Não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o casamento se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que

¹⁵⁶ CORRÊA, Bruna R. *Direito à sucessão na inseminação artificial assistida post mortem*. Âmbito jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13213&revista_caderno=7> Acesso em: 26 ago 2015.

¹⁵⁷ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 179 e 180.

¹⁵⁸ CORRÊA, op. cit.

¹⁵⁹ ALBUQUERQUE FILHO, op. cit., p.180.

¹⁶⁰ AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 117.

¹⁶¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 550

nascer por inseminação *post mortem*, já que não estava gerado por ocasião da morte de seu pai genético (CC, art. 1798)”.¹⁶²

Ao discorrer sobre o assunto em questão, Guilherme Calmon indaga se, de fato, poderá existir a possibilidade de estabelecimento do vínculo de paternidade entre o falecido e o filho concebido mediante quaisquer das técnicas de concepção assistida *post mortem*, uma vez que, não há como se admitir, ainda que haja a vontade expressa do *de cujos*, que a ex-esposa ou ex-companheira tenha acesso ao sêmen do autor da herança, para fins de reprodução homóloga, em face do princípio da igualdade entre os filhos.¹⁶³

O segundo posicionamento existente na doutrina defende um ideal relativamente excludente,¹⁶⁴ estabelecendo que, caso seja realizado o procedimento médico conceptivo artificial homólogo *post mortem*, o filho concebido, de maneira nenhuma, seja de forma legítima ou testamentária, poderia adquirir capacidade sucessória sobre a herança do doador do material genético, embora pudesse ter reconhecida a sua filiação.¹⁶⁵

Nesta mesma direção, Guilherme Calmon Nogueira da Gama leciona que:

“[...] se a técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e no pressuposto do risco, mas não para fins sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear reparação dos danos materiais que eventualmente sofrer de sua mãe e dos profissionais que a auxiliaram a procriar utilizando-se do sêmen de cônjuge ou companheiro já falecido, com fundamento na responsabilidade civil [...]”.¹⁶⁶

Abrindo breves parênteses, a despeito do entendimento supra transcrito de Gama, dele discorda Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, o qual entende que não deve prevalecer a tese de responsabilização na esfera civil da mãe da criança, que se submeteu à inseminação artificial *post mortem*, utilizando o material genético deixado pelo cônjuge falecido, porque “se

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1000.

¹⁶⁴ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 180

¹⁶⁵ CORRÊA, Bruna R. *Direito à sucessão na inseminação artificial assistida post mortem*. Âmbito jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13213&revista_caderno=7> Acesso em: 26 ago 2015.

¹⁶⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1000.

assim fosse os filhos de relações eventuais não planejadas, não programadas e muitas vezes indesejadas, teriam os mesmos ou mais direitos para responsabilizar os genitores”.¹⁶⁷

Até o ano de 2006, Giselda Hironaka, a respeito da hipótese de equiparação do filho concebido *post mortem* à prole eventual, entendia que era inviável que o testador dispusesse em favor de sua própria prole eventual, haja vista que a lei estabelece que a pessoa que terá sua prole beneficiada, esteja viva no momento da abertura da sucessão, contudo, operava que o *de cujos* poderia fazê-lo de forma reflexa, bastando que “indique a doadora do óvulo, se testador, ou do espermatozoide, se testadora”.¹⁶⁸

Porém, em sua obra editada, no ano de 2007, “Direito das Sucessões”, nota-se que a mesma repensou seu entendimento anterior, acabando por não mais aceitar a concessão de direitos sucessórios ao concebido *post mortem*, auferindo que a legitimação, impreterivelmente, deve ser verificada no momento da abertura da sucessão.¹⁶⁹

Uma terceira posição doutrinária encontrada entende que, apesar de ser possível estender os direitos patrimoniais sucessórios aos filhos concebidos artificialmente após a morte do pai, estes direitos apenas seriam válidos a título de herança testamentária, quando houvesse expressa disposição do *de cujos* no sentido de beneficiar sua própria prole eventual, e desde que observado e atendido o prazo de dois anos para a concepção do herdeiro, conforme estabelecido no artigo 1.800, § 4º, do Código Civil Brasileiro de 2002, a fim de que se preserve a segurança jurídica dos demais herdeiros já existentes à época da abertura da sucessão.¹⁷⁰

Salomão de Araújo Cateb, neste sentido, leciona que a prole eventual possui capacidade testamentária passiva, aduzindo que a lei visa atender não à ausência de personalidade, mas à não-existência do herdeiro, excepcionando, contudo, a prole eventual de pessoas vivas indicadas pelo testador.¹⁷¹

¹⁶⁷ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p.180 e 181.

¹⁶⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil – parte especial: do direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20. p. 69

¹⁶⁹ COLOMBO, Cristiano. *Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 225.

¹⁷⁰ CORRÊA, Bruna R. *Direito à sucessão na inseminação artificial assistida post mortem*. Âmbito jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13213&revista_caderno=7> Acesso em: 26 ago 2015.

¹⁷¹ CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 179.

Em sintonia com este terceiro posicionamento doutrinário, Guilherme Calmon constata que alguns autores têm defendido que a parte “b” do artigo 1.718 do Código Civil de 1916 permite a disposição testamentária em benefício de prole eventual própria, nos casos em que o testador, antes de conseguir a concepção de filhos, mas prevendo a possibilidade de vir a óbito, elabora sua disposição de última vontade, em favor de sua própria prole ainda não nascida.¹⁷² Já o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.799, inciso I, segundo Gama, aceita o chamamento da prole eventual, isto é, os filhos ainda não concebidos das pessoas indicadas pelo testador e vivas no momento da abertura da sucessão, para participar da sucessão testamentária.¹⁷³

Ao tratar a respeito da presente temática, Juliane Fernandes Queiroz afirma que “[...] se o testador pode atribuir a sua herança à prole eventual de terceiros, também o pode, sem qualquer restrição à sua própria prole”¹⁷⁴.

Contudo, Carlos Cavalcanti discorda, também, do entendimento defendido por esta terceira corrente doutrinária, pois acredita que os efeitos sucessórios advindos da inseminação homóloga *post mortem* são amplos e não se limitam à sucessão testamentária, e acrescenta que:

“Se o falecido poderá chamar a suceder, por testamento a prole eventual de terceiros, no termos do artigo 1.799, inciso I, do Código Civil, poderá, igualmente, beneficiar a sua própria prole eventual, inclusive estabelecendo se a deixa testamentária sairá da sua parte disponível ou se constitui adiantamento da legítima, com necessidade de colação.”¹⁷⁵

Todavia, urge apontar que, dentre os doutrinadores que se filiam às correntes que admitem a sucessão do filho concebido *post mortem*, é unânime o entendimento de que essa prole, de fato, possui legitimidade para suceder sob a forma testamentária, conclusão esta decorrente da previsão legal estabelecida pelo art. 1.799 do Código Civil, de que o *de cujus* poderá resguardar herança ao filho não-concebido de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas no momento da abertura da sucessão. Neste sentido, vê-se que, na sucessão

¹⁷²GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 732.

¹⁷³Ibidem.

¹⁷⁴ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 80

¹⁷⁵ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 189

testamentária, a vocação hereditária do não-concebido é indiscutivelmente admitida no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁷⁶

Porém, no Brasil, é cediço que não existe o hábito ou a prática de elaboração de testamentos. Muito raramente as pessoas se valem da via testamentária para resguardar direitos sucessórios aos ainda não concebidos, assim, caso se reconheça apenas a capacidade para suceder de forma testamentária o filho não concebido no momento da morte de seu genitor, com efeito, o direito à herança do concebido *post mortem*, se tornaria inviável na prática, gerando grande insegurança ao nascituro,¹⁷⁷ razão pela qual, faz-se necessário o estudo da quarta, e última, corrente, a qual será explanada a seguir.

A quarta corrente identificada defende ser plenamente possível, tanto o reconhecimento da filiação, quanto a concessão da capacidade sucessória à prole concebida por inseminação artificial homóloga *in vivo* póstuma, devendo ser resguardado a esta prole o direito de ocuparem a primeira classe de herdeiros, gozando ela de todos os direitos sucessórios próprios da sucessão legítima e testamentária.¹⁷⁸

Entende os doutrinadores representantes desta linha, que, sob uma perspectiva constitucional, não há motivos para negar o direito à sucessão legítima sobre a herança do pai aos filhos concebidos após o falecimento daquele, quando houve expressa aquiescência do *de cujos*, uma vez que a própria lei civil garante à prole havida *post mortem* o reconhecimento da filiação.¹⁷⁹

José Luiz Gavião de Almeida opera que o que de fato existe é mera omissão legislativa, quanto à capacidade sucessória - sendo que, entender de outra forma, no sentido de negar o direito à sucessão à prole havidos depois da morte do genitor, embora sendo o nascido reconhecidamente filho, seria admitir a existência de uma contradição legal.¹⁸⁰

¹⁷⁶ COLOMBO, Cristiano. *Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 223.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ CORRÊA, Bruna R. *Direito à sucessão na inseminação artificial assistida post mortem*. Âmbito jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13213&revista_caderno=7> Acesso em: 26 ago 2015.

¹⁷⁹ COLOMBO, Cristiano. *Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p.224.

¹⁸⁰ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código civil comentado: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 104.

O supra citado autor acrescenta que os filhos concebidos pela via artificial *post mortem* são sucessores legítimos, uma vez que, quando a própria lei garante o vínculo paterno-filial, não se pode, sob qualquer justificativa, privar o nascido da capacidade sucessória para recolher a quota-parte da herança que lhe cabe, devendo o art. 1.798 do Código Civil, ser interpretado de forma extensiva, a fim de abranger o nascituro¹⁸¹, e conclui alegando que:

“Quando o legislador atual tratou do tema, apenas quis repetir o contido no Código Civil anterior, beneficiando o concepturo apenas na sucessão testamentária porque era impossível, com os conhecimentos de então, imaginar-se que um morto pudesse ter filhos. Entretanto, hoje a possibilidade existe. O legislador, ao reconhecer efeitos pessoais ao concepturo (relação de filiação), não se justifica o prurido de afastar os efeitos patrimoniais, especialmente o hereditário. Essa sistemática é reminiscência do antigo tratamento dado aos filhos, que eram diferenciados conforme a chancela que lhes era aposta no nascimento. Nem todos os ilegítimos ficavam sem direitos sucessórios. Mas os privados desse direito também não nascia relação de filiação. Agora, quando a lei garante o vínculo, não se justifica privar o infante de legitimação para recolher a herança. Isso mais se justifica quando o testamentário tem aptidão para ser herdeiro”¹⁸².

Douglas Phillips Freitas, ao operar sobre o presente tema, compartilha o entendimento de que no Estado Democrático de Direito, onde o garantismo constitucional impera, englobando o direito à herança, de acordo com o art. 5º, inciso XXX, da Constituição Federal, não existe fundamento jurídico que embase a exclusão do concebido *post mortem* da sucessão legítima, devendo, portanto, ser encontrada alguma forma de tutelar os direitos sucessórios do filho¹⁸³, e acrescenta que:

“Independentemente de ter havido ou não testamento, sendo detectada no inventário a possibilidade de ser utilizado material genético do autor da herança (já que sua vontade ficaria registrada no banco de sêmen), no intuito de evitar futuro litígio ou prejuízo ao direito constitucional de herança, há de ser reservados os bens desta prole eventual sob pena de ao ser realizado o procedimento, vier o herdeiro nascido depois, pleitear, por petição de herança, seu quinhão hereditário, como se fosse um filho reconhecido por posterior ação de investigação de paternidade.”¹⁸⁴

No mesmo sentido, Carlos Cavalcanti entende que é inviável excluir da participação no direito de família e no sucessório, o filho engendrado por procedimento médico conceptivo *post mortem*, ao argumento de que tal solução prejudicaria o direito dos demais

¹⁸¹ Ibidem.

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ FREITAS, Douglas Phillips. Reprodução assistida após a morte e o direito de herança. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>>. Acesso em 14 nov. 2015.

¹⁸⁴ Ibidem.

herdeiros existentes quando da abertura da sucessão, além de que violaria a segurança jurídica do processo sucessório.¹⁸⁵ Para se fazer melhor entender, o autor exemplifica e observa que:

“[...] se o falecido não tinha filhos, deixando somente o cônjuge sobrevivente e ascendentes do primeiro grau, pai e mãe vivos, a herança seria partida em três quotas iguais, nos termos dos artigos 1.836 e 1.837, do Código Civil; no entanto, havendo ação de investigação de paternidade post mortem julgada procedente, restariam excluídos da sucessão os ascendentes, enquanto o cônjuge, a depender do regime de bens (cf. artigo 1.829, I, do CC), poderia ou não concorrer com o descendente reconhecido judicialmente. Verifica-se que tal fato, existência de filho não-reconhecido, modificaria substancialmente a vocação hereditária, donde se conclui que a segurança no procedimento sucessório é sempre relativa.”¹⁸⁶

Em seguida, acerca da hipótese acima transcrita, Albuquerque Filho aduz que, em momento algum, haverá discussões sobre se o *de cujos* desejou conceber aquele filho, haja vista que o simples fato de a pessoa existir, e uma vez comprovada a paternidade do falecido, já se constitui em elemento suficiente para que este novo filho possa alcançar a sua vocação hereditária, participando da herança, na primeira classe de herdeiros, na medida da quota parte que lhe cabe.¹⁸⁷ Assim, o citado autor indaga:

“Qual a diferença, então, para a situação em que o filho foi concebido após o falecimento do genitor, mormente quando este deliberou de modo inequívoco, através de ato autêntico, documento escrito ou testamento, em preservar seu material genético para posterior utilização, inclusive para após a sua morte?”¹⁸⁸

Silvio Rodrigues, ao buscar visualizar e tentar compreender a controvérsia doutrinária existente em relação ao artigo 1.597, III, do Código Civil, ele observa que a dificuldade desse inciso é fruto da permissão conferida pela lei, em se utilizar e promover a prática da fecundação assistida *post mortem*, ao passo que parte da doutrina e da legislação estrangeira tendem a coibir esse tipo de procriação¹⁸⁹. Mas o referido autor conclui, afirmando que:

¹⁸⁵ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 173.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 174

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 174.

¹⁸⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 315.

“O filho assim concebido após a morte do pai será herdeiro em igualdade com os demais descendentes, ensejando até mesmo a vulneração do inventário e até da partilha de bens se já realizado por ocasião de seu nascimento.”¹⁹⁰

Observa-se que esta última corrente busca resguardar a essência do conteúdo disposto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, privilegiando o princípio da igualdade entre os filhos no âmbito do direito das sucessões.

Por fim, é possível perceber que grande é a discussão doutrinária no âmbito do direito de família e sucessões a respeito do direito sucessório dos inseminados após a morte do pai, assim, vê-se que o legislador, ao regulamentar sobre o uso das técnicas de reprodução assistida homóloga *post mortem*, terá impasses a enfrentar, devendo decidir sobre a possibilidade, ou não, do uso da referida técnica de reprodução artificial, além de ter de normatizar sobre todos os efeitos jurídicos daí advindos, criando regras harmônicas aos princípios constitucionais arrolados no capítulo anterior, para buscar a melhor solução para os filhos a serem concebidos.¹⁹¹

Contudo, para a maior parte da doutrina, a filiação é um fato e poderá ser reconhecida sem maiores transtornos, o principal problema está no reconhecimento da capacidade do sucessória do inseminado *post mortem*.¹⁹²

4.4 DO PRAZO PARA A REALIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Dentre os doutrinadores que admitem o uso da técnica de inseminação artificial homóloga *in vivo post mortem*, surge outro ponto doutrinário controvertido, e pouco

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ CORRÊA, Bruna R. *Direito à sucessão na inseminação artificial assistida post mortem*. Âmbito jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13213&revista_caderno=7> Acesso em: 26 ago. 2015.

¹⁹² MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. *Inseminação post mortem e seus reflexos no direito de família e sucessões*. Revista da ESMESC, v. 19, n. 25, 2012, p. 24. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/48>>.

enfrentado, que diz respeito ao prazo que a viúva terá para poder inseminar o material biológico criopreservado de seu marido falecido.¹⁹³

Urge apontar que, em diversas vezes, o argumento que se contrapõe ao direito sucessório do concebido *post mortem* é o da violação à segurança jurídica da sucessão. Com efeito, tomando por base uma ótica predominantemente patrimonialista, tal silogismo poderia ser tomado. Porém, quando tal princípio é interpretado sob uma ótica mais constitucional, prestigiando valores, como o da dignidade da pessoa humana, a socialidade, eticidade e operabilidade, ter-se-á, conseqüentemente, o reconhecimento inarredável aos direitos sucessórios do inseminado *post mortem*.¹⁹⁴

Neste sentido, compreende-se que a segurança jurídica expressa paz, ordem, estabilidade e certeza da efetivação de um direito, pode-se extrair que a sua utilização sob uma ótica patrimonialista, instituiria, no âmbito familiar, um quadro de mais completa ausência de justiça, gerando desigualdade e falta de solidariedade familiar, o que faz tornar inacessíveis a paz e a ordem nos núcleos familiares.¹⁹⁵

Ademais, no que tange ao prazo prescricional do direito sucessório do filho concebido após a morte do seu genitor, é relevante salientar que, enquanto a ação de investigação de paternidade é imprescritível, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, os direitos sucessórios, porém, estão sujeitos à prescrição.¹⁹⁶

Assim, Carlos Cavalcanti, com vistas a proteger a segurança jurídica da sucessão, entende que é inviável permitir que a perspectiva da fecundação se prolongue indefinidamente no tempo, operando que, para que seja possível a concessão do direito sucessório ao filho concebido *post mortem*, necessário é que o *de cujos* deixe expressamente estabelecido, seja por documento escrito ou no testamento, prazo não superior a dois anos para a realização da inseminação e concepção da sua própria prole eventual, contudo, caso o falecido não haja deixado nenhuma disposição neste sentido, a inseminação deve ocorrer no

¹⁹³ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 190.

¹⁹⁴ COLOMBO, Cristiano. *Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p.232.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ COLOMBO, Cristiano. *Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 234.

prazo máximo de dois anos após a sua morte, aplicando-se, por analogia, a previsão legal do artigo 1.799, inciso I c/c artigo 1.800, § 4º, ambos do Código Civil de 2002 voltada à prole eventual de terceiro.¹⁹⁷

Seguindo o mesmo entendimento, Bruna R. Corrêa ressalta a importância da autorização expressa do *de cujos* para que a viúva tenha acesso ao sêmen após a morte dele, assim como, frisa a importância da fixação de prazo, pelo testador, não superior a dois anos, conforme o artigo 1.800, § 4º, do novo Código Civil, para a realização inseminação *in vivo post mortem*, além do mais, é essencial que o autor da herança deixe resguardados, no testamento, todos os direitos garantidos à sua prole eventual, a fim de que sejam atendidos os princípios da segurança jurídica da sucessão e o do melhor interesse da criança.¹⁹⁸

No mesmo sentido, Juliane Fernandes Queiroz compreende que:

“desnecessário lembrar que seria altamente prejudicial à ordem jurídica a espera indefinida de uma possível prole, tendo em vista que o sêmen pode ficar criopreservado por anos ou décadas e, só após, ser utilizado. Portanto, deverá ser fixado o prazo de espera do nascimento dos filhos dentro da própria disposição testamentária, ou mesmo através de uma lei que regule o assunto.”¹⁹⁹

Discordando deste posicionamento, Delfim defende que impor algum prazo para a realização do referido procedimento médico violaria a dignidade da pessoa humana da viúva, bem como seu direito ao livre planejamento familiar. O autor adota a ideia de que a viúva deve ser livre para escolher o melhor momento para conceber o filho de seu marido falecido, tendo como único limite a sua idade fértil, nada impedindo que uma futura sobrepartilha seja realizada. Para que haja uma melhor compreensão do leitor sobre o seu posicionamento, Delfim exemplifica a seguinte situação²⁰⁰:

“[...] uma mulher é casada e vem se submetendo a alguma técnica de reprodução assistida, pois seu marido sofre de impotência *coeundi*. Determinado dia ambos se envolvem num acidente de carro e o marido acaba

¹⁹⁷ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 190.

¹⁹⁸ CORRÊA, Bruna R. *Direito à sucessão na inseminação artificial assistida post mortem*. Âmbito jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13213&revista_caderno=7> Acesso em: 26 ago 2015.

¹⁹⁹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 80.

²⁰⁰ DELFIM, Marcio Rodrigo. *As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga “post mortem”*. Jus Navegandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12965/as-implicacoes-juridicas-decorrentes-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

falecendo, enquanto a mulher sobrevive, mas fica em coma por dois anos. Durante esse período o esperma do marido fica criopreservado. Se for observada a regra do artigo 1.800, § 4º, CC, ao receber alta médica, ela já não poderia mais realizar seu grande sonho, de ser mãe de um filho de seu ex-marido, e isso por imposição jurídica, o que, ao nosso ver é absurdo.”²⁰¹

Maria Berenice Dias constata que mesmo aqueles que não admitem o reconhecimento do direito sucessório ao filho concebido *post mortem* se inclinam em estabelecer o prazo máximo de dois anos, para que a viúva realize a inseminação, em analogia ao prazo conferido à concepção de prole eventual de terceiro, mas afirma que esta fixação de prazo não tem qualquer justificativa ou fundamento, e acrescenta que:

“Não se pode discriminar o filho havido post mortem concebido com sêmen do pai pré-morto, de pois do prazo de dois anos. A tentativa de emprestar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que veio a nascer, ainda que depois de alguns anos. Basta lembrar que não há limite para o reconhecimento da filiação por meio de investigação de paternidade, e some o direito de pleitear a herança prescreve no prazo de 10 anos.”

Neste ponto, Silmara Juny Chinelato compreende que “por existir apenas gameta masculino ainda não utilizado na fertilização do óvulo, aplica-se o inciso III do art. 1.597 c/c o art. 1.799, I, que se refere à prole eventual”.²⁰² Mas acrescenta que, conforme o princípio da igualdade entre os filhos, não é possível haver discriminação ao filho havido após a morte seu genitor, depois do prazo de dois anos de que trata o artigo 1.800, § 4º, do Novo Código Civil. Por tal motivo, “a inconstitucionalidade deve ser alegada incidentalmente pelo interessado, no caso concreto, enquanto não for assim declarada por via direta de ação de inconstitucionalidade”.²⁰³

Além disso, outra questão surge quanto ao prazo prescricional, para que o filho havido *post mortem* venha postular seus direitos à legítima. Há quem entenda que deva ser aplicado o prazo prescricional de dez anos estabelecido pelo artigo 205 do Código Civil, contado da partilha. Importa frisar, também, que não corre prescrição contra os absolutamente incapazes, conforme o art. 198 do mesmo Diploma supra citado, portanto, o prazo de dez anos,

²⁰¹Ibidem.

²⁰² CHINELATO, Silmara Juny. *Questões controvertidas no Novo Código Civil*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas: parte geral do Código Civil*. vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 76.

²⁰³Ibidem, p. 76 e 77.

para o herdeiro gerado por inseminação artificial poder postular sua quota-parte na legítima, contará a partir dos seus dezesseis anos.²⁰⁴

Percebe-se, assim, que a questão da possibilidade de reprodução assistida *post mortem* é temática aberta no direito brasileiro e, portanto, capaz de se submeter às mais variadas interpretações jurídicas.²⁰⁵ A solução, contudo, ainda permanece uma incógnita, até o que legislador normatize sobre a inseminação artificial homóloga *in vivo post mortem*, estabelecendo seus prazos e os efeitos familiar e sucessório que recaem sobre o nascido.

4.5 A INEXISTÊNCIA DE LEI REGULAMENTADORA SOBRE O ASSUNTO, A NECESSIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 1.798 FRENTE AO ARTIGO 1.597, III, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL E A INDISPENSABILIDADE DA REALIZAÇÃO DE PONDERAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA

Diferentemente do que já ocorre na França, Espanha, Portugal, Suécia e na Alemanha, onde existem claras leis que vedam a realização de quaisquer das técnicas de reprodução assistida homóloga após a morte do doador do sêmen, no Brasil há verdadeira omissão legislativa a este respeito, nem proibindo e nem permitindo tal prática.²⁰⁶

Na França, o legislador vedou a prática da inseminação *post mortem*, dispondo que, ainda que houvesse expresse consentimento externado em vida pelo *de cujus*, no sentido de permitir a fecundação de seu sêmen após a sua morte, tal manifestação é revogada e perde todos os efeitos com o advento da morte.²⁰⁷ A Lei alemã, de 1990, que dispõe sobre a proteção do embrião pune com pena de prisão de até três anos ou multa a pessoa que fertilize, de forma consciente, um ócito com o sêmen de um homem sabidamente falecido.²⁰⁸

²⁰⁴ COLOMBO, Cristiano. *Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 235.

²⁰⁵ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 173.

²⁰⁶ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 172.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 189.

A legislação espanhola também veda a realização da fertilização homóloga *in vivo post mortem*, embora coloque a salvo todos os direitos do nascituro, desde que o *de cujos*, em vida, tenha manifestado seu consentimento por meio de escritura pública ou testamento.²⁰⁹ Na Inglaterra é admitida a prática da inseminação homóloga após a morte do marido ou companheiro, porém veda a concessão de direitos hereditários ao nascituro, salvo quando houver disposição de última vontade do falecido, manifestando seu desejo para realização do ato além de sua morte.²¹⁰

O Projeto de Lei português nº 135/VII veda a fertilização *post mortem*, porém prevê que, caso haja violação à esta regra e, da fecundação póstuma gere uma gravidez, a criança que vier a nascer será reconhecida como filha do *de cujos*.²¹¹

Com isso, observa-se que a tendência da legislação estrangeira é inadmitir a prática da reprodução assistida *post mortem*, sob o argumento de que é dever dos pais, e não de um só deles, a obrigatoriedade de assistência econômica, emocional, afetiva e psíquica aos filhos, embora isto não queira dizer que as famílias monoparentais também não possam exercer a mesma função com a mesma efetividade.²¹²

No Brasil existe grande lacuna legislativa quanto aos efeitos jurídicos sucessórios da criança advinda por inseminação artificial homóloga *post mortem*. A Resolução nº 1.358/92 expedida do CFM exige, tão somente, a manifestação inequívoca da vontade do depositante para a criopreservação e armazenamento do material biológico; a Lei de Biossegurança limita-se a vedar a comercialização do material humano; o Código Civil apenas estabelece a presunção de paternidade aos filhos concebidos após a morte seus genitores.²¹³

As Clínicas e laboratórios especializados em reprodução assistida se baseiam apenas na Resolução nº 1.358 de 1992 expedida pelo CFM. A referida norma infra legal adotou normas éticas relacionadas à regulamentação e procedimentos que merecem ser observados

²⁰⁹ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A inseminação póstuma*. Disponível em <https://www.espacovital.com.br> Acesso em 02 out 2005. In: ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 172.

²¹⁰ Ibidem.

²¹¹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. Reprodução humana assistida e filiação civil. Curitiba: Juruá, 2006. p. 189.

²¹² Ibidem.

²¹³ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 122.

pelas clínicas e médicos que tratam de reprodução assistida,²¹⁴ a qual os impõe, entre outros deveres, a obrigatoriedade de documentar o que os doadores desejam que seja feito com o material biológico após o seu falecimento, após eventual divórcio, nos casos de doenças graves e nas hipóteses de doação, conforme restou devidamente esclarecido no item 1.3 deste trabalho monográfico.

Destarte, quando da elaboração do Código Civil de 1916, os operadores do direito ainda não cogitavam a possibilidade de, no futuro, poder existir concepção humana externamente ou após o falecimento do genitor, porém, o Código Civil editado no ano de 2002, cujo Projeto de Lei é o de nº 634 de 1975, não trouxe grandes inovações no campo da Bioética e do Biodireito, em relação às questões atinentes à reprodução humana medicamente assistida, abrindo uma verdadeira lacuna legislativa quanto a estes casos.²¹⁵

Seguindo as diretrizes traçadas pela Resolução nº 1.358/92 do CFM, alguns Projetos de Lei foram propostos visando regulamentar, de forma específica, a questão da reprodução humana medicamente assistida. O primeiro projeto elaborado foi apresentado pelo Deputado Luiz Moreira (PFL-MA), o qual restou identificado pelo nº 3.638/93; o segundo Projeto foi o de nº 2.855/97, apresentado no ano de 1997, cuja criação foi do Deputado Confúcio Moura (PMDB-RO); o terceiro Projeto de Lei apresentado foi o de nº 90, no ano de 1999, pelo Senador Lúcio Alcântara.²¹⁶ Este último projeto foi o mais completo e abrangente, o qual será brevemente analisado a seguir.

Desde 28/02/2007, o Projeto de Lei nº 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, encontra-se arquivado, aguardando decisão da Câmara dos Deputados, o qual dispõe sobre a questão da reprodução assistida.²¹⁷ O texto original do referido Projeto de Lei, em seu artigo 15, § 5º, inciso V, aparentemente vedava a prática da inseminação *post mortem*, pois estabelecia a obrigatoriedade do descarte dos gametas e embriões, quando do falecimento de doadores ou de depositantes. Além disto, tipificava como crime a utilização de gametas ou

²¹⁴ MOREIRA FILHO, José Roberto. *Os novos contornos da filiação e dos direitos sucessórios em face da reprodução humana assistida*. In: GUERRA, Arthur Magno e Silva. *Bioética e Biodireito: um introdução crítica*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 217.

²¹⁵ MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. *Inseminação post mortem e seus reflexos no direito de família e sucessões*. Revista da ESMESC, v. 19, n. 25, 2012, p. 22. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/48>>.

²¹⁶ MOREIRA FILHO, José Roberto. *Os novos contornos da filiação e dos direitos sucessórios em face da reprodução humana assistida*. In: GUERRA, Arthur Magno e Silva. *Bioética e Biodireito: um introdução crítica*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 220.

²¹⁷ SENADO FEDERAL. *Projeto de lei do Senado nº 90, de 1999*. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1304> Acesso em: 14 nov. 2015.

embriões de doadores ou depositantes falecidos, cominando pena de detenção de dois a seis meses, ou multa. Ademias, caso tenha ocorrido a fecundação do gameta de doador sabidamente falecido, o artigo 20 do referido Projeto de Lei, em sua forma originária, previa que o infante não gozaria dos efeitos patrimoniais e sucessórios em relação ao *de cujos*.²¹⁸

Porém, o Projeto de Lei Substitutivo do Senado nº 90 de 2001, apresentado pelo Senador Roberto Requião, o qual comporta duas emendas sofridas pelo texto do Projeto original de 1999, passou a estabelecer, em seu artigo 15, § 2º, inciso III, a obrigatoriedade do descarte de gametas “nos casos conhecidos de falecimento de doador ou depositante, ressalvada a hipótese em que este último tenha autorizado, em testamento, a utilização póstuma de seus gametas pela esposa ou companheira”.²¹⁹ Adiante, o Projeto Substitutivo, em seu artigo 20, determina que as consequências jurídicas advindas das técnicas de reprodução humana assistida, no que tange à filiação, “são irrevogáveis a partir do momento em que houver embriões originados in vitro ou for constatada gravidez decorrente de inseminação artificial.”²²⁰

Noutra esteira, Eduardo de Oliveira Leite doutrina que a situação do nascituro concebido *post mortem* é anômala, tanto no plano da filiação quanto no da sucessão, sendo que, nesta hipótese, a criança não poderá herdar, porque ainda não era concebida no momento da sucessão, mas conclui, entendendo que uma “*solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação post mortem*”.²²¹

Tendo em vista que a Constituição pátria não é clara quanto à natureza jurídica dos direitos reprodutivos, acredita-se que o ponto de partida, que merece ser inicialmente considerado pelo legislador, deve se dar no sentido de esclarecer se estes integram, de fato, o rol dos direitos e garantias fundamentais. A resposta a esta questão indicará a direção que deverá ser tomada pelo legislador, no que tange à possibilidade da reprodução assistida homóloga *post mortem*, pois, em sendo garantia constitucional, não há que se impor qualquer óbice para o uso dos métodos de inseminação em mulheres viúvas.²²²

²¹⁸ MONTALBANO, op. cit., p. 28.

²¹⁹ PROJETO DE LEI Nº 90 (SUBSTITUTIVO), DE 1999. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90subst.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

²²⁰ Ibidem.

²²¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 110.

²²² MACHADO, Maria Helena, *Reprodução Humana Assistida*, 1 ed., Curitiba: Juruá, 2005. p. 97.

Neste interim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 12, dispõe que “os homens e mulheres em idade adequada ao casamento têm direito a casar e constituir família”, assentando que o direito de procriação merece ser entendido, conforme Maria Claudia Crespo Brauner, como direito personalíssimo, indisponível e inalienável, revelando-se, por fim, um direito à intimidade e à autodeterminação das pessoas.²²³

Por conseguinte, indaga-se, então, se todo modo de procriar, por intermédio das técnicas de fecundação artificial, deve ser permitido ou existe algum limite que mereça ser imposto. A conclusão a que se chegou é que a dignidade humana é o grande limite ético e jurídico, que se coloca à fertilização *in vitro*. Isto significa dizer que a nova vida a ser concebida merece possuir valor e fim em si mesma, não podendo ela ser um mero meio de satisfação das necessidades ou desejos de seus pais.²²⁴

Neste sentido, Juliana Frozel de Camargo operou que a admissão cega à prática da inseminação *post mortem* daria vazão para que as viúvas, a despeito de perpetuar a “memória do falecido”, utilizassem do material biológico conservado, para fins de natureza econômica, “fabricando” herdeiros.²²⁵ E conclui que:

“Esta técnica deveria ser proibida, tendo em vista que não garante ao filho um ambiente familiar adequado, mas uma coisa é certa: se se admitir a realização da fecundação após a morte, tem-se de aceitar suas consequências, ou seja, não se devem impor limites ao Direito Sucessório e de Filiação.”²²⁶

Porém, ao contrário do que entende Camargo, Maria Berenice Dias afirma que a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida é um direito fundamental, resultante do direito ao planejamento familiar, o qual é um desdobramento do princípio da liberdade, portanto, inadmissível é o cerceamento daquele direito, em razão do advento da morte de quem expressou o desejo de ter filhos, ao se submeter à coleta e custeio do armazenamento do material biológico. Dispõe a autora que a morte não pode operar a revogação do consentimento, destruindo o projeto parental que iniciou-se em vida.²²⁷

Neste mesmo sentido, Carlos Cavalcanti defende que não se pode renegar à pessoa solteira ou viúva o direito de efetivar um projeto parental, que atenda aos anseios do

²²³ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito a Sexualidade e Reprodução*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 52.

²²⁴ MACHADO, Maria Helena, *Reprodução Humana Assistida*, 1 ed., Curitiba: Juruá, 2005. p. 99.

²²⁵ CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução humana: ética e direito*. Campinas, SP: Edicamp, 2003. p. 135.

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 123

menor. O artigo 3º da Lei nº 9.263/96 prevê justamente que o planejamento familiar é parte integrante de diversas ações de regulação da fecundidade que garanta iguais direitos de constituição, limitação ou aumento da prole em prol da mulher, do homem ou do casal.²²⁸

Todavia, entende-se não se trata somente da liberdade individual ou autodeterminação, em relação à vida íntima das pessoas, mas, prioritariamente, trata-se de rejeitar o tratamento coisificado do novo ser, como um “objeto-devido”, negando-se a sua dignidade humana.²²⁹

Destarte, ultrapassando a referida controvérsia, apesar de não haver qualquer legislação específica a esse respeito, sabe-se que à luz da medicina, da bioética e do direito, a prática da reprodução assistida póstuma é aceitável, conforme o conteúdo disposto na Resolução nº 1.957/2010, único anexo, item VIII expedida pelo CFM, o qual encontra-se transcrito no tópico 2.3 deste presente trabalho.

4.5.1) Da indispensabilidade da realização de ponderação principiológica

Em atenção ao Enunciado 274 da IV Jornada de Direito civil aprovado pelo Conselho da Justiça Federal recomenda, em suma, que os direitos de personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, “são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da CF (princípio da dignidade humana). E acrescenta que, nos casos de colisão entre estes direitos, nenhum pode sobrelevar os demais, devendo ser aplicada a técnica de ponderação.²³⁰

Assim, no tocante ao presente tema, a colisão de princípios e direitos é inevitável, haja vista que, se por um lado, um filho tem o direito à sucessão nos bens de seu pai, por outro, os demais herdeiros possuem o direito da certeza e segurança quanto a quota parte que lhes cabem na herança. Assim, tais conflitos principiológicos devem ser solucionados, a

²²⁸ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 184.

²²⁹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo, *Direito a Sexualidade e Reprodução*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 80.

²³⁰ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados de Direito Civil. Enunciado nº 274 - Art. 11. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2015.

partir da ponderação dos princípios em pauta, a fim de harmonizá-los, sem que um exclua o outro.²³¹

Na maioria das vezes, quando se trata de oposição à capacidade sucessória do filho concebido após a morte de seu pai, o argumento mais disseminado é o da violação à segurança jurídica da sucessão, em relação aos demais herdeiros,²³² ao fundamento de que “enquanto houver embrião oriundo do *de cuius* permaneceria a incerteza de alterações na partilha dos bens, fato que influenciará na disposição destes, desta forma contrariando a segurança jurídica”,²³³ pois alteraria completamente uma situação jurídica já consolidada.

Neste sentido, indaga-se se a reprodução assistida póstuma violaria todo o sistema jurídico da sucessão, concedendo direitos ao novo concebido, em detrimento dos direitos já adquiridos dos demais herdeiros. Marcio Rodrigo Delfim lecionou que, nestes casos, o que ocorre é uma colisão entre princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, igualdade de filiação, planejamento familiar, direitos estes pertencentes ao filho ou à viúva, e o da segurança jurídica dos outros herdeiros já concebidos ou nascidos.²³⁴

Embora os princípios fundamentais sejam considerados valores máximos e de igual hierarquia dentro do ordenamento jurídico, deve-se buscar a realização de ponderação principiológica, acreditando-se que deve preponderar os princípios do planejamento familiar, o da igualdade entre os filhos e o da dignidade da pessoa humana, sobre o da segurança jurídica, pelos seguintes argumentos.

Vale dizer que os direitos e princípios, ainda que sejam fundamentais, não são absolutos, devendo-se realizar uma ponderação principiológica, o que nos leva a privilegiar o princípio da dignidade da pessoa humana, em detrimento do princípio da segurança jurídica,²³⁵

²³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 88.

²³² COLOMBO, Cristiano. *Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p.232.

²³³ SILVA, Diego Rodrigues. *O direito sucessório dos inseminados post mortem em face dos princípios constitucionais*. EGOV. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-sucess%C3%B3rio-dos-inseminados-post-mortem-em-face-dos-princ%C3%ADpios-constitucionais>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

²³⁴ DELFIM, Marcio Rodrigo Delfim. *As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga “post mortem”*. Jus Navegandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12965/as-implicacoes-juridicas-decorrentes-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

²³⁵ MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. *Inseminação post mortem e seus reflexos no direito de família e sucessões*. Revista da ESMESC, v. 19, n. 25, 2012, p. 21. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/48>>. Acesso em 17 jun. 2015.

uma vez que a aplicação deste princípio, sob o fundamento de proteção à herança dos demais herdeiros, encontra-se amparada por uma ótica predominantemente patrimonialista, que se afasta totalmente da perspectiva constitucionalista do direito civil atualmente vigente, que acima dos interesses patrimoniais, visa proteger e resguardar a dignidade da pessoa humana.²³⁶

Porém, uma grande parte da doutrina se posiciona contra o referido entendimento, ao argumento de que este fere o princípio da segurança jurídica. Todavia, ao se considerar o fato de que o procedimento de reprodução assistida *post mortem* é realizado somente em casos específicos e de forma excepcional, percebe-se que a regra permanece sendo a estabelecida pelo artigo 1.798 do CC, que determina que os sucessores serão os já nascidos, ou concebidos, no momento da sucessão, não havendo que se falar em violação à segurança jurídica, mas, apenas, em relativização desta, em casos específicos, tal como ocorre nos casos de petição de herança.²³⁷

Neste giro, tomando por analogia a situação ocasionada pela petição de herança, em que a qualquer momento, dentro do prazo de dez anos, caso apareça um filho não conhecido, requerendo seu direito à sucessão, a partilha dos bens deverá ser modificada e alterado o quadro sucessório em sua totalidade, além disto, tem-se a previsão da prole eventual, que também poderá mitigar a segurança jurídica dos demais herdeiros, uma vez que, no prazo de até dois anos, caso nasça um herdeiro favorecido pelo testamento, a herança deverá ser sobrepartilhada, para beneficiar este novo herdeiro.²³⁸

Portanto, há de se concluir que a segurança jurídica da sucessão não é questão prioritária para o direito sucessório, sendo sempre relativa. Assim, em razão da previsão legal do instituto da petição de herança e da prole eventual, pode-se dizer que a segurança jurídica da partilha não é a maior prioridade do direito civil, mas, sim, a garantia de sucessão a todos os herdeiros, sem discriminação de qualquer deles, ainda que estes não estejam ainda concebidos no momento da morte do autor da herança.²³⁹

²³⁶ COLOMBO, Cristiano. *Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 232.

²³⁷ DELFIM, Marcio Rodrigo Delfim. *As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga "post mortem"*. Jus Navegandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12965/as-implicacoes-juridicas-decorrentes-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

²³⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 207.

²³⁹ *Ibidem*.

Além disto, ao observar o “espírito” do princípio da segurança jurídica, como princípio dedicado a instalar a paz, a ordem, estabilidade nas relações sociais e conferindo às pessoas a certeza da realização de direitos, pode-se extrair que a sua utilização sob uma ótica patrimonialista, instituiria, no âmbito familiar, um quadro de mais completa ausência de justiça, gerando desigualdade e falta de solidariedade familiar, o que faz tornar inacessíveis a paz e a ordem nos núcleos familiares.²⁴⁰ Nas palavras de Cristiano Colombo,

“[...] A família, nas suas mais variadas formas de estruturação, é a base da sociedade, e sem sua assistência a desordem prolifera, não há paz social. Neste sentido é que se faz necessária a observância do princípio da segurança jurídica [...]”²⁴¹

Ademais, ao se ignorar o direito sucessório à prole concebida *post mortem*, graves violações a direitos fundamentais e princípios constitucionais se operam, além disto, a própria função social da herança, “que consiste na possibilidade de prover a sobrevivência dos herdeiros”, seria afastada.²⁴²

Contudo, não obstante todas essas considerações, há ser ressaltado que

“não se pode chegar a uma solução apriorística quando se trata de colisão de direito fundamentais, tendo em vista que se deve levar em consideração não só a verificação de existência ou não do herdeiro, como também a ponderação dos valores colididos, consistente no direito à sucessão do inseminado *post mortem* e no direito à segurança jurídica, de modo que apenas diante de um caso concreto se pode ponderar os valores para se verificar qual deve prevalecer (nunca excluir).”²⁴³

Destarte, considerando que o sêmen criopreservado somente poderá ser retirado após o falecimento do seu titular, para fins de reprodução póstuma, mediante a sua autorização expressa manifestada neste sentido, em testamento ou em documento público, não há que se falar em diferenciação deste concebido *post mortem* e os demais herdeiros, uma vez que, como se viu no segundo capítulo, a presunção de paternidade dos filhos havidos via inseminação

²⁴⁰ COLOMBO, Cristiano. *Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 232.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² HENRIQUES, Fernanda Borges. *A repercussão da reprodução assistida post mortem e o direito de herança*. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/fernanda_henriques.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2015.

²⁴³ BRASILEIRO, Flávia Ayres de Moraes e Silva. *Direitos sucessórios dos inseminados “post mortem” versus direito à igualdade e à segurança jurídica*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12042/direitos-sucessorios-dos-inseminados-post-mortem-versus-direito-a-igualdade-e-a-seguranca-juridica>>. Acesso em: 17 jun. 2015

artificial homóloga *post mortem* decorre diretamente da referida deliberação do genitor, informando seu desejo pela paternidade mesmo após a sua morte.

Por tais motivos, após a devida ponderação e relativização dos princípios constitucionais frente à presente problemática proposta, considerando que o concebido *post mortem* possui a condição de filho legalmente garantida, acredita-se que há de prevalecer os princípios do livre planejamento familiar, o da igualdade de filiação e o da dignidade da pessoa humana, sobre o da segurança jurídica da sucessão, para reconhecer o direito do filho havido *post mortem* à sucessão legítima, ocupando a primeira classe de herdeiros necessários, uma vez que deve ser priorizada a própria condição de ser humano e de filho desta criança, do que a condição patrimonial dos demais herdeiros.²⁴⁴

4.5.2) Da relativização dos requisitos do artigo 1.798 frente ao artigo 1.597, III, ambos do Código Civil, em razão dos princípios jurídicos constitucionalmente consagrados

Como se viu, com o advento da Constituição Federal de 1988, o direito privado sofreu profunda transformação, uma vez que a autonomia privada apresentava cunho estritamente patrimonial, mas, após a promulgação da Carta Magna, o direito civil ganhou cunho existencial, passando a representar valores constitucionais, privilegiando valores não-patrimoniais, para promover a dignidade humana, o desenvolvimento da personalidade, os direitos sociais, assim como, a justiça distributiva. Neste ponto, o direito de família passou a agregar valores constitucionais, como a solidariedade social, a igualdade e a dignidade do ser humano.²⁴⁵

Assim, tendo por fundamento a constitucionalização do direito civil, cumpre dizer que a interpretação do ordenamento jurídico à luz dos princípios basilares constitucionalmente consagrados, os quais encontram-se explicitados no Capítulo anterior, é medida que se impõe para que o legislador consiga ter perfeita compreensão da dimensão

²⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 123.

²⁴⁵ COLOMBO, Cristiano. *Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 102.

jurídica da questão da inseminação *post mortem*, concedendo ao infante a solução legal mais justa, isonômica e equitativa.²⁴⁶

Para Carlos Cavalcanti, a interpretação do sistema jurídico deve ser o ponto de partida para que o legislador possa normatizar sobre a matéria, e merece ser iniciada a partir da análise do disposto no artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Isto, porque, o citado artigo, em seus parágrafos, ao tratar da família, como a base da sociedade, consagrou o princípio do pluralismo das entidades familiares, estabelecendo expressamente, como sendo núcleos familiares, o casamento, a união estável e a entidade monoparental, aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Mônica Aguiar operou que os entendimentos firmados pelas normas estrangeiras podem servir como um direcionador para o legislador pátrio, porém, antes de tudo, deverá ser esclarecido se haverá de se “reconhecer como entidades familiares somente aquelas inseridas, de modo expreso no artigo 226 da Constituição Federal”, ou se merecem ser aceitos, e especialmente protegidos pelo Estado, outros modelos de família.²⁴⁷

Esse entendimento se dá pelo disposto no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, o qual determina que o princípio do planejamento familiar é de livre deliberação do casal e se encontra amparado pelo fundamento da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo vedada qualquer coerção ao exercício desse direito, seja por parte do Estado ou da iniciativa privada.²⁴⁸

Com efeito, não há divergências no tocante ao fato de que o ideal é a biparentalidade, contudo, defende-se que este modelo familiar não pode ser fundamento suficiente para afastar a possibilidade da inseminação homóloga *post mortem*, quando houve projeto biparental em vida, no qual restou identificada a receptora do material biológico criopreservado.²⁴⁹

²⁴⁶ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 183.

²⁴⁷ AGUIAR, Mônica. Direito à filiação e bioética. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 128.

²⁴⁸ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 184.

²⁴⁹ CHINELATO, Silmara Juny. *Questões controvertidas no Novo Código Civil*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. Questões controvertidas: parte geral do Código Civil. vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 69.

Assim, pelos fundamentos de direito acima considerados, em se admitindo a prática da reprodução assistida *post mortem*, deve-se visualizar que o sistema jurídico brasileiro consagrou constitucionalmente, como um dos princípios basilares do Direito de Família, a igualdade entre os filhos, independentemente da situação jurídica dos pais, conforme o disposto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, pelo qual não se pode aceitar legislação infraconstitucional que restrinja os direitos do filho concebido *post mortem*, haja vista que, se nem o constituinte originário não previu qualquer exceção ao princípio da igualdade da filiação, muito menos poderá fazê-lo o legislador ordinário, tampouco o intérprete.²⁵⁰

Isto é o que entende Silmara Juny Chinelato quando afirma que, se admitida a fertilização *post mortem*, não poderá haver discriminação em relação à prole assim concebida, restringindo-lhe direitos ou *status*, haja que “admitir a inseminação *post mortem* é aceitar o estabelecimento da paternidade. Aceitando-a, todos os direitos que daí decorrem devem ser respeitados.”²⁵¹

Além disto, deve ser observado o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual se funda em três princípios básicos, os quais devem ser considerados e servir de norte para regulamentação do direito sucessório do infante concebido *post mortem*, quais sejam: o princípio da prioridade absoluta; princípio do melhor interesse da criança, em que deve ser conferida primazia às necessidades dos menores, “quando da interpretação das normas jurídicas, da solução de conflitos e confecção de novas leis”; e o princípio da municipalização, o qual prevê a descentralização da assistência social às crianças e adolescentes.²⁵² Neste ponto, o Estatuto da Criança e do Adolescente sedimentou a igualdade substancial da filiação, ultimando a desigualdade entre os filhos, no Brasil.²⁵³

Portanto, sabe-se que o princípio da igualdade entre os filhos conferiu aos filhos garantia constitucional de isonomia de tratamento, alcançando, por consequência, a pessoa do inseminado *post mortem*, por possuir este qualidade de filho, para todos os efeitos legais, jurídicos e sociais, já que, pela redação conferida ao artigo 1.597, inciso III, do Código Civil,

²⁵⁰ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 175.

²⁵¹ CHINELATO, Silmara Juny. *Questões controvertidas no Novo Código Civil*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. Questões controvertidas: parte geral do Código Civil. vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 70.

²⁵² COLOMBO, Cristiano. *Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.p. 108.

²⁵³ *Ibidem*, p. 109.

há o reconhecimento presumido da paternidade, considerando como concebidos na constância do casamento, os filhos “havidos por fecundação homóloga, mesmo que falecido o marido”.²⁵⁴ Portanto, qualquer solução restritiva em desfavor deste culminaria em discrimine atentatório à igualdade em relação aos seus demais irmãos biológicos.²⁵⁵

Albuquerque Filho aduz que, no caso da inseminação *in vivo* póstuma, o filho é desejado e, em diversas vezes, realiza um projeto parental que não se efetivou em vida, por circunstâncias alheias à vontade do casal e, que, por isso, “a perspectiva excludente 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”.²⁵⁶

Em um sistema jurídico que reconhece o pluralismo dos modelos familiares e a liberdade ao planejamento familiar, o qual tem fundamento na dignidade da pessoa humana e no princípio da paternidade responsável, não há como se admitir leis que proíbam a prática da reprodução humana artificial homóloga *post mortem*, quando o cônjuge sobrevivente ainda estiver na condição de viúva, e houver inequívoca manifestação de vontade expressamente deixada pelo falecido em documento escrito, autorizando a utilização do material genético, o que faz com que a prole goze plenamente de todos os direitos advindos da filiação, inclusive, o direito à herança, conforme Albuquerque Filho.²⁵⁷

Por todo o exposto, com a devida *vênia*, vê-se que perspectiva que pleiteia o afastamento dos direitos sucessórios àqueles concebidos por reprodução assistida homóloga *post mortem* não é o melhor entendimento, haja vista que viola frontalmente aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança. Ademais, controvérsias a parte, a marcha dos acontecimentos e a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, tende a conferir direitos sucessórios aos frutos da inseminação *post mortem*.²⁵⁸

Ademais, não se visualiza qualquer razão valiosa sob a ótica do interesse público para que conceda tratamento diferenciado ao filho havido por inseminação homóloga *post mortem*, em relação aos demais irmãos biológicos, pelo simples fato de ainda não existir no momento da abertura da sucessão, ainda mais quando houve consentimento manifestado pelo

²⁵⁴ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p.185.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 176.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 181.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 184.

²⁵⁸ *Ibidem*.

genitor falecido. Cristiano Colombo infirma que “razão valiosa” existiria nos casos em que o filho gerado foi fruto de ato ilícito, tal como a inseminação *post mortem* realizada contra a vontade do *de cujos*, ou, mesmo, quando decorrente de furto ou fraude do laboratório, nestas últimas hipóteses, haja vista a inexistência de autorização manifestada pelo *de cujos*, o nascituro não poderia ser considerado filho e, conseqüentemente, teria excluído qualquer direito à herança.²⁵⁹

Com efeito, o legislador deveria ter elaborado um dispositivo legal específico para tratar dos efeitos jurídicos advindos da utilização das técnicas de procriação artificial, contudo, assim não o fez, dando a saber, tão somente, sobre as clássicas hipóteses de presunção da paternidade elencadas nos incisos do artigo 1.597 do Código Civil.²⁶⁰

Logo, admite-se que, se por presunção a fertilização artificial realizada após a morte do marido deve ser considerado como se ela tivesse se dado na constância do casamento, então, pela “conexão e inter-relação do Direito de Família e Sucessões há de se estender esta mesma presunção ao Direito Sucessório, considerando também a presunção” para fins de capacidade sucessória. Por conseguinte, obviamente, o filho havido por inseminação artificial *post mortem* estaria, por presunção legal, presente no momento da abertura da sucessão.²⁶¹

Sob a ótica desta reflexão, possível é, então, concluir que esta nova hipótese de filiação acarreta, conseqüentemente, em nova hipótese de sucessão, ao considerarmos o texto literal do artigo 1.798 do Código Civil, o qual aduz que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Assim, a filiação advinda da presunção legal de que, ocorreu na constância do casamento, a inseminação homóloga realizada após o falecimento do marido, estaria inserida na expressão “já concebidas”.²⁶²

Neste mesmo sentido, Mauro Antonini leciona que “o art. 1.798 tem por finalidade, por conseguinte, em sua concepção original, resguardar o direito do nascituro, não

²⁵⁹ CHINELATO, Silmara Juny. *Questões controvertidas no Novo Código Civil*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas: parte geral do Código Civil*. vol. 6. São Paulo: Método, 2007.p. 70.

²⁵⁹ COLOMBO, Cristiano. *Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.p. 224.

²⁶⁰ *Ibidem*.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 229.

²⁶² *Ibidem*.

excluir filhos concebidos após a abertura da sucessão”.²⁶³ Assim, aduz-se que a essência e finalidade do referido dispositivo legal é ser inclusivo, para ampliar direitos, e não para excluí-los.

Destarte, a título de argumentação, cumpre destacar que os filhos nascidos dentro dos trezentos dias subsequentes ao falecimento do cônjuge varão, de acordo com o artigo 1.597, II, do Diploma Civil, são considerados filhos, embora não tenham tido contato com o seu genitor, e, portanto, sucessores legítimos. Deste modo, não subsistem razões para que o direito à herança não seja estendido também ao inseminado *post mortem*, uma vez que, de igual modo, é presumidamente filho concebido na constância do casamento.²⁶⁴

Assim, pelo avanço da ciência, através das técnicas de reprodução medicamente assistida, fez surgir nova hipótese de filiação, em relação a qual há de se operar a relativização da aplicação do princípio da coexistência, o qual estabelece que o herdeiro deve existir de forma simultânea ao titular da herança, ainda que esteja aquele no interior do corpo materno, já que, como constatado, o termo “já concebidos”, constante do artigo 1.798, é totalmente inclusivo, fazendo com que o direito à herança seja resguardado e garantido aos filhos havidos *post mortem*.

Portanto, caso o legislador, de fato, admita a prática e realização da procriação medicamente assistida homóloga *post mortem*, a relativização do requisito da coexistência estabelecido pelo artigo 1.798 do Código Civil, em razão da presunção de paternidade estabelecida pelo artigo 1.597, III, do mesmo Diploma Legal, é medida que se impõe, tendo em vista que a concessão de amplos direitos à prole gerada após a morte de seu genitor é a alternativa que melhor atende aos preceitos constitucionais, uma vez que o Constituinte Originário, visando preservar o ser humano, se preocupou em estabelecer como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa e consagrou o princípio da proteção integral à família, o qual se efetivará “nas pessoas de cada um dos que a integram” (artigo 226, § 8º, da Constituição Federal de 88).²⁶⁵

²⁶³ ANTONINI, Mauro. *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2010. p. 2120.

²⁶⁴ COLOMBO, Cristiano. *Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.p. 230.

²⁶⁵ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 188.

5 CONCLUSÃO

A idealização do projeto parental consiste na principal justificativa para a utilização das técnicas de reprodução assistida, já que, de acordo com dados fornecidos, no ocidente, um a cada seis casais apresentam problemas de reprodução, sendo que, para 20% deles, a única alternativa é a fertilização assistida, o que lhes possibilitam a procriação desvinculada da conjunção carnal, fornecendo chances idênticas às que os férteis têm de gerar descendentes.

A fertilização artificial pode ocorrer de duas maneiras, seja de forma homóloga, quando os gametas feminino e masculino utilizados para a fecundação forem fornecidos pelo próprio casal interessado no procedimento conceutivo; seja de forma heteróloga, que se dará quando, para a realização da fertilização, for necessária a utilização de gameta, masculino ou feminino, doado por terceiro estranho ao casal.

Em razão de o material biológico coletado do cônjuge varão ficar armazenamento a uma temperatura de -196, isto permite que o sêmen criopreservado seja conservado por anos, o que possibilitou manter ativa a fertilidade de um homem já falecido, através da coleta e armazenamento de seu sêmen, viabilizando a concepção de um novo ser, a partir da reprodução humana medicamente assistida, após a morte de seu genitor. Neste contexto, a possibilidade de se fazer nascer um filho biológico de pai pré-morto gerou acirradas e acalouradas discussões, dando margem para a formação de diversos posicionamentos dentro da doutrina especializada.

Todavia, para que o cônjuge ou companheiro sobrevivente possa ter acesso ao sêmen do cônjuge ou companheiro falecido, após a morte deste, para fins reprodutivos, é necessário que o sobrevivente esteja na condição de viúvo (a) e que o *de cujos* tenha deixado manifestação inequívoca de vontade, por escrito, autorizando expressamente seu consentimento, no sentido de permitir o uso de seu material biológico crioconservado após a sua morte - vale dizer que este último requisito tem sido exigido pelas clínicas e laboratórios especializados apenas desde 2010, apesar de ter recomendação do Conselho Federal de Medicina a este respeito, desde 1992.

Contudo, apesar deste ser o entendimento majoritário tanto na doutrina quanto na jurisprudência, nota-se que há posições diversas, de forma que, para uns a manifestação de vontade do *de cujos* pode ser verificada de modo tácito e presumido, já para outros, não se pode presumir a vontade de uma pessoa querer ser pai após a sua morte. Assim, em face desta instabilidade de posicionamentos e opiniões, ao analisarmos julgados proferidos pelo Judiciário brasileiro a este respeito, vimos que, em 2010, o Juiz de Direito da 13ª Vara Cível da Comarca de Curitiba concedeu à viúva postulante o direito de inseminar seu oócito com o sêmen criopreservado de seu marido falecido, a partir da presunção da vontade do *de cujos* em ser pai, apesar de não ter ele deixado nenhuma autorização neste sentido.

Da mesma forma foi o entendimento da Juíza de piso da circunscrição de Brasília, em um outro processo ajuizado, que concedeu à companheira sobrevivente o direito de gerar após a morte de seu companheiro, com o sêmen deste. Porém, em recurso interposto pelo banco de sêmen, parte integrante do polo passivo da demanda, a sentença restou reformada, e no acórdão, prolatado em 2014 pela 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, restou vedada a utilização do sêmen criopreservado do marido, já que não havia nenhuma autorização do *de cujos*, consentindo com a prática da inseminação *post mortem*, em relação ao seu material.

Todavia, apesar de toda a controvérsia existente, além de não haver nenhuma norma legal autorizadora nesse sentido, sabe-se que a prática da reprodução assistida *post mortem* é aceitável, seja sob a ótica da medicina ou do direito, desde que o falecido tenha com ela consentido expressamente. Assim, buscou-se aprofundar o estudo sobre os direitos sucessórios a que fazem jus os assim concebidos, trazendo à baila os princípios jurídicos atinentes à referida questão, os quais são, o princípio da dignidade da pessoa humana, do livre planejamento familiar, da igualdade entre os filhos, do melhor interesse da criança, da solidariedade familiar e o da segurança jurídica.

Neste sentido, não obstante a total omissão e silêncio do Legislativo em relação à capacidade sucessória do inseminado *post mortem*, havendo apenas alguns Projetos de Lei em tramitação por anos no Congresso Nacional, o Código Civil estabeleceu, em seu artigo 1.597, III, a presunção de concepção, durante a constância do casamento, do filho havido por fertilização homóloga, ainda que falecido o marido, estabelecendo o vínculo paterno-filial entre o falecido e o infante nascido – insta salientar que o citado artigo tem sido interpretado de

modo extensivo, para incluir, também, a união estável. Entretanto, o mesmo Diploma Legal, em seu artigo 1.798, determina que só possuirão capacidade sucessória aqueles nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão, instituindo o princípio da coexistência entre o titular da herança e seus herdeiros, o que, na opinião de uns é suficiente para afastar o direito sucessório do inseminado *post mortem*, mas na opinião de outros, tal dispositivo legal deve ser interpretado de forma extensiva, abarcando, inclusive, o havido após a morte de seu genitor.

Neste contexto, a partir dos estudos realizados, verificou-se que quatro posicionamentos emergiram dentro da doutrina especializada. A primeira corrente, que é totalmente excludente, entende que deve ser restringido ao concebido *post mortem* o direito tanto à filiação, quanto à sucessão. O segundo posicionamento que surgiu defende uma tese relativamente excludente, admitindo a existência do vínculo de filiação entre o *de cujos* e o infante, contudo, não reconhece o direito deste a suceder nos bens daquele. Já a terceira corrente doutrinária entende que o filho concebido após o falecimento de seu genitor, tem o direito de ter reconhecida a sua filiação, mas podendo herdar somente pela via testamentária, quando o testador tenha reservado quinhão à sua própria prole eventual. Além destas, existe ainda uma quarta corrente, a qual reconhece, ao infante, direitos tanto no âmbito do Direito de Família, quanto no âmbito do Direito das Sucessões, ao argumento de que, pelo princípio da igualdade de filiação, para o qual não é prevista nenhuma exceção, e como filho que é, o inseminado *post mortem* terá direito tanto a participar tanto da sucessão legítima quanto da testamentária, merecendo herdar juntamente com os demais herdeiros da primeira classe.

Outra controvérsia existente diz respeito ao prazo que a viúva terá para poder inseminar seu gameta. Para a maior parte da doutrina, fazendo-se analogia ao prazo concedido para concepção da prole eventual, o cônjuge sobrevivente disporá de um lapso de tempo máximo de dois anos, para poder conceber o herdeiro do *de cujos*. Porém, para outros doutrinadores, não há que ser estabelecido nenhum prazo para a fertilização do óvulo com o sêmen do falecido, sob pena de se ferir o princípio do livre planejamento familiar e da dignidade humana da viúva. E ainda, há aqueles que consideram que o estabelecimento de prazos para a concepção é inútil, pois, mesmo que o nascituro tenha sido gerado após o prazo de dois anos, ele ainda será filho e, pelo princípio da igualdade de filiação, terá ele direito à legítima, juntamente com os demais irmãos biológicos. Mas, se concluiu que tal questão apenas poderá ser dirimida mediante manifestação legislativa a este respeito.

Controvérsias a parte, a partir da respectiva ponderação dos princípios jurídicos sustentadores do direito da viúva ao planejamento familiar, ao seu direito de gerar e dos direitos familiares e sucessórios do concebido *post mortem*, concluiu-se, tomando por base o perfil da Constituição Federal, a qual fundamenta toda a República sobre o pilar da dignidade humana, que por possuir o infante *status* de filho do *de cujos*, deve prevalecer o princípio da igualdade da filiação, do livre planejamento familiar, do melhor interesse da criança e o da solidariedade familiar, sobre o princípio da segurança jurídica da sucessão, uma que este, naturalmente, será sempre relativo em qualquer processo sucessório, uma vez que deve ser priorizada a própria condição de ser humano e de filho da criança havida *post mortem*, do que a condição patrimonial dos demais herdeiros.

Portanto, caso o nascituro nasça com vida após o término do inventário e da realização da partilha, este poderá, representado por seu responsável legal, recorrer à petição de herança, para que seja realizada uma sobrepartilha e reservado a ele a quota da legítima que lhe cabe, ou, caso isto não seja feito, o concebido *post mortem*, ao completar dezesseis anos, poderá ajuizar, no prazo de dez anos, a petição de herança, já que não corre prazo prescricional contra os absolutamente incapazes.

Assim, a relativização do princípio da coexistência é medida que se impõe ao caso do concebido após o falecimento de seu genitor, uma vez a lei, ao reconhecer a presunção de paternidade do *de cujos* em relação à criança havida após a morte daquele, como se esta tivesse sido concebida na constância do casamento, estabelece nova hipótese de filiação e, por via de consequência, nova hipótese de sucessão, de forma que a expressão “já concebidas no momento da abertura da sucessão” abarcará o presumidamente já concebido na constância do relacionamento de seus pais biológicos, até, porque, ressalvadas as hipóteses de indignidade, todo filho tem direito a suceder na legítima de seu genitor falecido, os quais devem ocupar, de igual modo, a primeira classe de herdeiros necessários.

Portanto, o presente trabalho foi desenvolvido com a finalidade de se encontrar uma possibilidade de solução à questão do direito sucessório ao filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem*. Uma vez que, como se viu, o descompasso entre os avanços da ciência e do direito encontra-se gritante, o que acarretou completa omissão do legislador a este respeito, o que tem levado infinitas discussões no âmbito doutrinário acerca do

presente tema, que é relativamente novo e bastante relevante, embora de poucas ocorrências do campo prático.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código civil comentado: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima*. São Paulo: Atlas, 2003.

ANTONINI, Mauro. *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2010.

BALAN, Fernanda de Fraga. *A reprodução assistida heteróloga e o direito da pessoa gerada ao conhecimento de sua origem genética*. Direito net. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2544/A-reproducao-assistida-heterologa-e-o-direito-da-pessoa-gerada-ao-conhecimento-de-sua-origem-genetica>>.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. *Lei nº 9.263 de 12 de Janeiro de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>.

BRASIL. *Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

BRASIL. *Lei 11.935, 11 de maio de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11935.htm>. Acesso em: 12 maio 2015.

BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Legislacao%20e%20Jurisprudencia/ECA_comentado.pdf>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação*. Processo nº 2008.01.1.149300-2. Terceira Turma Cível. Relator (a): Des. Nídia Corrêa Lima. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826>>.

BRASILEIRO, Flávia Ayres de Moraes e Silva. *Direitos sucessórios dos inseminados “post mortem” versus direito à igualdade e à segurança jurídica*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12042/direitos-sucessorios-dos-inseminados-post-mortem-versus-direito-a-igualdade-e-a-seguranca-juridica>>.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito a Sexualidade e Reprodução*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução humana: ética e direito*. Campinas, SP: Edicamp, 2003.

CASTRO, Carem Barbosa de. *Teoria geral dos princípios*. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12251&revista_caderno=25>.

CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. *O princípio da segurança jurídica*. Jus Navegandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4318/o-principio-da-seguranca-juridica>>.

CHINELATO, Silmara Juny. *Questões controvertidas no Novo Código Civil*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas: parte geral do Código Civil*. vol. 6. São Paulo: Método, 2007.

COLOMBO, Cristiano. *Da Reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados de Direito Civil. Enunciado nº 106 - Art. 1.597, inc. III*. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados de Direito Civil. Enunciado nº 274 - Art. 11*. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.358/1992*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 1.957/2010*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 2013/2013*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>.

CORRÊA, Bruna R. *Direito à sucessão na inseminação artificial assistida post mortem*. Âmbito jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13213&revista_caderno=7>.

DALVI, Luciano. *Curso Avançado de Biodireito: doutrina, legislação e jurisprudência*, Florianópolis: Conceito, 2008.

DELFIN, Marcio Rodrigo Delfim. *As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga "post mortem"*. Jus Navegandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12965/as-implicacoes-juridicas-decorrentes-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem>>.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Conversando sobre família, sucessões e o novo Código Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *O estado atual do biodireito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FILIAR, Rodrigo José. *Efetividade da jurisdição: fundamento para um processo civil socialmente inclusivo*. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8019>.

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

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

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A inseminação póstuma*. Disponível em <<https://www.espacovital.com.br>>. In: ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRADE, Maíra Soalheiro; GUIZZO, Antônio Rediver. *A reprodução assistida post mortem e o direito sucessório*. Cognitio Juris. João Pessoa, Ano II, Número 6, dezembro 2012. Disponível em <<http://www.cognitiojuris.com/artigos/06/02.html>>.

HENRIQUES, Fernanda Borges. *A repercussão da reprodução assistida post mortem e o direito de herança*. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/fernanda_henriques.pdf>.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil – parte especial: do direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20.

JUSBRASIL. *Liminar autoriza reprodução post mortem*. Texto publicado por Rede de ensino Luiz Flávio Gomes – LFG. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2209896/liminar-autoriza-reproducao-post-mortem>>.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil*. Curitiba: Juruá, 2007.

LAGINSKI, Valdirene. *Os princípios e as regras jurídicas*. Laginski Advogados. Disponível em: <http://laginski.adv.br/artigos/principios_regras.htm>.

LIMA JÚNIOR, Daniel Veríssimo de. *Reflexos da inseminação artificial homóloga post mortem no âmbito do direito sucessório*. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj041943.pdf>>.

LIMA JÚNIOR, Walington Carlos de; et al. *A fecundação artificial post mortem no ordenamento jurídico brasileiro*. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*. Ipatinga, MG, v. 1, n. 4, p. 13, 2012. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAAahUKEwiBqs2Ux5LGAhVHhg0KHd9HAKo&url=http%3A%2F%2Fadipa.educacao.ws%2Fajs-2.3.3-3%2Findex.php%2Fjuridicas%2Farticle%2Fdownload%2F145%2Fpdf&ei=5Dd_VYGoAseMNt-PgdAK&usq=AFQjCNEIDnBrAHhyLmKeQfKsQ5iuMwn71Q&sig2=W0-DaYZVfc-8Yjo6_iN3ZA&bvm=bv.95515949,d.eXY>.

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

_____. *Comentários ao novo Código Civil, volume XXI: do direito das sucessões*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LEVY, Laura Affonso da Costa. *Inseminação artificial post mortem e a reflexão constitucional*. *Revista Síntese Direito de Família*, São Paulo, v. 12, n. 65, p. 21 - 46, abr-maio. 2011.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil: direito de família e das sucessões*. 5 vol. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio da solidariedade familiar*. Jus Navegandi. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>>.

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

MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2006.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito contemporâneo de família e das sucessões: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. *Inseminação post mortem e seus reflexos no direito de família e sucessões*. *Revista da ESMESC*, v. 19, n. 25, 2012, p. 21. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/48>>.

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA FILHO, José Roberto. *Os novos contornos da filiação e dos direitos sucessórios em face da reprodução humana assistida*. In: GUERRA, Arthur Magno e Silva. *Bioética e Biodireito: um introdução crítica*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

PESSOA, Thays. *A filiação por inseminação artificial homóloga "post mortem" e a (im)possibilidade de suceder*. Jusbrasil. Disponível em: <<http://thaystanajurapessoa.jusbrasil.com.br/artigos/114957280/a-filiacao-por-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-e-a-im-possibilidade-de-suceder>>.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PETRACCO, Alvaro; BADALOTTI, Mariangela; ARENT, Adriana Cristine. *Bioética e reprodução assistida*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. *Reprodução assistida: inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório*. Recanto das Letras. São Paulo, 28 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>>.

PROJETO DE LEI Nº 90 (SUBSTITUTIVO), DE 1999. Disponível em: <http://www.ggente.org/doc_juridicos/pls90subst.htm>.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte de seu titular*. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

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

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edilson; BORGES, Janice Silveira. *Alteração de vontade nas técnicas de reprodução humana assistida*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, Mariane Pereira dos. *Da vocação hereditária*. Jus navegandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32925/da-vocacao-hereditaria>>.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SENADO FEDERAL. *Projeto de lei do Senado nº 90, de 1999*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1304>> Acesso em: 14 nov. 2015.

SERRANO, Eduardo Alonso. El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem. In: *II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales de siglo XX*, Madrid, 1988.

SILVA, Diego Rodrigues. *O direito sucessório dos inseminados post mortem em face dos princípios constitucionais*. EGOV. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-sucess%C3%B3rio-dos-inseminados-post-mortem-em-face-dos-princ%C3%ADpios-constitucionais>>.

SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves. *Bioética e biodireito: uma introdução*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2006

SOUZA, Carlos Aurélio Mota. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.

WIDER, Roberto. *Reprodução assistida: aspectos do biodireito e da bioética*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.