

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO PARA A CARREIRA DA MAGISTRATURA

CLEIZIANE GOMES DOS SANTOS PEREIRA

REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL *POST MORTEM* E SEUS REFLEXOS NO
DIREITO DE SUCESSÕES

Porto Velho - RO

2018

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA

**REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL *POST MORTEM* E SEUS REFLEXOS NO
DIREITO DE SUCESSÕES**

Trabalho de Conclusão de Curso para obtenção
do título de Especialista em Direito para a
Carreira da Magistratura.

Orientador: Esp. Edenir Sebastião Albuquerque da Rosa

Porto Velho - RO

2018

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA

CLEIZIANE GOMES DOS SANTOS PEREIRA

**REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL *POST MORTEM* E SEUS REFLEXOS NO
DIREITO DE SUCESSÕES**

Natureza: Monografia para conclusão de curso

Objetivo: Obtenção do grau de Especialização em

Direito para a Carreira da Magistratura

Banca Examinadora:

Prof. Esp. Edenir Sebastião Albuquerque da Rosa

Orientador

Prof. Esp. Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza

Membro

Prof. Me. Guilherme Ribeiro Baldan

Membro

Dedico este trabalho, primeiramente a DEUS, que me permite sonhar e concretizar meus objetivos, dia após dia.

*Aos meus filhos e esposo que pacientemente suportaram a minha ausência, apesar da presença,
que me fazem sentir amada e protegida, são eles meu porto seguro;*

*À minha mãe e meu pai, que sempre alimentaram meus sonhos, não raras foram às vezes
que renovaram minhas energias, minha coragem vem de vocês;*

*À minha avó Maria e minha tia-avó Clemilde que cuidam dos meus pequenos
na minha falta, sem qualquer lástima;*

Aos meus familiares, melhor família Deus não poderia me presentear.

AGRADECIMENTOS

O processo de transcrever a criação é ato árduo, reflexivo e solitário, promover à escrita impõe ausências e renúncias, não propositais, mas necessárias. Escrever é sempre um desafio e implica em dedicação e esforço do autor da obra, para superar todos esses entraves somente o estímulo de pessoas muito queridas é a elas que agradeço imensamente.

Antes de tudo a Deus por me fortalecer a cada desânimo e me reerguer em todos os tropeços. A todos os meus professores, pela paciência, ensinamentos, recomendações, ponderações e exemplos de vida, em especial, ao meu orientador Edenir Sebastião Albuquerque da Rosa pelas sugestões e auxílio para o engrandecimento deste trabalho, pela humildade e acessibilidade aos alunos, por ser um exemplo de honestidade e honradez.

Principalmente aos meus filhos e esposo que estão ao meu lado em todos os momentos, meus grandes incentivadores e propulsores dos meus sonhos, aguerridos em todas as minhas batalhas. Amor verdadeiro.

Agradeço ainda aos meus pais pelo ensinamento de toda uma vida, por estarem sempre presentes, pelo amor incondicional, de sempre e para sempre, bem como ao meu irmão amado.

E finalmente, aos meus avós paterno *in memoriam* (as mais doces lembranças) e aos materno, por manterem a família sempre unida, juntamente a minha tia-avó.

“O tempo muito nos ensinou. Ensinou a amar a vida, não desistir da luta, recomeçar na derrota, renunciar as palavras e pensamentos negativos, enfim, acreditar nos valores humanos.

Ser otimista!!!”

(Cora Coralina)

RESUMO

O Direito enquanto ciência humana é suscitado pela sociedade em adequação ao desenvolvimento social, devendo, para tanto, atender as demandas advindas das inovações tecnológicas que, por vezes, alteram todos os percursos da sociedade, fazendo com que a legislação se torne ultrapassada perante novas tecnologias. Os métodos de reprodução artificial estão dentre as inovações tecnológicas utilizadas pela medicina, propiciando a casais que não possam gerar filhos naturalmente, o faça artificialmente. O presente trabalho trata-se de uma pesquisa bibliográfica que tem como objetivo verificar a possibilidade do filho nascido através de reprodução artificial *post mortem* participar do Direito Sucessório. Acerca da temática pretende-se discorrer sobre as divergências das correntes doutrinárias, com o intuito de verificar se existem garantias que amparem o filho que foi gerado após a morte do seu genitor, considerando a norma vigente. O atual Código Civil e a Carta Magna protegem os direitos do nascituro concebido após a morte do genitor. O artigo 1.597, inciso III do Código Civil prevê o reconhecimento de filiação ao nascido por inseminação, mesmo que morto o genitor, no entanto, o mesmo código é omissivo quanto aos Direitos Sucessórios do nascituro em tais condições. Ademais, não existe legislação específica acerca do tema, sugerindo necessidade do avanço da legislação para dirimir tais conflitos, este será o tema do presente.

Palavras-Chave: Reprodução artificial. *Post mortem*. Direito Sucessório. Genitor. Herança.

SUMMARY

Law as a human science is raised by society in order to adapt to social development, having to meet the demands of technological innovations that sometimes alter all the paths of society, making legislation outdated by new technologies . The methods of artificial reproduction are among the technological innovations used by medicine, providing for couples who can not bear children naturally, do so artificially. The present work deals with a bibliographical research that aims to verify the possibility of the child born through artificial reproduction post mortem to participate in the Succession Law. Regarding the theme, we intend to discuss the divergences of the doctrinal currents, with the purpose of verifying if there are guarantees that support the child that was generated after the death of its parent, considering the current norm. The current Civil Code and the Magna Carta protect the rights of the unborn child conceived after the death of the parent. Article 1,597, item III of the Civil Code provides for the recognition of the child's birth by insemination, even if the parent is dead. However, the same code is silent regarding the succession rights of the unborn child under such conditions. In addition, there is no specific legislation on the subject, suggesting the need to advance legislation to resolve such conflicts, this will be the theme of the present.

Key words: Artificial Reproduction. Post mortem. Succession Law. Genitor. Heritage.

LISTA DE SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade.

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CC – Código Civil

CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CFM – Conselho Federal de Medicina

DNA - Ácido Desoxirribonucleico

STJ– Superior Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1	15
REPRODUÇÃO ASSISTIDA HUMANA	15
1.1. BREVE REFLEXÃO A RESPEITO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HUMANA	15
1.2. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, EM SÍNTESE	18
1.2.1. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL.....	18
1.2.2. FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i>	19
1.3. REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA E HETERÓLOGA	20
1.4. A CONJECTURA DA PATERNIDADE DO EMBRIÃO FERTILIZADO POR REPRODUÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA	23
1.5. A CONJECTURA DA PATERNIDADE DO EMBRIÃO FERTILIZADO POR REPRODUÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA	25
1.6. FILIAÇÃO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO	26
CAPÍTULO 2	31
FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA	31
2.1. A IMPORTANTE EVOLUÇÃO NO CONCEITO DE FAMÍLIA	31
2.2. PRINCÍPIOS QUE MOVEM O DIREITO DAS FAMÍLIAS	35
2.2.1. PROTEÇÃO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA AO FILHO NASCIDO POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	36
2.2.2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS.....	38
2.2.3. DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORTEADORES DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>	39
CAPÍTULO 3	41
DIREITO DAS SUCESSÕES	41
3.1. DIREITO SUCESSÓRIO NO CÓDIGO CIVIL	41
3.2. TRANSMISSÃO DA HERANÇA	42
3.3. TIPOS DE SUCESSORES	44
3.3.1. AUTOR DA HERANÇA.....	44
3.3.2. SUCESSOR.....	45
3.3.3. HERDEIRO LEGÍTIMO (NECESSÁRIO OU FACULTATIVO) E TESTAMENTÁRIO.....	45

3.4. ESPÉCIES DE SUCESSÃO	46
3.4.1. SUCESSÃO LEGÍTIMA.....	46
3.4.2. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA.....	49
3.4.2.1. Características do Testamento	51
3.5. TESTAMENTO GENÉTICO	53
3.5.1. TESTAMENTO GENÉTICO – PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO NOVO INSTRUMENTO JURÍDICO.....	53
3.5.2. BIODIREITO COMO FERRAMENTA AO TESTAMENTO GENÉTICO.....	55
CAPÍTULO 4	58
DIREITO A SUCEDER DO CONCEBIDO <i>POST MORTEM</i>	58
4.1. CONTEXTUALIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>	58
4.2. DIREITO A PROPRIEDADE DO MATERIAL GENÉTICO ARMAZENADO APÓS A MORTE DO SEU TITULAR	61
4.3. DIREITO QUE TOCA AOS QUE NASCERAM A PARTIR DE REPRODUÇÃO ARTIFICIAL <i>POST MORTEM</i>	65
4.3.1. DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS.....	66
CAPÍTULO 5	72
CONCEBIDO <i>POST MORTEM</i> DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA X SEGURANÇA JURÍDICA	72
5.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, NORTEADOR DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	72
5.1.1. PESSOA NATURAL – INÍCIO DA VIDA – CORRENTES DOUTRINÁRIAS...	75
5.1.2. EMBRIÃO LABORATORIAL – PERSONALIDADE JURÍDICA.....	77
5.2. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	79
5.3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA X SEGURANÇA JURÍDICA DO NASCIDO POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i> – PRINCÍPIO PREPONDERANTE	82
CONSIDERAÇÕES FINAIS	89
REFERÊNCIAS	92
ANEXO I	96

INTRODUÇÃO

A evolução tecnológica ao longo dos anos acarretou mudanças significativas no âmbito da reprodução humana, com o advento dos métodos de reprodução assistida artificial, proporcionados pela biotecnologia, casais impossibilitados de alcançar a paternidade ou maternidade naturalmente passaram a alcançá-la artificialmente.

A legislação brasileira pouco retrata sobre o assunto, abordar-se-á acerca da reprodução assistida artificial breve conceito e as técnicas utilizadas, bem como o que toca a área jurídica do Direito de Família e Sucessões, com ênfase na realização do procedimento realizado artificialmente após a morte de um dos genitores, neste caso, chamada de reprodução artificial *post mortem*.

Falar sobre reprodução humana artificial, por si só, já é assunto que insurge em polêmica, pois se trata de gerar uma vida por métodos não naturais, através da manipulação humana para gerar vida a outro ser humano, o cerne do presente são os efeitos sucessórios do concebido por reprodução humana artificial *post mortem*, o que provoca ainda mais discussão, de repercussão tanto no meio social quanto no jurídico, uma vez que possibilita, sob esse prisma, que uma criança possa ser gerada após a morte de um de seus pais, alterando profundamente, assim, a concepção de família que fora construído ao longo de gerações, visto que para sobrevenha a figura de um filho, se deve antever a presença dos pais, o que não ocorre neste caso, já que a Reprodução Humana Artificial póstuma supre esta necessidade.

O uso dos métodos de reprodução artificial *post mortem* é possível, vislumbrando os avanços da medicina e tecnologia, entretanto, a realização da concepção quando o titular da carga genética já é morto faz surgir grande celeuma, nos aspectos sociais e jurídicos, principalmente no âmbito do Direito de Família, e na esfera sucessória, tendo em vista que, diante do caso concreto, após o nascimento da criança por reprodução artificial póstuma, abre-se a discussão sobre quais seriam os direitos a ela inerentes.

Tradicionalmente, a ordem de suceder, subentende que o falecido deseja deixar seu patrimônio aos familiares. O ordenamento jurídico brasileiro tem como regra a tradição familiar, mesmo que esta não seja feita de forma escrita (testamento), no entanto, no caso em que há a manipulação humana, fecundação por reprodução artificial *post mortem*, a criança ao nascer após o falecimento de seu genitor quebra, esta tradição, vez que sobrevém em condição diversa da natural, produzindo instituto jurídico diverso do tradicional e abrindo novas perspectivas filiatórias e sucessórias que serão debatidas no decorrer do presente.

Além dos aspectos familiares e sucessórios, é primordial a análise da norma Constitucional para solucionar o imbróglgio jurídico de forma alinhada com as novas

concepções familiares e com as técnicas de reprodução artificial, diante da notável dificuldade da legislação acompanhar as constantes mudanças sociais, tornando necessário que se debruce sobre as novas questões que atinem os avanços tecnológicos e a legislação civil, em atenção a *Lex Matter*. A inexistência de norma faz o assunto ser bastante controvertido, pois, se nem mesmo o ordenamento jurídico abrange ou colaciona quais seriam os direitos a que teriam a criança nascida por meio de reprodução humana artificial *post mortem*, o julgador face ao caso concreto fica em situação bastante delicada, conquanto tem que decidi-la.

Na esfera do Direito Civil a filiação é decorrente do fato de a criança existir e comprovar a sua relação de parentesco ou afetividade, conforme dispõe o texto Constitucional. A relação filiatória do genitor póstumo facilmente poderá ser comprovada através da realização de exame de DNA, porém, indubitável que a filiação e a vocação da ordem hereditária de prole que nasce após o óbito do genitor ganham novos contornos, haja vista, que comumente o registro da criança é realizado pelo genitor em vida e a sucessão é regida pela regra de *saisine*, ou seja, transferem-se os bens imediatamente após o falecimento do seu titular.

Deseja-se, na medida do possível, sopesar, diante do silêncio da norma, a contradição existente na Lei Civil, em especial nos artigos 1.597 e 1.798, que por um lado admite a presunção da filiação aos concebidos por inseminação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido e de outro legitima a suceder apenas os nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão, portanto, os supraditos artigos contrapõem-se quando o primeiro reconhece a filiação da prole gerada por reprodução artificial *post mortem* e o segundo exclui da prole o direito a herança, vez que ao tempo do óbito do genitor, não era nascido e sequer concebido.

Serão abordados ao longo deste trabalho, os direitos sucessórios inerentes aos nascidos por reprodução artificial póstuma, diante dos preceitos elencados pela norma Constitucional, buscando-se justapor as contraposições da Lei Civil no que atine o Direito de Família e Sucessório.

Analisar-se-á a temática para além do fator biológico do filho *post mortem*, mas a concessão ao reconhecimento da filiação previsto na Constituição e no Código Civil, ante o princípio da igualdade entre os filhos que os colocam em igualdade como filhos naturais, contudo, este mesmo código silencia quanto ao direito em herdar. Assim, ante a existência da lacuna legal, será abordada a possibilidade de conceber prole artificialmente de genitor falecido, suas consequências filiatórias e, principalmente, sucessórias.

Dentro do tema proposto, a sucessão testamentária também será explanada como alternativa, para manter a qualidade de herdeiro do filho concebido *post mortem* por reprodução artificial.

Toda essa problemática, será debatida segundo a evolução social e a luz da nova concepção empregada a entidade familiar, dissociada da ideia da família tradicional, formada pelo marido, esposa e filhos, ou seja, quebrando o paradigma de concepção natural para a reprodução e, ainda, rompendo com o estereótipo da família tradicional em amparo as novas tecnologias, ponderando-se a dignidade da pessoa humana, a igualdade entre os filhos e a segurança jurídica.

O método a ser utilizado é o dedutivo, por pesquisa bibliográfica, em análise a legislação, doutrina, artigos científicos, jurisprudência, periódicos impressos e o meio eletrônico. Emanam-se da premissa da concepção artificial póstuma e conquista da evolução da ciência médica e, diante desta possibilidade, quais as consequências jurídicas tocam a prole nascida nestas condições. Destaque-se a premente necessidade de regulamentação das técnicas de reprodução assistida, somente a abrangência de norma que retrate o assunto poderá, se não acabar com a celeuma, mas amenizar e nortear o julgador, dada a importância da filiação em nossa sociedade não pode o assunto permanecer anos a fio sem regulamentação.

Objetiva-se, enfim, o aprofundamento do conhecimento sobre o tema, explorando-o e explicando-o sob a ótica divergente das correntes doutrinárias, contudo, segundo a legislação pátria.

CAPÍTULO 1

REPRODUÇÃO ASSISTIDA HUMANA

A família é a primeira instituição social que o indivíduo conhece e, é através da entidade familiar, via de regra, que o ser humano aprende a associar-se uns aos outros. A ideia de família remete a um agrupamento de pessoas com características e costumes a eles pertencentes. O conceito de família é extremamente flexível e volátil, muda de acordo com as características e formação de cada indivíduo que a ela pertence. Portanto, não há como predefinir um conceito de família invariável e estático, pois, cada uma tem seus traços particulares.

O filho, dentro da instituição familiar, é o elemento de maior destaque, posto que ele, geralmente, é a maior razão pela constituição do matrimônio e, mesmo nos casos em que não foi instituído o casamento, o filho continua a ser o elemento central da relação estabelecida entre as partes.

A reprodução em tempos mais antigos significava a perpetuação do nome e patrimônio da entidade familiar (2016, p.35, FARIAS e ROSENVALD), e somente ao homem era dada a liderança do grupo familiar, logo, era de suma importância reprodução de seus membros e que tais membros fossem do sexo masculino. Em tempos modernos, a constituição familiar é formada pela união de pessoas com interesses comuns visando o desenvolvimento pessoal de cada indivíduo. O desejo em procriar advém da vontade mútua dos parceiros em aumentar a família arraigada na concepção de felicidade recíproca dos envolvidos.

A evolução social aliada à evolução tecnológica e científica propiciou o surgimento da reprodução humana assistida, que consistem em técnicas científicas avançadas para facilitar o tratamento ou a busca de soluções para as pessoas com problemas de fertilidade.

A reprodução assistida será mais bem detalhada ao longo deste capítulo.

1.1. BREVE REFLEXÃO A RESPEITO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HUMANA

O desejo dos casais em conceber filhos é tão antigo quanto à origem do mundo, é incontroversa a continuidade humana pela perpetuação, e o desejo à imortalidade através dos descendentes. São múltiplas as relações de parentescos, e decerto a mais relevante, é a filiação, não somente pela continuação dos laços sanguíneos, mas pelo liame afetivo da estreita relação que aproxima pais e filhos.

É sabido que os costumes sociais ao longo dos anos tornam-se mutáveis e, juntamente com as mudanças sociais o Direito se transforma. Uma das áreas que mais sofreu alterações é a científica, em particular a biomedicina a partir dos avanços da biotecnologia. Tais avanços possibilitaram a criação de técnicas de reprodução assistida artificial, tornando possível o que há algumas décadas atrás era considerado irrealizável.

A biotecnologia surgiu para substituir a natureza do ato sexual para a procriação, (2002, p. 01, ALDROVANI e FRANÇA) o que era algo inimaginável. A técnica de reprodução humana artificial póstuma permitiu a maternidade ou paternidade, mesmo após a morte do genitor, o que vem acarretando problemas de âmbitos sociais, éticos e morais.

A reprodução é a preservação natural da vida, os seres vivos se reproduzem por ação própria e natural para conservação da espécie. No entanto, é sabido que a condição de procriar não alcança todos os indivíduos e há alguns que por condições congênicas ou hereditárias (1995, p. 29-30, LEITE), como a ausência de órgãos (útero, trompas ou o ducto que promovem o transporte dos espermatozoides) apresentam infertilidade ou até mesmo esterilidade, contudo os fatores de infertilidade ou esterilidade também podem ser adquiridos por patologias decorrentes de infecções, alterações hormonais ou mesmo abuso de medicamentos ou entorpecentes.

Pois bem, a reprodução assistida surgiu então como alternativa para os casais que por algum problema de infertilidade ou esterilidade anseiam ter filhos, e não o podem naturalmente, existe uma gama de variedades de tratamentos ofertados aos casais que não podem ou tem dificuldade em gerar seus descendentes, procedimentos que devem se adequar as peculiaridades de cada indivíduo, bem como as normas e regulamentos dos países onde são realizados, isso porque a bioética e a biossegurança de cada país tem suas particularidades.

Insta salientar a diferença entre infertilidade e esterilidade, a primeira refere-se à dificuldade que a pessoa tem para reproduzir mesmo sem o uso de qualquer método contraceptivo (2006, p. 32-33, VARELA), posto que, em condições normais, um casal em idade fértil e que mantenha regularmente relações sexuais bem distribuídas ao longo do ciclo menstrual, sem utilizar método contraceptivo, leva de alguns meses a até um ano para obter a gravidez aspirada. Tal ocorrência se deve ao fato de que um casal fértil, somente obtém êxito a engravidar, em 15 a 25% por mês, por conseguinte é necessário pelo menos um ano de tentativa para investigar possível infertilidade no casal.

Evidencia-se que há duas categorias de infertilidade: primária, quando não houve gestação anterior, e secundária, quando já houve gravidez anterior. O fato de já ter concebido filho não garante fertilidade para uma segunda concepção.

Enquanto infertilidade é a dificuldade na concepção, de outro norte, a esterilidade implica a incapacidade absoluta de concepção (2006, p. 32-33, VARELA), que se caracteriza pela impossibilidade da fecundação entre o gameta masculino e feminino (espermatozoide e óvulo), assim, o indivíduo somente pode ser considerado estéril depois de avaliado e submetido a tratamento de reprodução, quando os resultados não lhes são favoráveis, e ficar comprovada situação de irreversibilidade reprodutiva, atesta-se a sua esterilidade.

Compartilha o entendimento, Juliana Domingos de Lima (2017, on-line), de que a década de 1960 foi de grande importância para a reprodução humana, nesta época foi lançada a pílula contraceptiva, que significou uma verdadeira revolução nos hábitos sexuais da população, o sexo até então entendido como meio de reprodução, ganha azo de reviravolta no conceito de sexualidade, os casais passaram a escolher a época em que gostariam de ter seus filhos. Em contraparte, também houve pesquisas para proporcionar aos casais que não podiam ter filhos concebê-los. O ano de 1978 foi o marco para a reprodução assistida, e se deu com o nascimento do primeiro bebê por fertilização *in vitro*, chamada Louise. (2006, p. 48, VARELA).

A reprodução assistida objetiva proporcionar aos casais a possibilidade de gerar filhos biológicos, ou não, quando inviável pela forma natural. O avanço das tecnologias da reprodução humana evoluiu para satisfazer o desejo humano da paternidade ou maternidade. O progresso da medicina na reprodução assistida favoreceu casais heterossexuais ou homossexuais a conceber filhos.

Muitos foram os progressos no campo da genética, entretanto, a legislação não a acompanhou, trazendo diversas discussões acerca do tema. Daniela Soares Hatem (2002, p. 185) compartilha o entendimento quando explica que “as novas questões criadas pelo progresso no campo da genética colocam em xeque concepções arraigadas há séculos, e por vezes, abrangem todo um novo entendimento a respeito da vida”.¹

A mudança ético-moral fez surgir novos institutos, dentre eles se destacam o Biodireito, que versa sobre a necessidade em se elaborar nova legislação capaz abranger os atuais métodos científicos empregados para a procriação da pessoa humana.

O Biodireito lança-se então como regulamentador das atividades desenvolvidas pela biociência e biotecnologia objetivando a manutenção da integridade e dignidade humana em benefício, ou não, das conquistas científicas em favor da vida. Amparando as novas técnicas de reprodução assistida e respaldando os avanços da sociedade em detrimento às antigas leis.

¹ HATEM, Daniela Soares. **Questionamentos Jurídicos diante das novas técnicas de reprodução assistida.** In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 185.

O próximo tópico tratará do estudo das técnicas de reprodução assistida.

1.2. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, EM SÍNTESE

O avanço médico-tecnológico vem auxiliando a reprodução em casais que não podem, ou tem dificuldades em gerar filhos naturalmente. São dois os métodos que substituem a reprodução natural: Inseminação Artificial – IA e Fertilização *In Vitro* – FVI, a Injeção Intracitoplasmática – ICSI é uma variação da FVI (2016, p. 591, FARIAS e ROSENVALD).

1.2.1. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

É o método através do qual o gameta masculino é inserido no interior do órgão reprodutor feminino, essa técnica também chamada de *in vivo* ou intracorpórea, permite a fecundação dentro do corpo da mulher, não sendo necessária a retirada do gameta feminino para manipulação externa.

Vale acentuar que o líquido seminal antes de ser inserido na mulher passa por um processo de seleção, ou seja, assim que expelido ou coletado passa por tratamento laboratorial e somente os espermatozoides de melhor qualidade são escolhidos para o procedimento. Para aumentar as chances de sucesso do tratamento, o ovário também é estimulado, para isso a mulher faz uso de medicação para aumentar a produção de óvulos. Nesse sentido, ensina SANTOS e NUNES:

Inseminação Artificial: é a técnica mais simples e a mais utilizada pelas clínicas, a inseminação artificial é dirigida a casais estéreis que não possuem causa aparente, ou se possuem, esta não é grave. Consiste basicamente em ajudar o espermatozóide a fecundar o óvulo. Isto é, através de ajuda humana, os médicos especializados, através de exames, verificam os dias prováveis de maior ovulação e, com prévia coleta de material seminal, injetam o esperma na mulher para que naturalmente ocorra gravidez. (SANTOS e NUNES, Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - RIPE, v.41, n.48, p. 258, on-line).

A inseminação artificial subdivide-se em intracervical e intrauterina, a primeira ramificação é semelhante ao método natural, com o mínimo de intervenção humana, o gameta masculino, previamente selecionado, é colocado na cérvix, isto é, no colo uterino. É indicado quando não é possível a penetração vaginal, como no caso de impotência masculina, ou qualquer distúrbio feminino que impeça a introdução natural do líquido seminal.

No segundo método o gameta masculino é inserido diretamente no útero, aumentando bastante as chances de sucesso, vez que não há maiores obstáculos a serem transpassados pelos espermatozoides já que foi pulada a etapa de contato com a vagina, estando ausente o muco vaginal. É indicada quando a concentração de espermatozoide é insuficiente ou apresenta

problema de mobilidade, ou quando o muco cervical apresenta problemas. Esse procedimento somente pode ser utilizado quando a mulher possui pelo menos uma trompa e o homem um número mínimo de espermatozoide.

Outra técnica intrauterina utilizada ocorre pela transferência de gametas, neste caso tanto o gameta masculino quanto o feminino são manipulados, todavia, não há ação humana para que eles sejam fecundados, aqui os óvulos são retirados dos folículos ovarianos e introduzidos no útero juntamente com os espermatozoides, já selecionados. Como bem ensina Reinaldo Pereira e Silva, “(...) Transferência intra-uterina de gametas, ocorre diretamente no útero, (...) nesta os óvulos são aspirados via transvaginal e colocados junto com os espermatozoides coletados e preparados, diretamente no útero da mulher com a ajuda de um cateter”.²

Por se tratar de técnica semelhante ao que ocorre ao natural esse método não traz maiores discussões, haja vista, o material genético utilizado ser do próprio casal com intervenção humana mínima, utilizando-se somente a transferências de gametas que naturalmente não conseguiria transpor algumas barreiras.

1.2.2. FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

Procedimento realizado fora do organismo humano também é chamado de extracorpóreo. Neste modelo tanto o óvulo quanto o espermatozoide são manipulados em laboratórios, isto é, os gametas, masculino e feminino, são unidos em laboratório e formam um embrião.

Os ovários são previamente estimulados com a administração de fármaco e acompanhados por ultrassonografia para a análise do desenvolvimento dos folículos, quando estes alcançam dimensão adequada são extraídos do organismo da mulher. Os espermatozoides também recebem preparo com a seleção dos melhores, a análise da amostra seminal é coletada, geralmente no mesmo dia da coleta dos óvulos.

Realizada a coleta coloca-se o óvulo em um disco de plástico, placa de cultivo em seguida os espermatozoides ao seu redor até a obtenção da fecundação. Essa técnica é utilizada quando a infertilidade alcance somente a mulher, assim, os gametas masculinos podem ser utilizados em abundância. Quando se tratar da infertilidade masculina ainda é possível associar outro método para a eficácia da fertilização *in vitro*, chamada de Injeção

² SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**: Investigações Políticas-Jurícas sobre o Estatuto da Concepção Humana. 2002. p.61.

Intracitoplasmática – ICSI, que consiste na introdução de um único espermatozoide, por punção, diretamente no óvulo.

Os óvulos fecundados serão mantidos em observação pelo período de cultivo embrionário, em torno de três a cinco dias, em estufa, passado esse período ocorre a transferência embrionária dos embriões selecionados, ou seja, a introdução dos melhores embriões no interior do útero, os que remanescerem são criopreservados para posterior inseminação, caso seja necessário. Oportuna a transcrição de SANTOS e NUNES:

Fertilização *in vitro*: neste caso, o material do casal, tanto os óvulos quanto os espermatozoides, são coletados e fecundados no vidro, na proveta, e depois colocados no útero materno. Por isso o nome “bebê de proveta”. É uma técnica mais elaborada, já que conta com o manuseio dos médicos para que ocorra a fecundação artificialmente, e não como tradicionalmente ocorre. (SANTOS e NUNES, Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - RIPE, v.41, n.48, p. 258, on-line).

Em suma, a fertilização *in vitro* é a união do gameta feminino com o masculino, previamente selecionado, fora do corpo da mulher e posteriormente introduzido no útero materno o embrião, pré-selecionado.

1.3. REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA E HETERÓLOGA

Como mencionado, existem duas espécies de reprodução humana assistida, inseminação artificial e fertilização na proveta, também conhecida como *in vitro* (Fertilização *In Vitro* – FVI). Na inseminação artificial a fecundação ocorre dentro do corpo da mulher, ou seja, o material genético é preparado para ser inserido no corpo da mulher e será nele que ocorrerá a fecundação. De outro bordo, na fertilização *in vitro*, o material coletado é fecundado extracorpóreo e depois implantado dentro do corpo da mulher. Ambas as espécies comportam a forma homóloga ou heteróloga. Conforme disciplina, FARIAS e ROSENVALD:

Ambas as modalidades técnicas podem se concretizar de forma homóloga ou heteróloga. Naquela (homóloga) utiliza-se de material genético do próprio casal interessado, com a expressa anuência de ambos. Nesta (heteróloga), há utilização de material genético de terceiro (doador de sêmen, por exemplo). (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 592).

A reprodução assistida é chamada homóloga quando utilizado o material genético do próprio casal, que autorizou a técnica. Noutra viés, a reprodução heteróloga utiliza material genético de doador, isto é, o casal recebe de terceiro material genético, sêmen ou óvulo.

As técnicas de reprodução homóloga não trazem maiores problemas, vez que utiliza o material genético do próprio casal, mediante autorização. A intervenção médica, neste caso,

somente seria utilizada para facilitar a gestação em casais que enfrentam problemas com a fertilidade, e por meio natural não conseguiram rematar a gravidez.

A reprodução heteróloga conta com a cooperação de terceiro doador, a título gratuito e acautelado pelo sigilo, amparado pela Resolução nº 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina, item IV, 2 e 4. O profissional da medicina, pela citada norma, tem respaldo para utilizar material genético do doador, realizando em laboratório a fecundação e posteriormente o implantando no corpo da mulher, para tal técnica também se faz mister autorização escrita e expressa do marido ou companheiro, de sorte que a anuência pressupõe a filiação de quem autorizou a técnica.

A legislação autoriza a reprodução heteróloga em mulheres casadas, é simples a compreensão pelo qual o legislador optou pelo uso da técnica somente nas mulheres casadas, em respeito ao melhor interesse da criança, evitando assim que a mesma nasça sem pai para o registro, posto que, o doador está amparado pelo sigilo. Porém, segundo a finalidade da norma, acha-se coerente a reprodução heteróloga em mulheres não casadas, em especial, as homossexuais que desejarem ter filhos, desde que expressamente autorizadas pelo terceiro doador, que neste plano deixaria de ser anônimo, possibilitando assim, que o nascituro tenha a filiação reconhecida.

Impende ressaltar que as técnicas de reprodução assistida não podem ser utilizadas de forma indistinta, a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, proíbe que as técnicas possam ser aplicadas para a seleção de sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, sendo permitida a seleção para afastar possível doença do nascituro. Proíbe também a fecundação humana com finalidade diversa da procriação.

Outra discussão sobre o assunto diz respeito ao descarte dos embriões não utilizados pelos casais, tal problemática enseja mais debate ético-moral do que propriamente jurídico. A Lei nº 11.105/05 (Lei de Biossegurança) autoriza a utilização dos embriões produzidos por fertilização *in vitro* em pesquisas ou terapia com células-tronco, desde que obedecidos alguns requisitos, tais como: inviabilidade do embrião, o decurso de três anos do congelamento associado à autorização dos pais. Citado artigo da lei *in litteris*:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Acerca da temática, diversos foram os debates, com destaque acerca da inconstitucionalidade do dispositivo. Em 29 de maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal decidiu que pesquisas com células-tronco embrionárias não violaria o princípio do direito à vida, bem como não feria o princípio da dignidade da pessoa humana. Estes foram os argumentos utilizados pelo ex-procurador geral da República, Cláudio Fonteneles, no julgamento da ADI 3.510/DF, que objetivava impedir a exploração de estudos com o uso de células-tronco embrionárias.

O então relator da ADI 3.510/DF, o ministro Carlos Ayres Britto votou pela total improcedência da ação, fundamentando seu voto em diversos dispositivos da Carta Magna, entre eles, o direito à vida, a saúde, o planejamento familiar e à pesquisa científica. Alegou que “a proteção constitucional do direito à vida não atinge o humano fertilizado *in vitro*. Tal afirmação teve alicerce no silêncio da Constituição Federal com relação ao início da vida humana.

Sustenta que o início da vida humana ocorre no momento em que há a fecundação de um óvulo por um espermatozoide, entretanto, o narrado ocorreria pelas vias naturais, isto é, sem a intervenção artificial humana, para tanto, segundo os argumentos por ele utilizados, o indivíduo fertilizado extracorporeamente passaria a condição de nascituro, somente após a implantação do embrião ao útero materno. Por todo o explanado, o descarte de embriões para o uso de pesquisas científicas não se enquadraria no crime de aborto previsto no Código Penal, uma vez que, o embrião preservado não tem qualquer perspectiva de nascimento, ademais, os embriões excedentes gerados, *in vitro*, diversamente dos concebidos naturalmente, não possuem vínculo físico e afetivo com seus genitores. Nesse sentido, oportuna é a transcrição de FARIAS e ROSENVALD:

(...) Sem dúvida, como bem reconheceu o Pretório Excelso, ao recorrer à fertilização extracorpórea, o casal não estará obrigado a aproveitar todos os óvulos eventualmente fecundados, até porque os embriões excedentários não mantêm com seus genitores o mesmo vínculo de proximidade física e afetividade que costumam ter os embriões fecundados naturalmente e, por isso, foi reconhecida a impossibilidade de mantê-los congelados (criogenizados) indefinidamente, sendo possível o seu descarte, na forma prevista no dispositivo referido. (FARIAS E ROSENVALD, 2016, p. 594).

Insta ressaltar que o uso de embriões humanos, *in vitro*, para o uso em pesquisas científicas deve ser utilizado de forma responsável e nos termos da legislação que o autoriza. A Lei 11.105/05 também dispõe acerca da criminalização do embrião criogenizado, caso sua utilização seja diversa do disposto no seu artigo 5º. Os artigos 24 a 29 da supramencionada lei disciplinam os crimes e as penas para o transgressor, senão vejamos:

Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei:
Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 26. Realizar clonagem humana:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 27. Liberar ou descartar OGM no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Agrava-se a pena:

I – de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se resultar dano à propriedade alheia;

II – de 1/3 (um terço) até a metade, se resultar dano ao meio ambiente;

III – da metade até 2/3 (dois terços), se resultar lesão corporal de natureza grave em outrem;

IV – de 2/3 (dois terços) até o dobro, se resultar a morte de outrem.

Art. 28. Utilizar, comercializar, registrar, patentear e licenciar tecnologias genéticas de restrição do uso:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 29. Produzir, armazenar, transportar, comercializar, importar ou exportar OGM ou seus derivados, sem autorização ou em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.

Outrossim, é mister ressaltar que o ideal é não produzir embriões excedentes para evitar problemáticas futuras, porém, tendo os gerados, devem os profissionais, bem como os responsáveis pelas clínicas utilizá-los nos termos e limites da lei, a fim de resguardar a ética e a credibilidade.

1.4. A CONJECTURA DA PATERNIDADE DO EMBRIÃO FERTILIZADO POR REPRODUÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA

Como dito alhures na reprodução artificial homóloga utiliza-se o material genético do próprio casal interessado em ter filhos. Tal matéria é disciplinada pelo art. 1.597, do Código Civil, incisos III e IV que consigna a presunção da paternidade ao nascido por reprodução assistida homóloga. O supracitado artigo dispõe:

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

[...]

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

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

É oportuno consignar que o dispositivo legal protege a paternidade ao filho do casal que autorizou a coleta. A hipótese do inciso III, art. 1.597 da Lei Civil consigna a reprodução artificial homóloga *post mortem* da esposa ou companheira inseminada após a morte do marido. Neste diapasão, torna-se necessário a análise de vários fatores que envolvam tal ato, sendo o principal deles a vontade do falecido em perpetuar.

Não há na legislação qualquer informação acerca do estado de viuvez da mulher ou mesmo quanto à autorização do marido, o que vicejou grande discussão, para tanto, foi firmada orientação no Enunciado 106 da Jornada de Direito Civil, a respeito da presunção da paternidade, que diz:

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

O referido Enunciado seguiu a esteira de que é necessária a autorização expressa do falecido e ainda que a mulher esteja na condição de viúva para incidir a presunção *pater is est*, assim importa dizer que, atendidos tais requisitos o nascituro é presumidamente filho.

Vale salientar que a reprodução humana assistida, somente foi implantada no Brasil na década de 90, após a edição da Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina, que estabeleceu as normas éticas a serem adotadas pelos profissionais da saúde quanto às técnicas mencionadas, tendo vigência até 06 de janeiro de 2011, quando revogada pela Resolução n. 1.957/2010 do mesmo Conselho, incluindo no rol de procedimentos a reprodução assistida *post mortem*. A supramencionada Resolução dispôs não ser ato ilícito ético a aplicação de tal método, desde que autorizado previamente, pelo falecido, a utilização de seu material biológico criopreservado, atendendo aos avanços da Medicina, e amparando legalmente os profissionais que viessem a utilizar tal método, posteriormente a Resolução foi revogada pela Resolução 2.013/13 do CFM. A Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina revogou as anteriores, editada após o julgamento pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal da ADI 4.277 e ADPF 132 que reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar. Saliente-se que, a norma vigente que trata do tema é a Resolução 2.168/2017.

A segunda possibilidade indicada, art. 1.597, inciso IV do CC ocupa-se dos embriões excedentários. Como já citado, a Lei de Biossegurança em seu art. 5º cuida do descarte dos embriões não fecundados, direcionando-os as pesquisas científicas com células-tronco. Neste caso, advindo à dissolução do casamento, a *pater is est* somente pode ser aplicada se houver autorização expressa dos ex-cônjuges, mesmo nos casos em que houve apenas separação de fato. Corroborada com a afirmativa o Enunciado 107 da Jornada do Direito Civil, *in litteris*:

Finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.

Objetiva o Enunciado acima, coibir o uso de embrião excedentário sem anuência do parceiro ou ex-parceiro, a fim de evitar que o filho nasça sem pai.

1.5. A CONJECTURA DA PATERNIDADE DO EMBRIÃO FERTILIZADO POR REPRODUÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

O procedimento de reprodução artificial heteróloga, como mencionado anteriormente, conta com a participação de terceiro doador, isso implica dizer que o nascituro introduzido na família não terá carga genética de um dos pais, podendo, inclusive, não possuir carga genética de nenhum dos pais, neste caso, a filiação não se dá pela genética, mas pelo laço afetivo entre o filho e um dos pais ou mesmo dos dois.

Importante salientar que, geralmente, o método somente é utilizado quando todos os demais métodos de fertilização restarem frustrados, isto é, quando for atestada a esterilidade de um dos cônjuges, ou de ambos, assim comprovada a situação de irreversibilidade no indivíduo, a derradeira opção para o casal é a reprodução heteróloga.

Sobre a reprodução heteróloga o critério de filiação recai na socioafetividade, afasta-se o fator biológico e lastreia-se a vontade em perfilhar através da construção de sentimentos mútuos e recíprocos, de respeito e carinho entre o genitor e a prole. É ato de conhecimento público, é à vontade externada pelo desejo de registrar como filho. Portanto, o doador não terá qualquer relação de filiação com a criança, tal responsabilidade incide sobre o pai ou mãe afetivo.

O procedimento de fertilização heteróloga é idêntico a homóloga, com a diferença de que o material genético utilizado é de terceiro doador, por esterilidade de um dos cônjuges. A fertilização heteróloga tem amparo no Código Civil, art. 1.597, inciso V, *in verbis*:

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

[...]

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

A aquiescência do marido é mister para a incidência da presunção *pater is est*, visto que a ausência de carga genética de um ou ambos os cônjuges já afasta a filiação biológica, portanto, é de suma importância que o desejo em gerar descendentes transcenda a impossibilidade biológica e atinja a íntima vontade de procriação por amor.

Cumprido salientar que a Resolução 2.168/2017 (I-Princípios gerais, 4) do Conselho Federal de Medicina exige autorização escrita do genitor afetivo. Desta sorte, autorizado o procedimento e iniciado o procedimento de fertilização, incidirá a presunção de paternidade.

Deveras que a paternidade heteróloga baseia-se na honradez e probidade de quem consentiu a fertilização, não podendo posteriormente alegar a negativa de filiação pela ausência de carga genética. Sob esse prisma ensina FARIAS e ROSENVALD:

De fato, é intuitivo inferir que quem consente na produção de um filho, com sêmen de outrem, não pode criar uma reação temporária que se mantenha ou se desfça de acordo com a sua simples manifestação de vontade. A *ratio* do dispositivo é alvejante: consentindo o marido em que a sua esposa se submeta a um procedimento de fertilização assistida com material genético de terceiro, presume-se, de forma absoluta, a paternidade do filho nascido. (FARIAS E ROSENVALD, 2016, p. 599).

Essa linha de raciocínio se justifica pela garantia do sigilo do doador da carga genética, ademais é vergonhoso contestar vínculo afetivo tão singelo e estreito, motivado por vontade própria, espontânea, consciente e ao livre-arbítrio. Não sendo admissível que quem concorda com o procedimento possa se arrepender futuramente.

1.6. FILIAÇÃO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

As técnicas de reprodução assistida trouxeram a baila possibilidades que outrora sequer poderiam ser imaginadas. A reprodução não natural rompeu o aspecto puramente biológico e abriu horizontes a filiação afetiva. Novo conceito familiar foi criado, e os laços de afeto entre pais e filho passaram a ser tão importante quanto o vínculo biológico.

A gestação de substituição, maternidade por sub-rogação, popularmente conhecida como barriga de aluguel é o procedimento de reprodução assistida indicada para as mulheres que devido problemas de saúde ou genéticos, não conseguem levar ao final a gravidez. Assim, faz-se necessário utilizar o útero de terceira pessoa para consumir a gravidez.

Na gestação por outrem, podem ser utilizados quaisquer dos métodos mencionados anteriormente, entretanto, a maternidade estaria associada a mãe não gestacional, em outras

palavras, a mãe que desejou, planejou a maternidade juntamente com seu marido ou companheiro é tida como a mãe da criança.

Insta ressaltar que as técnicas de reprodução assistida põem termo ao adágio *mater semper certa est* (sempre há certeza sobre quem é a mãe), devido à convicção de que a mãe é a parturiente, pelas vias naturais a maternidade é presumida pela gestação e o parto, todavia, o avanço da medicina proporcionou a maternidade a quem não gerou, nem tão pouco pariu.

A maternidade de substituição pode envolver três possibilidades na gestação: a mãe social ou afetiva é a que planejou ter o filho; a mãe biológica ou genética é a doadora do material genético que será implantado no útero alheio e, por fim, a mãe substituta é a mãe que cede o útero para a gestação em prol da mãe que desejou a gravidez. De certo que tais possibilidades podem se confundir entre a mesma pessoa, mas também pode se tratar de pessoas diversas.

São múltiplas as possibilidades utilizando-se os pares acima, dentre as quais vale destacar:

- a) Gestação de substituição com o uso do material genético do casal, com posterior implantação do embrião no útero emprestado, veja, trata-se de mãe biológica e afetiva que no anseio de engravidar utiliza do procedimento apenas o útero de outrem;
- b) Gestação de substituição com o uso do material genético somente do marido ou companheiro e óvulo de doadora anônima com o uso do útero emprestado de outra mulher, que não a esposa e também não é doadora da carga genética, nesta situação temos a mãe afetiva, haja vista, não possuir o filho sua carga genética;
- c) Gestação de substituição quando o casal é estéril, utiliza-se óvulo e espermatozoide de doador e útero alheio para a gestação, neste caso a filiação é afetiva, ambos são pais socioafetivos;
- d) Gestação de substituição com o material genético do marido ou companheiro no útero da própria esposa ou companheira, mas com óvulo de doadora, neste cenário, a mulher embora seja estéril pode receber o embrião e concluir a gestação.

Nesse passo, vale dizer que o avanço da tecnologia, na medicina, proporcionou a maternidade às mães que não a podiam pelas vias naturais, porém, a evolução da biomedicina não foi acompanhada pelo vernáculo, não há na legislação pátria qualquer referência a reprodução assistida na mulher. Veja que o art. 1.597, incisos III e V do Código Civil,

reportam-se ao marido, mas não a mulher, cabendo ao magistrado analisar o caso *sub judice* por analogia, costumes e princípios gerais do direito.

A mais recente Resolução que trata da reprodução humana assistida do Conselho Federal de Medicina é a Resolução nº 2.168/2017 em substituição as demais, é nela que se pautam os Tribunais para decidir os casos em concreto. A supramencionada Resolução no inciso VII orienta a gestação de substituição, também nomeada como cessão temporária do útero. O citado inciso condiciona a realização de quaisquer procedimentos de reprodução assistida, a problema médico que impeça ou contra-indique a gestação, união homoafetiva ou pessoa solteira. Ainda, deverá a doadora do útero pertencer a família de um dos pais, em parentesco consanguíneo até o quarto grau e, excepcionalmente, poderá o Conselho Regional de Medicina autorizar o procedimento em caso diverso.

Assim indica o inciso VII, 1, abaixo transcrito:

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira.

1- A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe/filha; segundo grau – avó/irmã; terceiro grau – tia/sobrinha; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

Pode se extrair do texto que a norma deseja afastar o uso do procedimento nos casos em que a mulher tem plena condição de engravidar, mas não deseja engravidar de útero próprio, seja por questões estéticas ou profissional, ou simplesmente não deseja gerar o filho e fazer o parto. Há doutrina em sentido inverso, Fábio Ulhoa Coelho, no Livro Curso de Direito Civil, defende que a mulher possa, por mera liberalidade, escolher gestação de substituição quando não deseje gerar em seu próprio ventre o filho, porém, a corrente majoritária defende que o procedimento seja realizado somente nas condições descritas na Resolução.

Insta ressaltar ainda que o procedimento tenha caráter eminentemente gratuito, sendo expressamente vedada a doação uterina em caráter lucrativo ou comercial, assim dispõem a supra Resolução, *ipsis verbis*:

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

[...]

2- A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

A falta de legislação própria traz questionamentos acerca da filiação da criança nascida de gestação de substituição, pois afasta os critérios sedimentados da gravidez e conseqüentemente o parto.

A Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM) orienta a assinatura de termo de compromisso entre os pais e a doadora do útero, para estabelecer a filiação da criança, contudo, tratam-se apenas de orientações administrativas e procedimentais que os médicos devem seguir em observância aos princípios éticos.

A propósito, o texto Constitucional brasileiro quando introduziu o planejamento familiar em seu ordenamento, deu significado a família por vínculo diverso do consanguíneo, o parentesco deixa de ser comprovado meramente pela carga genética e, passa a consagrar a filiação também pelos laços afetivos

Na tentativa de dirimir a falta de legislação a respeito da temática, o Enunciado 129 da Jornada do Direito Civil propõe nova redação ao art. 1.597 do Código Civil, ao argumento de que se, se permite o homem infértil ou estéril utilizar os procedimentos de reprodução assistida, para superar sua deficiência reprodutiva, também os devem estender às mulheres. Citado Enunciado objetiva um artigo ao final do Cap. II, Subtítulo II, Cap. XI, Título I, do Livro IV, com a seguinte redação:

Art. 1.597-A. A maternidade será presumida pela gestação.

Parágrafo único: Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga.

Não se pode deixar de notar que, muito embora não haja diploma legal expresso é possível a reprodução assistida com o uso de gestação de substituição, sendo diversas as possibilidades para a filiação, o que deseja é regulamentar a quem assiste o Direito, principalmente porque diverso do que acontece com a paternidade. A maternidade pode trazer não somente conseqüências psicológicas, mas também físicas nas mães doadoras do útero. Ao início da gestação é impossível antever o aspecto gravídico-puerperal da gestante, muito embora a Resolução que orienta a classe médica preveja relatório médico com o perfil psicológico de todos os envolvidos, atestando a adequação clínica e emocional, a gestação de substituição envolve ações multidisciplinares, sendo necessário acompanhamento médico e psicológico dos pais e da gestante em substituição, antes, durante e após o parto.

Muito embora sejam vários os questionamentos sobre a maternidade advinda da gestação em substituição, é de suma importância a fixação de requisitos mínimos para que

partes envolvidas possam ter amparo legal capaz de estabelecer a filiação e para evitar abusos e desvios nas condutas médicas.

Importa destacar ainda, que as descobertas científicas andam em ritmo frenético, e o que se percebe é uma desarmonia entre o progresso da sociedade, o avanço biotecnológico face às normas, e de fato é de extremamente dificultoso legislar sobre assunto que diz mais respeito ao foro íntimo das pessoas, ao interesse subjetivo das relações familiares, cuja liberdade individual em perpetuar embrenha-se nos valores que cada indivíduo carrega e, para os quais não há objetividade absoluta.

Por todo o exposto, faz-se necessário que o Direito delimite parâmetros para regular a matéria, haja vista, esse arranjo social ter rompido com o dogma da maternidade exclusiva a quem fosse capaz de engravidar naturalmente, a gestação de substituição compreende diversas e complexas implicações jurídica e merece o devido amparo legal para proteção da instituição familiar.

CAPÍTULO 2

FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

O direito contemporâneo das relações familiares está enraizado aos valores constitucionais, assim como as demais ramificações da ciência jurídica, a textura aberta dos valores e regras constitucionais se sobrepõe ao Direito de Família. Os novos contornos da família sedimentados a partir da Lei Maior de 1988, especialmente, a valorização da pessoa humana e sua dignidade, consagram a pluralidade das entidades familiares. Assim ensina FARIAS e ROSENVALD:

(...) a sociedade avançou, passaram a viger novos valores e o desenvolvimento científico atingiu limites nunca antes imaginados, admitindo-se, *exempli gratia*, a concepção artificial do ser humano, sem a presença do elemento sexual. Nessa perspectiva, ganhou evidência a preocupação necessária com a proteção da pessoa humana. Assim, ruiu o império do ter, sobressaindo a tutela do ser. (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 35)

A família é um fenômeno primitivo presente em todas as sociedades e nasce como o primeiro ambiente de socialização do indivíduo, atua como modelo e influência dos padrões sociais e culturais no desenvolvimento humano (2016, p. 40, FARIAS e ROSENVALD). O primeiro conjunto de normas e prática de valores é desenvolvido dentro do ambiente familiar, que tem seu lugar, tempo e história.

A mutabilidade da percepção familiar é a síntese das mudanças ocorridas na sociedade, dentre os fatores que dão forma ao que reconhecemos como família estão: as normas e ações impostas pelo Estado. A sexualidade, o afeto, a representação do homem e da mulher, as práticas cotidianas entre adultos, crianças, jovens e idosos, tudo isso, influencia a vida familiar dentro e fora do ambiente doméstico.

Em suma, a Família está afeta a todas as sociedades da mais simples a mais complexa, atuando como a mediadora principal no desenvolvimento do indivíduo.

2.1. A IMPORTANTE EVOLUÇÃO NO CONCEITO DE FAMÍLIA

É inconteste que a família é o grupo social primário do indivíduo, através dela as primeiras relações sociais são formadas, seus membros compartilham condutas éticas e morais, por gerações, unidas por laços de afeto e dedicação mútua, mas também, por conflitos e divergências.

O ambiente familiar é a base para emoldurar os valores morais e sociais de seus membros, que posteriormente irão auxiliá-los no processo de socialização quando em contato com outras unidades familiares.

Precipuaente a concepção de família possuía cunho eminentemente patrimonial, as famílias eram formadas exclusivamente pelos interesses materiais de seus membros, a riqueza familiar era o mais valioso legado que o membro familiar poderia deixar em herança, casamentos eram realizados por interesse de patrimônio. A união familiar, à época, advinha do aumento do patrimônio, não se cogitava a interferência de laços afetivos, mas o acréscimo patrimonial para deixar aos herdeiros, “as pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos”.³ O desfazimento do matrimônio era inaceitável devido ao seu vínculo com o patrimônio familiar. O casamento era mantido independente do vínculo afetivo.

Claramente, tal modelo familiar não reflete a concepção contemporânea de família, o modelo tradicional e conservador pautado no patrimônio foi substituído pelo afeto. Abandonou-se a cultura do ter, para aliar-se ao culto do ser, o indivíduo deixou de fazer parte do patrimônio familiar, não fazendo mais vezes de coisa, o princípio familiar convergiu para as relações íntimas dos indivíduos, isto é, a felicidade e o bem-estar da unidade familiar passaram a ser o elemento mais importante.

Por muito tempo o núcleo familiar aceito socialmente envolvia a união de um homem e uma mulher para a criação de sua prole, tornando-se esse o padrão moralmente aceitável. Ao longo do tempo, a sociedade traçou novo formato social, com novos valores, tais valores provocaram a ruptura com a tradicional família formada pelo homem, a mulher e filhos, o modelo familiar conservador era centralizado na figura masculina, o papel principal era desenvolvido pelo homem era ele, o homem, o responsável pelas tomadas de decisão no seio familiar, o responsável em gerar renda e sustentar a família, a mola propulsora da família tradicional era a figura masculina, se o homem falhava no sustento do seu lar todos os demais padeciam. Todas as decisões da família deveriam passar, necessariamente, pelo crivo do patriarca.

É de convir que o fenômeno de transmutação familiar seja variável, os conflitos de gerações provocam rupturas progressivas e sucessivas, cada geração rompe com a anterior provocando novas conquistas, as necessidades humanas em cada lapso temporal são diferenciadas, os valores alteram-se e tornam-se necessárias a evolução e adaptação da

³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 35.

sociedade. Vale ressaltar, que independente da geração a que pertençam o comportamento de cada membro familiar influencia os demais membros, a unidade familiar torna-se mais forte e estruturada quando opta pela solução dos conflitos, embora as pretensões de cada indivíduo diverjam, o seio familiar possui a mesma raiz de influência.

O modelo da família contemporânea é guiado pelas diferentes relações, o poder familiar é descentralizado, o núcleo familiar passou a ser regido pelo afeto, a família tradicionalmente reconhecida pela união do homem à mulher ganhou novo formato, o afeto não acontece necessariamente entre pessoas do sexo oposto. A escolha do parceiro advém do carinho e respeito que uma pessoa tem pela outra, e não é sempre que o sentimento e desejo mútuo em formar família sejam entre pessoas de sexo oposto, não é raro às vezes em que a família é formada por pessoas do mesmo sexo, ou mesmo formada somente pelo pai ou pela mãe, enfim, o núcleo familiar não possui mais descrição estática e imutável na figura de um homem e uma mulher que se unem para procriar. Nesse sentido, compartilha FARIAS e ROSEVALD:

(...) a contemporaneidade (em meio às inúmeras novidades tecnológicas, científicas e culturais) permitiu entender a família como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade. E, nesse passo, forçoso é reconhecer que, além da família tradicional, fundada no casamento, outros arranjos familiares cumprem a função que a sociedade contemporânea destinou à família: entidade de transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna. (FARIAS e ROSEVALD, 2016, p. 37)

A feição da família contemporânea tem um modelo flexível e igualitário, o cunho decisório é democrático pelos membros da família. “A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social...”⁴ Nos últimos séculos as organizações familiares mudaram drasticamente e causaram impactos considerados no modelo tradicional de família, isso não implica na extinção do modelo tido como conservador, mas na reestruturação social para aceitação de novos modelos familiares agora calcados no elemento mais importante da estrutura familiar, o afeto, superando as barreiras do julgamento e rejeição, outrora tão comum.

Afetos às considerações aduzidas, os avanços da tecnologia e da ciência foram fatores que contribuíram sensivelmente para as atuais concepções de família. A vida familiar de grande parte da população espalhada em todas as partes mundo mudou drasticamente, a

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSEVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 35.

moralidade, a religião e a educação ganharam contornos diferentes. A tecnologia eliminou a distância e abriu às portas para a influência de novos ideais filosóficos, com ênfase no desenvolvimento da personalidade humana, assim, surgiu uma nova sociedade, pautada no respeito mútuo entre os indivíduos.

A comunicação afetiva fortaleceu a amizade entre os parceiros e deles com os filhos, as pessoas passaram a se relacionar sem a obrigatoriedade de procriar, não são poucos os casos de casais que não desejam ter filhos, a finalidade precípua da família tradicional de gerar renda e procriar, deu lugar a uma organização familiar subjetiva organizada a propiciar a felicidade individual de seus membros.

Os arranjos familiares da contemporaneidade, são os mais variados, tem uma concepção múltipla, podendo indicar um indivíduo ou mais, ligados ou não por traços biológicos, o que importa ao arranjo familiar é a intenção de manutenção do vínculo afetivo, o respeito entre seus membros, a solidariedade e a cooperação de um para com os outros, com o propósito de prosseguir com a vida cotidiana. Crescente é o número de famílias monoparentais, isto é, formada somente por um dos ascendentes e os descendentes, assim como também é evidente o número de famílias homoparentais, ou seja, formada por pessoas do mesmo sexo, o texto constitucional assegura a igualdade entre os gêneros, assim sendo, os indivíduos são iguais, independentemente do sexo, cor, preferência sexual, religião, enfim, a *Lex Fundamentallis* de 1988 determina como princípio norteador a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a igualdade substancial é o que disciplina os artigos 1º, III; 3º, I e 5º da CF/88.

As técnicas de reprodução assistida permitiram que casais improdutivos pudessem ampliar sua família, seja ela utilizando o material genético do próprio casal, neste caso o filho é biologicamente pertencente a família, ou mesmo utilizando material genético de doador, neste contexto o filho não carrega a carga genética dos pais, porém, é membro socioafetivo da família, os pais o reconhecem como filho, portanto, pertence a família pelo laço de afeto instituído.

É cediço que a estrutura familiar tradicional ainda é, nos tempos atuais, o modelo mais convenientemente aceito, no entanto, gradativamente o preconceito e a intolerância ao direito de liberdade do indivíduo vêm sendo substituídos pela pluralidade de entidades familiares, as famílias homoafetivas, em especial, vêm quebrando na atualidade o paradigma de núcleo familiar engessado pela união do homem com a mulher, vale ressaltar que em outros tempos não se cogitava a dissolução matrimonial e a mulher que fosse mãe solteira envergonhava toda a família, são exemplos de que o conservadorismo perde terreno a cada geração,

recentemente as uniões homoafetivas foram reconhecidas pelo Supremo através da ADPF 132, logo, é evidente que forma um núcleo familiar e deve ser respeitado assim como os demais núcleos familiares.

As mais variadas facetas dos núcleos familiares demonstram que não há padrão a ser seguido. A evolução da sociedade instituiu uma nova ordem jurídica, atribuindo ao afeto valor jurídico e nesse compasso não há núcleo fora dos padrões, todos indistintamente são capazes de promover o respeito e o amor ao próximo. Em outras palavras, quem distribui afeto a outrem o faz por liberalidade independentemente de gênero ou vínculo biológico. Acerca do tema, muito bem discorre Maria Berenice Dias (2010, p.68, apud FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 53), “O novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais que passaram a se sustentar no amor e no afeto. Na esteira dessa evolução, o direito da família instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto”.⁵

Os artigos 226 a 230 da CF/88 disciplinam sobre o instituto da família, tais artigos desconstituem o conceito único de família voltada para a reprodução, ou seja, formada pelo homem e a mulher com intenção de gerar descendentes e amplia-o quando assegura a dignidade da pessoa humana.

Diante do conteúdo exposto, a indeterminação do conceito de família atribuído a Constituição brasileira acompanhou as mudanças sociais, assim, todos os institutos familiares estão assegurados pela *Lex maior*, não podendo ser considerados menos válidos os núcleos que são diferentes do tradicional. O respeito ao indivíduo como pessoa humana deve sobressair, não importando a qual família pertença o indivíduo, mas sim o laço afetivo que os envolvem.

2.2. PRINCÍPIOS QUE MOVEM O DIREITO DAS FAMÍLIAS

Preceitua o preâmbulo da CF/88 a instituição o Estado Democrático para assegurar os exercícios dos direitos sociais e individuais de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fincada, portanto, em princípios de liberdade e igualdade.

Assim, pode-se extrair do texto constitucional que o Direito de Família deve abranger todos os círculos familiares formado por pessoas que se unem pelo afeto e o respeito recíproco. Ainda, vale ressaltar que a Lei de Introdução ao Código Civil discorre em seu artigo 4º os procedimentos a serem adotados na omissão da lei. Logo, cabe ao magistrado decidir diante do caso em concreto de acordo com a analogia, os costumes e os princípios do

⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 2016. p. 68 apud. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. Salvador: Juspodivm, 2016.

bom direito, associado ao disposto no art. 5º do mesmo diploma legal, atendendo aos fins sociais objetivando o bem comum.

Portanto, o princípio da dignidade humana é norteador do texto constitucional devendo ser assegurado a qualquer pessoa humana.

2.2.1. PROTEÇÃO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA AO FILHO NASCIDO POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O novo conceito de família aliado as inovações científicas e ao desenvolvimento tecnológico vem acelerando o estudo da biotecnologia. A revalorização dos direitos humanos está sendo elaborada em torno da ideia de proteção aos direitos considerados mais básicos para a dignidade da vida humana. A dignidade então seria a honradez humana, a qualidade moral intrínseca a pessoa, através do qual o indivíduo é reconhecido perante os demais membros que os cerceiam. A proteção a dignidade humana está jungida ao respeito e reconhecimento das individualidades por seus pares.

Questões éticas e jurídicas se entrelaçam quando envolve a reprodução assistida, contextos culturais influenciam o conteúdo ético e digno da pessoa humana. Normas jurídicas devem salvaguardar as liberdades individuais do indivíduo que deseja ter um filho e não consegue por meio natural, assim como deve respeitar a dignidade humana do indivíduo que está em vias de nascer ligada a ética médica de quem manipulará o material genético. Fato é que não há norma vigente que ampare tal modalidade.

Sobre o tema ensina DINIZ:

Enquanto não advier a legislação regulamentadora da reprodução humana assistida, prevaleceria segundo alguns autores, o princípio de tudo aquilo que não está proibido está permitido, deixando os cientistas da área biomédica com grandes possibilidades de ação na área da embriologia e da engenharia genética. Entretanto, entendemos que, ante a ausência daquela norma, dever-se-á aplicar o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, freando, assim, a atividade jurisdicional, (...), sempre levando em conta o respeito à dignidade humana (CRFB/88, art. 1º, inciso III). (DINIZ, 2003, p. 498).

Assim, o alicerce ao biodireito dos nascidos por reprodução humana assistida está no conjunto de fatores culturais e morais da sociedade contemporânea, ao novo conceito de família que pressupõe a relação entre os entes familiares através do afeto, analisando as regras jurídicas de acordo com uma sociedade democrática, afastando o preconceito e com o fim de promover o bem comum.

As organizações familiares são múltiplas pautadas no afeto, respeito, confiança, projeto de vida comum, enfim, na reciprocidade de seus membros, logo, a *Lex Mater*

salvaguarda o direito a constituição familiar múltipla, unida pela afeição e, para tanto, deve resguardar a manutenção da família em existência digna do homem.

Embora o conteúdo da CF/88 preceitue uma sociedade livre de preconceitos, o avanço científico no campo da embriologia ainda proporciona incômodo e receio ético, a concepção de novos núcleos familiares traz a baila à discriminação e certa insegurança para a proteção humana. A Resolução do CFM nº 2.168/2017 após o julgamento da ADI 4.277 e ADPF 132 contemplam as técnicas de reprodução assistida a casais em relações homoafetivas e a pessoas solteiras (item II, 2), corroborando com as múltiplas organizações familiares contemporâneas e o princípio da dignidade da pessoa humana que sobre todos os indivíduos recai.

Pois bem, vários são os fatores pelos quais os indivíduos recorrem ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja porque deseja mudar de sexo ou mesmo o nome registral de transexualidade, quando deseja ter filho de forma independente sem auxílio de um parceiro específico e recorre à reprodução assistida ou utiliza-se dela por ocasião de união homoafetiva e vontade em aumentar o núcleo familiar, por fim, invocar o princípio da dignidade humana é requerer a igualdade de tratamento assegurada no texto Constitucional.

Como dito alhures, indubitavelmente, o princípio da dignidade da pessoa humana é garantia basilar constitucional que fundamenta a bioética das técnicas de reprodução assistida. Independentemente de qual seja o método aplicado, o respeito à pessoa humana é o limitador de toda e qualquer legislação que venha a surgir sobre o assunto. É a dignidade humana que norteia a atuação do profissional da saúde, assim sendo, deve este respeitar o paciente tratando-o com ética e respeito, evitando manipulá-lo como cobaia de experimentos ou como meio a obter lucro financeiro.

Sobre surgimento da bioética através dos avanços da medicina, discorre FERRAZ:

A ética da vida, como é chamada a bioética, por alguns, surge no contexto de imprevisibilidade dos resultados das experimentações nas pesquisas com geneterapia, novas formas de procriação com profundas consequências nos conceitos de maternidade e paternidade, sendo premente a necessidade de proteger a espécie humana em face de avanços médicos, tendo como base os princípios éticos, visando sempre buscar os benefícios para o ser humano, dentro dos limites da dignidade humana. (FERRAZ, 2010, p.24)

Nesse contexto, em respeito à dignidade da pessoa humana o médico que irá realizar o procedimento deve observar se o paciente que deseja ser submetido a uma das técnicas de reprodução assistida possui condições físicas e/ou psíquicas para fazê-la, atestando o contrário deve abster-se em realizar tal procedimento, visto que, uma vez realizado o procedimento este pode tornar-se imutável. Por conseguinte, preservar a dignidade da pessoa, consiste em

proteger os valores fundamentais do ser humano desde sua concepção até a sua morte, independentemente da forma como ele foi gerado, se pelas vias naturais ou por métodos de reprodução assistida, principalmente porque o Direito de Família tem com seus principais vetores a afetividade e a intimidade e o arrependimento do paciente durante o sucesso do procedimento pode acarretar sérios transtornos dentro da entidade familiar.

2.2.2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS

A Constituição Federal de 1988 também confirma a igualdade entre os filhos, não devendo haver qualquer distinção entre eles, conforme estabelece seu art. 227, parágrafo 6º, estabelece que:

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

Nessa seara, a isonomia entre os filhos objetiva impedir tratamento distinto aos filhos, dado a diversidade de formas pela qual podem instituir vínculo que os unem a seus genitores, em outros dizeres, a relação de filiação pode se concretizar tanto pela esfera biológica quanto afetiva e em ambas as relações deve incidir a isonomia, obstando a diferenciação entre o parentesco biológico e o afetivo, resta clarevidente que o texto constitucional deseja reproduzir a igualdade na filiação independentemente da carga genética, calcando a filiação na afetividade entre os genitores e os filhos.

O dispositivo da Lei Maior foi repetido fielmente pelos artigos 20 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e art. 1.596 do CC. O disposto nesses artigos acabou com a distinção havida entre os filhos legítimos advindos de pais casados, dos ilegítimos advindos de pais não casados, agora paira a igualdade absoluta entre os filhos.

A isonomia na filiação assegura o mesmo direito hereditário entre os filhos, seja ele quanto ao nome, poder familiar, alimentos ou sucessão, todos os filhos, sem exceção, gozarão dos mesmos direitos e proteção. Insta salientar, que a igualdade entre os filhos é à medida que consubstancia a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, a Carta Magna repeliu concepções antigas que não mais refletiam a sociedade mais moderna, as normas que rotulavam a discriminação entre os filhos devido à condição de seus pais (casados ou não casados) não subsumiam, sobretudo, a dignidade humana e precisavam urgentemente ser excluídas do ordenamento jurídico, e assim o fez a *Lex Mater*.

O termo filho deixou de receber adjetivação (legítimo, ilegítimo, bastardo), passando a ser simplesmente filho. O Direito das Famílias, aliás, repulsa qualquer desnível entre a filiação, seja ela biológica ou não, com pais casados, não casados, pais solteiros, pais homoafetivos, filhos concebidos naturalmente ou por reprodução assistida, a filiação como já explanado, tem por princípio a afetividade, logo, aos filhos reflete o respeito aos seus direitos fundamentais e não às condições dos genitores ou as vias pelas quais foi concebido.

Em síntese, garante-se, portanto, a todos os filhos os mesmos direitos, deveres e qualificações, vedada qualquer distinção pelo texto constitucional.

2.2.3. DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORTEADORES DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

O direito a filiação confere aos filhos importantes prerrogativas, tais como: sobrenome, relações de parentescos, poder familiar conferido aos pais, alimentos, entre outros e, ainda, faz surgir direitos patrimoniais. Os filhos, consanguíneos ou não, instituem vínculo de filiação com os pais, razão pela qual, sob todas as circunstâncias estão sujeitos ao poder familiar, ao Direito das Famílias.

Sobre essa égide, os concebidos através dos métodos artificiais, após a morte de seu genitor, também teriam os mesmos direitos dos gerados em vida, sendo-lhes assegurados os alimentos suficientes a manutenção de suas necessidades fundamentais, com direito patronímicos, tanto materno quanto paterno, que individualizaria o descendente perante a sociedade e através do qual será reconhecido como filho, eis que a *Lex Fundamentallis* veda a distinção na filiação. Acerca deste tema discorre VARELA:

Assim, sendo, constata-se que uma vez estabelecido o parentesco dos filhos gerados através das técnicas de Reprodução Humana Assistida, estes terão todos os direitos inerentes ao estado de filho, inclusive a adoção do patronímico materno e paterno, tendo-se em vista que a paternidade nos casos dos filhos gerados com as técnicas heteróloga, por exemplo, será presumida, o que em nada interferirá na posse deste estado, já que os pais devem ter consentido na utilização da técnica. (VARELA, 2006, on-line).

No que concerne ao Direito de Família, e diante do exposto até o momento, verifica-se que a inseminação artificial homóloga *post mortem*, não gera grandes contratempos no que concerne a filiação, visto que o material genético é do próprio casal, assim, não há dúvidas quanto à condição de filho, no entanto, quanto à reprodução artificial heteróloga *post mortem* abrem-se várias controvérsias, haja vista que, o material genético da criança não será do *de cuius*, muito embora sua autorização tenha que ser expressa como disciplina a Resolução n.

2.168/2017 do CFM, contudo, autorizar a realização do procedimento após sua morte, para obter posteriormente o reconhecimento da filiação como desejo último do falecido, sem que a carga genética seja do morto, parece-nos um tanto quanto inviável, vez que, ausentes laços consanguíneos, bem como de afetividade entre o genitor o filho.

Assim sendo, *ad cautelam* por questões bioéticas e mesmo culturais deve-se evitar realizar procedimento de reprodução assistida heteróloga quando falece quem a autorizou, a menos que o procedimento já tenha sido iniciado e a gestação efetivada, neste caso, a própria Lei Civil ampara a criança.

No que diz respeito aos direitos patrimoniais dos nascidos por reprodução artificial humana, após a morte do genitor, independente da técnica utilizada, surgem diversos obstáculos, uma vez que não há legislação vigente parte específica que ampare o indivíduo que nasça a partir deste tipo de técnica. Inúmeros são os questionamentos e sobre o assunto a doutrina destoa, mesmo quando o filho nascido possua a mesma carga genética do genitor falecido, não há na legislação amparo acerca da sucessão deixando grande lacuna o texto legal.

A Constituição Federal, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA dispõe a igualdade na filiação, todavia, nada esclarecem a respeito dos direitos sucessórios do filho do *de cuius*, a lacuna deixada deverá ser preenchida pelo julgador *in casu*.

O capítulo seguinte discorrerá mais detidamente sobre os direitos sucessórios *post mortem*.

CAPÍTULO 3

DIREITO DAS SUCESSÕES

O dinheiro é o moinho do mundo, o capitalismo é o sistema econômico que prevalece na esfera mundial, por este motivo a moeda tem grande importância na vida das pessoas. Ao longo da vida os indivíduos aprendem a relacionar-se com as coisas, com a chegada à vida adulta, ou até mesmo antes de alcançá-la busca-se o conforto e/ou lucro, preocupa-se em adquirir propriedades ou coisas, enfim, a formar ou acrescentar patrimônio.

O Direito das Sucessões cuida da transferência do patrimônio adquirido durante toda a vida por um indivíduo para seus herdeiros, após a sua morte. A maioria dos institutos jurídicos acaba com a morte, pelo qual se aplica o princípio jurídico *mors omnia solvit* (a morte acaba com tudo), tal princípio aplica-se, por exemplo, ao Direito Penal, Eleitoral, ao casamento, entre vários outros. Por outro turno, o Direito Sucessório nasce com a morte, é através dela que o patrimônio do falecido é transferido aos herdeiros. Este capítulo é destinado ao estudo do Direito das Sucessões.

3.1. DIREITO SUCESSÓRIO NO CÓDIGO CIVIL

O termo sucessão é originário do latim *successio*, do verbo *succedere* (*sub + cedere*) que significa substituir, isto é, suceder é substituir algo, alguma coisa por outra, ou ainda, a substituição de uma pessoa por outra que virá depois. Em outros termos, suceder é substituir o sujeito ou o objeto dentro da relação jurídica.

Diz-se que há a sub-rogação real ou objetiva quando o objeto da relação jurídica é substituído por outro sem que haja alteração na natureza do vínculo existente. Noutra giro, a sub-rogação subjetiva ou pessoal se opera na relação jurídica de sujeito, pode se dar *inter vivos* ou em razão da morte do titular do direito.

Na sub-rogação do objeto o bem é substituído por outro, ficando no seu lugar com os mesmos direitos e garantias. O art. 1.911, parágrafo único do CC/2002 é exemplo de sub-rogação objetiva do vínculo de inalienabilidade, onde a coisa é gravada pelo testador ou doador por cláusula de inalienabilidade, e somente pode ser substituída por outra, si, e somente si, ficar sujeita a restrição determinada naquela.

A sub-rogação subjetiva entre vivos se opera, por exemplo, quando um terceiro interessado quita dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte, adquirindo

todos os créditos e direitos que tinha o credor anterior. De outro norte, do óbito do titular do direito germina o Direito de Sucessões.

O Direito de Sucessões está disposto na parte especial do atual Código Civil que regulamenta o destino patrimonial do *de cuius*, dispondo sobre qual forma será distribuído todo o patrimônio da pessoa que faleceu aos seus herdeiros, seja por força de lei ou testamento.

Filia-se a esse entendimento Silvio Rodrigues:

O direito das sucessões se apresenta como o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu aos seus sucessores. Usa-se a palavra patrimônio, em vez de referir-se à transmissão de bens ou valores, porque a sucessão hereditária envolve a passagem, para o sucessor, tanto do ativo como do passivo do defunto. (RODRIGUES, 2002, p.3)

Também segue essa esteira Washington de Barros Monteiro quando consigna “a sucessão, no questionado ramo do Direito Civil, tem, pois, como pressuposto, do ponto de vista subjetivo, a morte do autor da herança”.⁶

Face às considerações aduzidas, nota-se que o Direito Sucessório se ocupa da relação jurídica subjetiva por ocasião da morte do seu titular, claro está, portanto, que o Direito de Sucessão somente permitirá a sub-rogação dos sujeitos da obrigação quando sobrevier o óbito do titular.

Cuida o Direito das Sucessões, portanto, da transmissão do patrimônio e obrigações do indivíduo em consequência de seu falecimento, ou seja, regula a destinação do patrimônio da pessoa após a sua morte, até porque dessa vida nada se leva, o que se planta aqui, aqui se deve colher, contudo, quando o indivíduo morre os seus bens permanecerão, logo, de suma importância a sucessão no Direito Civil, quando a pessoa não mais existir.

3.2. TRANSMISSÃO DA HERANÇA

O artigo 5º, inciso XXX da *Lex Fundamentallis* assegura o direito à herança, enquanto o Código Civil guarda ao Direito de Sucessões quatro títulos, Da Sucessão em Geral, Da Sucessão Legítima, Da Sucessão Testamentária e Do Inventário e da Partilha, nesta ordem.

O objeto que toca o Direito Sucessório são as relações jurídicas patrimoniais advindas da morte de seu titular, **valendo** ressaltar que não é admitida a transmissão de todos

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.

os direitos do morto, as relações de caráter personalíssimo, as sanções penais, por exemplo, estão excluídas do Direito de Sucessões, em contrapartida, as relações patrimoniais do *de cujus* são transmitidas aos seus herdeiros, sejam elas, ativos ou passivos.

A regra geral do Direito de Sucessões é a transmissão das relações patrimoniais, todavia, existem algumas exceções para a não transmissibilidade de determinadas relações patrimoniais, por motivos peculiares especificados na norma. Em algumas situações o falecimento do titular do direito, mesmo se tratando de relação patrimonial, não é passível de transmissão, como no caso de direitos autorais, usufruto, uso ou habitação, e, ainda, enfiteuse.

O direito autoral regulamentado pela Lei nº 9.610/98 tem natureza mista, se de um lado existe relação jurídica de cunho econômico por conta da exploração da obra feita pelo criador, concomitantemente, está atrelada a obra o direito de personalidade do autor, de cunho paternalista, ao criar a obra o autor dá a luz a sua criação, nomeando-a, tal relação estabelecida entre o criador e a obra tem caráter imaterial, confundindo-se a obra com a personalidade do próprio autor, em outras palavras, a obra embora rentável, comercializável, também leva consigo o nome do autor da obra, sua boa fama, direito subjetivo. Em virtude de tais especificidades sobre o direito autoral recai legislação específica, distinta do disposto no Código Civil.

O direito real de usufruto, uso e habitação são regulados pelo Código Civil, apesar disso, a extinção é o que se impõe, logo, a relação jurídica existente extingue-se com a morte do beneficiário, pois, é ele que utiliza de coisa alheia que lhe foi cedida em razão de sua individualidade, recaindo, portanto, na personalidade do beneficiário, e, assim sendo, por se tratar de coisa *sui generis* é intransmissível e extingue pelo óbito do beneficiário. Semelhante aos demais institutos, o titular da enfiteuse também terá seu direito extinto na falta de herdeiros, isso porque na falta de sucessores, seus direitos seriam abarcados pelo Poder Público, claro, portanto, o prejuízo do proprietário do imóvel, por tais razões a enfiteuse se extingue com a morte do titular de seu direito.

Pois bem, feitas tais considerações, prefacialmente, o conceito do Direito de Sucessões cuida da transmissão das relações patrimoniais do morto aos seus sucessores. Onde os sucessores do falecido recebem em herança seu patrimônio. É denominado de herança o conjunto de bens, direitos e obrigações - dentro das obrigações patrimoniais do morto - que os sucessores recebem da pessoa falecida. Mesmo que vários sejam os herdeiros, e, ainda, que os bens do falecido sejam divisíveis, a herança deve ser entendida com um todo, condomínio, indivisível que somente pode ser dissolvida pela partilha.

A herança é transmitida imediatamente após a morte de seu titular. Neste caso aplica-se um princípio chamado *saisine*, de origem francesa, que estabelece a transferência da posse dos bens aos seus respectivos herdeiros, no mesmo instante da morte do titular do direito.

Insta salientar que a morte, a transmissão da herança e a abertura da sucessão acontecem imediata e simultaneamente, entretanto, a partilha e a abertura do inventário são feitas posteriormente, por serem de jurisdição voluntária, e apenas concretizam a transmissão da herança. É de suma importância que seja averiguado o momento da morte do *de cuius*, pois a sua morte resulta na transmissão imediata da herança, momento em que é aberta a sucessão e os herdeiros são identificados, sem formalidades. Quando no mesmo evento morrem pessoas de uma mesma família, identificar o momento do óbito de cada pessoa é salutar, para que seja possível identificar quem receberá a herança.

A sucessão pressupõe a continuidade da relação jurídica, todavia os herdeiros não têm a obrigação de arcar com as dívidas do morto, isso significa que somente serão partilhados os bens que não tiverem ônus, ou seja, depois de quitada a totalidade dívida o que restar será dividido entre os herdeiros.

Portanto, o direito de herança é transmitido logo após a morte do seu autor, visto que a morte é a condição necessária para que se adquira esse direito, e somente serão partilhados os bens que estiverem desembaraçados e livres de ônus.

3.3. TIPOS DE SUCESSORES

O Direito Sucessório é cerceado por nomenclaturas específicas e estas não são usualmente utilizadas na vida cotidiana, assim, para melhor compreender o Direito Sucessório insta especificar os termos a ele inerentes.

Portanto, assimilar a correta terminologia do instituto sucessório permitirá melhor absorção do que será discorrido neste Capítulo.

3.3.1. AUTOR DA HERANÇA

Trata-se da pessoa que veio a óbito e deixou patrimônio a ser distribuído entre os seus sucessores.

Pode ser chamado de falecido, morto, inventariado ou *de cuius*. Vale esclarecer que *de cuius* é uma expressão latina, abreviada, derivada de *is de cuius successionis agitur* que significa aquele de cuja sucessão se trata, utilizada usualmente na área jurídica no lugar do nome de quem faleceu.

Como já explanado o Direito das Sucessões cuida da transmissão patrimonial, isto é, o cerne da sucessão é que a pessoa do falecido deixe patrimônio, conseqüentemente, a expressão *de cuius* somente poderá ser empregada quando o morto deixar bens, aquele que falece sem deixar patrimônio não pode enquadrar-se no termo *de cuius*, pois, devido à forma e significado próprio da expressão supramencionada, deve necessariamente o termo ser empregado a pessoa que faleceu e possui coisa de cunho econômico para deixar em sucessão a outrem, logo, somente quem tem patrimônio poderá ser chamado *de cuius*.

3.3.2. SUCESSOR

A continuidade das relações jurídicas patrimoniais do morto figura-se no sucessor, sendo assim, sucessor é aquele que recebe o patrimônio do *de cuius* em sua totalidade ou fração, bem específico, certo e determinado. Conforme preceituam os artigos 1.798 e 1.799 da Lei Civil, o sucessor pode ser pessoa física nascida ou concebida ao tempo da abertura da sucessão; eventual prole assegurada por testamento, desde que vivas as pessoas indicadas pelo testador; e, ainda pessoa jurídica. Assim dispõe os supramencionados dispositivos:

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

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Em suma, a sucessão é a transmissão do patrimônio do morto e, sucessor é a pessoa que assenhora-se da titularidade do patrimônio transferido. Pode receber patrimônio a título universal ou singular.

Quem recebe de alguém a totalidade do patrimônio ou fração é chamado de herdeiro – palavra derivada do latim *hereditas* que significa proprietário, dono – a ele é transferida continuidade das relações jurídicas patrimoniais, frise-se, em razão do óbito do titular da herança.

O sucessor singular recebe bem particularizado, específico, certo e determinado, através de testamento, recebe este, o nome de legatário. Herdeiro e legatário podem concorrer em uma mesma pessoa.

3.3.3. HERDEIRO LEGÍTIMO (NECESSÁRIO OU FACULTATIVO) E TESTAMENTÁRIO

O art. 1.829 do Código Civil estabelece taxativamente todos os que são considerados herdeiros legítimos, obedecendo-se a vocação da ordem hereditária, ou por regra especial, como ocorre na sucessão entre companheiros em união estável, conforme posto no art. 1.790 do Código Civil. O herdeiro é legítimo quando beneficiado por previsão descrita na norma.

Os herdeiros legítimos beneficiados obrigatoriamente pela lei são chamados de herdeiros necessários são eles os descendentes, os ascendentes e o cônjuge ou o companheiro, a eles são reservados 50% (cinquenta por cento) do patrimônio do morto, ou seja, havendo herdeiro necessário, a liberdade em testar somente recai sobre metade do patrimônio, de acordo com o art. 1.845 do Código Civil, este mesmo código infere em seu art. 1.848 que o herdeiro necessário não perderá a herança, salvo no caso de indignidade e deserção.

De outro giro, o herdeiro facultativo pode ser excluído da herança pela vontade do titular, neste caso o autor da herança poderá dispor da totalidade de seu patrimônio em favor de terceiro.

São testamentários os herdeiros beneficiados em testamento, podendo ou não ser legítimo, trata-se da pessoa a quem o testador resguardou parte do patrimônio sem especificar o bem, mas percentual da totalidade dos bens a serem transmitidos, depende do ato de última vontade do falecido.

3.4. ESPÉCIES DE SUCESSÃO

O Direito das Sucessões subdivide-se em duas espécies, a sucessão legítima e a sucessão testamentária, a primeira decorre da lei, se opera independentemente da vontade do titular do patrimônio, deve obedecer ao rol sucessivo estabelecido na norma. A segunda, em compensação, trata da vontade do falecido declarada em vida, através de negócio jurídico, chamado de testamento, logo, trata-se da destinação do patrimônio do morto a pessoa por ele indicada no testamento.

3.4.1. SUCESSÃO LEGÍTIMA

Quando o falecido não faz testamento o seu patrimônio passa às pessoas indicadas pela lei, obedecendo sempre a ordem de vocação hereditária, isto é, a sucessão legítima deriva do que expressa a lei, também pode ser chamada de sucessão intestada ou ab intestada.

A legislação presume uma espécie de testamento como última vontade do morto, atesta a lei que o vínculo afetivo reconhecido entre o autor da herança e o seu sucessor é suficiente, para que em seu silêncio possa ser presumido o seu desejo em beneficiar os familiares mais próximos, obedecendo à ordem de proximidade com eles e, ainda, o cônjuge

ou companheiro sem a necessidade de testamento, vez que a própria norma estabelece quem serão os beneficiários da herança dos mais próximos aos mais remotos.

O silêncio do titular do patrimônio reflete tacitamente na vontade de transmissão de todo o patrimônio às pessoas descritas na lei, manifestação contrária a legislação deve ser expressa, estabelecida por testamento. A luz do estabelecido no art. 1.788 do Código Civil os bens do titular do patrimônio que não deixar testamento, ou que não estiverem abrangidos por testamento, transmitem-se aos herdeiros e, permanece reservada a legítima se o testamento caducar ou for julgado nulo.

Art. 1.788 - Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Sobreleva destacar que a ordem hereditária deve ser obedecida, de sorte que a relação de herdeiros colacionados no art. 1.829 do Código Civil é preferencial, e uma classe somente será chamada a suceder quando não mais tiverem herdeiros da anterior. Ainda, saliente-se que na existência de herdeiros necessários, a norma garante um mínimo patrimonial a ser resguardado para eles, assim, há restrições ao limite do testamento no correspondente à legítima, isto ocorre pela proteção familiar, bem como da garantia da dignidade da pessoa humana contida no texto da Carta Magna. Nesse sentido, é oportuna a transcrição de FARIAS e ROSENVALD:

Não se olvide que a sucessão legítima é impositiva quando o autor da herança tiver herdeiros necessários (CC, art. 1.845: descendentes, ascendentes e cônjuge – e, por óbvio, em interpretação conforme a Constituição, também compreendido como herdeiro necessário, a sucessão legítima é impositiva ao autor da herança, que somente poderá dispor, no testamento, da metade de seu patrimônio líquido. Isso porque a outra metade se torna indisponível à sua vontade. (FARIAS E ROSENVALD, 2016, p. 254 e 255).

Portanto, havendo herdeiros necessários o titular do patrimônio somente poderá dispor de metade de seu patrimônio, isso ocorre devido os familiares serem considerados herdeiros necessários, por excelência. A ordem de vocação hereditária deverá ser respeitada, concorrendo o cônjuge sobrevivente com os descendentes, analisando-se o regime em que eram casados. Na falta de descendentes, a herança é dividida entre os ascendentes, em concorrência com o cônjuge independente do regime de bens do casal. Inexistindo estes, será assentida ao cônjuge sobrevivente e por último aos parentes colaterais até o 4º grau. Assim dispõe o art. 1.829 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Importante frisar que a sucessão legítima é secundária, somente incidindo quando o titular do patrimônio mantém-se silente, caso este manifeste vontade de dispor de maneira diferente do texto legal, poderá a qualquer tempo fazê-lo, resguardando a porção indisponível reservada à legítima.

Frise-se que as constantes transformações no conceito de família também corroboraram com o progresso da ordem de vocação hereditária, o avanço da sociedade e as constantes variações nas famílias foram fatores determinantes para as modificações na ordem sucessória. Nos dias de hoje, a facilidade do divórcio converge para a flexibilidade nos casamentos, os cônjuges contemporâneos não mais convivem para agradar a sociedade, os casamentos se mantêm pela construção de afeto e, via de regra, estão com prazos mais curtos, não é incomum a recomposição familiar, onde um dos cônjuges ou mesmo ambos já trazem consigo filhos das relações anteriores para construir uma nova família.

No Código Civil de 1916 o patrimônio do falecido era designado preferencialmente aos descendentes, na sua falta aos ascendentes e somente na falta destes ao cônjuge, todavia, o cônjuge sobrevivente tinha direito a administração e usufruto dos bens do *de cujus*, isso se devia pela inadmissibilidade do divórcio, entretanto, com o advento da dissolução conjugal, aliada as múltiplas possibilidades de reconstituição familiar, necessário se fez a reorganização da ordem de vocação hereditária para que o cônjuge ou companheiro sobrevivente concorresse com os filhos ou os pais do morto, para resguardar seu direito ao patrimônio quando, por exemplo, não tivesse filho com o falecido. Assim sendo, em consequência a nova estrutura familiar e em respeito à dignidade da pessoa humana resguardada pelo texto constitucional passou a usufruir dos mesmos direitos sucessórios dos descendentes e ascendentes.

Além disso, insta salientar que inexistindo parente sucessível ou, ainda havendo, este se recusar a receber a herança, esta será revertida ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou a União quando se tratar de Território Federal, conforme regula o art. 1.844 do CC/2002, abaixo transcrito:

Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

Diz-se que a herança é jacente quando uma pessoa falece e não deixa testamento indicando última vontade ou quando não há sucessores conhecidos. A herança jacente se transformará em vacante quando frustradas as diligências para localizar os herdeiros do morto. Ressalte-se que na jacência curador é indicado até que haja a habilitação de herdeiro ou até a sua devolução ao Poder Público, enquanto, a herança vacante é administrada pelo Ente Público. Ainda, vale destacar que a vacância poderá ser declarada de plano sem a necessidade de jacência quando todos os chamados a suceder renunciarem a herança. Assim dispõe o art. 1.823 do Código Civil vigente.

Vale dizer, contudo, que o patrimônio do falecido somente poderá ser entregue ao Poder Público depois do lapso temporal de cinco anos após aberta a sucessão e, ainda é essencial que tenha sido declarada a vacância do patrimônio do falecido por sentença, decorrido esse tempo, possível herdeiro somente poderá reclamar herança judicialmente. Nesse sentido, introduz o tema Colendo STJ:

O bem integrante de herança jacente só é devolvido ao Estado com a sentença de declaração da vacância. (STJ, Ac. Unân. 4ª T., REsp 253.719/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 26.9.00, DJU 27.11.00, p. 169.

Em resumo, a sucessão legítima decorre da lei em virtude do parentesco consanguíneo ou civil e, por consequência, todos os efeitos sucessórios sobre ela recaem.

3.4.2. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

O Direito Sucessório é dual e busca resguardar, concomitantemente, a individualidade pessoal e a proteção à família. A primeira refere-se à declaração volitiva do autor do patrimônio e expressa a sua última vontade, enquanto a segunda faz referência a sucessão legítima que protege o direito a herança dos herdeiros legítimos, como mencionado no tópico anterior, decorre da lei e impossibilita que o autor da herança possa dispor de todo o patrimônio quando houverem quaisquer das pessoas contempladas no art. 1.829 do CC/2002, obedecida a ordem de preferência.

A sucessão legítima é impositiva, assim, havendo herdeiros necessários a lei determina que seu quinhão deverá ser assegurado, o simples silêncio autoriza a transmissão de todo o patrimônio aos herdeiros, ao tempo que a testamentária é volitiva expressando o autor

do patrimônio a maneira como deseja dispor dos seus bens para depois de sua morte, necessariamente deve ser escrita e em obediência a legislação, em outros termos, é aquela que se dá por ato de última vontade, obedecendo à solenidade estabelecida na lei, seja por testamento: ato personalíssimo revogável a qualquer tempo, em parte ou sua totalidade, por vontade do testador; ou codicilo: destinado às disposições de pequena monta ou recomendações a serem cumpridas após o falecimento acerca do funeral.

O testamento não é usualmente utilizado pela população brasileira, visto que a morte é tratada com algo ruim e elaborar testamento seria atrair o óbito. Ainda, associa-se o testamento a disposição dos bens materiais, sob esse prisma a existência de patrimônio seria condição *sine qua non* para atestar, ignorando-se os atos de declaração de última vontade de natureza não patrimonial.

Considerando a condição de subdesenvolvimento do país é fácil perceber que boa parte da população não angaria bens ao longo da vida, assim, diante da ideia global de que o testamento consubstancia-se a aquisição de bens no decorrer da vida, a falta bens é suficiente para que não se deseje realizar testamento. Ademais, a sucessão legítima já beneficia os entes tidos como mais próximos do autor da herança, beneficiando, portanto, quem o transmissor da herança já desejaria contemplar, desestimulando assim a vontade de atestar.

Sobre o tema preceitua MADALENO:

“O testamento é um ato pessoal, unilateral, espontâneo e revogável, sendo disposição de derradeira vontade com que a pessoa determina o destino de seu patrimônio ou de parte dele para depois de sua morte, devendo o testamento atender as exigências formais para não ser posteriormente invalidado, sem chance alguma de ser repetido, porque só tem validade e pertinência depois do óbito do testador. O testamento abrange manifestações de cunho pessoal e familiar, cuidando o testador de reger o exato conteúdo de suas preocupações pessoais e econômicas, tratando de dispor no plano patrimonial e pessoal o endereçamento futuro de seus bens, para depois de seu falecimento, cercado-se com a partilha dirigida e se achar necessário, consignando aquilo que gostaria de ter dito em vida ou que mesmo tendo dito em vida, ainda assim gostaria de perpetuar na memória de seus herdeiros e legatários...”. (MADALENO, 2014, on-line)

No Direito Sucessório a autonomia privada é externada pelo testamento, no entanto, deverá respeitar a dignidade de terceira pessoa assegurada pela legítima, tal limitação se explica quando o testador possui sob suas expensas herdeiro incapaz, todavia o dever de suprimir suas necessidades deverá perdurar enquanto subsistir a incapacidade. Nelson Rosenvald e Cristiano Farias colocam que a obrigatoriedade da transmissão da legítima a herdeiro maior e capaz é intervenção ilegítima do Estado sobre o exercício da individualidade privada, sobre o tema dispõem:

“... se os herdeiros necessários são maiores e capazes, sem qualquer necessidade de suprimento material, não enxergamos legitimidade e justa motivação em limitar a liberdade de testamento. Isso porque o simples fato de ter um herdeiro necessário não nos parece suficiente para conduzir uma obrigação de transmissão de bens, sacrificando a autonomia privada e a liberdade de disposição patrimonial. Tal conduta, estabelecida pelos arts. 1.845 e 1.846 do Código Civil, se nos afigura uma *intervenção indevida do Estado em uma relação privada*”. (FARIAS E ROSENVALD, 2016, p. 369).

Nesse aspecto, o impedimento legal para dispor livremente do patrimônio, mesmo nas circunstâncias em que o herdeiro seja maior, capaz e possua víveres suficientes para sanar com suas necessidades básicas ou, ainda, nos casos em que o patrimônio do herdeiro supere o do autor do patrimônio, se contrapõe a proteção familiar, dessa forma, a coexistência de dois princípios antagônicos e concorrentes (liberdade de dispor do patrimônio – autonomia privada – e, proteção da família) o legislador optou por assegurar o bem-estar da família, embora os bens do *de cuius* tenham sido adquiridos por esforço próprio e seja ele o titular do patrimônio adquirido pessoalmente, impossível a norma prever especificidades pontuais *in casu*, portanto, a liberdade de atestar limita-se a proteção da família.

Vale frisar que para ter validade o testamento deverá obedecer à solenidade da legislação pátria para ter eficácia após a morte, Maria Helena Diniz assim o conceitua como “ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe, para depois da morte, no todo ou em parte, do seu patrimônio, mas também faz outras estipulações”.⁷ Pois bem, extrai-se do ensinamento que embora atestar seja entendido como ato de dispor do patrimônio, não se trata somente de última vontade para a distribuição patrimonial, mas também abrange outras declarações sem cunho econômico, tais como: reconhecimento de filho, constituição de fundação ou nomear tutor para os filhos incapazes, entre outras disposições estabelecidas no Código Civil, assim, o testamento é dividido em duas espécies, um de natureza patrimonial e outro com caráter não-patrimonial.

As declarações que não tenham natureza econômica não podem ser objeto de nulidade ou anulação, não caduca e no caso de reconhecimento de filho não admite revogação, isso se deve a informalidade para o testamento em que está ausente a disposição patrimonial, que deverá ser interpretado segundo a vontade e em obediência a liberdade individual do testador.

3.4.2.1. Características do Testamento

⁷ DINIZ, Maria Helena, cf. Curso de Direito Brasileiro, p. 175

Trata-se de um negócio jurídico personalíssimo, unilateral, gratuito, com eficácia para após a morte, revogável a qualquer tempo, obedecidas as formalidades legais.

Diz-se que é negócio jurídico *intuitu personae* porque somente o próprio titular da herança poderá dispor dela para após a sua morte, portanto, ele, e somente ele, pode livremente deliberar a destinação do seu patrimônio. Não se admite a feitura de testamento através de representante, mesmo que procurador se valha de instrumento público dispondo de poderes especiais. O art. 1.858 do Código Civil dispõe que o testamento é ato personalíssimo.

Ressalte-se ainda, a proibição de testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo, é o que disciplina o *codex* do art. 1.863 do CC/2002, portanto, é vedado que duas ou mais pessoas realizem um único testamento como ato de última vontade, por ser personalíssimo cada indivíduo deverá dispor de um testamento.

Aperfeiçoa-se através da única vontade do *de cuius*, sua manifestação é suficiente para que se produzam todos os efeitos do testamento. É gratuito, ao testador não incorrem quaisquer vantagens e sobre o sucessor beneficiado que recaem todos os benefícios indicados no testamento. Somente surgem seus efeitos após o falecimento do testador, assim, sua eficácia jurídica somente surgirá após o óbito do autor da herança. Revogável por excelência, como bem determina o art. 1.858 da Lei Civil, “podendo ser mudado a qualquer tempo”, conseqüentemente qualquer cláusula testamentária derogatória que retire do testador o direito à revogação é nula. E, por fim é negócio jurídico formal devido às exigências e formalidades estabelecidas na norma que impõe obediência, sob pena de nulidade.

Contudo, sobressalente jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça vem admitindo certa moderação quanto aos requisitos formais do testamento, possibilitando a manifestação de vontade do testador, a burocracia formal da lei não coaduna com os tempos atuais de desburocratização. Nesse sentido:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. TESTAMENTO PARTICULAR. ASSINADO POR QUATRO TESTEMUNHAS E CONFIRMADO EM AUDIÊNCIA POR TRÊS DELAS. VALIDADE DO ATO. INTERPRETAÇÃO CONSENTÂNEA COM A DOUTRINA E COM O NOVO CÓDIGO CIVIL, ARTIGO 1.876, §§ 1º e 2º. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. Testamento particular. Artigo 1.645, II do CPC. Interpretação: Ainda que seja imprescindível o cumprimento das formalidades legais a fim de preservar a segurança, a veracidade e legitimidade do ato praticado, deve se interpretar o texto legal com vistas à finalidade por ele colimada. Na hipótese vertente, o testamento particular foi digitado e assinado por quatro testemunhas, das quais três confirmaram em audiência de instrução e julgamento. Não há, pois, motivo para tê-lo por inválido. 2. Interpretação consentânea com a doutrina e com o novo código civil, artigo 1.876, §§ 1º e 2º. A leitura dos preceitos insertos nos artigos 1.133 do CPC e 1.648 CC/1916 deve conduzir à uma exegese mais flexível do artigo 1.645 do CC/1916, confirmada inclusive, pelo Novo Código Civil cujo artigo 1.876, §§ 1º e 2º, dispõe: “o testamento, ato de disposição de última vontade, não pode ser invalidado sob

alegativa de preterição de formalidade essencial, pois não pairam dúvidas que o documento foi firmado pela testadora de forma consciente e no uso pleno de sua capacidade mental”. Precedentes deste STJ. 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – Resp: 701917 SP 2004/0160909-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 02/02/2010, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/03/2010)

Do julgado extrai-se a busca pela preservação da declaração volitiva do testador, assegurando-se a almejada declaração de última vontade descrita no testamento.

3.5. TESTAMENTO GENÉTICO

Como dito alhures o avanço da biotecnologia possibilitou o armazenamento de material genético, viabilizando assim, outras formas de procriação em extensão a reprodução natural. A reprodução assistida, técnica artificial, é um processo evolutivo da medicina que corroborou com o desejo de homens e mulheres inférteis ou estéreis a realizar o pretenso anseio a paternidade ou maternidade.

O desenvolvimento da sociedade aliado aos constantes progressos na área médico-tecnológica obriga que as Ciências Jurídicas acompanhem as novas realidades sociais, uma vez que, o instrumento jurídico deve corresponder às novas ascensões sociais, e não o contrário. Logo, a viabilidade da reprodução humana por intermédio de técnicas artificiais é plenamente possível e o armazenamento de material genético para ser utilizado através dessas técnicas, em alguns casos, faz-se necessário para a realização do procedimento e, ainda, eventualmente pode este material genético ser utilizado após a morte do proprietário da carga genética. A Lei Civil no seu art. 1.597, incisos III e IV, ampara a utilização de métodos artificiais, o inciso VIII da Resolução n. 2.168/2017 do CFM, também dispõem acerca das técnicas de reprodução assistida e delibera sobre a reprodução assistida *post mortem*.

Diante da possibilidade da procriação advinda da reprodução humana artificial, inclusive após a morte do genitor, das controvérsias geradas a respeito da filiação e, ainda, em virtude das divergências no tocante aos direitos sucessórios do filho concebido após o óbito do genitor, surge à figura do testamento genético, com fito de orientar o direito a filiação e a sucessão do descendente gerado por reprodução artificial póstuma, que será abordado mais detalhadamente nos tópicos que se seguem.

3.5.1. TESTAMENTO GENÉTICO – PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO NOVO INSTRUMENTO JURÍDICO

Trata de um instrumento jurídico através do qual o testador como manifestação de última vontade, deixa em testamento a destinação do seu material genético para após a sua morte, surge como opção para dirimir as contradições, sobretudo, acerca dos direitos sucessórios do filho gerado após a morte do genitor, vez que doutrina majoritária reconhece o direito à filiação da prole gerada por reprodução assistida homóloga *post mortem*, no entanto, diverge acerca dos direitos sucessórios. Sobre o tema discorre ALVES:

É o denominado “testamento genético”, quando os futuros pai ou mãe, doadores de sêmens ou óvulos, deixam instruções inscritas no sentido de o material genético congelado ser utilizado para a concepção e nascimento de seus filhos, após suas mortes, com escolha pessoal de quem os utilize. Escolha feita pelo próprio testador ou pessoa por ele indicada. Em resumo: o material genético passa a se constituir um bem de inventário, destinando-se servir à procriação do(a) falecido(a). (ALVES, 2014, on-line).

Sob esse prisma, verifica-se que a finalidade do testamento genético é a destinação da carga genética do testador para depois de sua morte, além disso, o *de cuius* poderá dispor também, em testamento, parte do seu patrimônio para o herdeiro que nascerá após o seu falecimento, como forma de resguardar o melhor interesse da criança e ainda em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo-lhe assim, o direito à herança, vez que o ordenamento jurídico brasileiro, até o momento, não disciplina acerca do assunto.

A primeira demanda judicial que se tem notícia a respeito do testamento genético desenrolou-se em Israel até que no ano de 2011, a Justiça Israelense abriu precedente inédito ao mundo, a concepção a partir de óvulos ou sêmen criopreservados deixados em testamento para a procriação após o falecimento do proprietário da carga genética. *In casu* o falecido havia morrido aos 25 anos em decorrência de um câncer, porém, deixou instruções aos pais para a utilização do seu material genético, dispôs como ato de última vontade, que seus pais escolhessem a mulher que receberia o seu material genético para lhes dar um neto. A ideia é polêmica, todavia, já há mais 13 testamentos aprovados pelas Cortes Israelenses.

Acerca desse novo e controverso instrumento jurídico, discorre ALVES:

O precedente judicial israelense (2011) admitindo que a liberação de material genético, guardado em bancos de criopreservação, pudesse ser definida por vontade de seu titular, através dos “testamentos genéticos”, ensejou novas demandas judiciais. As cortes de Israel aprovaram, em seguida, a execução de outros treze testamentos (ALVES, 2014).

É de clareza solar que o armazenamento de material genético em clínicas especializadas é uma realidade, de certo também que o possuidor da carga genética possa dispor dela sob sua livre vontade, desde que não viole as normas em vigor, pois bem, a

Resolução 2.168/2017 do CFM, possibilita a utilização do material genético armazenado após a morte do seu proprietário, desde que, esteja expressa a sua vontade e esta não seja contrária a legislação, o inciso V, 3 e 4 da citada Resolução dispõe relativamente sobre o destino dos embriões em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um ou ambos os doadores, devendo estes inclusive disciplinar se desejam doá-los, descartá-los ou utilizá-los em pesquisas com células-tronco, isto é, conforme a dita Resolução as decisões volitivas que envolver o material genético deverá partir do doador e em consonância com a norma.

Ressalte-se que a legislação brasileira não acompanhou este salto tecnológico que envolve a criopreservação genética, pouco há no ordenamento jurídico sobre o tema, a Resolução do Conselho Federal de Medicina é a que mais se aproxima a realidade dos que buscam pelos procedimentos de reprodução humana artificial.

O testamento genético, em síntese, trata-se de instrumento jurídico instituído para que o possuidor de material genético armazenado, óvulo ou sêmen, manifeste a sua vontade em ter ou não um filho, acerca do descarte, doação ou implantação da carga genética em outrem para a reprodução, sendo deste, e somente este o responsável pelo destino do material genético armazenado, o testamento genético além da disposição da carga genética, também pode deliberar sobre o patrimônio econômico do *de cujos* que deseje gerar filho após sua morte, deixando para ele parte de seus bens.

Portanto, o testamento genético cuida da destinação do material genético, pelo seu proprietário, para após o falecimento deste, segundo a sua vontade.

3.5.2. BIODIREITO COMO FERRAMENTA AO TESTAMENTO GENÉTICO

A reprodução assistida artificial *post mortem* é norteada pelo art. 1.597, incisos III e IV do Código Civil que orienta o Direito das Famílias, entretanto, muito ainda se discute quanto ao Direito Sucessório do filho concebido após a morte do genitor. Insta salientar que o testamento genético viabilizaria maior segurança jurídica, tanto ao testador que teria sua vontade respeitada de gerar filho após o seu óbito e a disposição de bens a este, quanto ao filho concebido que estaria amparado pelo desejo do genitor à filiação e, ainda, a sucessão na constância de bens.

Como dito alhures, Biodireito é o ramo do direito que procura regular a consecução de novas tecnologias com incurso nas áreas médicas que abrangem a área jurídica, haja vista que a sociedade transmuta-se em grande velocidade, adquirindo novas características, principalmente no tocante ao Direito de Família e, por consequência, as normas jurídicas não

alcançam a velocidade de tais mudanças, assim sendo, o Biodireito surge como alternativa para solucionar a divergência entre as normas vigentes e a evolução social.

Intrinsecamente ligado ao Biodireito está a Bioética, com excelência conceitual MONTALBANO *apud* CUNHA e FERREIRA:

O conceito atual de Bioética deve ser interpretado como o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais. A Bioética seria, assim, o encontro da ética com as ciências biomédicas, estruturando os códigos de conduta dos profissionais da saúde.

A relação da Bioética com o Direito, mais especificamente com o Biodireito, surge da necessidade do jurista obter instrumentos eficientes para propor soluções para os problemas que a sociedade tecnológica cria, em especial no atual estágio de desenvolvimento (MONTALBANO, 2012, p. 7 *apud* CUNHA; FERREIRA, 2008).

A conduta humana, portanto, constitui o princípio básico norteador das ciências médicas, sendo a ética a responsável pela conduta do profissional de medicina, assim sendo, a Bioética ocupa-se em disciplinar a moralidade e honradez desse profissional no exercício de sua função. O progresso biotecnológico que alcançou a reprodução humana trouxe grande impacto ético-moral, o Biodireito advém então dessa extraordinária mudança social que permitiu a manipulação artificial para a procriação humana e, pauta-se, na Bioética para solucionar possíveis conflitos advindos desse avanço tecnológico, sendo ele o responsável pelo ajustamento entre os limites que norteiam os procedimentos médicos às normas vigentes.

O testamento genético é um instrumento jurídico recente, no Brasil ainda não se tem notícia da viabilidade deste instrumento, a reprodução *post mortem* encontra solução mais orientada pela Bioética e o Biodireito do que propriamente a legislação, vez que esta possui diversas lacunas. Logo, o testamento genético encontra amparo no Biodireito para regulamentar a disposição do material genético armazenado para após o óbito do seu proprietário. Deste modo, surge como um instrumento apto a solucionar, com maior facilidade, a incidência automática dos direitos à filiação e, quando houver, sucessória, do futuro filho, ademais, as clínicas de reprodução humana artificial munida de tal instrumento não teriam maiores dificuldades em autorizar a fecundação após a morte do possuidor da carga genética, evitando-se assim, possíveis batalhas jurídicas que despendem gastos.

O testamento genético, assim como o testamento comum vigente deve obedecer a norma em vigor, com diferença peculiar de que no testamento genético à vontade do testador, neste caso, proprietário da carga genética, também deve obedecer o princípio da liberdade individual, deve ainda respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana da criança que está por vir, aos princípios do melhor interesse da criança, igualdade entre os filhos e, ainda a

segurança jurídica, vez que todos esses princípios possuem uma ligação intrínseca e harmoniosa, quando se fala em testamento genético o que se almeja é proteger o direito da prole a ter reconhecida a sua filiação, bem como seu direito a herdar.

Os princípios acima citados tornam-se conflituosos quando ausente a manifestação expressa do proprietário do material genético, principalmente no tocante a segurança jurídica, vez que os possíveis herdeiros do *de cuius* ou terceiros interessados, quando aberta a sucessão, poderiam perder parte da legítima para o filho que não foi concebido durante a vida do autor da herança, diverso do que aconteceria no testamento genético, pois, este seria o responsável por disciplinar o desejo último do falecido em procriar, resguardando-lhe o direito de dispor de parte de seus bens para a prole.

A reprodução *post mortem* é constantemente refutada ao argumento de que o melhor interesse da criança é desrespeitado ao permitir que ela nasça sem a oportunidade de conhecer o genitor, todavia, como já discutido no Capítulo 2, a evolução da sociedade trouxe a família uma nova configuração em seu conceito, logo, a constituição familiar formada pelo filho e somente por um dos genitores (monoparentais) é largamente aceita pela sociedade contemporânea e merece amparo constitucional tais quais as famílias tradicionais, o filho que nascer após a morte do genitor deverá ter o mesmo tratamento do gerado durante a vida daquele, portanto, a nova moldura do conceito de família é forte indicativo para a aceitação da reprodução após a morte, vez que a monoparentalidade é realidade constante da sociedade contemporânea.

Posto isso, o testamento genético fundado no Biodireito, apresenta-se como alternativa para dirimir com maior facilidade, os conflitos gerados no Direito das Famílias e Sucessões a partir da reprodução assistida artificial *post mortem*, amparando, inclusive financeiramente, o filho concebido nessas condições e contrapondo-se aos que são contrários, isso porque tal menção volitiva expressa no testamento genético, acobertaria, por razões lógicas, o desejo do testador em perpetuar, mesmo que já tenha falecido e a vontade de procriar entrelaça-se a disposição do patrimônio do genitor, ora se deseja ter filho, mesmo que falecido, também desejaria ampará-lo financeiramente, assim como ocorre com os pais que procriam em vida e devem prover o sustento da prole.

Portanto, o testamento genético surge como instrumento hábil para resguardar o filho nascido por reprodução artificial póstuma, quanto aos seus direitos filiatórios e sucessórios.

CAPÍTULO 4

DIREITO A SUCEDER DO CONCEBIDO *POST MORTEM*

De clareza solar que a evolução biotecnológica permitiu a concepção à vida por meios artificiais, a criopreservação de material genético proporcionou que homens e mulheres, seja por motivo de saúde ou por mera liberalidade, pudessem armazenar seu material genético para utilizá-lo oportunamente.

A reprodução assistida *post mortem* foi discutida pela primeira vez a pouco mais de trinta anos na França, o Tribunal de Creteil no ano de 1984 prolatou sentença no caso Parpalaix, que condenou o Centro de Estudo e Conservação do Esperma (C.E.C.O.S) a entregar o sêmen conservado por Alain Parpalaix para a sua viúva.

Várias são as problemáticas levantadas sobre o assunto, dentre as questões suscitadas está à titularidade do material genético armazenado após a morte do titular originário.

Discorrerá este Capítulo sobre o Direito Sucessório do filho que foi concebido por método artificial depois do falecimento do genitor.

4.1. CONTEXTUALIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Previamente explicitado, as discussões acerca do tema duram pouco mais três décadas, o pleito judicial conhecido como Parpalaix com sentença procedente a viúva Corine principiou o debate.

Os jovens franceses Alain Parpalaix e Corine iniciaram relacionamento amoroso, e após algumas semanas de namoro Alain Parpalaix descobriu estar acometido por um câncer nos testículos e que deveria se submeter a tratamento quimioterápico, sendo-lhe advertido que iria se tornar infértil após o tratamento, como desejava ter filho, procurou um banco de sêmen e deixou armazenado seu material genético para utilização posterior. O casal decidiu se casar, mas após dois dias da realização da cerimônia o rapaz veio a falecer. Passado algum tempo, a viúva procurou o banco de sêmen para a realização da inseminação artificial, o que lhe fora negado devido à falta de previsão legal, o banco de sêmen alegou não poder entregar o material devido à falta de pacto de entrega, uma vez que material de pessoa morta não é comerciável e não existia lei na França que autorizasse a inseminação após a morte. A partir da negativa a viúva buscou o Judiciário travando uma verdadeira guerra jurídica.

Ao final do processo, a concessão do sêmen armazenado pelo Tribunal a viúva, trouxe reflexos a reprodução *post mortem*, todavia, na oportunidade o E. Tribunal não se manifestou quanto à filiação ou mesmo sucessão, mas na relação contratual em que se fundava o contrato de depósito de material genético. No caso em comento restaram frustradas as tentativas de reprodução assistida, por conseguinte, não despertou maiores debates.

No Brasil caso semelhante aconteceu no Paraná em 2010, a viúva Katia Adriana Knerneier ajuizou ação em desfavor de Androlab Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia local onde estava armazenado o material genético do marido para realizar a inseminação póstuma, no entanto, a clínica recusou a realizar o procedimento devido à ausência de autorização expressa do falecido, em dissonância, à época, a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina que tratava da ética para a utilização de técnicas de reprodução assistida, exigia que fosse expressamente especificada à destinação do material coletado, *in casu*, sêmen. A negativa do procedimento alcançou as vias judiciais, pois desejava a viúva realizar procedimento de reprodução artificial com o sêmen do marido falecido e, para tanto, ingressou com a demanda.

A viúva ingressou com ação no ano de 2010, alegando que havia casado com o falecido em dezembro/2004 e que não tinham tido filhos, afirmou que após determinado tempo resolveram ter um filho e procuraram ajuda médica para descobrir a razão de não engravidar, após tentativa frustrada e aborto espontâneo optaram por realizar inseminação artificial, momento em que descobriram que seu marido estava acometido por um melanoma e que foram orientados a guardar em um banco de sêmen os espermatozoides para uma inseminação futura, já que com o tratamento o marido poderia ficar infértil.

Após algum tempo, o câncer do marido regrediu momento em que o casal retomou o tratamento de fertilização, porém, houve o regresso da doença e, apesar da insistência do marido em continuar com o tratamento decidiu aguardar o novo tratamento para somente após prosseguir no tratamento para engravidar, contudo, com o agravamento da doença veio o marido falecer. O juízo da 13ª Vara Cível da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba deferiu liminarmente o pedido da viúva, tendo entendido que o marido havia manifestado, em vida, a vontade de ser pai. Assim, a viúva deu continuidade à inseminação e obteve sucesso tendo ficado grávida.

Ressalte-se que no referido caso, também não foram discutidos os direitos à filiação ou sucessórios da criança, mas a autorização para realização do procedimento de inseminação com o material genético do falecido, armazenado no laboratório requerido, em virtude da

ausência de manifestação expressa do marido quanto à destinação do material genético sob a guarda do laboratório no caso de seu falecimento.

A legislação pátria, em verdade, não regula expressamente a inseminação *post mortem*, o artigo 1.597, inciso III, do Código Civil admite a presunção da paternidade quando o filho for concebido por inseminação artificial, mesmo que após a morte do genitor, essa foi uma grande vitória para o Direito de Família. No entanto, como já mencionado no primeiro capítulo, a inseminação artificial é apenas um dos métodos utilizados na reprodução assistida e, em todo caso abrange somente a presunção de paternidade, e conforme explanado Resolução do CFM autoriza, inclusive, a barriga solidária, não abrangendo as demais técnicas de reprodução assistida e excluindo a mulher, visto que, expresse a presunção a paternidade.

Ainda, não há a norma que faça menção à sucessão do filho nascido por reprodução póstuma. A doutrina diverge acerca do tema, há os que defendem a possibilidade de haver direitos sucessórios, os que entendem não haver direitos sucessórios e ainda os que condicionam determinadas especificações para que haja garantia aos direitos sucessórios.

Os defensores de que deve haver a sucessão aos concebidos após a morte de seu genitor, sustentam que o princípio da dignidade da pessoa humana e igualdade entre os filhos devem prevalecer em relação ao princípio da segurança jurídica dos demais herdeiros, os que não admitem essa possibilidade fundam-se na ideia de que não estariam legitimados a suceder devido ao princípio *saisine* (transmissão da herança imediata e automaticamente aos herdeiros após a morte do autor da herança) argumentando que o artigo 1.788 do Código Civil estabelece que estão legitimados a suceder os nascidos ou concebidos até a abertura da sucessão, ou seja, quem não está sob essas condições não poderá ser considerado herdeiro, logo, não poderia o filho concebido por inseminação *post mortem* ser herdeiro.

Ambos os casos, citados, embasaram-se no contrato de armazenamento do material genético e restringiram-se a análise das cláusulas contratuais, deste modo é salutar a criação de legislação que contemple a utilização do material genético após a morte de seu titular, o uso e o fim do material genético guardado em laboratório. A Resolução 2.168/2017 do CFM, inciso V-3, trata da manifestação de vontade escrita quanto ao destino dos embriões criopreservados para o caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um ou ambos os pacientes, ou se o desejarem doar, porém, não há menção quanto ao depósito somente do gameta masculino ou feminino.

A retirada do material genético do corpo, para a disposição deste em bancos de sêmen aperfeiçoa-se por contrato, assim, o gameta torna-se um bem juridicamente protegido, Juliane Fernandes Queiroz (2005, p. 294) assim explica: “O ato de retirado do material

genético – separando-o do corpo – e seu depósito no banco de sêmen, por meio da criopreservação, desperta um interesse, ou melhor, um bem juridicamente protegido”.⁸ O material genético coletado poderá ser utilizado ou inutilizado pelo seu proprietário enquanto este tiver vida, a título gratuito, conforme dispõe o art. 199, § 4º da Constituição e art. 14 da Lei Civil. Visto que mesmo dissociado do corpo, como parte deste, integra a personalidade do indivíduo que permitiu o armazenamento, e somente deixaria de ser extensão do indivíduo se esse o ofertasse em doação, também gratuita, neste caso, abdicaria de seu direito de personalidade ao momento da doação.

A morte do proprietário do material genético sem manifestação expressa e a ausência de dispositivo legal que verse sobre o assunto, resultam em diversos questionamentos, dentre os quais: a quem pertencerá o material genético coletado após o falecimento do titular? Possui a criança nascida por reprodução assistida *post mortem* direito a filiação? Ou ainda, a criança nascida artificialmente após o falecimento do genitor terá direito a herança? Há prescrição para pleitear direito a herança, haja vista ao tempo da concepção já está aberta a sucessão? Caso não tenha direito a suceder, caberia a ela alguma forma de reparação pelos danos sofridos pela sua exclusão ao direito sucessório? Essas são algumas das problemáticas que envolvem o tema e para o qual não há norma que discipline o assunto. Os próximos títulos deste Capítulo cuidarão da análise dos questionamentos mais aprofundadamente.

4.2. DIREITO A PROPRIEDADE DO MATERIAL GENÉTICO ARMAZENADO APÓS A MORTE DO SEU TITULAR

É fato que a reprodução artificial homóloga póstuma é tema polêmico no cenário mundial e brasileiro, visto que a legislação não caminhou juntamente com as mudanças sociais, de certo que a criança que nasce nestas circunstâncias carrega a carga genética do genitor, assim, do ponto de vista biológico não haveria problemas para a comprovação de que a criança é filha do falecido, o que causa a problemática acerca do assunto é a forma como ela fora concebida (artificial) e quais seriam os direitos inerentes a essa filiação.

Se de um lado a Lei Civil veda no art. 13 a “disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes” por outro a autoriza com objetivo científico, ou altruístico, desde que gratuita, no todo ou em parte, para depois da morte, ato que pode ser revogado a qualquer tempo, assim preceitua o

⁸ QUEIROZ, Juliane Fernandes; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coor.); NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005. cap. 11. p. 294.

art. 13 do mesmo diploma legal. Portanto, a legislação prevê que poderá o morto por autorização expressa ou de seus familiares dispor de parte ou totalidade do seu corpo.

Merece guarida jurisdicional, devido sua relevância, a criopreservação de óvulo, espermatozóide ou embrião, por certo que a destinação do material genético considerado extensão do corpo é imputada ao seu titular, conquanto esteja vivo, todavia, a celeuma advém quando de sua morte, dado que pode sobrevir interesse a ser tutelado para dar continuidade a existência do titular. Muito embora a personalidade emane com o nascimento e extinga com a morte, é sabido que dada a significância do bem tutelado esta poderá dar-se antes do nascimento, salvaguardando o nascituro ou, após a morte, como por exemplo, para a proteção da honra ou dignidade do morto. Nesse liame, essencial a proteção ao material genético criogenizado.

O material genético conservado em laboratório trata-se, pois, de extensão do direito de personalidade e, por tal, irrenunciável, podendo ser disponível através da manifestação de vontade expressa do titular, porém, na ausência de manifestação expressa, poder-se-ia convocar seus sucessores para autorizar a disposição do material guardado. Os bancos de criopreservação de material genético não podem dispor do material depositado por falta de subjetividade, somente o toca a guarda e manutenção do material, a propriedade é de quem contratou o armazenamento do material genético. Assim sendo, no silêncio do titular o destino do material genético deverá ser decidido pelos pais e/ou cônjuge ou companheiro ou filhos que são as pessoas legitimadas pelo Direito a autorizar a utilização, descarte ou doação do material genético.

Tempos atrás óvulo ou espermatozoide não tinham qualquer valor social relevante, em razão de somente serem aproveitados para a reprodução natural, a evolução tecnológica associada ao advento das técnicas de reprodução artificial determinaram nova acepção a reprodução humana, a consolidação da preservação de material genético em laboratório, possibilitou que homens e mulheres que não conseguiam procriar naturalmente sonhassem com a prole com utilizando-se métodos artificiais, desta feita premente redimensionar as normas jurídicas para legitimar as novas práticas, viabilizar a procriação e delimitar o uso indiscriminado do material genético.

Assim, a concordância entre os familiares finda o destino do material genético criogenizado, entretanto, no caso de divergência entre os familiares, o Direito poderá ser avocado para dispor a quem toca a titularidade para permitir o destino do material genético armazenado. Não se pode olvidar que no Código Civil Brasileiro o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes e ascendentes na ordem da vocação hereditária, assim, falecido

o indivíduo e este havendo preservado material genético, o material tornar-se-ia co-propriedade de difícil dissolução havendo discordância entre os familiares, no entanto, pela Resolução 2.168/2017 do CFM três seriam as possibilidades: doação, descarte ou reprodução assistida artificial no cônjuge sobrevivente ou a escolha de pessoa pelos familiares para receber o gameta masculino ou feminino. Devendo-se ainda considerar que o cônjuge sobrevivente é quem detinha com o falecido projeto familiar.

Salienta-se que a procriação envolve a vontade de duas pessoas, quando se tratar de cônjuge não parece crível impedir a utilização do material genético armazenado pelo sobrevivente em contraposição ao descarte ou doação do embrião. Em se tratando de embrião criopreservado ainda mais contundente prosseguir com a fertilização em favor do sobrevivente quando o projeto parental advinha de ambos, tanto que já havia embrião apto a ser utilizado pelo casal.

Ressalte-se que a criopreservação de material genético, não necessariamente envolve o interesse de duas pessoas para a procriação, mas o desejo do homem ou mulher em armazenar o material genético para utilização posterior e em momento oportuno, dissociado da vontade imediata em reproduzir.

As regras jurídicas devem adequar-se aos novos fenômenos culturais, dado as constantes mudanças sociais, valores e princípios anteriormente elucidados, tornaram-se conservadores quando a reprodução humana ganhou forma artificial, e não necessariamente precisa de um homem e uma mulher para constituir uma família, a reprodução artificial permite a reprodução independente, ante a instituição da família monoparental (formada somente pelo pai ou a mãe e a prole) habitualmente aceita pela sociedade, o casal homoafetivo também pode recorrer à reprodução artificial, haja vista que a Constituição reconheceu a união homoafetiva como instituição familiar, mais obsoleta ainda a norma quando se refere à reprodução artificial *post mortem*, visto que, embora o Caderno Civil resguarde a filiação da criança que nasça por inseminação artificial após o falecimento do genitor, silencia quanto aos Direitos Patrimoniais que sobrevém com a criança.

Pois bem, a solução para as questões levantadas somente virá quando a sociedade definir qual valor será mais relevante, o direito individual a maternidade ou paternidade, mesmo nas ocasiões em que o material genético esteja separado do corpo e o seu titular já tenha falecido, ou seja, a principal função do material genético criogenizado é a preservação. Portanto, sob essas perspectivas o fator mais relevante é a procriação, advinda do desejo do genitor em procriar, uma vez que armazena seu material genético para a imediata tentativa em reproduzir ou para posterior reprodução.

Conquanto, o valor convencionado seja a proteção da criança que poderá nascer já órfã de um de seus genitores, nesse afã rechaça-se, de pronto, a reprodução após a morte do titular do material genético guardado. Entretanto, neste cenário contemporâneo, renovado, afeto a proteção à pessoa humana, gera efeitos *sui generis* para a reconstrução de novas diretivas ao Direito Civil.

Portanto, o juízo de valor adotado, para chegar ao denominador comum (utilização, descarte ou reprodução artificial) do material genético armazenado, quando falecido o titular ou mesmo quando este não possa exprimir sua vontade (incapacidade), somente poderá ser definido depois de positivado a quem toca o direito de substituir o titular.

Ante a falta de legislação afeta ao assunto, o magistrado caso a caso deverá analisar qual o valor social mais relevante, o desejo em procriar do cônjuge sobrevivente, dos pais que perderam o filho e tem a oportunidade de ter um neto mesmo diante do falecimento do filho, dos próprios filhos que desejam ter mais um irmão ou, se mais significativo a orfandade da criança que nascerá sem um de seu genitor, todas essas assertivas somente poderão ser solucionadas através do exame da tutela pleiteada em cada caso.

Insta sobrelevar que a família há muito deixou de ser formada unicamente pela união entre homem e mulher, a Constituição não tem conceito pré-determinado de família, ao contrário importa-se com a dignidade da pessoa humana, o mútuo respeito entre os indivíduos que integram a família, enfim, a cooperação entre os membros que estão associados. Ainda, assegura o texto Constitucional o projeto de parentalidade que compreende o direito de originar um descendente, assim, quem guarda material genético em bancos de sêmen sem que anuncie vontade de doar anonimamente, no mínimo almeja originar descendente que carregue seu patrimônio genético.

Desta feita, a entidade familiar deve ser constituída de forma a proporcionar a satisfação do indivíduo em seu projeto parental, não sendo crível que o legislador estabeleça qual a melhor e mais adequada, dentre as múltiplas opções apresentadas hodiernamente. É o que dispõe o art. 226, §7º da CF/88:

Art. 226

[...]

§ 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.

Frise-se que a inexistência de norma não impede que um filho seja concebido após a morte do genitor, para tanto, quem pleiteia a reprodução póstuma deverá comprovar

condições materiais e psicológicas necessárias para constituir família, sem que afete a dignidade da pessoa humana do novo ser que está por vir.

Incontestemente, portanto, que a orfandade da criança, pouco ou quase nada importa, quando o indivíduo manifesta vontade de procriar – armazenamento do material genético – e outro ente da família deseja levar adiante o projeto parental. Assim, por todo o exposto, o material genético armazenado pertence ao familiar do falecido e cabe a família decidir qual o destino deste material, obedecendo ao projeto parental e a dignidade da pessoa humana em consonância com a Constituição Federal.

4.3. DIREITO QUE TOCA AOS QUE NASCERAM A PARTIR DE REPRODUÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

Conforme reportado nos capítulos anteriores, o indivíduo que vier a nascer por reprodução artificial após o falecimento do genitor, integrará a família a ele pertencente, visto que, os filhos são a perpetuação dos pais.

A Constituição assegura a igualdade entre os filhos, logo, a via pela qual nasceu (natural ou artificial) e o tempo em quem foi concebido (genitor vivo ou falecido) não são argumentos para afastar o princípio da igualdade entre os filhos. Não há diferença entre o indivíduo que nasça por reprodução artificial ou natural, assim, também não há motivação para que os nascidos após a morte do genitor sejam tratados de forma diferente do nascido em quanto os pais eram vivos.

O texto Constitucional, art. 227, §6º, veda a discriminação à filiação, demonstrando que o direito do filho decorre do simples fato da filiação, e não da circunstância em que ela se deu, “havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações”, assim, verifica-se que o desejo da *Lex Mater* é resguardar o estado de filho independentemente da natureza do relacionamento entre os pais, portanto, dar tratamento diferente ao filho concebido após o falecimento do genitor é descaracterizar o preceito de filiação que a Lei Maior visa resguardar.

O Código Civil possui um único dispositivo que guarda a reprodução artificial, art. 1.597, que em suma, assegura a paternidade, quando o filho vier por inseminação artificial, mesmo que falecido o marido, entretanto, a área médica evoluiu de tal forma que até mãe pode ser substituída quando falecida, através da gestação de substituição.

Isto posto, o nascido por reprodução artificial, mesmo que concebido após o falecimento do genitor, deverá ser considerado filho, tendo em vista que a Constituição Federal já colocou os filhos em igualdade de condições e vedou a discriminação entre eles,

não podendo os nascidos por vias naturais serem privilegiados em detrimento dos nascidos artificialmente, quando a medicina proporciona a vinda de novo ser, mesmo que ausente os pais.

De certo que a Constituição que garante ao filho concebido por reprodução assistida após a morte do genitor os direitos inerentes ao estado de filho, também deveria assegurar o Direito a Sucessão, contudo, a doutrina diverge acerca do tema, posto que, a Lei Civil estabelece no art. 1.798 que estão legitimados a suceder os nascidos ou concebidos ao momento da abertura da sucessão, porém, a reprodução artificial proporciona o nascimento do filho de genitor já falecido, assim, os dispositivos legais chocam-se e nascem às divergências doutrinárias, o próximo tópico é destinado a análise das correntes doutrinárias divergentes.

4.3.1. DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

A evolução social aliada à tecnológica permitiu que a procriação humana se desse artificialmente, contudo, quando se fala em reprodução assistida póstuma o assunto torna-se polêmico, a legislação pátria pouco retrata sobre o tema, garante o direito a filiação, porém, silencia quanto ao direito sucessório do filho que é concebido após o óbito do genitor. Divide-se a doutrina basicamente em três correntes: excludente, relativamente excludente e inclusiva que serão abordadas ao longo deste título.

Versa a corrente excludente que o concebido após a morte de um de seus pais não teria direito algum, tanto no âmbito do Direito de Família quanto no Sucessório, para essa corrente o concebido após a morte de seu genitor não deve ser considerado nem ao menos filho, que, por consequência também não faria jus a herança. Seus adeptos entendem que a morte revogaria todos os direitos ao nascido *post mortem*, e em assim sendo, esse filho seria apenas filho e herdeiro do cônjuge sobrevivente, não possuindo nenhuma correlação com o genitor falecido.

Para os excludentes, se o genitor sobrevivente escolheu procriar com alguém que já faleceu deverá ele sozinho arcar com todas as despesas da criança, devendo lhe prover o sustento, sem qualquer ônus ao genitor falecido, isto é, a criança não terá direito ao patronímico do falecido, alimentos ou sucessão, a criança não poderá ser considerada órfã, porque não seria filha do falecido, vez que a morte revoga o direito do concebido por reprodução artificial póstuma.

Compartilha de tal entendimento Carlos Alberto Bittar (1993, p. 278) quando menciona: “(...) que tal prática viola a sequência natural das coisas, que ao invés de trazer

soluções, cria incontáveis efeitos negativos, em especial para a prole, e articula que o exercício dos direitos, por qualquer pessoa termina com a morte”.⁹

Também entende da mesma forma Jesualdo Eduardo Almeida Júnior (2003, on-line): “Pelo fato do embrião ter sido fecundado *post mortem*, o mesmo não terá direito sucessório algum, pois que, à época da abertura da sucessão, não era pessoa nascida e, muito menos, concebida”.¹⁰

A corrente excludente baseia-se no que estabelece o artigo 6º do Código Civil, logo o término dos direitos da vida civil acaba com a morte, conforme estabelece o supradito artigo:

Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

Portanto, para essa corrente não há que se falar em aquisição de direitos após a morte do ascendente, se o descendente ainda não era nascido, nem tão pouco havia sido gerado, provocando assim, a ruptura do princípio da coexistência entre o autor da herança e o herdeiro, assim, preceitua a impossibilidade de reconhecimento da filiação e, ainda, a sucessão em que sejam adotados quaisquer métodos de reprodução artificial *post mortem*.

A corrente relativamente excludente trata da parcialidade quanto aos direitos da criança nascida através de reprodução artificial *post mortem*, para os adeptos a essa corrente é possível que a pessoa gerada em tais circunstâncias seja reconhecida pelo Direito de Família como filho do morto, vez que por simples análise biológica de exame de DNA poderá ser comprovada a sua filiação, segundo as normas estabelecidas pelo Código Civil, em seu artigo 1.597, incisos III e IV.

Percebe-se que a corrente relativamente excludente assegura-se no artigo supracitado, através do qual o legislador admite o reconhecimento do filho nascido através do método em questão (inseminação artificial) e, portanto, quanto a isso não haveria o que se discutir, haja vista que o filho carrega a carga genética do genitor que facilmente poderia ser confirmado através de exame de DNA, entretanto, somente admite esta corrente o reconhecimento da filiação, não reconhecendo, pois, os direitos sucessórios inerentes a esse filho, excluindo-o tão somente da ordem da vocação hereditária. Sobre esse prisma nos ensina GAMA:

⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Problemas Ético-jurídicos da Inseminação Artificial**. Revista dos Tribunais. São Paulo. n 696, p. 278, out. 1993.

¹⁰ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito**. 2003. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em 10 de maio de 2017.

Poderá ser estabelecida a paternidade após a morte, com base na verdade biológica, mas sem qualquer efeito patrimonial relativamente ao espólio ou aos herdeiros do falecido. Diante do dano que será acarretado a criança, por ser excluída da sucessão de seu pai, pode-se considerar a alternativa por lucros cessantes, de caber ao filho uma indenização, a título de reparação do dano sofrido diante da prática espúria realizada por sua mãe. Sendo esta responsabilizada subjetivamente e viabilizando então ao filho a perfeita exigência à reparação do dano material, que normalmente consistiria na parte que ele tinha direito na herança deixada pelo falecido pai e que foi distribuída entre os herdeiros. (GAMA, 2003, p. 938)

Para o autor acima mencionado, o direito a filiação advém do vínculo biológico entre o morto e a criança concebida e trouxe como alternativa para a sua exclusão ao Direito Sucessório, a possibilidade de ser indenizada pelos danos materiais sofridos a que teria direito se estivesse incluída na ordem da vocação hereditária, esta seria uma forma de amenizar os danos causados. No entanto, alguns adeptos a essa corrente admitem o Direito Sucessório em uma única hipótese, quando o filho for beneficiado por testamento, pois se a última vontade do *de cuius* for a favor da prole não haveria o que se questionar.

Nesta perspectiva, posiciona-se CRUZ:

Uma das nossas sugestões analógicas, apesar de polêmica, seria justamente a sucessão testamentária, para garantir os efeitos sucessórios da criança nascida por meio de técnicas utilizadas após a morte do cônjuge, como já previsto no artigo 1.799, I, do Código Civil. (CRUZ, 2008, p. 150)

A grande maioria dos seguidores da corrente em questão, entende como a solução mais viável para garantir a sucessão das crianças nascidas por reprodução humana artificial *post mortem*, a herança deixada em testamento, uma vez que não há tempo pré-determinado para a utilização do material genético armazenado e, o lapso temporal entre a morte e a concepção do filho poderia gerar insegurança jurídica aos que efetivamente após a morte do *de cuius* teriam direito a suceder. Bastando para tanto, obedecer às regras do Direito Sucessório estipulando prazo para o nascimento da própria prole, devendo este prazo não ser superior a dois anos, em analogia ao prazo estabelecido para a concessão de tais direitos a prole de terceiro.

Logo, o que admite essa corrente é o direito de reconhecimento à filiação, inadmite o Direito Sucessório do filho, excetuando-se os casos em que o ascendente faz testamento em favor do filho, neste caso admitir-se-ia ao filho concebido após o falecimento do seu genitor herança, tão somente no tocante ao atestado, prevalecendo assim o ato de disposição de última vontade do falecido.

Todavia, essa corrente ainda condiciona que para ter direito a receber herança, o filho que foi concebido após o óbito do genitor, deverá nascer no interregno de tempo de dois anos por analogia ao determinado no art. 1.800, § 4º do Código Civil, *ipsis verbi*:

Art. 1.800 – No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.
(...) § 4º - Se decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

Assim, não sendo o herdeiro concebido dentro do lapso temporal indicado, os bens que estavam destinados a ele se reverterão em favor dos demais herdeiros legítimos.

Em suma, para os seguidores desta corrente o filho concebido por reprodução assistida póstuma, somente terá direito a sucessão se o genitor resguardar em testamento a sua quota parte, obedecidas às regras sucessórias estabelecidas no Código Civil em analogia a prole de terceiro, na falta de testamento e extrapolando o prazo de 2 (dois) anos a criança não participaria da sucessão, nada cabendo a título de herança.

Chamada de inclusiva, a terceira corrente reconhece todos os direitos, tanto o Direito de Família quanto o Sucessório, aos nascidos através de reprodução artificial *post mortem*. Para os que apoiam essa corrente, o indivíduo nascido sob essas circunstâncias será considerado filho e herdeiro do genitor vez que carrega a sua carga genética. Esse posicionamento baseia-se no princípio da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, do direito aos alimentos. Os defensores dessa corrente argumentam ainda, que a criança não poderá ter seus direitos chancelados por um ato que não concorreu.

Acerca do assunto CRUZ compartilha:

Apesar do ato egoístico da mãe de se utilizar do gameta de seu ex-marido para realizar um sonho seu de continuar sua linhagem sem sopesar as consequências psicológicas ao revelar a verdade, a futura criança não poderá arcar com as consequências advindas de uma decisão da qual ela não participou. A mãe que tomar essa decisão poderá ser punida, todavia, a criança não poderá ser excluída da sucessão como consequência do ato da mãe. (CRUZ, 2008, p. 142)

Nesse diapasão, o mais coerente é incluir o filho gerado por reprodução assistida póstuma na ordem da vocação hereditária, com fundamento no artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal e artigo 41, parágrafos 1º e 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente que estabelecem que não deve haver tratamento desigual ou discriminatório em relação aos filhos e excluí-los da sucessão seria ferir tais dispositivo.

Outrossim, outorgar herança aos concebidos ou nascidos à época da abertura da sucessão e privar desses mesmos direitos os que vierem após a morte do genitor, seria atentar contra o direito à igualdade consagrado na Constituição Federal e, ainda, vai de encontro com o disposto no artigo 5º, inciso XXX, da mesma carta que a todos estende o direito a herança. Ainda, ressalta-se que o art. 227, § 6º da Carta Magna estabelece a igualdade entre os filhos, vedando, portanto, a discriminação relativa à filiação estabelecendo os mesmos direitos aos filhos independentemente de sua origem. Todos esses princípios são invocados pelos seguidores dessa corrente, para eles é inadmissível surgir lei ou entendimento que atente contra os direitos dos concebidos por reprodução póstuma, já que a própria Constituição Federal assegura seus direitos, não cabendo ao legislador ou intérprete da lei fazer exceções em contradição ao texto Constitucional, em especial ao art. 227, § 6º da CF/88.

Assim, percebe-se que a reprodução humana artificial é tema polêmico muitas são as divergências que envolvem o assunto, embora o Código Civil atual esteja em vigência desde o ano de 2002 não trouxe avanços consideráveis na área biotecnológica, pouco referindo à reprodução artificial e menos ainda da *post mortem*, deixa ainda de regular o destino dos embriões criopreservado, a lacuna da lei deixa ainda mais debates para o tema, o legislador à época não imaginou que pessoa morta pudesse conceber filho o que é plenamente possível atualmente, todavia, por questões éticas, culturais e até mesmo religiosas evita-se conceber filhos de pais mortos.

Para a corrente inclusiva o Estado Democrático de Direito, garantista, engloba o direito a herança, portanto, não seria crível excluir o concebido *post mortem* da sucessão legítima, vez que tem os mesmos direitos dos demais herdeiros devendo-se encontrar meios a tutelar tal direito a prole. O momento da concepção não é motivo para a exclusão do quinhão do filho/herdeiro legítimo.

Conquanto, a petição de herança não poderá ser *ad eternum*, devendo assim, o filho intentar ação para requerer a herança no prazo prescricional de 10 (dez) anos, contados estes da morte do titular da herança, entretanto, como não flui prazo prescricional para os absolutamente incapazes, o filho concebido por reprodução artificial póstuma teria até o máximo de 26 anos da morte do genitor, para requerer seu quinhão.

Deve-se sobrelevar o respeito à vontade do falecido, havendo qualquer indício de fraude ou vício de vontade à revelia do morto, proibida deverá ser a reprodução assistida *post mortem*, tratando-se de ato anulável, portanto, não passível da guarida jurídica tão pouco poderá gerar efeitos, o mero depósito de material genético não pode ser suficiente para o uso após a morte, deve o seu titular dispor a sua vontade para depois da morte ou ao menos, quem

vier a pleitear o uso do material genético após a morte do titular deve comprovar que assim desejava o falecido. Nesse sentido:

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

(TJ-DF-APC: 20080111493002 DF 0100722-92.2008.8.07.0001, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, Data de Julgamento: 03/09/2014, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 23/09/2014. Pág.: 139)

Em suma, a criança fruto de reprodução humana artificial *post mortem*, desde que concebida com autorização expressa do falecido ou comprovada a vontade em concebê-la após a morte, deve ter assegurados todos os direitos a filiação e sucessórios, em conformidade com a Constituição, em respeito à igualdade entre os filhos, dignidade da pessoa humana, liberdade individual, projeto familiar e direito a herança.

CAPÍTULO 5

CONCEBIDO *POST MORTEM*

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA X SEGURANÇA JURÍDICA

A Carta Magna, lei maior da República, embute proteção ao ser humano, a vida humana é recepcionada como merecedora da tutela Constitucional. Ainda, o texto da Lei Fundamental firma a dignidade da pessoa humana, logo, postula o ordenamento jurídico brasileiro salvaguardar o humano, sobrelevando-o ao centro da norma, devendo para tanto garantir a ele direitos fundamentais mínimos capazes de propiciar uma vida digna. Pois bem, não basta ao texto Constitucional proteger a vida, mas tutelar dignidade a vida humana.

Portanto, a finalidade máxima da norma Constitucional é proporcionar a intangibilidade da vida humana através do reconhecimento e preservação do direito a uma vida digna.

Reportará o presente Capítulo os direitos a personalidade em contraponto a segurança jurídica, notabilizando-se o princípio da dignidade humana do concebido *post mortem*.

5.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, NORTEADOR DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Deveras que a personalidade humana titulariza as relações jurídicas e, para tanto, demanda proteção básica e fundamental da norma Constitucional, logo, para firmar tal proteção ao homem, como essência do sistema jurídico, a norma edifica-se através da dignidade humana.

É salutar mencionar no que atine a personalidade jurídica, que o ordenamento civil deverá sempre estar inclinado à dignidade do homem. Nesse sentido, FARIAS e ROSENVALD:

É preciso, pois, efetivar no caso concreto, no cotidiano jurídico, a afirmação da dignidade humana, como postulado básico da ordem jurídica. Equivale a dizer: impende exigir, contemporaneamente, que a legalidade constitucional permeie todo o tecido normativo do Direito Civil. Ou seja, é preciso funcionalizar os institutos privados aos valores constitucionais. (FARIAS E ROSENVALD, 2016, p. 167)

Diversos são os julgados que exalta o princípio da dignidade da pessoa humana, o indivíduo não pode ter violado pelo Estado ou pelas pessoas como um todo, o seu mínimo

existencial para a manutenção da sua vida digna, a personalidade jurídica de um, por si só não pode violar o mínimo de garantia de outrem para viver dignamente.

Pois bem, é a pessoa que orbita as relações jurídicas, ela é o sujeito passível de direitos que se entrelaça a personalidade. Assim, tem-se que a base de sustentação jurídica de todas as pessoas é a personalidade jurídica, sendo ela a grande responsável pela tutela mínima do ordenamento pátrio.

Maria Helena Diniz (2002, p. 115, apud FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 169), muito bem conceitua a noção de pessoa como sendo o “ente físico ou coletivo susceptível de direitos e obrigações. Sinônimo de sujeito de direitos”.¹¹ Sendo assim, é munida de personalidade toda pessoa sujeita ao ordenamento jurídico arraigado de proteção ao mínimo existencial.

A personalidade é, pois, parte integrante da pessoa. Depreende-se do art. 1º do Código Civil que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, por conseguinte, é fácil verificar que a norma dispõe que toda pessoa é dotada de personalidade, elemento intrínseco e indissociável a ela, o que lhe permite vindicar tutela jurídica fundamental para a garantia da dignidade da pessoa humana.

A norma civil vigente preceitua que a personalidade civil da pessoa natural – ser humano, pessoa humana, isto é, aquela que advém da própria natureza humana – perdura da eclosão com a vida até a extinção pelo óbito. Isso é o que estabelece o artigo 2º do Ordenamento Civil, *ipsis verbis*:

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Nada obstante garantir personalidade, o Código mantém-se silente quanto ao marco inicial da vida, por certo que nascer com vida é suficiente para resguardar a personalidade jurídica, através do qual se adquire e transmite-se direitos, fora do organismo feminino a criança gestada passa a ter independência e autonomia, logo, diz-se que é dotada de personalidade, restando, contudo, que seja comprovado de que nasceu com vida.

Ainda, insta sobrelevar, que o texto da norma civil põe a salvo os direitos do nascituro – aquele que está no ventre da gestante, todavia, ainda não nasceu – muito se discute acerca da natureza jurídica do nascituro, não reporta o código o momento em que o novo ser

¹¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 2016, p. 169 apud. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. Salvador: Juspodivm, 2016.

passa a ter personalidade jurídica, ou mesmo, se a tem ou não, em tendo, quando será o momento ou estágio em que passa a ser dotado de personalidade.

Temos três teorias diversas que retratam sobre o assunto, são elas: natalista, condicionalista ou falsa doutrina concepcionista e concepcionista.

A primeira nega personalidade ao nascituro, para essa parte da doutrina, somente o nascimento e concomitante a ele surge à personalidade jurídica, em outras palavras, quem nasceu com vida tem reconhecido os seus direitos, logo, nascituro não pode possuir personalidade, vez que ainda está no útero da gestante e dela depende para sobreviver. Segundo MENEGHIN e SANCHEZ:

O Código Civil Brasileiro adotou a Teoria Natalista, onde o nascituro não existe como pessoa, passando a ser apenas se ocorrer o nascimento com vida. Assim, se ocorrer o nascimento sem vida, todos os direitos se extinguem, porém se viver, mesmo que por segundos, os direitos ficarão adquiridos e poderão ser transmitidos. MENEGHIN e SANCHEZ (2013, p. 06)

Assim sendo, para os adeptos a essa teoria o nascimento com vida é condição para alcançar a personalidade.

De outro norte, a teoria condicionalista entende que o nascituro é pessoa ficta, hipotética, virtual, porém, com possibilidade de vir a nascer, cuja personalidade está condicionada ao nascimento, logo, o nascituro é detentor da chamada personalidade condicional, ou seja, possui todas as condições para adquirir personalidade desde a concepção, como põe a salvo a segunda parte do art. 2º do Código Civil, mas para que seja sujeito de direito deve nascer com vida.

Neste caso, havendo o nascimento sem vida todos os direitos salvaguardados seriam inexistentes, vez que o ponto inicial está em nascer com vida. É o que defende Fabio Ulhoa Coelho (2003, p. 145) “a condição para que o nascituro seja sujeito de direito, isto é, tenha seus direitos legalmente protegidos, é a de que venha a nascer com vida”.¹²

Por fim, tem-se a teoria concepcionista considerada mais contemporânea, em consonância com os ditames sociais mais modernos e atualizados, seus adeptos têm uma visão mais condizente com os avanços tecnológicos. Foi influenciada pelo Direito francês, sustenta que o início da vida ocorre desde a concepção, a partir deste momento a segurança jurídica já é assegurada. O Código Civil versa proteção ao nascituro nos artigos 542, 1.779, 1798, dentre outros, tais dispositivos legais presumem que o ordenamento jurídico, reconhece a personalidade do nascituro, outorgando personalidade mesmo antes do nascimento com vida,

¹² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 1.

ou seja, a concepção é suficiente para firmar sua personalidade jurídica. Assevera ressaltar que o nascituro assenhora-se de plano aos direitos personalíssimos e os de personalidade, no entanto, no que tange aos patrimoniais estes ficam condicionados ao nascimento com vida.

Desta feita, tal corrente defende o direito de personalidade ao nascituro amparado pelos vários dispositivos espalhados no Código Civil Brasileiro, pregando, portanto, que a valoração humana é extensiva a todos os seres humanos, sejam eles nascidos ou em desenvolvimento no corpo da mulher, afirma que a finalidade precípua da Lei Civil é respeitar a vida humana em sua totalidade, razão pela qual, a Lei n. 11.804/08 foi editada para permitir a concessão de alimentos gravídicos a seu favor. Nesse sentido, julgado E. Tribunal de Justiça do RS:

Alimentos gravídicos. Lei nº 11.804/08. Direito do Nascituro. Prova. Possibilidade. 1. Havendo fortes indícios da paternidade apontada, é cabível a fixação de alimentos em favor do nascituro, destinados ao amparo da gestante, até que seja possível a realização do exame de DNA. 2. Os alimentos devem ser fixados de forma a contribuir para a manutenção da gestante, mas dentro das possibilidades do alimentante e sem sobrecarregá-lo em demasia. Recurso parcialmente provido.

(TJ/RS, Ac. 7ª Câm. Cív., Agr. Instr. 7003739927 – Comarca de Porto Alegre, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 12.7.10, DJRS 19.7.10).

Ademais, no âmbito Trabalhista também há proteção ao nascituro, quando confere à gestante estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Assim, ao que se percebe, o ordenamento pátrio vem promovendo reconhecimento de direitos ao nascituro, desta feita, extrai-se do sistema jurídico brasileiro, através desta última corrente, que está em evidência nos julgados, a convicção que para a norma brasileira, o nascituro dispõe de personalidade jurídica e a ele deve ser resguardada proteção jurídica que permita seu regular desenvolvimento, no ventre da mulher, até o nascimento, assegurando-lhe condições dignas de existência, fator permissivo ao nascimento sadio.

5.1.1. PESSOA NATURAL – INÍCIO DA VIDA – CORRENTES DOUTRINÁRIAS

Não é pacífico entendimento sobre quando a vida se inicia, a doutrina diverge quanto ao tema, o certo é que o ordenamento tutela os direitos daqueles que ainda estão em desenvolvimento no útero da gestante, posto que, nascer com vida é provável.

A corrente ecológica sustenta que há vida quando existe a possibilidade de sobrevivência do bebê fora do corpo da mulher, para ela, a criança somente passa a ter vida quando estiver com os pulmões desenvolvidos, o que ocorre entre a 20ª e a 24ª semana de

gestação, em outras palavras, somente caracterizaria vida com a possibilidade de subsistir fora do útero e isso ocorreria quando da formação dos pulmões.

De outro giro, a teoria neurológica ou encefálica defende para início da vida o mesmo adotado para a sua extinção, qual seja, a presença das terminações neurológicas, portanto, a vida teria início quando no embrião surgissem às ondas cerebrais, que se iniciaria por volta da 8ª a 20ª semana, é o que profere Maluf (2010, p. 87), “se a vida termina quando cessam as ondas cerebrais, se inicia quando por óbvio, tais ondas se iniciam, entretanto, tais ondas podem se iniciar entre a 8ª e a 20ª semana de gestação, pois tal fato ainda não está pacificado”.¹³

Para a teoria genética ou da fecundação, bem como para o cristianismo (igrejas cristãs), a vida teria início na fecundação, ou seja, a partir do momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozóide, a união do gameta masculino e feminino é suficiente para gerar um novo indivíduo, para seus adeptos, começa a vida humana, ou pelo menos esse futuro ser passa a ter a perspectiva de tornar-se humano, o instante da fecundação é o momento em que passa o indivíduo a ser merecedor da tutela Constitucional, vez que já que faz parte do todo social.

A corrente embriológica aduz que a vida se inicia quando há a indivisibilidade celular, o que ocorre na 3ª semana de gestação, após esse período o ser gerado não mais será capaz de dar origem a outros seres, antes disso o embrião ainda pode se dividir e originar uma ou mais pessoas, depois da 3ª semana o indivíduo já está formado, sendo este o marco inicial da vida.

A teoria da nidação defende que o início da vida se dá com a implantação do embrião no útero da gestante, a fixação do zigoto no útero apto a alimentá-lo seria o ponto inicial da vida para os seguidores da nidação.

Pois bem, independente da teoria adotada, a doutrina defende que o nascituro é uma vida humana e seus direitos merecem guarida, seja pela expectativa em nascerem vivos como preceitua a teoria natalista, ou mesmo que suspensa a tutela jurisdicional de sua personalidade como dispõe a teoria condicionada ou, ainda, que tenha tutelado de forma plena seu direito de personalidade conforme exprime a teoria concepcionista. Portanto, seus direitos básicos devem ser respeitados, em consonância com a dignidade humana instituída na Constituição Federal, ainda que não sobrevenha de pronto a personalidade jurídica.

¹³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 87.

5.1.2. EMBRIÃO LABORATORIAL – PERSONALIDADE JURÍDICA

Defende a Constituição a proteção ao indivíduo, ao humano e o respeito a sua integridade. A dignidade da pessoa humana interliga-se ao nascimento ou ao desenvolvimento do ser humano dignamente, preservar e cuidar do indivíduo ainda no processo de desenvolvimento dentro do útero é salutar para o nascimento sadio do indivíduo. Até o desenvolvimento completo e estar apto ao nascimento, todo e qualquer indivíduo humano passa pelo mesmo processo gestacional.

A reprodução humana natural ou artificial para sua completude deve necessariamente percorrer o período gestacional, vez que, o útero da mulher é o responsável pela nutrição do novo indivíduo em formação até que ele esteja pronto para nascer, a ciência ainda não foi capaz de substituir o período gestacional. Contudo, vale ressaltar que na reprodução natural ou artificial o indivíduo tem todo o seu desenvolvimento dentro do corpo da mulher, mesmo que na fertilização *in vitro* a formação inicial embrionária seja feita em laboratório. Pois bem, se já há discussão acirrada sobre quando se dá o início a vida quando o indivíduo é reproduzido naturalmente, avalie aquele que é reproduzido artificialmente, dentre alguns dos questionamentos sobre o assunto estão: qual será o momento em que deva ter resguardada sua dignidade e quando terá natureza humana apta para ser considerado sujeito de direitos e dotado de personalidade.

Conforme se extrai da Lei Civil, o objeto do ordenamento jurídico é a regulação de direitos e obrigações que perpassa pela personalidade da pessoa humana. A reprodução humana artificial substitui o estágio inicial da reprodução natural, o uso das técnicas artificiais, *in vitro*, proporcionam o marco inicial da formação do zigoto, ou seja, em laboratório inicia-se o estágio inaugural da vida humana para o seu posterior implante no útero.

Não se pode olvidar que a legislação protege o nascituro desde a concepção, art. 2º Código Civil, insta analisar se o embrião concebido por reprodução artificial *in vitro*, criogenizado, tem os mesmos direitos dos concebidos naturalmente, ou seja, se nestas condições o embrião é pessoa humana e sobre ele deve ser regido todos os direitos resguardados pela norma, conquanto, a Lei civilista e constitucionalista cuidem da proteção à vida, dignidade humana e personalidade do homem, há considerável diferença entre o conceito natural e o artificial, senão vejamos, o concebido naturalmente tem todas as suas etapas de desenvolvimento dentro do corpo da mulher e, uma vez comprovada a gravidez esse novo indivíduo deverá ter sua vida preservada, de outro norte, o concebido artificialmente é um tanto quanto mais vulnerável que o natural e seu desenvolvimento depende da vontade

alheia, isto, a transferência deste embrião *in vitro* dependerá da vontade dos interessados no implante do mesmo no útero da mulher, somente neste momento – introdução no corpo da mulher é que o indivíduo poderá potencialmente desenvolver-se.

Ao que se nota, em linhas gerais, o conceito faz jus a guarida jurídica, porém, também sobreleva ressaltar que o embrião criogenizado somente ganha status de nascituro quando efetivamente for implantado no útero da mulher, sob esse viés, distingue-se do embrião *in vivo* concebido naturalmente, sendo benemérito deste, tutela jurisdicional, enquanto aquele embora fertilizado e apto ao desenvolvimento gestacional ganhará tal condição se introduzido no útero e em pleno desenvolvimento.

O tema viceja grande discussão, ante a falta de legislação específica ou entendimento pacífico, no que atine o assunto, o E. Supremo Tribunal Federal julgou em maio de 2008 a ADI 3510 que tratou da constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança) que regulamenta as atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, o artigo supramencionado autoriza o uso de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* para fins de pesquisa e terapia e, para tanto, foi interposta Ação Direita de Inconstitucionalidade ao argumento de que violaria o direito à vida, vez que o embrião criogenizado seria pessoa humana e seu direito à vida estaria sendo passível de violação.

O então relator da ação proposta, Ministro Carlos Ayres Britto, sustentou que o referido artigo não merece quaisquer reparos, dentre os seus argumentos inferiu que pesquisas que utilizassem células-tronco embrionárias não violariam o direito à vida ou dignidade, trouxe a baila a teoria da nidação e neurológica para justificar seu voto, para o eminente relator a vida humana somente começa com a nidação, ou seja, após a fixação do embrião no útero da mulher, assim sendo, o embrião concebido artificialmente somente poderia ser considerado vivo, ganhando *status* de nascituro quando implantado no útero da gestante, para corroborar com a afirmativa condensou que nessas condições inexistente cérebro formado, portanto, “o embrião representa uma realidade distinta da pessoa natural”. Ainda afirma o relator que não existe “pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana”. Assevera que o fenômeno da concepção natural e a artificial deixam de coincidir quando da primeira decorre a fecundação e em seguida a gestação, enquanto, na segunda o fenômeno fecundação é pré-existente, mas a gravidez não decorre simultaneamente, assim sendo, o processo de reprodução artificial humana sofre ruptura ao desenvolvimento contínuo natural. Por todos os argumentos expostos o supradito artigo foi tido como constitucional.

Mormente a dignidade humana vê-se que o embrião concebido em laboratório recebe tratamento diferente do embrião concebido naturalmente, enquanto o primeiro não é

considerado pessoa humana, quanto ao segundo é majoritário o entendimento que deverá ter sua integridade preservada, logo, é dotado de personalidade jurídica, seja ela imediata a concepção, suspensa até o nascimento ou adquirida após o nascimento, o certo é que o embrião concebido natural é pessoa humana, de outro giro o embrião artificial criogenizado somente estará na mesma escala evolutiva quando implantado no útero da mulher.

Contudo, vale ressaltar que o embrião artificialmente produzido também não deve ser elevado a condição de coisa, explico, se assim fosse classificado tornar-se-ia produto passível de objeto de venda e, ao que se percebe, o legislador quis dar destino social ao embrião preservado em laboratório (pesquisa e terapia). Ademais, a Resolução n. 2.168/2017 do CFM, veda a comercialização de material genético, podendo o seu titular informar o destino do material genético, qual seja: doação, destruição ou pesquisa. Assim, o embrião concebido em laboratório não tem condão de pessoa humana e também não é tratado como objeto, restando para ele um vácuo entre ser humano e coisa ainda não definida.

Em suma, o embrião concebido em laboratório não é pessoa humana, até o seu implante no útero da mulher, sendo este o momento em que adquire, portanto, personalidade jurídica, porém, também não pode ser coisificado vez que eticamente proibida sua comercialização.

5.2. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica é princípio basilar que encontra amparo no ordenamento jurídico, é a responsável pela conservação e reprodução da norma jurídica para além do tempo. Está prevista no art. 5º, XXXVI da CF/88 “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A ordem jurídica do Estado enseja a durabilidade e permanência das relações já estabelecidas. Atua o Estado Democrático de Direito como protetor da pessoa humana diante das mudanças legais, que muito embora sejam necessárias para o desenvolvimento da coletividade, também não podem retirar as garantias legitimadas.

O mínimo de certeza deve ser garantido pelo Estado para permitir a estabilidade nas relações jurídicas. A baliza do Estado é a lei e esta é a garantidora dos direitos, instituidora de deveres e limitadora das arbitrariedades. As regras e princípios têm relevante valor jurídico, dentro do Estado Democrático de Direito, a todos é imposta e por todos devem ser respeitadas. Tem por fundamento conservar a tranquilidade na ordem jurídica, objetiva tornar sólidos os direitos já garantidos e convalidar as situações que se firmaram no tempo, bem como pacificar a sociedade preservando os atos praticados, portanto, salutar atribuir a estabilidade jurídica para que o indivíduo sinta-se seguro e amparado pelo Estado. O tempo é

elemento substancial da segurança jurídica, apto a manter a coesão dos efeitos jurídicos produzidos.

O artigo 6º e seus parágrafos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) contemplam os conceitos que se interligam e definem o princípio da segurança jurídica, *in verbis*:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

São esses os três requisitos vinculados ao princípio da segurança jurídica, responsáveis pela estabilidade da norma aplicada e, em virtude deles, o indivíduo sente-se seguro e amparado pelo Estado.

Como dito alhures, o lapso temporal é fator importante para a manutenção estável das relações jurídicas, visto que, para o indivíduo é importante mantê-las regulares e contínuas ao longo do tempo, trazendo-lhe, em suma, conforto. Assim, verifica-se que os fenômenos da prescrição e decadência também estão ligados ao princípio da segurança jurídica, esses institutos são importantes para a estabilidade da ordem jurídica e consolidação dos direitos.

Os institutos da prescrição e decadência estão correlacionados ao lapso temporal, porém, são distintos, GONÇALVES, esclarece a distinção entre esses institutos:

Para distinguir prescrição de decadência, o atual Código Civil optou por uma fórmula que espanca qualquer dúvida. Prazos de prescrição são, apenas e exclusivamente, os taxativamente discriminados na Parte Geral, nos arts. 205 (regra geral) e 206 (regras especiais), sendo de decadência todos os demais, estabelecidos como complemento de cada artigo que rege a matéria, tanto na Parte Geral como na Especial. Para evitar a discussão sobre se ação prescreve, ou não, adotou-se a tese da prescrição da pretensão, por ser considerada a mais condizente com o Direito Processual contemporâneo. (GONÇALVES, 2013, p. 478)

Portanto, prescrição é a perda da pretensão que o titular de um direito possui, de exigir de outrem, coercitivamente, o cumprimento de um dever jurídico, porque deixou de exercê-lo dentro do lapso temporal indicado pela norma. Logo, ocorrendo à prescrição, não mais poderá exigir o cumprimento de um dever jurídico, o titular do direito.

O prazo decadencial é a perda do direito material, em razão da inércia de seu titular. Tem por objeto os direitos potestativos, sejam eles de origem legal ou por autonomia privada

(convencionado entre as partes), tais direitos, por ato unilateral, podem determinar mudanças ou intervir na esfera jurídica de outrem. Para melhor distinguir decadência de prescrição, GONÇALVES, ensina:

Um dos critérios usados pela doutrina para distinguir prescrição de decadência consiste em considerar que, nesta, o prazo começa a fluir no momento em que o direito nasce. Desse modo, no mesmo instante em que o agente adquire o direito já começa a correr o prazo decadencial. O prazo prescricional, todavia, só se inicia a partir do momento em que este tem o seu direito violado. Também se diz que a prescrição resulta exclusivamente da lei, enquanto a decadência pode resultar da lei (legal), do testamento e do contrato (convencional) (GONÇALVES, 2013, p. 299).

Em suma, a decadência é a perda do próprio direito, quando ocorre a decadência não pode o titular mais exercê-lo, visto que ele inexistente, o tempo, neste caso, é premissa para o exercício do ato e a sanção para a inobservância do tempo é decair o direito.

Evidencie-se que o direito potestativo atribuí ao titular poder de produzir, unilateralmente, por sua exclusiva declaração de vontade, dentro de uma relação jurídica modificação ou extinção de direitos de outrem, dispensando, portanto, qualquer comportamento do sujeito passivo, nas palavras de Farias e Rosenvald (2016, p. 36) “os direitos potestativos são poderes do titular de formar situações jurídicas pela sua própria vontade, impondo a terceiro determinados comportamento”.¹⁴

Pois bem, ante as considerações acima postas e a luz da norma vigente, constata-se que o Direito Sucessório não contempla qualquer prazo para que seja concebido embrião com material genético da pessoa falecida, nem mesmo o estipula no caso de embrião já concebido, ao tempo da morte. Verifica-se, na verdade, evidente lacuna normativa quanto aos direitos sucessórios do filho gerado após a morte de seu genitor, vez que, assim como não há norma que estabeleça prazo decadencial para a concepção deste filho, também não existe a obrigação prévia de comunicação aos demais herdeiros ou interessados sobre a expectativa concepção de descendente após a morte do titular do material genético.

Dessa forma, incontestemente que o direito de petição de herança do filho gerado após o óbito do genitor deverá sopesar o princípio da segurança jurídica, devido à estabilidade que provoca nas relações jurídicas, com o princípio da dignidade da pessoa humana, que resguarda a pessoa que nasceu por concepção artificial *post mortem* o direito a uma vida digna, com recursos suficientes à manutenção.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 36.

5.3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA X SEGURANÇA JURÍDICA DO NASCIDO POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* – PRINCÍPIO PREPONDERANTE

Não existe fórmula para gerar vida que não seja pela fecundação, seja ela por meio da relação sexual ou através do ensaio ou cultura em laboratório, neste caso, chamada de reprodução artificial. Muito embora não haja no texto constitucional quando se daria o início à vida, nem mesmo um consenso de quando é o marco inicial da vida, para que os direitos do humano possam ser assegurados, como dito alhures, a fecundação é o primeiro passo para que haja a perspectiva de se tornar humano, para assim, ser merecedor da tutela constitucional.

Embora, haja substancial diferença entre a concepção natural e a artificial, sendo que nesta, somente há perspectiva de gerar novo indivíduo após a introdução do embrião concebido em laboratório no útero da gestante, por manifestação humana, importante inferir como marco inicial para a vida humana, artificial ou não, a inserção do embrião no útero da gestante (nidação), muito embora esta decorra necessariamente da fecundação, por certo que a fecundação em si, não é suficiente para dar vida a um novo ser, explico, mesmo por meios naturais, o embrião somente tem real perspectiva de vida quando se aloja no útero, um exemplo claro de que a vida inicia com a implantação do embrião no útero é o caso da gravidez ectópica tubariana, nesse tipo de gravidez o embrião armazena-se em uma das trompas de falópio (tubo que conduz os óvulos dos ovários para o útero), essa gestação não consegue prosseguir normalmente, o crescimento do feto nessas condições pode destruir as trompas da gestante, com risco de hemorragia e morte, portanto, inviável essa gestação e assim que diagnosticada deverá ser rapidamente interrompida. Assim, diante do explanado a vida inicia-se pela nidação, ensejando amparo Constitucional a partir da aderência do embrião ao útero.

Nesse viés, o direito a tutela jurisdicional inicia-se pela implantação do embrião ao útero da mulher, pouco importando se esta foi se deu por método natural ou artificial, ou mesmo se o filho foi gerado antes ou após a morte do genitor, o que passa valer é a condição de pessoa humana e que esta nova vida deve ser amparada tal qual a que fora gerada durante a vida dos genitores.

Como já analisado anteriormente, a doutrina diverge quanto ao direito de herança do filho nascido após o falecimento do genitor, para os que entendem que o embrião implantado no útero da mulher após o falecimento do genitor, não deve ser amparado pelo direito sucessório, pautam-se no princípio da segurança jurídica, defendem não se mostra razoável voltar ao *status quo ante*, quando da abertura da herança sequer cogitava o nascimento do

filho do *de cuju* e, ainda, argumentam que a partilha feita nos termos da lei e segundo a boa-fé de seus participantes não deve ser posteriormente modificada por ato exclusivo do cônjuge sobrevivente. Neste caso, entende-se por razoável a exclusão de qualquer direito potestativo do cônjuge sobrevivente, em virtude da desproporcionalidade entre a decisão exclusiva deste em desencadear modificações entre as relações jurídicas já firmadas, podendo ocasionar tumultos e conflitos tanto familiares quanto a terceiros interessados.

Em resumo, por violar a segurança jurídica, em especial o direito adquirido, a prole concebida por reprodução artificial *post mortem* não merece direito à herança, isso é o que exprimem os defensores do princípio da segurança jurídica.

Do lado oposto estão os que argumentam em favor do filho concebido *post mortem*, esses apóiam que a prole concebida artificialmente após o óbito do genitor deverá sim ter resguardados todos os direitos, inclusive o de herança, pois, a exclusão desse filho ao direito sucessório afronta veementemente a dignidade da pessoa humana e em verdadeira afronta ao texto Constitucional, vez que afasta a sobrevivência digna da prole a medida que lhe diminui o patrimônio a que teria direito.

Ante a falta de legislação específica que regulamente o assunto, e em análise ao texto Constitucional, verifica-se a colisão entre direitos fundamentais, se de um lado está à dignidade da pessoa humana do outro versa o direito à segurança jurídica.

Não há dúvida quanto à filiação, até porque o material genético utilizado será o do genitor falecido, mas tão somente ao direito de suceder, o que por si só causa ambiguidade, já que o que está em debate é se o filho teria ou não direito a herança por ter nascido depois de aberta à sucessão. De um lado existe o direito a dignidade da pessoa humana, que ampara o filho nascido *post mortem*, do outro há a segurança jurídica, que ampara os demais herdeiros e terceiros interessados. Ante o conflito da norma e diante da falta de norma específica sobre o tema, caberá ao magistrado, diante do caso concreto ponderar qual princípio deverá prevalecer, haja vista que sempre um dos dois princípios deverá se sobrepor ao outro, ou seja, ou a dignidade da pessoa humana será preponderante ou contrariamente o valor da segurança jurídica falará mais alto.

Pois bem, sendo de conhecimento dos herdeiros o desejo do falecido em procriar ou mesmo a cientificação deles antes de iniciada a reprodução artificial, parece razoável que a sucessão seja aberta provisoriamente até a concepção da prole, contudo, não é crível que os demais herdeiros esperem indefinidamente pela concepção e implantação do embrião no útero da mulher, segundo dispõe o art. 5º, inciso II da Lei de Biossegurança permite a pesquisa e terapia com embriões criogenizados depois que completarem 3 (três) anos, sendo este o único

prazo legal que trata a lei sobre a disposição de embriões concebidos artificialmente, se o legislador entendeu por considerável um intervalo trienal para definir o destino do embrião, garantir direito sucessório ao filho nascido neste interregno de tempo apresenta-se como viável, visto que, se trata de tempo razoável para que se defina qual o destino do material genético armazenado.

Assim, após o óbito do titular do material genético abrir-se-ia a sucessão provisória a espera da prole *post mortem* pelo prazo máximo de 3 (três) anos do óbito, concebido durante esse intervalo, assegurada estaria a sucessão, desde que o falecido, expressamente tenha indicado o desejo a procriar e nomeie quem deverá conjuntamente receber sua carga genética para gerar a prole, em se tratando de óvulo e espermatozóide congelado, caso antes de sua morte já houvesse embrião congelado, também deverá ser expressa a vontade de procriar, bem como autorização para que o cônjuge ou companheiro sobrevivente possa utilizá-lo após sua morte.

Portanto, coerente que nestas condições ficaria a sucessão aberta provisoriamente por 3 (três) anos, nascida ou concebida a prole nesse período resguardado estaria seu direito à herança e após o seu nascimento definitivamente abriria a sucessão. O decurso desse prazo sem qualquer manifestação de quem foi autorizado pelo falecido a utilizar seu material genético, implicaria na decadência, isto é, não mais se admitiria direito sucessório a prole que fosse concebida após o prazo decadencial de três anos, sendo este prazo suficiente para manifestação de vontade.

De suma importância ressaltar, que se tratando de filho concebido *post mortem*, necessário quando do falecimento do genitor que seja imediatamente informado aos demais sucessores sobre o desejo do falecido em perpetuar e da expressa autorização para utilização de seu material genético após sua morte, para que assim, a sucessão não seja aberta definitivamente, mas provisoriamente no aguardo da prole, a falta de comunicação ensejará, por óbvio, em abertura *saisine* e por consequência a partilha.

Não havendo a comunicação dos demais sucessores e tendo sido efetivada a partilha, e sobrevier filho concebido *post mortem*, dentro do intervalo de 3 (três) anos, por não ter decaído seu direito a herança, poderá tutelá-lo segundo dispõe o artigo 1.824 do Código Civil demandando o seu reconhecimento na sucessão, para que lhe possa ser restituída a herança.

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

O direito para tutelar a herança, neste caso, seria prescricional, pois, a herança já estaria partilhada. Acerca do tema, dispõe a Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal:

SÚMULA 149:

É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

Nessa seara, verifica-se que muito embora seja imprescritível a ação de investigação de paternidade, o de petição de herança não o é. Isso se dá pela prerrogativa da segurança jurídica, visto que os que estão aptos a suceder devem receber sua parcela na herança, mediante partilha feita nos moldes da lei e em conformidade com a boa-fé dos envolvidos.

Estabelece o Código Civil, em seu artigo 205, o prazo prescricional em dez anos, contanto, que não haja prazo menor fixado em lei, o que por analogia poderia ser estabelecido ao filho nascido *post mortem* como prazo para requer herança. Porém, o artigo 198 do mesmo Código institui que não há prescrição contra os incapazes de que trata o artigo 3º do Código supracitado, disciplina, portanto, o art. 3º da Lei Civil que “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos”, assim, o prazo prescricional de 10 anos para requerer a herança, para o filho nascido após o óbito do genitor, começaria a correr quando completar dezesesseis anos.

Excluir, pura e simplesmente da participação no direito sucessório, àquele que foi concebido através de reprodução artificial após o falecimento do autor da herança, sob o argumento de que prejudicaria ou excluiria o direito dos demais herdeiros existentes, ou ao menos concebidos, antes de aberta a sucessão, seria sobrepor o princípio da segurança jurídica em detrimento a dignidade da pessoa humana, contanto, muito raso tal argumento frente à importância que tem a filiação no ordenamento jurídico, ademais, verificada a vontade do morto em perpetuar, deixando autorização expressa para utilização de seu material genético e sendo viável a concepção de filho artificialmente, mais preponderante seria a última vontade do *de cuius* do que a segurança jurídica, salvo, comprovada má-fé de quem utiliza material genético de outrem para retirar vantagem, em proveito próprio ou da prole concebida, única e exclusivamente para garantir direito à herança, neste caso, mesmo tratando-se de filho a herança não lhe tocaria.

Ressalte-se que dependendo do caso, a ordem da vocação hereditária poderá ser totalmente modificada, por exemplo, se o falecido não possuía filhos, deixando somente cônjuge sobrevivente e ascendentes vivos, a herança neste caso, seria partida em três quotas iguais, conforme estabelecem os artigos 1.836 e 1.837, ambos do Código Civil. Entretanto, se

a prole nascida por inseminação artificial homóloga *post mortem* vier a ser reconhecida como filho e com direito a sucessão, esta tomará rumo totalmente diverso do deliberado anteriormente, pois os ascendentes estariam excluídos da sucessão e o cônjuge dependendo do regime de bens, poderia ou não concorrer com o descendente nascido após a morte do genitor.

Devido a essa insegurança jurídica parte da doutrina entende ser a sucessão testamentária a melhor opção para os gerados por inseminação *post mortem*, no entanto, também não há na norma qualquer indicação de como se daria essa sucessão por testamento, utilizar o artigo 1.799, inciso I, do Código Civil por analogia, viabilizaria também a herança da prole *post mortem*, assim, o testador indicaria seu próprio filho a suceder mesmo já estando morto, para tanto, necessário indicar pessoa certa para receber seu material genético ou, ainda, autorizar seu cônjuge ou companheiro a levar a termo a procriação *post mortem*, desde que, o faça no interregno de tempo de 2 (dois) anos, conforme preceitua o art. 1.800, §4º da Lei Civil. Fala-se em analogia, por falta de legislação e, ainda, o legislador à época da feitura do Código, não cogitou a possibilidade em se gerar um novo ser após a morte do genitor, visto que, não se enxergava, até então, a possibilidade em se utilizar os métodos de reprodução artificial para após a morte do genitor, a evolução da tecnologia trabalha muito a frente da evolução social, sendo ainda mais veloz que as normas.

Acerca do tema José Luis Almeida, dispõe:

Os filhos nascidos de inseminação artificial homóloga *post mortem* são sucessores legítimos. Quando o legislador atual tratou o 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 aos 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. (ALMEIDA, 2003, p. 104)

Por certo ser incomum o brasileiro fazer testamento e utilizar o testamento como condição única de sucessão para os concebidos *post mortem*, propiciaria desigualdade entre os filhos, vez que os filhos tidos antes da morte seriam tratados como legítimos, mesmo que adotivos, enquanto, que os nascidos após a morte do genitor, ainda que biológico, não teriam direito a sucessão legítima, mas tão somente a testamentária, tornando o direito incoerente, visto que, retira do filho biológico do autor da herança a possibilidade em herdar legitimamente, tão somente por ter nascido após a morte de seu genitor.

Enfim, diversos e divergentes são os questionamentos acerca da temática, posto que, o ordenamento jurídico construiu verdadeiro buraco na norma, quando presumiu a filiação ao nascido por reprodução assistida homóloga, ainda que falecido o marido (art. 1.597, III e IV do CC), quis o legislador ante o princípio da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse do infante, da igualdade entre os filhos e em proteção a entidade familiar, resguardar os direitos a filiação, contudo, seu silêncio quanto ao direito sucessório se contrapôs a todos os princípios acima descritos, vez que não há qualquer amparo sucessório aos que nascerem *post mortem*, não há prazo determinado para a concepção, não há garantia alguma para herdar, enfim, cogitou a lei resguardar o Direito de Família da prole, mas não ponderou a norma que essa prole, que também é filha tivesse algum direito de herança.

Claramente se vê que não há entendimento pacífico, quanto à concepção por reprodução artificial quando o titular da carga genética já estiver morto, conquanto, é inequívoco que a falta de legislação que toque o assunto gera instabilidade jurídica e acirradas discussões. Defende DINIZ, que as técnicas de reprodução artificial *post mortem* devem ser evitadas, vez que o óbito extinguiria os direitos e deveres do morto:

É preciso evitar tais práticas, pois a criança, embora possa ser filha genética, por exemplo, do marido de sua mãe, será, juridicamente, extramatrimonial, pois não terá pai, nem poderá ser registrada como filha matrimonial em nome do doador, já que nasceu depois de 300 dias da cessação do vínculo conjugal em razão da morte de um dos consortes. E, além disso, o morto não mais exerce direitos, nem deveres a cumprir. Não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o matrimônio se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que nascer por técnica conceptiva *post mortem*, pois não estava gerado por ocasião da morte de seu pai genético (...). Por isso, necessário será que se profba legalmente a reprodução assistida *post mortem*, e, se, porventura, houver permissão legal, dever-se-á prescrever quais serão os direitos do filho, inclusive sucessórios. (DINIZ, 2000, p.91).

A par de toda essa celeuma, não se pode negar que a evolução tecnológica possibilitou conceber e chegar a termo gravidez de genitor falecido, também não se pode omitir que muitos casais inférteis buscam laboratórios para auxiliar na procriação que não veio ao natural, assim como há pessoas que mesmo não inférteis armazenam material genético para reprodução futura. Há relatos concretos de pessoas que faleceram antes de concretizar o desejo em procriar e que possuíam material genético, ou mesmo embriões, congelados. O anseio do falecido em procriar é o principal motivo pelo qual se pleiteia a reprodução artificial *post mortem*.

A doutrina implica óbice ao reconhecimento de filiação da prole nascida *post mortem*, bem como diverge quando trata do patrimônio do falecido, a justificativa para

exclusão dessa prole é a ausência de dispositivo na norma que garanta a sucessão deste filho, porém, diante do caso em concreto e restando comprovado à vontade do morto em procriar, a interpretação do sistema jurídico deve abranger a dimensão do tema.

Desta forma, um sistema jurídico que permite o pluralismo de entidades familiares, e reconhece a plena liberdade do planejamento familiar, dedicando proteção especial a família, não pode coibir que genitor, mesmo falecido, que indicou real desejo em conceber família e resguardou genética sua para tal fim, a possibilidade de efetivar seu projeto parental, assim como a criança nascida *post mortem*, também não pode ter seus direitos sucessórios suprimidos pelo Estado, vez que, qualquer genitor quando deseja ter filho também se responsabiliza por sua manutenção, seu sustento.

Enfim, somente em análise ao caso em concreto poderá o julgador ponderar o princípio mais hegemônico, se a dignidade da pessoa humana ou a segurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas de que a ciência evolui com mais rapidez que a legislação, esta é cercada de burocracia desde o processo de elaboração até sua entrada em vigor, o que termina por não acompanhar os anseios sociais. A reprodução humana assistida, advinda do desenvolvimento científico-tecnológico, possibilitou que casais inférteis, ou até mesmo estéreis, vencessem as barreiras da procriação, tornando realidade o desejo de reproduzir, proporcionando a paternidade e/ou maternidade, inerente ao ser humano por seus mais diversos significados.

Algumas vertentes que dizem respeito aos nascidos por reprodução assistida artificial *post mortem*, foram analisadas, a doutrina posiciona-se tanto a favor como contra permitir que se concebam filhos artificialmente após a morte do genitor, contudo, na atualidade, por ser totalmente viável conceber uma prole após o falecimento do titular da carga genética, todos os posicionamentos doutrinários, com o nascimento da prole saem do campo da teoria e o Direito necessita efetivamente ser aplicado, tendo em vista que, após o surgimento do filho, o que terá ênfase é o direito à vida da prole que nasceu artificialmente após o falecimento de seu genitor e, a qualidade de ser humano é pressuposto para a aquisição de todos os direitos Constitucionais inerentes ao homem, pouco importando se nasceu por vias naturais, artificiais, na constância do casamento, de genitores vivos ou após o falecimento de um deles, nascido o filho, o Estado como protetor de seus cidadãos deve assegurar a dignidade humana desta prole, resguardando todos os direitos que a ela atine.

Apesar de sua natureza delicada, a reprodução humana artificial *post mortem* é uma realidade, veja-se o caso brasileiro de Katia Adriana Lernerneier que ganhou ação promovida contra o laboratório que armazenava material genético de seu marido falecido e realizou a reprodução artificial póstuma com o sêmen do cônjuge falecido, embora cause certo desconforto, principalmente por se tratar de uma vida humana e a filiação ser o instituto de maior importância dentro do seio familiar, não pode a legislação marchar em descompasso com o novo conceito de família e em contraposição a evolução da ciência, tendo em vista que o Direito se presta a regulamentar as necessidades sociais que gradualmente se alteram ao longo dos anos, germinando novas concepções, torna-se impossível impedir o desenvolvimento da sociedade dentro da evolução biotecnológica.

A doutrina não demonstra qualquer tendência, muito pelo contrário, muitas são as divergências, cada qual com seus argumentos contrários ou a favor. Difícil afastar a filiação da prole nascida após o óbito do genitor, vez que simples exame genético é capaz de atestá-la, logo, o reconhecimento da filiação traz ao indivíduo o conforto de ter assegurados seu Direito

à família, entretanto, não há ponto de convergência quanto à extensão dos direitos inerentes ao filho que é concebido após o falecimento do genitor, se recomenda que não se conceba filho de genitor morto, como forma de evitar maiores problemas a serem dirimidos, ainda, dispõe a necessidade de legislar sobre a matéria para determinar a melhor maneira de balizar o uso de técnicas de reprodução artificial, seja permitindo ou proibindo a utilização de tais técnicas com material genético de pessoa falecida.

Conquanto, ante a lacuna na norma, cabe ao julgador analisar caso a caso e, por analogia, adequar o texto legal vigente às novas situações, fazendo a melhor interpretação, harmonizando o uso da ciência às proteções jurídicas dos nascidos por meios artificiais de reprodução após a morte do genitor, sem, no entanto, violar a tutela do maior bem jurídico que é a vida, resguardando a ela dignidade e, assegurando, na medida do possível, a segurança jurídica dos demais herdeiros e interessados que terão seus direitos modificados com a vinda de novo filho.

Inegável, pois, que o assunto represente verdadeiro desafio ao operador do direito, diante dos conflitos filiatórios e sucessório, e da ausência de lei que o regule. O Direito de Família, por ser mais maleável e altamente mutável, reconhece a filiação por reprodução artificial *post mortem*, enquanto o Direito Sucessório silencia, a Lei Civil defende a não discriminação entre os filhos e, ainda, a Carta Magna assegura o direito à herança, em seu artigo 5º, inciso XXX, a todos sem distinção de qualquer natureza, a participar da ordem da vocação hereditária.

Muito embora os estudiosos do Direito venham diligenciando todos os esforços para melhor interpretar e adequar às normas vigentes a atual realidade, os avanços biotecnológicos vão muito além do que o regramento jurídico disciplina, muitos dos questionamentos acerca do tema somente serão efetivamente esclarecidos, quando houver lei que abranja o tema. Na verdade, enquanto não houver avanço no Código Civil, no sentido de regularização da matéria ou mesmo lei ordinária que discipline o tema, não haverá pacificação doutrinária ou jurisprudencial, uma vez que na ausência de dispositivo legal que regule o assunto, cada caso será analisado e decidido isoladamente da forma como melhor o julgador ponderar.

Neste trabalho, não se almeja, portanto, esgotar o assunto, mas fomentar reflexão sobre a evolução da ciência, o uso das modernas técnicas de reprodução humana assistida, bem como debater as melhores soluções para quem deseja procriar utilizando material genético de quem faleceu e, ainda, proteger a prole que irá advir fora do equilíbrio familiar tradicional e natural, o seu nascimento, merece guarda do Estado que deve assegurar todos os

direitos a ela inerentes, filiatório e sucessório, assim como o respeito de toda a sociedade fundado na dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de . **A reprodução assistida e as relações de parentesco**. Jus Navigandi, Teresina, ago. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3127/a-reproducao-assistida-e-as-relacoes-de-parentesco>>. Acesso em 10 de maio de 2017.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito**. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6522/tecnicas-de-reproducao-assistida-e-o-biodireito>>. Acesso em 10 de maio de 2017.

ALMEIDA, José Luis Gavião de. Código Civil Comentado. **Direitos das sucessões**. Sucessão em geral, Sucessão legítima- vol. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Problemas Ético-jurídicos da Inseminação Artificial**. Revista dos Tribunais. São Paulo. n 696, p. 278, out. 1993.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organizador Yussef Said Cahali. 16ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 149**. Brasília, DF, 1963.

CAETANO, João Pedro Junqueira; MARINHO Ricardo; MORAES Leonardo Meyer de. **Infertilidade e Concepção Assistida: Um guia para o casal**. Belo Horizonte: MEDSI, 2000.

_____. **Código Civil**. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002/organizador Yussef Said Cahali. 18ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Conselho Federal de Medicina**. Resolução CFM nº 2.168/2017 de 21 de setembro de 2017. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e

revogando a Resolução CFM nº 2.121/15, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117. Publicada no D.O.U 10 de novembro de 2017.

CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: SRS, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. Salvador: Juspodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas técnicas para o trabalho acadêmico**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, e-book.

HATEM, Daniela Soares. **Questionamentos Jurídicos diante das novas técnicas de reprodução assistida**. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Lei 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão

Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 mar. 2005.

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

LIMA, Juliana Domingos de. **Pílula anticoncepcional**: da revolução sexual à revisão de seu uso. 2017. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/explicado/2017/09/15/P%C3%ADlula-anticoncepcional-da-revolu%C3%A7%C3%A3o-sexual-%C3%A0-revis%C3%A3o-de-seu-uso>>. Acesso em: 10 de outubro 2017.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Testamento: Expressão de Última Vontade**. 2011. In: Jus Brasil Notícias [online]. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2526373/artigo-testamento-expressao-de-ultima-vontade-por-rolf-madaleno>>. Acesso em: 20 junho 2017.

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

MENEGHIN, Laís. SANCHEZ, Cláudio José Palma. **TUTELA CIVIL DOS DIREITOS DO NASCITURO**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2161/2300>>. Acesso em: 20 de setembro 2017.

MONTALBANO, A. C. O. **Inseminação *Post Mortem* e seus efeitos no Direito de Família e Sucessões**. Revista da Esmesc, [Santa Catarina], v. 19, n. 25, 2012. Arquivo pdf. Disponível em: <www.revista.esmesc.org.br/re/article/download/48/49>. Acesso em: 20 de junho 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões - Volume 6**. 44ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Juliane Fernandes; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.); NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005. cap. 11.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** Volume 7. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Natália Batistuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Os Reflexos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida Heteróloga e *Post Mortem*.** Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - RIPE, v.41, n.48, p. 253-278. <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18871/Os_Reflexos_Jur%3%addicos_da_Reprodu%3%a7%3%a3o_Humana.pdf>. Acesso em: 06 de outubro 2017.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito.** Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTR, 2002.

VARELA, Gislaíne dos Prazeres Soares. **O Direito Sucessório do concebido após a morte: análise doutrinária.** Itajaí: [s.n.], 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Gislaíne%20Soares%20Varela.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2017.

VESPA, Alessandra. **REPRODUÇÃO ASSISTIDA - ENTENDA QUAIS SÃO TIPOS DE TRATAMENTOS.** Disponível em: <<http://www.vilamulher.com.br/família/planejamento/reproducao-assistida-entenda-quais-são-tipos-de-tratamentos-8-1-52-77.html>>. Acesso em: 10 de março 2017.

ANEXO I



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA
FORO CENTRAL - 13ª VARA CÍVEL

Vistos e examinados estes **Autos n° 27862/2010** de ação de obrigação de fazer, em que é autora **KATIA ADRIANA KNERNEIER** e ré **ANDROLAB CLÍNICA E LABORATÓRIO DE REPRODUÇÃO HUMANA E ANDROLOGIA**, ambas qualificadas nos autos.

Kátia Adriana Lenerneier ajuizou ação de obrigação de fazer em face de ANDROLAB - Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia alegando, em resumo: que casou-se com Roberto Jefferson Niels em dezembro/2004; que em determinado momento resolveram ter um filho; que procuraram ajuda médica para descobrir a razão de não conseguirem engravidar; que após acompanhamento e tentativa frustrada por aborto espontâneo, foram aconselhados a tentar inseminação artificial; que ao optarem por isso descobriram que Roberto estava com melanoma em grau avançado; considerando a possibilidade de o tratamento químico e radioterápico exigível resultar em esterilidade, Roberto coletou material genético (sêmen) e o depositou em clínica especializada em criopreservação de gametas e embriões - a ré; que após a coleta Roberto iniciou o tratamento e o câncer regrediu, quando resolveram retomar o processo de inseminação; que, no entanto, Roberto soube que estava com metástase óssea a exigir novo tratamento quimioterápico; que, apesar da insistência de Roberto, decidiu aguardar esse tratamento para tentar a inseminação; que a doença de Roberto se agravou e ele faleceu em fevereiro/2010; que a autora então se agarrou à esperança de ter um filho de Roberto, conforme a vontade que ele sempre manifestou; que a ré, todavia, negou-se a fazer a inseminação; que a negativa, contudo, baseou-se somente no receio de responsabilidade civil por falta de manifestação de vontade expressa de Roberto quanto ao destino de seu sêmen após a morte; que a presunção da vontade de Roberto, sempre manifestada e frustrada pelo tratamento da doença que o vitimou, autoriza a inseminação; que a vontade presente das famílias também sustenta a sua realização; que tem direito próprio à inseminação e ao filho que decidiu ter com o falecido marido. Invocando doutrina e jurisprudência, pediu a condenação da ré a realizar a inseminação, com antecipação de tutela. Juntou os documentos de fls. 34/55.

A liminar foi deferida às fls. 61/64.



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA
FORO CENTRAL - 13ª VARA CÍVEL

Citada, ofereceu a ré a contestação de fls. 70/79, alegando: que nunca houve negativa de realização da inseminação; que todas as atividades, mesmo benéficas, estão limitadas a regulamentação pelo Direito; que somente opôs ao pedido da autora a condição de que o procedimento fosse realizado dentro da ética e da legalidade; que, pela impossibilidade de manifestar o esposo da autora o destino que deveria ser dado a seu material genético, o suprimento dessa omissão deveria ser judicial; que deseja cumprir a liminar, embora não haja obrigação de fazer quanto à inseminação; que não está contratualmente obrigada a fazer a inseminação, pois somente contratou com o falecido o depósito do material genético; que, não existindo senão contrato de depósito, somente haveria lide se tivesse se recusado a devolver o material genético, que nunca foi solicitado; que somente realizará o procedimento por meio de autorização. Ao final, postulou fosse reconhecida a inexistência de lide e a isenção dos ônus da sucumbência, juntando os documentos de fls. 80/86.

Sobre a contestação, manifestou-se a parte autora às fls. 89/91.

Intimadas à indicação de provas, manifestou-se somente a parte autora à fl. 94, pugnando pelo julgamento antecipado.

Ouvido o Ministério Público, entendeu desnecessário intervir no processo.

É o relatório. Passo a decidir.

Este caso é polêmico por ser provavelmente o primeiro sobre inseminação artificial após a morte do doador, com sêmen coletado em vida - tema que, com a evolução da ciência, mais cedo ou mais tarde chegaria às portas dos tribunais. Já vem sendo objeto de estudo na doutrina nacional e estrangeira há algum tempo e suscita debates que envolvem aspectos principalmente jurídicos e éticos ou morais.

O processo não pretende, a rigor, resolver um verdadeiro conflito de interesses entre a autora e o depositário do sêmen do marido falecido. Pretende sanar a dúvida levantada pela ré quanto à possibilidade de aceitar o pedido da demandante de realização do procedimento de inseminação artificial na ausência do cônjuge. Isso por não



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA
FORO CENTRAL - 13ª VARA CÍVEL

estar previsto, no termo de responsabilidade assinado pelo marido previamente à coleta do sêmen, o destino que a ele deveria ser dado em caso de falecimento.

O laboratório, portanto, não se opõe à inseminação senão pela falta de autorização por escrito do doador para a utilização do sêmen após a sua morte. E este processo pretende simplesmente dirimir a dúvida sobre a legalidade da pretensão da professora de, como esposa, utilizar o sêmen deixado pelo marido.

Quanto a essa possibilidade de dispor a autora Kátia Adriana Lernerneier do material genético (sêmen) coletado por seu marido, apesar da ausência de manifestação expressa deste quanto ao seu destino para o caso de sua morte, ao juízo parece que a questão já está resolvida pela decisão proferida à fl. 61/64, cujos argumentos são suficientes para reconhecer-se, neste momento, a existência do direito. Vale transcrever, na íntegra, o que já se disse:

"Registro, inicialmente, que não se podem confundir o sêmen e a vida com ele eventualmente gerada. A decisão não terá por objeto senão exclusivamente o material orgânico confiado à guarda do laboratório. E não se trata de amesquinhar a importância da questão trazida à apreciação deste juízo - hoje inusitada, mas que certamente será corriqueira com o evolover da ciência médica e das técnicas de fertilização artificial. Pretende-se simplesmente repelir a idéia de que venha este juízo a decidir sobre a vida.

Quanto à pretensão em si, penso que não deva impedi-la a preocupação com a paternidade. A preocupação não seria maior do que a inspirada pelos casos de inseminação artificial feita com sêmen de doador anônimo, eventualmente identificado, estando o caso em questão, em princípio, albergado pelo Direito, a partir da interpretação do art. 1.597, inciso III, do Código Civil vigente, que trata da presunção de paternidade nos casos de fecundação artificial homóloga (gametas provenientes dos pais da criança a ser gerada).

O dispositivo não restringe a presunção somente à hipótese de concepção na constância do casamento (inseminação/fecundação antes do falecimento do pai, dado que a sociedade conjugal extingue-se pela morte do cônjuge), admitindo que também se presuma a paternidade no caso de concepção fora da constância do casamento. A redação dada pelo legislador parece pretender justamente regular casos como o presente, notadamente quando inequívoca a vontade do pai, apta a sustentar a presunção mesmo nos casos de fecundação heteróloga (um ou outro dos gametas, ou ambos, provenientes de terceiros, distintos dos pais), como prescreve o inciso V.



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA
FORO CENTRAL - 13ª VARA CÍVEL

Se a vontade do pai parece ser o elemento chave a amparar a pretensão, não se pode senão entender que os sucessores do doador estejam legitimados a dispor do material genético, coletado em vida como garantia do propósito frustrado pelos tratamentos químico e radioterápico e pela morte prematura do esposo da autora, que esses tratamentos não puderam evitar. Em outros termos, podem os sucessores pretender utilizar o esperma congelado para concretizar a vontade de Roberto Jefferson Niels, ante o que prescrevem os arts. 1.829, II, 1.836, 1.837 e 1.845 do Código Civil, sendo a pretensão exercitável isoladamente pela autora, segundo o que estabelecem os arts. 1791, parágrafo único, e 1.314, *caput*, do mesmo Código.

O caráter personalíssimo do direito ao próprio corpo e, pois, ao próprio material genético, parece não impedir que se aborde o tema na óptica do direito sucessório. A doutrina já reconhecia a disponibilidade de partes destacadas do próprio corpo quando destinadas a fins altruísticos ou científicos, estando a matéria hoje regulada expressamente no art. 14 do Código Civil vigente, que ressalva a intransmissibilidade dos direitos da personalidade prescrita pelo art. 11 do mesmo Código. O disposto no art. 199, § 4º, da Constituição Federal não repele essa idéia, por não dirigir-se ao tratamento de situações como a de que cuidam estes autos, mesmo por estar a doação de esperma excluída da disciplina e das limitações impostas pela regulamentação da norma constitucional (Lei nº 9.434/97, art. 1º, parágrafo único) e, ainda assim, não parecer afrontá-la a pretensão da autora.

Importante também esclarecer que essa abordagem não pretende tratar o esperma coletado como herança deixada pelo de *cujus*. Prefere-se entrever nesse tratamento da matéria simplesmente a busca de algum regramento, diante da lacuna da lei, para a transmissão do direito de levar a cabo a vontade do falecido, sem que se deixe de reconhecer à autora o exercício de um direito próprio, mais forte e desligado do que posse lhe ter sido transferido por sucessão. Realmente, Carlos Alberto Bittar, tratando do direito à disposição sobre o próprio corpo, e fazendo referência ao Código de 1916, considera-a "essencial para a consecução dos fins do matrimônio (Código Civil, arts. 229 e 231), definido exatamente como comunhão espiritual e material entre os cônjuges para a realização dos objetivos pessoais de cada um dos filhos e para a perpetuação da espécie. Daí têm os cônjuges direitos e deveres recíprocos quanto aos respectivos corpos" (Os direitos da personalidade. 4. ed. rev. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 80).

A autora, portanto, parece ter o direito de concretizar os planos feitos em vida com o marido, utilizando-se dos meios deixados por ele, notadamente porque, segundo prescrevem os §§ 5º e 7º do art. 226 da Constituição



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA
FORO CENTRAL - 13ª VARA CÍVEL

Federal, o planejamento familiar é de livre decisão do casal e os direitos referentes à sociedade conjugal "exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". Essas normas constitucionais estão reafirmadas no art. 1.565 do Código Civil vigente e no art. 2º da Lei nº 9.263/96."

Ao juízo está claro, portanto, que há para a autora o direito de utilizar o sêmen deixado por seu marido para a concretização do planejamento de ambos, mantido íntegro até o momento da morte do esposo e não realizado em razão dela. Direito só condicionado pela inequivocidade do desejo do marido em concretizá-lo e que, especificamente no caso em questão, se traduz na autorização para utilização póstuma.

Esse desejo ou essa autorização, é certo que não vieram por escrito, sendo essa justamente a razão do ajuizamento de ação pela autora. No entanto, a falta de prova escrita produzida pelo próprio interessado não impede que a realidade seja evidenciada por outros meios e suprida judicialmente, o que também não lhe retira o caráter expresso.

No caso dos autos, é precisamente a vontade inequívoca de Roberto Jefferson Niels o que se extrai dos documentos de fls. 48/49 e 51/52, que atestam seu propósito firme de ter um filho com a esposa, apesar das dificuldades que levaram o casal a buscar técnicas de reprodução assistida e da doença da qual foi acometido. Desejo esse manifesto, mantido até a sua morte e que não será destruído por ela.

Ressalte-se que se vontade e decisão são importantes para que a paternidade se firme, as que emanaram do esposo da autora parecem ser muito mais claras do que as do pai que, não desejando filhos, mantém relações sexuais com a esposa em período fértil. A manifestação de vontade deste último, quanto à paternidade e à fecundação da esposa, é tácita; a de Roberto foi expressa.

Resolvida essa questão relativa à possibilidade de a autora dispor do sêmen de seu marido, parece que o provimento jurisdicional buscado a respeito não virá no sentido de uma determinação à ré para que realize o procedimento de inseminação. Será antes uma autorização para que o faça.



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA
FORO CENTRAL - 13ª VARA CÍVEL

Realmente, embora o juízo tenha liminarmente “determinado” à ANDROLAB que procedesse à inseminação, fê-lo porque a ação foi instaurada sob uma perspectiva de recusa. E, naturalmente, somente o fundamento dessa recusa foi desde logo afastado (a omissão do termo de responsabilidade) se mesmo com a inicial foi trazida a prova da solidariedade da ré ao desejo da demandante (fl. 46).

Assim, não será determinado à ré ou ao médico responsável que realize a inseminação em qualquer hipótese. Não por ser médico, mas por ser um cidadão que, como qualquer outro, não está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei ou de contrato. E se, como dito na contestação, não há um contrato prévio entre a autora ou seu marido e o laboratório ou o médico a respeito da inseminação, senão um simples contrato de depósito materializado no documento de fl. 38, então ao juízo não é dado obrigá-los a realizarem o procedimento contra a sua vontade.

Esse detalhe parece desimportante se, mesmo antes da propositura da ação, já dissera a ré que atenderia seu pedido se obtivesse autorização judicial, o que veio a reiterar na contestação. No entanto, ele marca a correção do argumento de defesa da ANDROLAB, no sentido da inexistência de lide propriamente dita quanto à recusa de inseminação, senão quanto à exigência de autorização judicial.

Não será, portanto, imposto à ré a obrigação de realizar a inseminação - no que a pretensão, portanto, improcede. Será a ré autorizada a realizar o procedimento conforme o desejo da demandante, apesar da ausência de manifestação por escrito do marido falecido, que se entende suprida judicialmente.

Prosseguindo, existe uma preocupação relativa à ética médica que não será propriamente resolvida neste processo, por não competir esse julgamento ao Poder Judiciário, senão aos Conselhos de Medicina. Não é objeto do processo e, portanto, esta decisão não dirá se o procedimento de fertilização, uma vez realizado, estará em conformidade com a ética médica; dirá simplesmente se a autora pode dispor do sêmen do marido falecido para conceber um filho planejado, se houve vontade nesse sentido - o que já se respondeu afirmativamente - e se há legalidade nisso.



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA
FORO CENTRAL - 13ª VARA CÍVEL

Quanto à legalidade, a verdade é que a legislação brasileira não regulamenta expressamente a inseminação *post mortem*, embora o art. 1.597, inciso III, do Código Civil a admita e firme a presunção de paternidade em caso de concepção dela decorrente. A pretensão da demandante, portanto, não é proibida e pode ser considerada legal com base no princípio constitucional da legalidade, o qual, para os particulares, ampara não só a realização de condutas permitidas como também as que não forem expressamente proibidas. A segunda hipótese é a destes autos - a de ausência de proibição expressa.

O Código de Ética Médica atualmente em vigor, aprovado pela Resolução nº 1931/2009 do Conselho Federal de Medicina - CFM, não supre a falta de regulamentação legal da matéria nem corresponde a ela, pretendendo simplesmente regular a ética, não a legalidade da conduta do profissional da medicina ou dos procedimentos que realiza. Essa norma profissional veda ao médico (Capítulo III, art. 15, par. 3º) "praticar procedimento de procriação assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo", mas não exige autorização por escrito.

Autorização por escrito era exigida pela Resolução nº 1358/1992 do CFM, em vigor à época da liminar: do cônjuge ou companheiro para que a mulher seja submetida a técnicas de reprodução assistida, dela exigindose a assinatura de termo de consentimento informado (item I, números 1 e 2); de ambos os cônjuges ou companheiros, 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" (item V, número 3; a exigência não é expressa quanto à destinação de gametas criopreservados, que com pré-embriões não se confundem).

A Resolução nº 1957/2010 do CFM, que revogou e substituiu a Resolução nº 1358/1992¹, estabelece hoje que "não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente". Se houver autorização prévia e específica, portanto, não se terá

¹O teor de todos os atos poderá ser conferido na página do Conselho Federal de Medicina na Internet: no site <http://www.portalmedico.org.br>.



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA
FORO CENTRAL - 13ª VARA CÍVEL

ilícito ético na realização de procedimento como o que foi autorizado neste processo.

Entretanto, a norma médica vigente não exige autorização por escrito para a reprodução assistida *post mortem* (diferentemente do que faz, no item V, número 3, quanto à declaração de vontade exigida para a destinação de gametas ou pré-embriões em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento). A autorização, portanto, deverá ser prévia e específica, mas se não vier por escrito poderá ser declarada judicialmente quando puder ser inequivocamente reconhecida por outros meios - precisamente o que ora se faz quanto à vontade de Roberto Jefferson Niels.

Embora, repita-se, não se esteja aqui a decidir sobre a ética, é preciso considerar - pela realidade iniludível de sempre se entrelaçarem os aspectos éticos e legais de todas as condutas humanas - que se o ordenamento jurídico autoriza o suprimento judicial, em prol de um determinado direito, de autorização injustamente negada (v.g., Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV, Código Civil, arts. 67, inciso III, 464, 1519, 1553 e 1648/1650), com maior razão deverá ele albergar a pretensão de suprimento de forma em autorização inequívoca. Nessa situação, a autorização prévia e escrita eventualmente exigida por regulamento profissional poderá ser sempre suprida pelo Poder Judiciário, quando a legalidade do ato ou procedimento avaliado, afirmada por decisão judicial, nunca poderá ser questionada por cortes profissionais.

Concluindo, pode-se dizer que a inexistência de contrato entre as partes para realização da inseminação artificial impede que se obrigue a ré a realizar o procedimento de inseminação artificial, pelo que, neste particular, o pedido deduzido pela autora não pode ser acolhido. Procede, porém, o pleito de autorização judicial para realização do procedimento, o qual, englobado pela pretensão deduzida na petição inicial, permite o seu acolhimento parcial.

Se não houve resistência propriamente dita à pretensão de realização da inseminação, senão solidariedade da ré ao propósito da demandante, reconhece-se por outro lado que a dúvida quanto à possibilidade de atendê-la de imediato era razoável. A falta de disposição por escrito do falecido tornou exigível



Estado do Paraná

PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA
FORO CENTRAL - 13ª VARA CÍVEL

pronunciamento judicial a respeito de sua vontade, suprimindo falta que não pode ser imputada a ré.

Não há, portanto, sucumbência para a demandada, tampouco para a autora, que se viu compelida a recorrer ao Poder Judiciário para a realização de seu propósito, embora por circunstância não imputável à ré. De tal sorte, impõe-se à autora o pagamento das custas processuais, porque ajuizada a causa em seu benefício exclusivo, não sendo devidos honorários advocatícios de lado a lado.

Diante do exposto, **julgo parcialmente procedente o pedido** para, confirmando, em termos, a decisão antecipatória, autorizar a ré ANDROLAB - Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia a realizar o procedimento de inseminação artificial em Kátia Adriana Lernerneier com o sêmen de seu falecido esposo Roberto Jefferson Niels.

Custas pela autora

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Curitiba, 06 de março de 2012.

Alexandre Gomes Gonçalves
Juiz de Direito