



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

BÁRBARA EMILY RIBEIRO DE OLIVEIRA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE PROJETO
PARENTAL POR PROCEDIMENTO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA
POST MORTEM A PARTIR DA AFERIÇÃO DO CONSENTIMENTO
NÃO DOCUMENTAL**

Salvador
2019

BÁRBARA EMILY RIBEIRO DE OLIVEIRA

**A (IM)POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE PROJETO
PARENTAL POR PROCEDIMENTO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA
POST MORTEM A PARTIR DA AFERIÇÃO DO CONSENTIMENTO
NÃO DOCUMENTAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ana Thereza Meirelles Araújo

Salvador
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

BÁRBARA EMILY RIBEIRO DE OLIVEIRA

A (IM)POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE PROJETO PARENTAL POR PROCEDIMENTO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM A PARTIR DA AFERIÇÃO DO CONSENTIMENTO NÃO DOCUMENTAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2019.

À minha mãe, por todo amor e apoio fundamentais para a conclusão dessa jornada.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, devo meus agradecimentos a Deus, por todas as bênçãos e objetivos alcançados. À Ele, que me concedeu a vida e me guia para que eu possa continuar seguindo o meu propósito e, sem a ajuda d'Ele, nada disso seria possível.

Agradeço também a minha Santa Bárbara, em nome das entidades de luz em que deposito a minha fé, por sempre me amparar nos momentos mais difíceis e por permitir realizar mais um sonho.

Os meus profundos agradecimentos a minha mãe, Mariane, a quem devo tudo nessa vida. Meu maior exemplo e referência de pessoa, mulher, mãe e amiga, que nunca mediu esforços para ajudar na concretização dos meus sonhos. Obrigada por ser essa mulher forte e íntegra nos seus valores, que me inspira a cada dia, a me tornar sempre uma pessoa melhor. Agradeço por todo amor imensurável, do carinho, das palavras de conforto quando mais precisei e por ser a primeira a acreditar sempre em mim.

À meu pai, Edson (*in memoriam*), por todo amor e ensinamentos que me deu. Obrigada pelo zelo, carinho e presença em muitos dos momentos importantes da minha vida, até o dia que Deus permitiu. Guardo as melhores lembranças, principalmente a referência do brilhante e competente profissional que foi, quem me inspirou a seguir sempre firme nas batalhas da vida.

As minhas melhores amigas, Ana Paula, Ana Carolina, Ana Luísa, Fernanda, Giuliana, Joana e Paloma, por serem as irmãs que eu escolhi, por estarem presentes na minha vida desde o início e, por sempre apoiarem e vibrarem junto comigo as minhas conquistas e realizações.

Agradeço também aos amigos que Faculdade Baiana de Direito me proporcionou ter. Em especial, a Carla, Fernanda, Marina, Manuela e Natália, pelo apoio, suporte e parceria indispensáveis durante essa trajetória.

E por fim, porém não menos importante, agradeço a minha orientadora e professora Dra. Ana Thereza Meirelles, pessoa a qual desenvolvi imensa admiração, não só como exemplo de profissional, extremamente competente e dedicada, mas também, enquanto pessoa que se dispôs inteiramente, durante todo o período de produção dessa monografia, a ouvir, orientar e auxiliar, sempre quando possível, de maneira

ímpar os seus orientandos, demonstrando sempre muito carinho e cuidado, que fez toda a diferença para que essa trajetória fosse ainda mais prazerosa.

“O destino é uma pequena questão de escolha”.

Augusto Cury

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar se diante da lacuna jurídica em que se apresenta a legislação brasileira, em relação a regulamentação dos procedimentos de reprodução humana assistida *post mortem*, seria possível reconhecer na hipótese de nascimento com vida do concebido póstumo, uma entidade familiar, independente da manifestação expressa de consentimento do *de cuius* em vida para que este procedimento ocorra. Primeiramente, fez-se uma análise histórica, teórica, jurídica e social, que envolveu o conhecimento acerca dos métodos de reprodução humana assistida, a partir da análise da evolução da ciência e medicina, que proporcionaram na criação de diversas técnicas, bem como, na possibilidade de conceber um ser humano após a morte de um dos seus genitores. A partir disso, analisou as suas consequências e efeitos no mundo do direito, de modo a constatar que o sistema jurídico brasileiro ainda não alcançou essa nova realidade. Além disso, verificou-se a correlação das searas do direito em que a reprodução humana assistida *post mortem* pode vir a alterar certas interpretações normativas, e com isso, abrir margem para que outras formas de aplicação legislativa ocorram no caso concreto, em virtude da ausência normativa em que se encontra essa situação. Desse modo, analisou-se os impactos no direito de família, especificamente no que tange ao direito de reconhecimento de filiação, abordando seus aspectos principiológicos e valorativos que são pressupostos para a configuração desse direito, bem como, os seus critérios e modos de reconhecimento enquanto entidade familiar. Além disso, por ser matéria interligada ao direito de família, especialmente por envolver consequências decorrentes da morte de um membro familiar, foi necessário realizar uma breve análise acerca dos pressupostos que envolve os direitos sucessórios, o que levou na verificação das suas hipóteses legais à viabilidade jurídica e social, em relação ao nascimento do concebido *post mortem*. Com base nisso, a abordagem acerca dos reflexos em que essa situação pode causar no direito de família e sucessões se manteve, em essência, a verificar como o consentimento acerca desses direitos constitucionais se aplicava em cada seara, de modo que percebeu-se, que ao se tratar da possibilidade do reconhecimento de um filho, esta situação não requer como critério indispensável para consagração dos demais direitos e garantias decorrentes desse fato, a manifestação da vontade por meio de consentimento documental. Neste sentido, abordou-se por fim, se seria possível ou não o reconhecimento de projeto parental de reprodução assistida *post mortem* a partir do consentimento não documental, de modo que verificou como os reflexos dos direitos de família e de sucessão, bem como os posicionamentos da jurisprudência atual, no que tange ao meio probatório que caracterize o consentimento em vida, podem configurar na possibilidade de aplicação do reconhecimento dessa entidade familiar, independente de manifestação expressa. Bem como, foram apresentadas, alternativas que visassem garantir os direitos decorrentes dessa situação, tanto para o concebido após o nascimento, quanto para os demais indivíduos envolvidos nessa relação, de maneira a viabilizar a melhor aplicação no caso concreto em face da ausência normativa.

Palavras-chave: Reprodução assistida *post mortem*; consentimento; documental; entidade familiar; filiação; sucessão.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art. artigo

CFM Conselho Federal de Medicina

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	18
2.1 NOÇÕES ELEMENTARES	20
2.1.1 Os principais procedimentos de procriação medicamente assistida.....	23
2.1.2 A reprodução assistida homóloga e heteróloga	26
2.2 A REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL.....	33
2.3 A POSSIBILIDADE DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>	36
2.3.1 Características gerais do procedimento	39
2.3.2 O consentimento do cônjuge falecido: disciplina normativa vigente	40
3 A FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	42
3.1 CONCEITO	43
3.2 PREVISÃO LEGAL	45
3.2.1 Do direito à filiação e do reconhecimento de paternidade	47
3.2.2 Os critérios que consagram o estado de filiação e parentalidade.....	49
3.3 PRINCIPAIS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA	52
3.3.1 Princípio da dignidade humana	52
3.3.2 Princípio da liberdade	60
3.3.3 Princípio da igualdade e isonomia entre os filhos	62
3.3.4 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	64
3.4 PRESUNÇÕES LEGAIS DE PATERNIDADE	65
4 DA SUCESSÃO	70
4.1 CONCEITO	71
4.2 O DIREITO À HERANÇA PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	73
4.3 BREVES NOÇÕES ESSENCIAIS ACERCA DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS .	75
4.4 AS ESPÉCIES SUCESSÓRIAS.....	78
4.4.1 Sucessão legítima	79
4.4.2 Sucessão testamentária	81

5 A (IM)POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE PROJETO PARENTAL DO CONCEBIDO POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM A PARTIR DE PROVAS NÃO DOCUMENTAIS.....	84
5.1 O USO DO MATERIAL GENÉTICO DO FALECIDO E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA.....	84
5.2 A UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA COMO POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DO <i>ANIMUS</i> DE CONSTITUIR FAMÍLIA POR PARTE DO FALECIDO	90
5.3 AS IMPLICAÇÕES DECORRENTES DO RECONHECIMENTO PARENTAL	98
5.3.1 A adequabilidade do reconhecimento parental: legítima ou testamentária	99
5.3.2 A possibilidade de inclusão do concebido no inventário em face dos direitos hereditários	102
6 CONCLUSÃO	111
REFERÊNCIAS.....	116

1 INTRODUÇÃO

Em razão de um avanço tecnológico que disparou em todo mundo desde a Revolução Industrial, várias áreas da vida humana acabaram sendo fortemente atingidas e profundamente modificadas ao decorrer dos anos. O surgimento de novos conhecimentos atrelado aos novos mecanismos tecnológicos, permitiram que áreas como a medicina e engenharia atuassem de maneira muito mais incisiva na vida das pessoas, de maneira que ultrapassasse o básico já esperado, solucionando cada vez mais novos paradigmas que surgiam a cada momento no contexto social.

Dentre essas novidades, um fato que marcou imensamente os especialistas da medicina, como também a população em geral, foi a possibilidade de gerar um filho a partir de mecanismos tecnológicos, sem envolver qualquer tipo de relação sexual para isso. Ou seja, com o surgimento da biotecnologia, esta possibilitou que indivíduos que desejassem ter filhos, porém estejam impossibilitados biologicamente de reproduzir por meio do procedimento clássico, possam ainda ter esperança quanto a novos meios de reprodução que permitam concretizar esse desejo.

Em tese, o surgimento dessa nova possibilidade de procriação decorreu dos inúmeros casos de infertilidade que envolviam diversos casais, e conseqüentemente, este fator levava ao insucesso da gravidez de muitos desses indivíduos. Desse modo, a finalidade inicial a qual os especialistas tinham a partir dessa criação, foi poder utilizar esses novos mecanismos reprodutivos para solucionar casos como estes que, antes não eram vistos como passíveis de solução, porém acabaram se tornando uma luz no fim do túnel para muitas pessoas.

Diante disso, tendo em vista a disseminação dos procedimentos de reprodução humana, também chamados de reprodução assistida, o objetivo inicial de solucionar os problemas de infertilidade que atormentava diversos casais que tentavam engravidar, deixou de ser a questão principal da sua utilização, passando a considerar a aplicação desses métodos como meio viabilizador de procriação, que não envolve necessariamente uma deficiência biológica de um ou de ambos os indivíduos envolvidos no procedimento, mas o mero desejo de ter filhos de maneira mais autônoma, ao ponto de permitir uma maior flexibilização quanto ao momento de efetivar esse desejo.

Entretanto, essa maior autonomia e flexibilidade temporal que agregaram a vida de muitos indivíduos que se encontram nessa situação, não restou limitada a uma mera postergação ainda em vida de ambos os envolvidos. A possibilidade de manipulação de gametas e embriões não só cumpriu com o prometido quanto a viabilização de outros meios reprodutivos, como também, viabilizou a possibilidade de que esses procedimentos possam ocorrer ainda que um dos genitores já esteja morto. E assim, diante da situação exequível, esta hipótese já foi concretizada no mundo real.

Diante disso, diversas questões e discussões surgiram envolvendo a seara médica, ética e sociológica, criando dúvidas e receios que não conseguiram ser solucionados, e isto levou conseqüentemente, a necessidade de se recorrer a seara jurídica, a fim dela servir como instrumento apaziguador e regulador desses entraves decorrentes das relações sociais provenientes do mundo real. Entretanto, até o momento, as respostas que conseguiram encontrar não foram suficientes para sanar, ou no mínimo, direcionar as pessoas que desejam realizar procedimentos de reprodução assistida *post mortem*, pelo simples fato de que essa situação, uma vez concretizada, implica o surgimento de novas realidades, até então não previstas pelo sistema jurídico brasileiro e, que perpassa por situações de extrema relevância que envolve tanto o ser concebido quanto os seus genitores, seja vivo ou morto.

A partir desse contexto, atrelada a essa problemática central, está no que tange ao consentimento que envolve os parceiros quanto a possibilidade de realização desses procedimentos de reprodução humana assistida. Enquanto vivos, ao considerar a hipótese da existência de um relacionamento, seja decorrente do casamento ou de uma união estável, a efetivação desses métodos de reprodução humana assistida, encontram embasamentos legais seguros que permitem resguardar a vontade e autonomia desses sujeitos até o momento que precede a realização desses procedimentos. Entretanto, o que não se previu, foi que como do ponto de vista científico, esses meios de reprodução poderiam se concretizar ainda que um dos genitores já esteja morto, em contrapartida, do ponto de vista jurídico, não houve uma previsão legal que resguardasse a mesma segurança jurídica quanto a vontade desse *de cujus*, em querer, e conseqüentemente conceder, que seu material genético possa ser utilizado para esses procedimentos após a sua morte. Dessa maneira, surgiram dúvidas e discussões no que consiste considerar essa possibilidade como consentida ou não ainda em vida e, de que modo esta

situação pode ser expressada e comprovada diante de um requerimento do outro parceiro ou cônjuge vivo, ao querer dar prosseguimento ao feito, tendo em vista os elementos normativos e fáticos disponíveis atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, já que não há elementos expressos quanto a essa situação.

Desse modo, se faz necessário analisar e esclarecer se seria possível o reconhecimento do projeto parental do concebido por reprodução humana assistida *post mortem* sem a necessidade de manifestação escrita do *de cuius*, passível de admitir e reconhecer, outros meios de prova para a consolidação do respectivo procedimento. Assim, ao se analisar a viabilidade do reconhecimento, a partir de outros meios probatórios, deve-se abordar também as consequências desse possível reconhecimento parental, da perspectiva da filiação e dos direitos sucessórios em relação a esse concebido, tendo em vista os impactos jurídicos que automaticamente se inserem nesse plano familiar, de modo a verificar se seria viável a aplicação de determinadas normas infraconstitucionais em consonância com as garantias constitucionais já resguardadas pelo ordenamento brasileiro.

Os procedimentos de reprodução assistida são métodos que podem ser considerados como algo que revolucionou a reprodução humana no mundo todo. Essa técnica científica foi algo que não só contribuiu para dar a chance de muitos casais realizarem seus desejos de terem filhos, como também, possibilitou que eles tivessem mais autonomia para o momento em que decidissem realizar essa vontade.

Entretanto, o que essa técnica ainda possibilita, é o fato de que mesmo após a morte do dono do material genético coletado, esse procedimento possa ser realizado, através de uma solicitação do ex-cônjuge ou companheiro (a) mediante a clínica responsável. Desse modo, ao verificar a possibilidade de poder realizar a reprodução assistida *post mortem*, acaba o mesmo incorrendo em questões de grande relevância para o direito, especialmente caso seja concebido um filho, e em relação a ele, os seus direitos hereditários e de filiação, os quais ainda não são pacificados pelo ordenamento jurídico brasileiro, apresentando inseguranças quanto a sua devida aplicação.

A partir do momento em que, por exemplo, o Código Civil de 2002 prevê em um dos seus artigos, a necessidade de ter que haver um testamento que possibilite que esse concebido possa fazer parte da sucessão desse *de cuius*, do mesmo modo que é exigido uma autorização escrita para que o cônjuge ou companheiro (a) possa

realizar esse procedimento, percebe-se que a prova documental se apresenta de modo quase inquestionável como meio probatório para que se efetive esses direitos.

Entretanto, considerando que essa relação jurídica, em tese, decorre automaticamente de uma condição biológica derivada da própria relação de ascendência paterna desse filho, e, que além disso, o *animus* de constituir família perpassa pelo próprio exercício da autonomia da vontade, a qual admite como meio mais usual de exteriorização a prova documental, o mesmo pode ser questionado tendo em vista a existência de outros meios que permitam manifestar e atestar a realidade dessas vontades, de modo que consigam atingir as suas finalidades jurídicas e pessoais, da mesma maneira como se aplica por meio de prova documental.

Desse modo, não restam dúvidas de que as várias possibilidades de realização de procedimentos de reprodução humana assistida, considerando também a possibilidade de ocorrer *post mortem*, fez surgir para aqueles indivíduos interessados, novas chances de concretizarem o desejo de terem filhos, o qual até então poderia ser considerado impossível ou difícil de ocorrer, tendo em vista as circunstâncias e realidades de cada um. Assim, conseqüentemente, este fato acaba influenciando na formação de diferentes entidades familiares, bem como no modo em que poderá ser organizado e estruturado o projeto parental de diversas uniões que carregam consigo, a vontade de em algum momento terem filhos.

Da mesma maneira, ao tratar de questões referentes a filiação e reconhecimento de entidade familiar, os efeitos jurídicos os quais decorrem dessa matéria são de extrema importância e inquestionáveis quanto a necessidade de atenção e tutela, a vista que envolvem não só a possível vida de um futuro concebido, como também, ao considerar a hipótese do seu nascimento com vida, as normas que envolvem o direito de família e de sucessão demandaram novos efeitos quanto a essa nova realidade, devendo abranger todos os possíveis envolvidos dessa relação jurídica, situação a qual não mostra com o devido grau de aplicabilidade que se espera do direito.

Por conta disso, se faz necessário que o presente trabalho perpassa por bibliografias, baseadas em livros, legislações, jurisprudência e materiais publicados a fim de garantir embasamento argumentativo suficiente que possa trazer possíveis soluções, ou ainda, sugestões cabíveis a serem consideradas no que tange essa

discussão quanto ao respectivo problema, através de falseamento de hipóteses levantadas previamente. Além disso, a abordagem desse problema irá se basear em pesquisas qualitativas que permitirá uma melhor avaliação e compreensão do respectivo objeto de pesquisa com base nos materiais selecionados.

Dessa maneira, o primeiro capítulo traz uma maior abordagem quanto aos procedimentos de reprodução humana assistida, perpassando pelos métodos existentes, características e a sua normatização diante do sistema jurídico brasileiro, de maneira a compreender, diante das técnicas existentes e o seu grau de incidência jurídica, a viabilidade da ocorrência *post mortem*, a partir do material genético desse *de cujus*.

A partir do momento em que gera a possibilidade de procriação após a morte de um dos genitores, inevitavelmente, se fará necessário analisar as consequências e os efeitos que essa situação refletirá na seara que abrange os direitos de família, ao compreender as possibilidades de filiação e os seus direitos decorrentes dessa circunstância. Desse modo, o segundo capítulo traz uma maior aproximação quanto a essas questões sociais e legais que decorrem das mais variadas entidades familiares existentes e consideradas culturalmente.

Do mesmo modo, ao tratar da hipótese de um genitor morto à época da realização do procedimento, o terceiro capítulo traz de maneira breve e pontual, as principais consequências e os efeitos sucessórios, os quais demandam a devida análise e revisão quanto as suas implicações no que consiste o problema dessa pesquisa, trazendo as hipóteses jurídicas aplicáveis atualmente e seus possíveis impactos nessa situação *post mortem*.

Por fim, o quarto capítulo, sintetiza as várias vertentes das quais envolvem este problema de pesquisa, de maneira a analisar e compreender, se diante do contexto jurídico e social atual, a reprodução humana assistida *post mortem* poderia ser um meio de configuração de projeto parental, independente da necessidade de qualquer meio documental que autorize ou indique expressamente a possibilidade deste procedimento biotecnológico após a morte de um dos genitores. Para que se chegue a uma possível opinião, e conseqüente solução diante dessa lacuna jurídica, as questões principais que culminam no entendimento básico acerca dos direitos de família e direitos sucessórios se faz presentes e necessários, a fim de nortear uma linha de pensamento que possa resguardar os direitos e garantias mínimas

protegidas constitucionalmente, que não devem ser violadas diante do silêncio jurídico.

2 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

No campo das evoluções tecnológicas e científicas, a seara biológica também obteve seu espaço de atenção e desenvolvimento quanto aos estudos e novos conhecimentos voltados para esse ramo da ciência. Mais especificamente, um dos assuntos que ganhou grande destaque e visibilidade foi a própria reprodução humana. Esta, ao ser aprofundada nas questões acerca da infertilidade e esterilidade humana pelos especialistas, pôde com o advento de novos conhecimentos biotecnológicos, avançar certos entendimentos que possibilitaram na formulação de novas teorias. Nesta linha de avanços, se encontra a própria ideia de procriação, a qual se chegou o conhecimento da possibilidade de ocorrer a reprodução humana independente do ato sexual, mesmo o casal apresentando alguma anomalia biológica (FERNANDES, 2005, p. 19).

A princípio, admitia-se a denominação dessa nova forma de reprodução humana como inseminação artificial. De antemão, vale a importância em destacar as diferenciações quanto aos conceitos de termos bastante utilizados nessa seara. Ao se tratar de inseminação, este refere-se ao próprio ato de encaminhar o óvulo já fecundado na mulher ou apenas o sêmen do homem. Além disso, por fecundação, compreende-se que é o próprio ato envolvendo a fertilização do óvulo a partir do uso do próprio espermatozoide, a qual se dá na fase de reprodução. Já o termo concepção, pode-se entender que este se refere ao próprio ser, o qual é formado a partir da junção dos gametas feminino e masculino, ocorrendo justamente após a fecundação (REGO; MALUF, 2015, p. 198).

Assim, pelo que se tem conhecimento, a inseminação artificial já ocorria com resultados satisfatórios a partir do final do século XVIII. Porém, os avanços e aprofundamentos técnicos só começaram a ocorrer a partir do século XX, quando se obteve melhores conhecimentos acerca do período menstrual da mulher e suas interferências envolvendo a fecundação, como foi tido por Ogino e Knauss, os quais eram pesquisadores de grande relevância naquele momento. Assim como, as descobertas acerca da sobrevivência do espermatozoide, o qual através do biólogo Jean Rostand, foi possível saber que essas células germinativas poderiam ser congeladas, sendo submetidas a esse tipo de conservação por um longo período sem ocorrer qualquer tipo de alteração biológica (LEITE, 1995, p. 31).

Por meio dessas técnicas, a partir de 1978, foi possível ainda outro meio de fecundação humana, inimaginável até então, na qual, a união entre os gametas feminino e masculino puderam ocorrer fora do organismo feminino, cabendo apenas a transferência desse futuro ser humano, já concebido externamente em uma proveta, para o útero da mulher a fim de dar o prosseguimento a sua evolução (SANTOS; SANTOS, 2001, p. 93).

Consequentemente, as questões que envolviam a problemática da procriação em casais cuja a esterilidade ou infertilidade os “atormentavam”, passaram a ser diluídos e passíveis de solução a depender do caso concreto, uma vez que houve melhores entendimentos acerca da própria natureza humana, e inevitavelmente, o seu modo de reprodução, atrelado aos aspectos técnicos e médicos desenvolvidos, permitiram que se chegassem a novos entendimentos acerca da relação sexualidade e procriação, assim como, iniciar uma nova era de seres humanos nascidos de origens diferentes do biológico clássico (SANTOS; SANTOS, 2001, p. 94).

Assim, as novas formas de reprodução humana passaram a adotar novos meios viabilizadores de concepções de seres humanos. A realidade atual das formações familiares, incentivou novas tecnologias a explorarem esse mundo biológico, de maneira a tentar, no mínimo, encontrar mecanismos que possibilitassem chegar próximo a uma nova forma do conhecimento reprodutivo humano (SIMONI, 2006, p. 2).

Desse modo, pode-se compreender que hoje as técnicas de reprodução humana assistida sofreram influências de alto teor social, da mesma forma que são tidas como um marco importante para a sociedade. Essas interferências médicas e tecnológicas inspiraram em novos conceitos e percepções acerca da própria sexualidade quanto da ideia de que se tinha acerca de procriação. Permite-se que, tanto a mulher quanto o homem possam ultrapassar certas barreiras e paradigmas que eles mesmos se colocavam quando se percebia que o corpo imaginado com a finalidade de também reproduzir, se apresenta impossibilitado para o mesmo (BARBOSA, 2000, p. 11).

Por essa razão, ao tornar esses procedimentos como possibilidade real de procriação, de modo a atender diversos casos concretos, de diversos casais, a própria ideia de reprodução acaba se afastando da ideia de que o corpo tem que atender a esse objetivo reprodutivo, e passa então a perceber que a relação entre a

medicina e a tecnologia poderão substituir, sem desconsiderar as relações naturais e clássicas de concepções, as relações sexuais que admitiam a mera finalidade em procriar, abrangendo também a tecnologia como meio útil de inovar as possibilidades de gestação (BARBOSA, 2000, p.12).

Assim, foi possível compreender, que as técnicas de reprodução assistida possibilitam que casais antes reconhecidos como impossibilitados possam hoje, realizar as suas vontades de reconhecimento de projeto parental, permitindo amplas possibilidades de métodos e técnicas adequadas para cada casal e caso concreto.

2.1 NOÇÕES ELEMENTARES

As técnicas de reprodução assistida perpassam por etapas de extrema importância para a sua devida aplicação, que dentre elas estão a medicina e a própria área das ciências humanas (HENRIQUES, 2009, p. 2).

É possível interpretar e admitir que as técnicas de reprodução assistida foram especialmente impulsionadas nas suas criações, devido a diversas complicações de casais nas suas tentativas de obterem uma gravidez. Assim, os avanços tecnológicos possibilitaram, que esses indivíduos, tivessem outra chance e/ou escolha, e conseqüentemente a quem possam recorrer (ALVARENGA, 2005, p.232).

A princípio, se tinha em mente de que, essas complicações de casais nas suas tentativas de gerarem um filho advinham principalmente das condições biológicas envolvendo a infertilidade. Dessa forma, admitiu-se que a principal finalidade médica em que estaria por trás desses métodos reprodutivos seria sanar esses problemas decorrentes da infertilidade para determinados casais (DINIZ; COSTA, 2005, p.1).

Dessa forma, como expõe Raquel Alvarenga (2005, p. 229), é possível compreender de maneira técnica que,

A infertilidade é a incapacidade, de um ou dos dois cônjuges, de gerar gravidez por um período conjugal de, no mínimo, dois anos, sem o uso de contraceptivos e com vida sexual normal, quer por causas funcionais ou orgânicas. A esterilidade acontece quando os recursos terapêuticos disponíveis não proporcionam cura.

Porém, é importante esclarecer que essa infertilidade a que se refere, trata de uma interpretação, a qual costuma ser adota no âmbito da saúde, especificamente na

seara médica, em que se assemelha ao que se entende como infecundidade. Entretanto, essa infecundidade pode ser interpretada como voluntária, a qual a ausência de filhos é tida como mera opção de escolha do casal, enquanto a involuntária, é entendida como aquela em que decorre de uma condição biológica deficitária de um dos companheiros ou de ambos, sendo esta a qual as técnicas de procriação tendem, a priori, se preocupa em atender e resolver essas demandas (DINIZ; COSTA, 2005, p.1).

Desse modo, é de extrema importância ter o mínimo de compreensão acerca das questões que envolvem a infertilidade, especialmente acerca das causas as quais envolvem tanto mulheres quanto homens, embora trate de questões fisiológicas diferentes, justamente para auxiliar em maiores possibilidades satisfatórias e efetivas na hora da escolha do tratamento devido.

Em relação as mulheres, dentre diversas causas que podem propiciar a infertilidade, as que são consideradas causas gerais apresentam distúrbios dietéticos, anemias agudas, estados ansiosos e fobias. Além disso, como exemplo de anomalias congênitas que também podem influenciar, pode-se decorrer da própria ausência do útero. Já como causas endócrinas, os mesmos podem ser representados por meio de insuficiência ou disfunção hipotálamo hipofisária, distúrbios tireoidianos, assim como doenças genitais podem ser causas também, como inflamações pélvicas, tuberculose e obstrução das trompas. Entretanto, é importante ressaltar que dentre esses tipos de causa, a mais recorrente de infertilidade são as causas endócrinas, que podem atingir órgãos de extrema importância do sistema reprodutor feminino (ALVARENGA, 2005, p. 230).

Já em se tratando das causas masculinas referentes a infertilidade, na maioria dos homens inférteis, suas causas decorrem de doenças que atingem e envolvem tanto os testículos quanto a própria produção de espermatozoides e/ou complicações na hora de expelir no momento da ejaculação. Além disso, problemas que envolvem alterações genéticas e distúrbios hormonais, também contribuem para esses fatores causadores da diminuição potencial da reprodução masculina (MADEIRA, 2016, p. 12-14).

Assim, a vontade de ter filhos decorrente de pessoas estéril, comumente com os avanços biotecnológicos da medicina e, a grande perspectiva de demanda dessa seara da procriação, estimulou a criação de técnicas que possam ser capazes de

alterar essa realidade vivida por tantos casais, possibilitando atender e realizar diversos desses desejos (AVELAR, 2008, p. 16).

Basicamente, entende-se de maneira geral, que essas técnicas, atualmente, envolvem a união artificial dos gametas feminino e masculino que poderá dar origem a um ser humano (DINIZ, 2017, p. 711).

Especificamente, os gametas responsáveis por esse procedimento são os óvulos, referente as células femininas, e os espermatozoides, no caso das masculinas. Pela concepção natural, para que ocorra o procedimento conhecido como fecundação, é necessário que esses óvulos presentes no ovário da mulher sejam liberados no período em que estiver ocorrendo a ovulação. Assim, a partir da produção dos espermatozoides, os quais são originados nas duas glândulas localizadas no saco escrotal, conhecidos como testículos, os mesmos deverão se unir aos óvulos, pelo menos, necessitará que ocorra a união de ao menos 1 (um) desses, e caso fecundado, o mesmo dará origem a um embrião, o qual irá se fixar no endométrio da mulher, local referente a parte interna da cavidade uterina (FERNANDES, 2005, p. 26).

Desse modo, a partir da junção dessas células, as quais carregam informações genéticas de ambos os parceiros envolvidos que dará origem ao desenvolvimento e evolução desse embrião, que se tornará um ser humano com características peculiares e específicas pertencentes desse ser (FERNANDES, 2005, p. 26-27).

Essa união de gametas realizado nos procedimentos, admite como base dois modos que influenciam nas concepções das técnicas hoje existentes. Um desses modos é a possibilidade de se executar as técnicas dentro do corpo da mulher, através do deslocamento dos gametas para o corpo desta, permitindo que a fecundação se realize internamente. Já o outro modo, permite que a fecundação se opere externamente, fora do corpo da mulher, de maneira que são os embriões que são transferidos para o útero feminino (BARBOSA, 2000, p. 2).

Assim, a criação desses métodos admite como intuito base, servir como última opção ou chance, de possibilitar que indivíduos que tenham alguma dificuldade biológica em procriar, possam receber auxílio a partir desses novos mecanismos tecnológicos. Além disso, como atesta o Conselho Federal de Medicina, em sua resolução nº 2.168/2017, é necessário apurar as condições de saúde que envolvem

os pacientes que requerem esse procedimento, assim como as possibilidades de insucessos envolvendo esse futuro ser humano.

Ademais, esta mesma resolução ratifica dentre os demais dispositivos, ideias importantes acerca da necessidade de os indivíduos envolvidos serem capazes, e juntamente a isso, deverá haver um devido consentimento livre e esclarecido, acerca das informações necessárias e essenciais acerca de todo procedimento. Além de estar previsto também, a possibilidade de os métodos serem realizados a fim de atender aos casais homoafetivos, assim como indivíduos que estejam na condição de solteiros.

2.1.1 Os principais procedimentos de procriação medicamente assistida

As principais técnicas que envolvem os métodos de reprodução medicamente assistida, conhecidas atualmente, são a inseminação intrauterina (IIU), a fertilização *in vitro* e a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI). Assim, dentre elas, há o destaque das mais complicadas, de âmbito técnico e financeiro, as quais se ferem à fertilização *in vitro* e a injeção intracitoplasmática, enquanto a que pode ser considerada a menos complicada é a inseminação intra-uterina (IIU) (BARCHIFONTAINE, 2004, p.123).

Pela inseminação intrauterina, entende-se como aquela em que o procedimento consiste apenas na introdução de espermatozoides, por meio de um instrumento chamado de cateter, o qual será colocado na vagina da mulher, sendo o mesmo indicado para casos que envolve principalmente alterações leves seja envolvendo os espermatozoides ou do próprio óvulo (REGO; MALUF, 2015, p. 101-102).

Já a inseminação *in vitro*, a mesma pode ser conhecida como método de procedimento chamado ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*), também conhecido como transferência intratubária de zigoto, o qual consiste na realização da fecundação no meio externo, ou seja, será utilizado o sêmen do homem que irá se unir ao óvulo retirado do ovário da mulher porém essa fecundação irá ser realizado em uma proveta, e após realizado devidamente o procedimento, o resultado dessa união que gerará o embrião, será posteriormente introduzido no útero da mulher a qual irá ser responsável por essa gestação (DINIZ, 2017, p. 711).

Outro tipo de procedimento de reprodução humana passível de ser utilizado é o também conhecido como FIVETE, o qual é conhecido como fertilização *in vitro* com transferência intrauterina de embriões. Por esse método, utiliza-se a estimulação de hormônios para que haja a produção de óvulos, devidamente preparados para receber espermatozoides, sendo retirados por meio de um procedimento chamado de punção guiada por ultrassonografia endovaginal, os quais serão colocados juntos com esses espermatozoides em um local chamado de placa PETRI, que ficará armazenado com temperaturas previamente ajustadas e específicas de modo que possibilite que os gametas sejam fecundados (REGO; MALUF, 2015, p. 199).

Dentre esses casos de métodos reprodutivos, os quais permitem a utilização de fertilização *in vitro*, no decorrer desses processos pode acontecer de que ao estimular a produção de óvulos, estes podem acabar produzindo mais do que o esperado, permitindo assim que se forme mais embriões do que os necessários para que se realize as devidas tentativas ao transferir para o útero feminino. Desse modo, essa situação pode gerar os casos em que a mulher corre o risco de obter uma multigestação, situação a qual pode não ser considerada segura ou, não traga a devida eficiência esperada. É por essa razão, que nos casos em que ocorra excesso de embriões, permita que esse número de excedente possa ser congelado e utilizado em futuras tentativas, caso alguma delas não ocorra como o planejado (ALVAGENA, 2005, p. 240).

Desse modo, mais uma vez, de maneira técnica, Raquel Alvarenga (2005, p.240) expõe a maneira com a qual esse procedimento envolve as biotecnologias necessárias, explicando que,

A criobiologia (estudo dos processos de congelamento de células e tecidos) permitiu a preservação de células por tempos prolongados, geralmente mantendo suas propriedades biológicas uma vez descongeladas. A tecnologia mantendo suas propriedades biológicas uma vez descongeladas. A tecnologia desenvolveu eficientes métodos de congelamento/descongelamento que permitem preservar células e tecidos em temperaturas de até -160°C, na maioria das vezes sem afetar, ou afetando muito pouco sua estrutura e funcionalidade.

Assim, percebeu-se que a opção de congelamento de embriões, ou tecnicamente a criopreservação de embriões pôde ser considerada como uma boa alternativa intermediária a esses procedimentos, de modo que, além de ser uma boa escolha para quem sofre riscos quanto a múltipla gestação, também é muito indicada para a mulher que sofre de síndrome de Hiperestimulação Ovariana, dentre outros casos,

como exemplo de quando se tem a finalidade de participação de programas de doações de óvulos ou envolve questões fisiológicas acerca do endométrio feminino (ALVARENGA, 2005, p. 241).

Além desses, existe um procedimento também bastante conhecido que permite a realização de procriação, que é o chamado método GIFT (Gametha Intra Fallopian Transfer), também conhecido como transferência intratubária de gametas, pelo qual haveria a própria realização da introdução do sêmen na mulher, com a finalidade de que se proceda a fecundação, porém nesse caso *in vivo*. Assim, entende-se que dessa forma, não iria ocorrer qualquer tipo de influência ou intervenção externa em relação junção dos gametas de ambos os sexos, ou seja, não haveria qualquer ingerência acerca do embrião (DINIZ, 2017, p. 711).

Já em se tratando da injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI), a mesma é escolhida para casos em que o casal não tenha nenhum problema envolvendo a infertilidade, que esteja relacionada com os tubos que ligam os ovários que saem da parede, ou melhor, superfície ovariana, e que levam esses ovários até o útero feminino, ou até mesmo, que ela esteja relacionada com a quantidade de produção de espermatozoides no caso do homem. Dessa forma, ela ocorre por meio de um aparelho composto por microagulhas, as quais irão injetar um espermatozoide diretamente no citoplasma de um ovócito da mulher, de maneira que esse método facilite e seja mais ágil de atuar na fecundação, evitando que o espermatozoide ainda tente ultrapassar a parede de barreira do ovócito (REGO, MALUF, 2015, p. 199).

Em razão da utilização da técnica de criopreservação, permitindo então a preservação dos gametas feminino e masculino por meio do congelamento, ela acaba estimulando o método também conhecido como a doação de gametas, seja o esperma e/ou óvulos. Dessa forma, a estimulação para a realização da prática da doação de gametas perpassa por preferências prévias, ou seja, estimula-se que sejam doadores casais que já tenham tido algum filho, ocorra a doação de pessoas férteis para indivíduos inférteis, além de que, entende-se que deve existir o consentimento livre, prévio e devidamente expressivo por parte do cônjuge ou companheiro das pessoas que irão se submeter ao procedimento (FERNANDES, 2005, p. 41-42).

Além disso, por compreender que a prática não pode estar pautada em interesses patrimoniais ou pessoais, o que por essa razão também não permite que essa prática envolva valores pecuniários, como mesmo expõe a própria resolução do Conselho Federal de Medicina. Do mesmo modo, por essa prática, há a necessidade de manter o anonimato em relação aos indivíduos doadores, reconhecendo a filiação desse filho que foi gerado pelos indivíduos que solicitaram esse procedimento. Já pelo Projeto de Lei 1.184/03 que ainda está tramitando no Congresso Nacional, a questão acerca da garantia ao anonimato se configuraria como um preceito relativo, já que seria possível conceder a este indivíduo que foi gerado, a possibilidade de conhecer suas características biológicas e genéticas, da mesma forma em permitir ter informações acerca do modo como foi concebido e outras questões similares, já que essas informações também fazem parte dos elementos que compõe e/ou entende-se como parte dos direitos da personalidade do ser humano (CORRÊA; LOYOLA, 2005, p. 6).

Desse modo, a partir da exposição dos métodos que são, atualmente, passíveis de utilização pelas clínicas e pelos casais, pode-se compreender que todos esses são considerados como principais práticas, uma vez que o método que será utilizado será específico para cada indivíduo que for recorrer à essas práticas existentes. Por esse fato, a análise criteriosa em relação a cada caso concreto torna-se de extrema necessidade por parte do responsável médico, uma vez que diversas falhas ou deficiências podem estar envolvidas e, o uso dessas técnicas dentre as finalidades de procriar, tende a diminuir a interferência dessas irregularidades fisiológicas (REGO; MALUF, 2015, p. 200).

2.1.2 A reprodução assistida homóloga e heteróloga

A partir das concepções já explanadas anteriormente, pode-se já contatar de maneira sintetizada, os métodos os quais a técnica de reprodução assistida permite realizar. Por essa razão, se faz necessário especificar um pouco mais acerca das possibilidades em que ainda podem ocorrer com base nesses métodos.

Desse modo, os métodos de reprodução assistida podem ser configurados como homóloga ou heteróloga. Quando o casal escolhe realizar seu procedimento de

maneira homóloga, a mesma é entendida como a escolha do sêmen que será utilizado e introduzido na mulher será do homem que pode ser tanto o marido, como o seu companheiro (DINIZ, 2017, p. 717).

A utilização do espermatozoide de maneira homóloga se realiza de maneira simples, por meio do médico, se utilizando do líquido o qual será injetado no óvulo da parceira, no momento em que ele estiver apto para fecundar. O mesmo pode ser indicado para casos em que os casais apresentam alguma anomalia envolvendo a própria produção de espermatozoide ou envolvendo até a mucosa cervical, abarcando também, fatores que interfiram na própria relação sexual do casal (FERNANDES, 2005, p. 29).

Basicamente, as práticas homólogas realizam-se em operações “*in vivo*”, ou seja, a mulher irá receber diretamente em seu próprio corpo, a célula germinativa proveniente, seja do seu marido ou companheiro, podendo o mesmo apenas ser coletado e inserido, caso haja previamente e expressamente a manifestação deste homem (FERNANDES, 2005, p. 72).

Assim, embora em tese esse método não pareça apresentar maiores problemas, ainda sim pode-se perceber uma forma de ratificação dessa própria permissão ao verificar o que expõe o Código Civil de 2002, em seu art. 1.597, inciso III, que expõe “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;”.

Já em se tratando da outra espécie de método, pelo procedimento de reprodução assistida heteróloga, entende-se como aquela em que permite que o material genético a ser utilizado pertença uma terceira pessoa, ou seja, a formação desse embrião poderá se utilizar de espermatozoides de outro homem que não seja o marido ou companheiro da respectiva mulher que se submeterá ao procedimento, da mesma forma, que poderá ser utilizado os óvulos de outra mulher a qual não faz parte dessa relação (REGO; MALUF, 2015, p. 223).

Dessa maneira, do ponto de vista da utilização do sêmen de outro homem que não seja o companheiro ou cônjuge da mulher receptora, o procedimento o qual será seguido, envolve o depósito de espermatozoides masculinos, os quais foram doados, mantendo-se assim o sigilo da sua identidade, bem como suas informações e características genéticas, sendo apenas analisado a viabilidade biológica quanto a

sua capacidade e efetividade de procriação. Além disso, recomenda-se a utilização desse tipo de método apenas quando for possível constatar que a infertilidade a qual envolve o casal é de fato algo que até o momento não admite solução, a fim obter a reversibilidade do problema (FERNANDES, 2005, p. 30).

Da mesma forma, quando o envolver a infertilidade feminina, especificamente envolvendo sua fisiologia uterina, a opção que têm se utilizado é a chamada cessão temporária de útero, que também é conhecida como maternidade de substituição, a qual será cedido o útero de uma terceira mulher desconhecida até o momento, a qual irá gerar um filho a partir do embrião que contém informações genéticas de outro casal. Essa prática permite diversos questionamentos acerca da maternidade, da possibilidade do direito do conhecimento acerca a ancestralidade biológica, e demais conflitos sociais e jurídicos (REGO; MALUF, 2015, p. 224).

Desse modo, sabe-se que para que possa ocorrer este modo de fertilização, é necessário que haja o prévio e exposto consentimento tanto do homem responsável pelos espermatozoides utilizados, quanto da fornecedora do óvulo que será utilizado e da própria mulher que irá gestar esse futuro ser humano. É importante ressaltar que a receptora, a mulher responsável pela gestação, ao concordar com a realização desse procedimento, concorda que ela apenas irá interferir nessa relação como mera mãe substituta de fato, ou seja, agindo apenas a fim de gerar essa futura criança, e após o seu nascimento, a mesma deverá ser entregue ao casal que solicitou e acordou junto à clínica e a mulher responsável por receptor e conceber esse filho (REGO; MALUF, 2015, p. 224).

Por essa razão, a fim de dar maior segurança e devido esclarecimento acerca dos limites os quais deverão estar enquadrados e alinhados, a própria resolução do Conselho Federal de Medicina, no exposto de nº 2.168/2017, regulamenta sobre essa questão da gestação de substituição. Dentre os critérios estabelecidos, dois se mostram de grande relevância e destaque. Assim, ao estabelecer no item VII, número 1, este limita acerca das pessoas que poderão se prestar ao papel da gestação de substituição, indicando que "...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".

Além disso, essa mesma resolução nº 2.168/2017, ao tratar do consentimento livre, prévio e esclarecido, que deverá estar assinado, pela pessoa que deverá ceder o útero, a mesma situação implicará ao casal solicitante do procedimento, bem como, deverá haver uma aprovação por escrito do cônjuge ou companheiro da cedente, caso houver. Ademais, é ressaltado e especificado a necessidade de já deixar previamente esclarecido e registrado por meio de termo de compromisso, a definição concreta de filiação a qual será reconhecida por esses futuros pais.

Essa breve ponderação acerca dos modos como esses procedimentos podem ser realizados, estes acabando refletindo alguns efeitos sob perspectivas tanto jurídicas quanto sociais. De modo a abranger as duas, uma das interferências em que perpassa essas questões envolvendo técnicas de reprodução assistida heteróloga, está a própria questão do critério de filiação o qual será utilizado (AVELAR, 2008, p. 83).

Pela própria resolução normativa utilizada pela CFM, e já exposta anteriormente, pode-se inferir que já há um entendimento e aceitação quanto a possibilidade do afastamento quanto ao critério biológico de filiação. Ao se permitir esclarecer e determinar qual será a filiação a ser registrada, posteriormente ao nascimento desse ser humano gerado, essa situação acaba servindo como hipótese para sustento dessa linha de pensamento.

Assim como, com base nos ideias que abarcam o entendimento acerca da responsabilidade parental e melhor interesse da criança e adolescente, o próprio código civil de 2002, em seu art. 1.597, inciso V, em que prevê que são presumidamente concebidos na constância do casamento aqueles que forem gerados por inseminação artificial heteróloga, mas que tenha ocorrido a prévia autorização e consentimento do cônjuge, no caso o marido. Desse modo, pode-se compreender mais uma vez, que até o próprio ordenamento jurídico já vem se posicionando a aceitar também, não limitando mais o reconhecimento de filiação apenas ao aspecto biológico, e sim reconhecendo que o aspecto afetivo também admite sua carga social, ideológica e suficiente para permitir que se construa e admita um novo modelo parental, contendo as mesmas especificidades e essencialidades fundamentais que os modelos clássicos já garantem pelo ordenamento jurídico (AVELAR, 2008, p. 83-84).

Apesar desse aspecto envolvendo a filiação afetiva e biológica se apresentar mais voltada ao viés jurídico e social, algumas questões ainda perpassam por dúvidas e inseguranças jurídicas acerca desse método heterólogo específico. Dentre esses questionamentos, está a dúvida acerca do direito desse indivíduo que foi gerado, requerer posteriormente, após atingido a sua maioridade ou até antes, para determinados casos específicos, o conhecimento acerca da sua identidade genética, ou seja, ter acesso aos seus ascendentes biológicos. Essa situação acaba trazendo insegurança jurídica e dúvidas em relação ao que poderia ser juridicamente empregado e/ou aplicado, visando todos os direitos individuais os quais estão sendo envolvidos (AMORIM; LEMOS, 2010, p. 15).

Esse direito, conseqüentemente, acaba interferindo na própria ideia da doação do sêmen ao banco de doações de gametas, o qual lhe é garantido a sua identidade como anônimo. Pela própria resolução nº 2.168/2017 do CFM, exposto no item IV, números 2 e 4, em que expressamente dispõe que será obrigatório o sigilo quanto a identidade do doador para com o receptor, bem como, o contrário também lhe é proibido o conhecimento.

Dessa forma, as situações as quais expressamente permitem que haja o conhecimento informativo acerca das características essenciais do doador, se encontram quando há alguma necessidade médica decorrente, ou seja, questões que trate de risco à saúde, porém as informações necessárias só poderão ser passadas para os médicos responsáveis ao caso, não permitindo que se conheça a identidade física e civil do doador.

Assim, questiona-se se esse dever de sigilo poderia estar retirando ou limitando o direito desse concebido de poder saber sobre o seu ascendente biológico, bem como ter o devido conhecimento acerca da sua origem, uma possível reivindicação de reconhecimento de paternidade genética, sustentada pela ideia do direito de ter um pai devidamente reconhecido.

Entretanto, bem como preconiza Maria Helena Diniz (2017, p. 278), pode-se entender que o acesso ao conhecimento sobre a origem biológica do indivíduo não interferiria necessariamente nas questões envolvendo e decorrente da filiação. Assim, é possível compreender pelos entendimentos expostos por ela, de que o direito de saber e conhecer o ascendente biológico admite uma carga de finalidade

muito mais voltada para as questões relacionadas a saúde do que propriamente filiação.

Expondo melhor esse entendimento, é possível entender que o acesso à essas informações estão relacionadas ao direito da personalidade do indivíduo, e assim, a busca por dados que envolvam questões psicológicas, físicas ou outras biológicas, que demandam uma certa necessidade. Dessa maneira, ao se permitir o acesso aos dados informacionais referentes a fisiologia e demais aspectos biológicos do doador do gameta em questão, de maneira menos restritiva, permite que esse indivíduo gerado possa, ou até mesmo juntamente com seus pais reconhecidos documentalmente, ter uma maior prevenção e precaução quanto à sua saúde (DINIZ, 2017, p. 728).

Assim, essa busca não configura, necessariamente, em reconhecimento parental ou até mesmo como uma investigação parental, já que uma vez que foi realizado esse procedimento, os envolvidos já de antemão, definiram o seu projeto parental, especialmente a paternidade e, desse modo, não iria incorrer em possíveis ações de requerimento acerca de direitos sucessórios ou até mesmo pensão alimentícia desse genitor biológico (DINIZ, 2017, p. 728).

A partir desse entendimento e conforme o que prevê a resolução nº 2.168/2017 do CFM, poderia estabelecer:

2. Um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, dos nascimentos e das malformações de fetos ou recém-nascidos provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões;
3. Um registro permanente dos exames laboratoriais a que são submetidos os pacientes, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças;
4. Os registros deverão estar disponíveis para a fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina.

Da mesma forma, nesse mesmo sentido, ao se questionar acerca da própria maternidade de substituição, esta também foi questionada acerca das suas possíveis interferências envolvendo a filiação. Seguindo a mesma linha de raciocínio, mesmo a partir da utilização dessa técnica, ainda que haja ligação biológica, sanguínea, entre esse futuro filho que será gestado e essa mulher, a qual cederá o seu útero, é possível reconhecer que a vontade e o próprio vínculo afetivo, por si só, poderiam ser suficientes para caracterizar uma relação de filiação (REGO; MALUF, 2015, p. 227).

Assim, ratificando os entendimentos já explanados anteriormente, é passível de reconhecer pela própria jurisprudência, como é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que mesmo que já haja o reconhecimento parental, sendo admitido nesse caso, o reconhecimento a partir do critério afetivo, o mesmo não exclui ou impede, de possibilitar que esse indivíduo a partir de uma determinada idade possa conhecer ou ter acesso a sua origem biológica, uma vez que esse ato envolve questões referentes e incluídas no que tange aos direitos da personalidade de qualquer ser humano (REGO; MALUF, 2015, p. 227).

Apesar de que, em comparação com outros ordenamentos jurídicos estrangeiros, essa mesma ideia acaba não sendo amplamente sustentada, tendo em vista que, ao admitir como parâmetro a legislação francesa, por exemplo, esta compreende que, ser mãe está ligada a reprodução do parto, ou seja, é aquela em que de fato irá realizar a gestação e dar a luz a esse ser humano. Desse modo, não se admite e, até se mostra repreendido, as práticas de maternidade de substituição, por poder ser passível de interpretação esta relação com possível comercialização do próprio corpo humano. Nessa mesma linha, o direito italiano também segue esse entendimento, de modo a compreender que essa prática poderá estar abrangendo uma desvalorização da própria dignidade do próprio corpo feminino, assim como o próprio embrião e futura pessoa humana (REGO; MALUF, 2015, p. 228).

Já em se tratando dos aspectos em que envolvem as técnicas de reprodução assistida homóloga, vale ratificar que a mesma não apresenta o mesmo grau de insegurança quanto aos questionamentos e dúvidas as quais envolve os métodos de reprodução assistida heteróloga, já que as principais questões envolvendo principalmente a filiação a partir do uso de gametas de genitores externos a relação conjugal, para qual o procedimento foi solicitado, não se aplicam nas técnicas homólogas, pelo fato do próprio reconhecimento de filiação, já admitir ambos os critérios como o biológico/sanguíneo quanto o afetivo (AVELAR, 2008, p. 79).

Entretanto, uma questão que ainda perpassa por esse tipo de reprodução humana, é quando envolve a discussão da possibilidade de ocorrer o procedimento de reprodução assistida *post mortem*. Essa indagação nasce justamente por conta dos avanços biotecnológicos, como a própria criopreservação, especialmente em relação aos espermatozoides, a qual implica a ocorrência de possibilidades antes inimagináveis. Assim, a partir do momento em que se percebeu, que haveria a

possibilidade de mesmo após a morte de um dos genitores, mais especificamente o masculino, ainda sim, o prosseguimento quanto a procriação iniciada pelo casal, considerado até pouco, se manter presente a mesma vontade e de fato, poder concretizá-la (AVELAR, 2008, p. 80).

Desse modo, várias indagações jurídicas surgem a fim de tentar estabelecer qual seria a melhor aplicação, tendo em vista as interferências principais que poderão ocorrer, seja no âmbito sucessório ou mesmo nos aspectos que envolvem o reconhecimento parental.

2.2 A REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL

Atualmente, sabe-se que não há legislação específica regulamentando a reprodução assistida no Brasil. Por conta disso, o que se pode considerar de mais próximo de regulamentação é a própria utilização da resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017.

Pode-se aferir que essa resolução, desde as anteriores amplamente revogadas, admitia a finalidade básica de garantir um mínimo de resguardo ao ser humano e o seu corpo, de maneira que a sua dignidade não seja afetada de maneira bruta e desumana. Dessa forma, a resolução acaba já abrangendo aspectos, desde normas fundamentais, que perpassam pela ética tratada no âmbito da medicina. Assim, este dispositivo acaba direcionando os modos e atos os quais deverão ser cuidadosamente seguidos, especialmente no que tange ao consentimento e o resguardo a real finalidade em se adotar essas técnicas de reprodução humana, a qual trata-se estritamente, a servir como outro meio de possibilitar a procriação humana, não se admitindo assim, quaisquer finalidades adversas, como possíveis interesses econômicos ou até experimentais (FERNANDES, 2005, p. 117-118).

Entretanto, não se pode afastar a existência de projetos de lei que ainda tramitam no Congresso Nacional, de maneira que se permite desde já, fazer algumas precepções acerca de como, provavelmente, o poder legislativo brasileiro poderá estar caminhando quanto ao seu entendimento ou o que pôde-se inferir até o momento presente.

A formulação dos projetos de lei, a fim de regulamentar a reprodução humana assistida, perpassam inicialmente pelo início do ano de 1990. Esses primórdios projetos legislativos, admitiam parlamentares que também tinham conhecimentos técnicos e especializados na seara da saúde, o que influenciou em formulação de argumentos predominantemente voltados para a atuação médica, de maneira a reporta-se as próprias considerações e normatizações as quais o próprio Conselho Federal de Medicina expõe em suas resoluções, o que fez com que, fosse possível compreender que os argumentos clínicos fossem mais consideráveis e enfáticos em comparação com outros argumentos valorativos. Entretanto, esses posicionamentos e argumentações acabaram perdendo espaço e poder de influência, uma vez que as modificações legislativas tiveram que acompanhar as mudanças do contexto social em que se inserem a cada momento, seja em decorrência das mudanças socioculturais quanto tecnológicas (CORRÊA; LOYOLA, 2005, p. 5-6).

Pela primeira iniciativa acerca da legislação sobre esse assunto, este ficou conhecido pelo projeto de lei nº 3.638/93, o qual foi realizado sob a autoria do Deputado Luiz Moreira, o qual definiu questões acerca dos próprios procedimentos de reprodução assistida, admitindo o reconhecimento também das práticas que envolvem a cessão de útero, a fertilização *in vitro* e a própria inseminação artificial. Já em 1997, pela autoria do Deputado Confúcio Moura, este formulou o projeto de lei nº 2.855, pelo qual expõe além das normas já tratadas no projeto anterior, os métodos de transferência intratubária de gametas, a criopreservação de embriões e a cessão uterina. Em relação a este projeto, foi acrescentado um outro projeto de lei de nº 4.665, realizado pelo Deputado Lamartine Posella em 2001, o qual trouxe inicialmente o tocante acerca da finalidade, a qual hoje é atribuída às práticas das técnicas de reprodução assistida, dispondo que os métodos de fertilização humana, especificamente *in vitro*, estariam voltados para o auxílio e efetivação da procriação para casais os quais definitivamente apresentam anomalias que os impedem de maneira natural por meio da relação sexual de conceber filhos (FERNANDES, 2005, p. 118-119).

Definitivamente, o grande salto em que se teve destaque acerca desses projetos, iniciou-se em 1999, a partir do projeto de lei nº 90/99, o qual foi conhecido e considerado como um avanço de extrema relevância, no contexto o qual foi formulado, passível inclusive de críticas e elogios, que levaram a modificações do

texto por meio de nova redação. Assim, em 2003, através de um novo projeto de lei, conhecido pelo nº 1.184, o mesmo se encontra ainda em tramitação na câmara dos Deputados. Por este projeto, de maneira geral, teve como finalidade limitar o acesso a partir de certos critérios e esclarecer demais regramentos em torno dos procedimentos (SÁ; NAVES, 2015, p. 144).

Assim, foi definido que primeiramente, os métodos de reprodução assistida só deveriam ser aplicados quando a infertilidade que atinge um ou ambos os requerentes do procedimento, não estejam relacionados às consequências advindas do próprio avançar da idade biológica, bem como, não seja algo que vise tratar possíveis doenças genéticas. Além disso, procurou estabelecer e ratificar, a ideia acerca da necessidade do consentimento esclarecido, a possibilidade de realização de doações de gametas e embriões, admitindo também, tanto a preservação quanto destruição dos destes embriões, caso exceda o número entendido como ideal para permissão da técnica, sendo este número também passível de regulamentação, uma vez que este texto traria a previsão de que só poderia haver a implantação de no máximo 3 fetos a partir de cada ciclo reprodutivo feminino. Também se permitiu a possibilidade de ocorrer a prática da cessão de útero, bem como, permitir que mulheres solteiras que tenham a efetiva vontade e desejo de procriar, possam também serem acobertadas pela facultatividade de utilização desses procedimentos, assim como, estariam garantidos aos casais inférteis (SÁ; NAVES, 2015, p. 144).

Pode-se aferir também que esses aspectos e normatizações as quais serviram como base de texto de projeto legislativo, como já suscitado, tendo em vista a base constitucional a qual deve ser seguida toda e qualquer lei infraconstitucional, não há como negar que o direito de constituir família tem sua carga ideológica nas interpretações e fundamentos os quais servem de base. Esse raciocínio pode ser compreendido assim, pelo próprio tratamento expresso em garantir que a aplicação dessas técnicas esteja especialmente relacionada aos casos de infertilidade conjugal. Por meio desse pensamento, pode-se fazer uma relação com o que preconiza Roberto Wider (2007, p. 64), ao entender que,

O conhecimento por parte da mulher ou do homem de que é estéril, via de regra se faz acompanhar de intensa frustração, seguida pelo anseio irreprímível de buscar intermediação técnica no alcance da reprodução humana.

Uma vez que o objetivo primordial da reprodução assistida é possibilitar casais inférteis a realização do propósito de ter filhos biológicos, o legítimo

interesse em questão é a liberdade do casal em dispor dos novos meios de concepção assistida.

Desse modo, pode-se interpretar que a questão da liberdade dos casais de poder dispor desses métodos de procriação, especificamente os casais que apresentam alguma anomalia genética envolvendo seus gametas, fazem com que, de alguma maneira, esse projeto enfatize, ainda que não expressamente, a possibilidade desses indivíduos poderem efetivar o seu direito de poderem constituir família. Em outras palavras, embora em um primeiro momento, para essas pessoas essa realidade se pareça distante, a partir da efetivação e concretização das técnicas reprodutivas, o mesmo podendo ser amplamente realizado, deve-se então ser garantido e resguardado o seu uso afim de preservar os preceitos e garantias constitucionais, as quais abrangem o ordenamento jurídico brasileiro (WIDER, 2007, p. 64).

Se verifica, dessa maneira, que o ordenamento jurídico brasileiro ainda está muito devagar e passivo acerca da regulamentação da reprodução assistida. Ao considerar a resolução nº 2.168/2017 do CFM como um parâmetro também jurídico a ser seguido, essa situação acaba dando margem para que outras inovações jurídicas possam advir também de outras resoluções sejam da área de saúde ou de outras áreas da ciência. Desse modo, ao compreender que as resoluções do Conselho Federal de Medicina, em especial a nº2.268/17, servem como base de instrução ética e comportamental acerca das atividades médicas, as mesmas não podem atribuir sempre parâmetros legais para a seara jurídica, ou seja, é necessário que haja a devida regulamentação legislativa, exercendo o controle social a qual necessita, uma vez, que a segurança jurídica nesses casos se faz essencial já que a atuação dessas práticas e procedimentos interferem em diversas outras searas do direito (SÁ; NAVES, 2015, p. 152).

2.3 A POSSIBILIDADE DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

Tendo em vista, as operações existentes de reprodução humana assistida, as quais têm como finalidade, realizar por meio de procedimentos técnicos, a união dos gametas feminino e masculino com intuito de gerar um futuro indivíduo. Assim, a partir da possibilidade de realizar procedimentos mediante métodos realizados em

laboratório, esta situação acaba fortalecendo o desejo de reproduzir, já que permite uma maior autonomia e segurança quanto ao exercício da sua vontade, enquanto que do lado científico, essas situações influenciaram em um maior aprimoramento e influência da engenharia genética (DINIZ, 2017, p. 712).

Desse modo, a realização de procedimentos extracorpóreas, estas ocorridas em laboratório, por viabilizarem tanto a questão daqueles que desejam ter filhos, mas não conseguem por modo natural, quanto possibilitarem escolher o momento de tentar procriar, acabou por instigar uma outra situação não prevista à época do surgimento das reproduções assistidas, que é a possibilidade da ocorrência do método de reprodução assistida *post mortem*, ou seja, após a morte de um dos genitores.

Essa possibilidade surgiu pela primeira vez, até onde se tem conhecimento, a partir da decisão de um caso que ocorreu em 1984, que ficou bastante conhecido como o caso Parpelaix. Esse caso, que envolveu o casal Alain Parpelaix e sua esposa Corinne R., decorreu de uma situação onde, Alain, após a descoberta de um câncer nos testículos, e em razão da quimioterapia a qual deveria se submeter, a fim de preservar seus espermatozoides, por conta do risco de se tornar estéril, aconselhado pelos médicos, se viu na necessidade de depositar e congelar o seu esperma. Posteriormente, após sua morte que se deu 2 anos após a descoberta do câncer, Corinne, juntamente com os parentes do casal, solicitaram da clínica responsável pelo depósito, o esperma de volta para que ela pudesse realizar uma inseminação artificial (LUCA, 2010, p. 11-13).

Entretanto, em razão da falta de previsão legal quanto a essa possibilidade de procedimento, a clínica se negou a devolver. Diante disso, essa situação ensejou em um julgamento, o qual foi proferida a decisão em favor da viúva de Alain, ao reconhecer que o *de cujus* de fato havia demonstrado a sua vontade em procriar, ao ter congelado o sêmen na clínica e por ter se casado pouco tempo antes de morrer, tendo demonstrado assim suas intenções. Além disso, pelo fato da clínica não ter comprovado a informação acerca da não intenção da devolução do sêmen mesmo após a morte, este fato fez presumir que tacitamente, a clínica tinha aceitado realizar as vontades do falecido. Assim, foi possível a devolução do sêmen à viúva, porém o procedimento não obteve o resultado desejado, em razão da demora do julgamento e, a potencialidade genética necessária para a fecundação já se encontrava prejudicada (LUCA, 2010, p. 11-13).

Assim, a possibilidade de ocorrer a fertilização, do ponto de vista da ciência e biologia, mesmo após a morte de um dos donos do material genético, já é algo incontestável desde muitos anos, em razão dos avanços constantes da biotecnologia. Porém, do ponto de vista jurídico, especificamente em relação ao direito brasileiro, o mesmo não pode se afirmar com tanta certeza, mas é possível admitir que há uma possibilidade também já aceita em virtude da legislação atual. Ao se analisar o art. 1.597, incisos III e IV do Código Civil de 2002, pode-se compreender que o legislador acabou por reconhecer e permitir tais procedimentos para fins de presunção de paternidade, admitindo assim o reconhecimento de filiação. Pelo inciso III, ao reconhecer que mesmo após a morte do genitor, se reconhece os filhos gerados por meios de reprodução assistida homóloga, podendo compreender que poderia ser usado os embriões congelados para tal procedimento, bem como o inciso IV, ao utilizar a expressão “a qualquer tempo”, permite-se utilizar embriões excedentários para o mesmo procedimento, podendo interpretar que tais procedimentos não teriam um limite temporal para serem cumpridos, podendo ocorrer tanto em vida quanto após a morte de um dos genitores (NERY, 2013, p.56). Desse modo, pode-se perceber que os métodos de reprodução assistida, partindo de uma análise inicial desde seu surgimento, admite-se com intuito de solucionar os impedimentos que atormentam muitos casais que tem dificuldade, ou estão impossibilitados biologicamente de reproduzir. Entretanto, um outro viés que essas técnicas permitem adotar, é a oportunidade de permitir que casais possam fazer planejamento familiar, sem necessitar do ato sexual em si, possibilitando a ocorrência além da procriação *post mortem*, a realização de gravidez na menopausa, dentre outras situações que antes eram tidas como algo impossível ou pouco provável de acontecer, mas em decorrência dos avanços biotecnológicos, especialmente dos procedimentos laboratoriais, esses casos já podem ser considerados absolutamente possíveis, do ponto de vista científico, embora ainda haja um vácuo específico na legislação brasileira envolvendo a regulação quanto a aplicação dos métodos de reprodução assistida (LEITÃO, p. 2011, p. 29-30).

2.3.1 Características gerais do procedimento

A priori, o método pelo qual será realizado o procedimento de reprodução assistida *post mortem*, será por meio da fertilização *in vitro*, já que se trata de um procedimento que exige ser realizada em laboratório. Entretanto, antes da fecundação propriamente dita, será necessário a realização de outra etapa, a chamada criopreservação.

A criopreservação, que admite a criobiologia como estudo, se volta para a preservação da fertilidade tanto de óvulos, espermatozoides e embriões a temperaturas extremamente baixas, a fim de conservar tanto o embrião quanto a vida fértil desses gametas. Assim, os óvulos e espermatozoides são submetidos a conservação em nitrogênio líquido, a temperaturas em torno de 196°C negativos, enquanto os embriões são submetidos a uma substância chamada glicerol, a fim de evitarem danos por conta do congelamento (AVELAR, 2008, p. 28).

Assim, a criopreservação de embriões era realizada inicialmente em razão do excedente de embriões que decorriam dos procedimentos de fertilização *in vitro*, mantendo eles em baixas temperaturas com substância química a fim de conservá-los por tempo indeterminado e protegê-los a fim de garantir futuros usos, como exemplo para novas tentativas caso as anteriores tenham fracassado ou até possibilitar novas gestações futuras, possibilidade de controle sob a quantidade de embriões, a fim de evitar múltiplas gestações dentre outras necessidades. Já em relação a conservação dos gametas, estes são congelados, inicialmente, a fim de manter a fertilidade tanto dos ovócitos quanto do sêmen, em razão de possíveis sequelas como a infertilidade por conta da submissão a procedimentos quimioterápicos e afins, como forma de prevenir possíveis transtornos ao ter que recolher o material genético em determinados momentos para a realização dos procedimentos ou até a fim de depositar para doação de material genético. Entretanto, no caso do gameta feminino, em razão de técnicas ainda não tão aprimoradas nesse sentido, esses não conseguem manter o mesmo patamar de fertilidade e sobrevivência após o descongelamento, igual aos demais (GOLDMAN, 2017, p. 26-27).

Assim, após o congelamento, poderá ser realizada alguma das técnicas extracorpóreas para procriação *post mortem*, podendo ser tanto a fertilização *in vitro*, a fim de colocar os espermatozoides e os ovócitos em um mesmo ambiente, a fim de

que gerem o embrião, para posteriormente ser transferido e gestado no corpo feminino ou mesmo a injeção intracitoplasmática de espermatozoides, pela qual há a própria introdução do espermatozoide no ovócito feminino, a fim de obter um maior grau de efetividade quanto a fertilização, para em seguinte, ser transferido para o organismo da mulher (SILVA, 2017, p. 31-33).

2.3.2 O consentimento do cônjuge falecido: disciplina normativa vigente

Como já foi dito, atualmente, a legislação brasileira não trouxe nenhuma normatização acerca dos procedimentos de reprodução humana assistida. Desse modo, em relação ao próprio procedimento em si, o que se tem até então é um contrato particular assinado pelos pacientes que desejam realizar esses procedimentos, indicando todas as questões necessárias relativas ao feito (LEITÃO, 2011, p. 30).

Entretanto, as normas até então existentes acerca dos procedimentos de reprodução humana assistida são as que estão dispostas pelo Conselho Federal de Medicina. Em sua resolução 2.168/2017, em relação ao que dispõe sobre a necessidade de consentimento, este documento traz além da exigência no que consta acerca do consentimento livre e esclarecido, para a própria realização do procedimento e, do consentimento em relação a possibilidade de reprodução humana assistida *post mortem*.

Em relação ao consentimento livre e esclarecido, o mesmo se volta para uma atuação decorrente da relação médico e paciente para a realização do procedimento, por meio de uma autorização, a qual sintetiza um acordo e uma concordância de ideias e esclarecimentos acerca do devido procedimento a ser seguido e as suas consequências (AVELAR, 2008, p. 140).

Já em relação ao consentimento em relação a procriação *post mortem*, esta, segundo a resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, em seu capítulo VIII, entende-se que poderá ocorrer o procedimento desde que haja previa autorização específica pelo *de cujus* para utilizar o material criopreservado, devendo estar de acordo com a legislação vigente no momento. Entretanto, a questão em relação a lei vigente é algo vago, já que há uma lacuna em relação a isso, já que a

legislação atual não traz nenhuma especificidade em relação ao modo como deverá prosseguir essa autorização.

Além disso, é importante ressaltar, que as normas presentes na resolução do Conselho Federal de Medicina são normas que regulam condutas éticas e morais dos profissionais da medicina, e desse modo, se atenta principalmente a regular essas questões, enquanto que a própria prática dos procedimentos demandam uma normatização, decorrente do devido poder legislativo, o qual de fato tem força de lei, o que não se aplica aos dispositivos decorrentes do CFM. Desse modo, o que se ocorre atualmente, são práticas que não detêm regulamentação, permitindo uma abertura de possibilidades de atos (embora dentro dos limites éticos médicos normatizados), o que conseqüentemente, permite também uma maior liberdade ao modo de consentir/autorizar previamente para a ocorrência desses procedimentos (GUALBERTO, 2015, p. 28).

Assim, ao não haver concretude e especificidade ao tratar do devido consentimento pelo cônjuge, também admitindo a possibilidade do companheiro ou companheira, esta mesma situação possibilita uma maior interpretação do modo como esse ato pode ser demonstrado. Por só haver projetos de lei existentes até o momento, mas ainda sim fracos no sentido de discussão e profundidade técnica, essa situação acaba por permitir a continuidade de interpretações relativamente amplas e extensivas acerca tanto das técnicas as quais devam ser empregadas, quanto dos impactos jurídicos possíveis de existir (MADEIRA, 2016, p.107).

3 A FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A filiação é compreendida como a vinculação que estabelece uma das relações de parentesco do indivíduo. Nesse caso, trata-se da relação entre pais e descendentes, sendo estes os filhos, configurando o primeiro grau de linha reta da relação de parentesco (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 569-571).

Entretanto, sabe-se que com os novos contextos atuais, evoluções doutrinárias e valorativas, a relação de filiação clássica a qual se entendia admite hoje compreender outras origens diversas da relação sexual propriamente dita. Assim, considera-se hoje como fatores propulsores para o reconhecimento da filiação a realização de procedimento de inseminação artificial homóloga e heteróloga e as relações socioafetivas entre indivíduos que não constituem relação consanguínea (DINIZ, 2011, p. 479).

Além disso, apesar do contexto atual ter permitido uma maior abrangência quanto a consideração dos modos de se obter e conceber um filho, a mesma não prospera em relação aos modos de reconhecimento, já que hoje não se configura mais diferenciar na realidade prática dos deveres e direitos um filho oriundo de uma relação matrimonial daquele oriundo de relações, as quais eram consideradas proibidas ou impedidas de se configurarem, ou mesmo fora de uma relação de casamento (DINIZ, 2011, p. 481).

Assim, desde o surgimento da Constituição de 1988, seus valores compactuados repercutiram, e tiveram que repercutir, por todas as demais searas do direito. Dessa forma, no que compete ao direito de família, especialmente na parte de filiação, os seus novos ideais mudaram certas formas interpretativas e redirecionaram outras para a criação de normas as quais permitem admitir outros modos conceptivos, que não se restrinjam mais à apenas o fator biológico dos indivíduos, considerando fatores como o cultural e social como bases originárias também incisivas na configuração desse parentesco, tendo em vista, as influências necessários dos princípios constitucionais na concretização dos atos civis (LÔBO, 2017, p. 211).

3.1 CONCEITO

A ideia de filiação perpassa por cenários sociais considerados base fundamental de uma sociedade. Ela reflete as consequências e efeitos das formações conjugais das pessoas, mais especificamente, em relação à formação da família. Entretanto, da mesma forma que a ideia de família vem mudando seus aspectos e reflexos com base nos modos culturais da sociedade, isso também impacta nos diferentes modos em que a própria ideia de filiação irá atuar como direito de qualquer indivíduo.

A priori, pode-se compreender a filiação como a própria relação de consanguinidade entre pais e filhos, ou seja, refere-se as relações de parentesco, especificamente de primeiro grau e em linha reta, estabelecendo ligações entre os pais e filhos, ideia entendida também juridicamente (GONÇALVES, 2017, p. 313).

Entretanto, com base nos ideais principiológicos os quais regem a Constituição Federal de 1988, juntamente com as suas novas diretrizes, entende-se que o conceito de filiação não se pode limitar apenas as ideias biológicas de consanguinidade, já que, se voltar estritamente a esse único pensamento, acaba recaindo de alguma maneira em possíveis discriminações entre os filhos. A visão constitucional já prevê que deve haver igualdade e impossibilidade de tratamento, de qualquer tipo de diferenciação de maneira discriminatória entre os filhos, sejam eles frutos de uma relação matrimonial ou não (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 571).

Assim, a partir do momento em que surgiu novos mecanismos de procriação, da mesma forma como novas aceitações sociais de relações afetivas e de convívios, o direito de filiação seguirá acompanhando esses novos contextos. Desse modo, sejam decorrentes de relações sexuais, ocorridos dentro de um casamento ou fora, da mesma forma de relações anteriores ou de relacionamentos estáveis, de métodos biotecnológicos de reprodução assistida, por decisões judiciais para viabilizar adoções, ou até mesmo, pela própria relação afetiva, por si só, já condizem e caracterizam como fatos que ensejam na obrigatoriedade de filiação, cada qual configurando do seu modo particular (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 571).

Os novos conceitos exercidos hoje, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, correspondem a tipos de filiação que vão para além do vínculo consanguíneo. Dessa forma, pode-se admitir, dentre essas novas definições, que o vínculo socioafetivo é algo que é contribui significativamente para essa nova compreensão, principalmente

decorrente das novas relações de convivência. Assim, o parentesco passou a ser aquele também decorrente da afetividade, da própria relação de convivência e sentimentalismo, situações as quais ensejam no próprio ato de adoção, por exemplo, a qual, ainda que dependa de um reconhecimento judicial, perpassa quase que involuntariamente, por uma troca de sensações e sentimentos de identificação, fraternidade e amor, aspectos os quais também são considerados para a efetividade desse reconhecimento parental (DIAS, 2017, p.410).

Acompanhado desses avanços, a propagação dos métodos de reprodução assistida vem logo atrás desses novos conceitos atuais, de modo a integrar essa nova identificação de vínculos parentais. Assim, “A partir do momento em que se tornou possível interferir na reprodução humana, a procriação deixou de ser um fato natural para subjugar-se à vontade do homem” (DIAS, 2017, p. 411).

Desse modo, pelo próprio fato de a mera vontade do indivíduo ser considerado hoje um elemento que admite um potencial significativo para o reconhecimento, se afastando da exclusividade genética como requisito, essa situação acaba ensejando em soluções diversas e não lineares.

Ou seja, ao mesmo tempo em que esses métodos permitem que pessoas que tenham dificuldade para engravidar possam realizar esses desejos, sejam elas casadas, separadas, solteiras e até viúvas, passíveis de configurar a parentalidade, eles também permitem que pessoas doem seus óvulos e espermatozoides, e ainda sim, não configurem como pais diretamente dessa gestação. Assim, as presunções acabam também por se relativizar e conseqüentemente, a demandar a vontade dos indivíduos em constituir filhos como algo expressivo e passível de considerar como requisito para a configuração e reconhecimento dos mesmos (DIAS, 2017, p. 411).

Com essas interpretações, é possível verificar uma outra visão, a qual esses novos pensamentos ideológicos acerca do conceito de filiação permitem visualizar e compreender. Para além do acompanhamento ideológico construído constantemente com a evolução da sociedade, a filiação é um elemento passível de caracterização da garantia do direito a dignidade do indivíduo. E assim, sendo visto como um modo de constituição de dignidade humana, passível de interpretação pela própria interpretação normativa constitucional, merece atenção para a sua proteção e capacidade de efetivação do seu exercício de pleno direito, livre de qualquer ato

de impedimento ou discriminação, que impeça que um dos valores de grande repercussão constitucional e infraconstitucional seja limitado ou restringido, em desfavor do próprio indivíduo exercer seus direitos decorrentes de sua existência enquanto homem e cidadão em sociedade (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 568).

Assim, para que se efetive a finalidade da filiação, a qual abarca muitas questões fundamentais, legais e principiológicas, limitar-se a única e estrita ideia genética não estará resguardando de fato o propósito legal protecionista a qual possivelmente foi a intenção do legislador, e a sua interpretação extensiva a que a norma permite realizar, de maneira que seu conceito seja construído.

3.2 PREVISÃO LEGAL

Pelas interpretações que se faz tanto do texto constitucional quanto das leis infraconstitucionais, percebe-se que houve um grande progresso de reconhecimento da dignidade entre todos os filhos ao estabelecer previsões que indiquem o dever do exercício de filiação.

A Constituição Federal de 1988 trata da filiação de maneira abrangente quanto aos deveres e atribuições das famílias. Começando pelo art. 227, a referência à filiação está sendo abarcada, principalmente, pela própria ideia do “dever à dignidade”, como uma das atribuições da família perante seus filhos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Assim, pelo que já foi exposto anteriormente, o dever de garantir a dignidade à um filho envolve também, como reflexo do seu direito a personalidade, o reconhecimento tanto da paternidade quanto da maternidade.

Corroborado com esse dever constitucional, a própria lei de Registros Públicos estabelece os requisitos e o regramento o qual deve os pais se pautarem, a partir do nascimento dos filhos, para exercerem esse reconhecimento garantido a qualquer indivíduo, como assim prevê o art. 51 da lei 6.015/73,

Art. 51. Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro no cartório do lugar em que tiver ocorrido o parto, dentro de quinze (15) dias, ampliando-se até três (3) meses para os lugares distantes mais de trinta (30) quilômetros da sede do cartório.

No entanto, sabe-se historicamente que a ciência jurídica se pautou por muitos anos em estabelecer uma diferenciação entre aqueles filhos nascidos durante o casamento e aqueles nascidos fora da união matrimonial. Assim, era priorizado legalmente, estabelecer normas que tratassem dos filhos nascidos da relação de casamento, agindo como forma de proteção inclusive, de garantir não só o direito legal de filiação do nascido, como também, de preservar a moral e os bons costumes da base da sociedade que é a família, como algo que deve ser constituída pelo casamento (DIAS, 2013, p. 360).

Dessa forma, a partir do momento em que a Constituição Federal de 1988 nasce pautada e detêm como finalidade, especialmente, de garantir os direitos fundamentais e humanos, esse modo de entendimento acerca do estabelecimento de filiação a partir do casamento muda. E com essa mudança, a diferenciação de tratamento acerca da filiação entre os filhos nascidos na constância do casamento e os nascidos fora desse regime, acaba sendo abolida constitucionalmente, como previsto no art. 227, § 6º em que diz que “§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”.

Dessa forma, o próprio Código Civil de 2002 decidiu não só acompanhar esse entendimento constitucional, como prevê no seu art. 1.596 a mesma redação. Entretanto, esse Código Civil de 2002 ainda traz de maneira indireta, uma diferenciação acerca de um modo de tratamento quanto aos filhos (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 567).

No que diz respeito ao Capítulo II “Da filiação”, na qual as referências tratadas em relação aos filhos, soam diretamente para aqueles constituídos na constância do casamento. Enquanto que, no capítulo seguinte, referente ao “Do Reconhecimento dos Filhos”, os artigos tratados fazem referência aos filhos concebidos fora do casamento.

De alguma forma, embora o legislador não faça referência diretamente, acaba assumindo um papel de continuar com a discriminação, mas dessa vez com foco para a ideia da presunção de paternidade, configurando essa presunção, com base

no que foi estabelecido pela estrutura do casamento e com base no que não admitia essa relação matrimonial (DIAS, 2013, p. 360).

3.2.1 Do direito à filiação e o reconhecimento de paternidade

Os efeitos da filiação já repercutiam em diversas discussões e situações sociais anos antes do advento da Constituição de 1988. Ainda que de maneira discriminatória, por influências principalmente religiosas para o contexto social da época, a consagração dos laços familiares só seria socialmente reconhecida caso fossem decorrentes de a união matrimonial entre homem e mulher. Desse modo, os filhos considerados legítimos seriam os que nascessem na constância do casamento, enquanto os considerados ilegítimos seriam os fossem oriundos de relações não matrimoniais. (BOSCARO, 2002, p. 60).

Além disso, persistia ainda à época, antes do surgimento do Código Civil de 1916, as consequências dessa discriminação e separação de considerações de filiação. Um exemplo disso, era que ainda que reconhecesse a filiação, seja legítima ou ilegítima, só poderiam participar da sucessão legítima aqueles herdeiros legítimos, os considerados naturais. Os filhos considerados ilegítimos só poderiam fazer parte da herança por meio da sucessão testamentária, e só na falta dos filhos legítimos que sucederiam os ilegítimos (BOSCARO, 2002, p.61).

Assim foi influenciado, as normas do Código Civil de 2002, quanto as premissas do reconhecimento das relações parentais. Aos poucos, foram criados, ainda que admitindo diferenciações quanto a origem dos concebidos, normas que estabelecem o direito de reconhecimento parental (GONÇALVES, 2013, p. 320).

Esse direito perpassou primeiramente pela consagração da entidade familiar, ao admitir filho legítimo aquele decorrente do matrimônio, o próprio Código Civil de 2002 previu o art. 1.597. Deste artigo, ao tratar sobre as questões de presunção de paternidade, ele apenas restringe as hipóteses demasiadas aos filhos concebidos durante o casamento (GONÇALVES, 2013, p. 320).

Já em se tratando daqueles em que antigamente eram considerados ilegítimos, de maneira a consagra-los algum reconhecimento, foi estabelecido pelo Código Civil de

2002 no capítulo III, a partir do art. 1.607, a parte do reconhecimento dos filhos, no qual tratará das hipóteses em que os concebidos são originados a partir de relações não matrimoniais (GONÇALVES, 2013, p. 320).

Desse modo, a criação desses sistemas infraconstitucionais em relação tanto a filiação quanto ao reconhecimento parental, se deu basicamente em razão dos valores em que o desenvolvimento humanitário e social possibilitaram consagrar com a finalidade de resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana visando todos os indivíduos, assim como perpetuar o amadurecimento justo da personalidade dos mesmos (ALMEIDA, 2004, p. 2).

Assim, considera-se como um direito decorrente do próprio exercício do direito da personalidade, uma vez que ele é indisponível e ao mesmo tempo faz parte de uma das vertentes relacionadas aos direitos fundamentais. Desse modo, a filiação acaba carregando essa ascendência valorativa, da qual ordenamento nenhum pode abrir mão de resguardar e fazer prevalecer (DIAS, 2013, p. 370).

Dessa valoração, destaca a ideia relacionada ao estado de posse de filho, a qual admite-se diversos parâmetros interpretativos, já que as atribuições que permitem a configuração parental vão além dos clássicos biológicos. Assim, esse estado não decorre necessariamente do nascimento do indivíduo perante a sua família genitora, já que dependerá do desejo de ambos em configurarem essa relação parental (DIAS, 2013, p. 370).

Entretanto, em decorrência da necessidade de efetivação do direito a personalidade, conceder que o indivíduo faça parte de um anseio familiar faz parte de um desses pressupostos. Ao possibilitar que ele possa conhecer a sua origem genética ou possibilitar o reconhecimento parental a partir de outros mecanismos, o seu pleno exercício estará legitimado e possivelmente efetivado, permitindo que esse vulnerável desfrute das condições em que lhes são resguardados por direito (DIAS, 2013, p. 370)

Embora formalmente ainda exista resquícios de diferenciações quanto à origem do concebido, o mesmo não se prospera na prática, ou ao menos não deve prosperar, já que admitem igualmente direitos sem distinção. Desse modo, em face de concretizá-los e garantirem o pleno direito de formarem a sua personalidade de maneira harmônica, a configuração da sua identidade pessoal acaba perpassando

necessariamente por essas questões parentais. Isso ainda dependerá da importância em que cada indivíduo no seu contexto social irá dar para influenciar de maneira positiva, ou não, na sua personalidade, porém, é indiscutível reconhecer as consequências positivas em que a estabilidade parental, devidamente reconhecida e exercida, geram para a vida dessas crianças e adolescentes em todas as áreas da sua vida (LÔBO, 2017, p. 212).

3.2.2 Os critérios que consagram o estado de filiação e parentalidade

Pelo entendimento que se propaga hoje, percebe que tanto doutrinariamente quanto jurisprudencialmente, que o conceito de filiação já apresenta diversas variações de significado.

Desse modo, admite-se outras relações e critérios parentais de filiação que geram tanto efeito quanto o clássico já consagrado pelo direito de família. Assim, consideram-se como critérios para reconhecimento de filiação o critério biológico, o jurídico/legal e o critério socioafetivo (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 590).

Assim, pelo próprio critério biológico, entende-se por aquele em que a referência está derivada da própria genética do indivíduo. Essa o qual, foi propagada e interpretada pelas normas anteriormente, em que defendiam sempre os valores da tradição da família brasileira, e assim privilegiar o vínculo de consanguinidade como requisito essencial (DIAS, 2013, p. 372).

Desse modo, reforçando a ideia sustentada por muito tempo pela doutrina e jurisprudência ao restringir a filiação à ideia biológica, esta, também perpassa por outros fundamentos passíveis de serem atribuídos a sua colocação como clássica, como realça Fabíola Santos Albuquerque (2005, p. 5):

O prestígio à consangüinidade guarda consonância com os valores que serviram de lastro ao Código Civil/16, cujo viés patrimonialista era o signo distintivo. A manutenção e a preservação do patrimônio da família perpassavam necessariamente pelo crivo da legitimidade das relações. Somente com a incidência de valores humanistas, norteando as relações jurídicas e seus influxos nos institutos eminentemente privados - família, propriedade e contratos é que se inicia um processo de oxigenação e de revisitação crítica a alguns dogmas.

E com os reflexos dessas mudanças em que esses novos valores perpassaram por novas interpretações, servindo de mecanismo para outros valores os quais puderam

criar um novo critério a ser seguido e utilizado, que foi o do socioafetivo. Com ele, pode-se perceber que há varias margens as quais permitiam consagrar e justificar como filhos, aqueles em que pela mera utilização do critério biológico não seria capaz de fazer reconhecer o direito desse indivíduo.

A partir do momento em que se reconhece a afetividade como algo relevante para caracterizar uma relação parental, isso permite abrir portas para a consideração a partir de outros meios apartes do requisito consanguinidade, já que o mesmo pôde ser reconhecido como elemento de extrema importância para a formação da identidade (DIAS, 2013, p. 381).

Como efeito direto, percebe-se o ato de adoção uma expressa representação dessa relação socioafetiva como algo de extrema importância também. Admite-se em conjunto a ideia da convivência em família como algo que expressa as relações filiais mais próximas (ALBUQUERQUE, 2005, p.5).

A socioafetividade acaba sendo reconhecida como um critério para o estabelecimento da filiação tendo em vista que os efeitos da sua prática possibilitam concretizar a paternidade de maneira muito mais próxima de refletir e expor a realidade da relação. De tal modo, permite sustentar os seus reflexos em razão da consagração de permitir influenciar, de uma maneira ou de outra, na formação da personalidade do indivíduo, a qual está pautada e resguardada como um direito fundamental inerente ao ser humano, que é a base da sua identidade. Dessa forma, não há rompimento legal que descaracterize as influências que a convivência socioafetiva cria nas relações familiares (DIAS, 2013, p. 381/382).

Além desses, existe também o critério jurídico ou legal, a qual admite-se como base da sua incidência, as previsões legislativas do texto de lei. Assim, esse critério enseja na consideração da ideia da presunção legal, a qual admite como base também as relações familiares construídas a partir do casamento (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 591).

Assim, partindo do pressuposto das relações estáveis, especificamente das relações matrimoniais, o Código Civil de 2002 acabou se pautando a admitir como decorrência parental, a fidelidade e exclusividade do casamento, entendendo que o Código deveria se aplicar às demais relações conjugais. Percebe-se que o próprio legislador quis dar uma maior relevância às essas concepções, tanto que as

primeiras hipóteses previstas no art. 1.597 do Código Civil de 2002 estão direcionadas aos filhos concebidos na constância do casamento, embora estas já não terem tanta relevância e prioridade no contexto atual (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 592).

Porém, o critério legal possibilita uma segurança maior para o reconhecimento dos filhos. Isso decorre da própria previsão legal de que, ao configurar de fato a relação parental, os responsáveis devem efetivar essa relação por meio de um registro. Assim, o registro de nascimento, ainda que se dê tempos depois, constitui além de um dever, um instrumento que colabora com os efeitos da presunção de paternidade legal, permitindo que se reconheça como verossímil as situações apresentadas (DIAS, 2013, p. 373).

Consubstanciando a eficácia do registro como instrumento de prova para assegurar as relações parentais, prevê o art. 1.609 do Código Civil de 2002, outros instrumentos que permitem configurar essa veracidade do reconhecimento parental para além das presunções restritas e disciplinadas basicamente pelas relações matrimoniais:

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Assim, admitindo diversas possibilidades de efetivar a filiação e o reconhecimento parental, essa situação só ratifica ainda mais a ideia de ser um preceito fundamental. Isso porque, ao exercer esse ato, ainda que seja voluntário ou não, acaba materializando uma das principais causas legais para o exercício e a prática de direitos e deveres os quais são plenamente exigíveis, e decorrem da filiação parental, como os próprios direitos sucessórios, os deveres de mutua assistência, dever de garantir os alimentos do menor (DIAS, 2013, p. 373).

Desse modo, percebe-se que todos os critérios, de alguma forma, acabam se completando, ao reconhecer suas características e peculiaridades as quais

demonstram extrema funcionalidade prática para a realidade atual. Ao verificar a utilidade e relevância de todos, isso permite tanto ao legislador, doutrinador e aplicadores do direito a não considerar mais uma ascendência maior entre um ou outro critério, já que a sua aplicação devida se dará com base nas carências e exigências as quais o caso concreto demandará (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 590).

3.3 PRINCIPAIS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Sabe-se que as normas jurídicas se constroem com base em princípios e regras as quais compõe o contexto da sociedade a qual à acompanha. Assim, não tem como negar que os princípios servem como referência essencial para a construção do ordenamento jurídico (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 67).

O direito de família representa uma seara jurídica que expressa veementemente as suas influências principiológicas culturais das velhas e novas ideologias sociais, através dos efeitos no caso concreto, e dessa forma, apresenta também principais elos de referências que caracterizam com ímpeto o seu regramento.

3.3.1 Princípio da dignidade humana

O ser humano ao agir em sociedade, ele recai em ações e sensações que permitem a construção de representações para ele. A partir dessas representações, o indivíduo pode se permitir escolher o que refletirá sua existência em sociedade, e desse modo, configurar o que representa, colocado em palavras, o termo vida. Essas representações, decorrem basicamente de interações que se tem diante de objetos e fatores externos que permitem que o ser humano crie intimamente, a ideia do prazer ou do desprazer diante de tais situações. Decorrente dessa interação, essa situação passa a ser chamado de sentimento, tendo em vista caracterizar o que decorre do subjetivo do indivíduo em decorrência das representações as quais fazem parte o ser humano em meio aos aspectos externos. Essa interação iniciada pelo ser humano, admite uma concepção de ações relacionadas ao fazer ou

desfazer do indivíduo, as quais se amoldam segundo uma ligação à consciência da capacidade de realizar essa determinada ação, sendo esta situação conhecida como arbítrio, enquanto a não relação com a consciência se configura como mero desejo. Assim, o núcleo fundamental considerado como conteúdo interno base do querer do indivíduo, como pressuposto da razão ao determinar o arbítrio de cada ação, se baseia na ideia da vontade, sendo esta, passível de abranger tanto o mero arbítrio pessoal quanto o desejo subjetivo como elementos que compõe essa vontade (KANT, 2013, p. 20-21).

A partir desse arbítrio, pode-se compreender que este decorre da influência a qual é gerada em razão de um estímulo externo, não sendo aplicada pura e simplesmente decorrente da razão. Entretanto, ao aplicar a ideia da razão pura em relação ao modo e aplicação do arbítrio, este por sua vez, só atingirá patamares superiores de influência sobre os indivíduos, partindo da concepção do uso dos princípios e, tendo em vista a falta de lei em relação à matéria especificamente, como algo caracterizado de lei suprema que reflita uma posituação legal referente a comandos decorrentes de causas subjetivas do indivíduo que não coincidam com elementos objetivos do mesmo. Por meio desse fundamento, perpassa a noção de que, as leis criadas com base em questões dessa similitude, diversas dos fundamentos que detêm como base a natureza, porém envolvendo os ditames acerca da liberdade, refletem o que se chamam de questões morais, as quais admitem diferentes interpretações a depender de suas colocações em determinadas situações sociais. Ao se tratar de ações referentes as questões externas das ações humanas, que estejam também de acordo com a legislação em questão, essas ações tratarão da interpretação jurídica dessas questões. Já por outro lado, ao se configurar como fundamento da prática de ações, estas irão se refletir aspectos éticos. Dessa forma, essas leis ao tratarem tanto do meio exterior, refletindo o que se entende pela legalidade, quanto do meio interior, refletindo a moralidade, essas leis ainda sim, estarão admitindo como base fundamentos relacionados ao sentido subjetivo e interno do indivíduo, já que para a configuração das suas representações, ambas perpassam por essa noção intrínseca. Por esse modo, ao admitir o uso de leis que reflitam a liberdade e, estas se utilizem do arbítrio e suas leis puras da razão para a afirmação dos mesmos, o conteúdo com o qual deverão se pautar para afirmarem o seu exercício são aspectos internos e subjetivos, sejam para se basear as ações

tendo em vista o arbítrio relacionado a questões externas ou internas dos indivíduos (KANT, 2013, p. 22).

E é com base nessas noções, abarcando as representações internas e externas pautados nos aspectos principiológicos e, reconhecendo a existência de uma norma universal necessária a fim de orientar as ações humanas em diversos aspectos e espaços em que, se dá o pontapé inicial e fundamental para tratar da particularidade referente ao princípio da dignidade humana.

Ao tratar da noção de dignidade humana, se faz necessário refletir acerca do que traz em essência o seu conceito jurídico. Este, por sua vez, pode ser considerado como um conceito de natureza indeterminada, o qual compreende-se como aqueles conceitos onde a estrutura normativa em questão apresenta um vazio no seu conteúdo ou ainda, que dependem de influências valorativas externas para que o seu conceito possa ser modulado conforme a necessidade do caso concreto, permitindo uma maior flexibilidade de utilização e aplicação pelos operadores do direito. Dessa maneira, o conceito de dignidade humana acaba por se encaixar exatamente nesse patamar de natureza conceitual, tendo em vista que a noção da qual decorre o princípio da dignidade humana é bastante amplo e não apresenta delimitações concretas ou taxativas nos textos normativos. Por conta disso, se verifica a necessidade de conceituar a dignidade humana conforme o influxo valorativo integrado com os elementos sociais existentes à época da sua aplicação conforme a situação do caso concreto (GARCIA, 2015, p.53-54).

Entretanto, ainda que seja admitida a valoração do conceito normativo com base no caso exposto da realidade, para que haja a devida conceituação para a aplicação desses conceitos indeterminados, ao se tratar de dignidade humana, esta, ainda que se aplique dessa maneira, não se obsta a existência de um núcleo que apresente um conteúdo mínimo que não esteja relacionado necessariamente às situações do caso concreto, ou seja, um conteúdo que seja subjetivo e abstrato. Essa ideia é passível de se compreender, a partir do momento em que, é possível agregar a esse conceito análises de cunho sentimental, subjugando a ideia do tratamento técnico racional exigido demasiadamente pelo sistema jurídico. Essas análises decorrem de uma visualização e conhecimento histórico-temporal, a partir do estudo decorrente da própria sociedade, da qual permite inferir questões similares de cunho valorativo, ainda que mínimo, que permite já caracteriza a priori algumas noções de dignidade

humana. Porém, não se pode afirmar, que essa concretização conceitual de maneira valorativa e sentimental, por si só, é capaz refletir metodologicamente o conceito jurídico ao qual se predispõe a fazer. Por esse modo, se faz necessário a devida confirmação desses preceitos subjetivos, com elementos nitidamente objetivos, que possam refletir esses valores já consolidados, de maneira a demonstrar que há consonância fática e jurídica em relação as situações concretas de cada indivíduo (GARCIA, 2015, p. 54-55).

A Constituição Federal de 1988 detêm a sua formação e criação atrelada a diversos princípios, porém dentre eles, considerado base essencial para a sua aplicação é o princípio da dignidade humana. Esse princípio foi consagrado como o norteador dos direitos e deveres advindos da constituição e, eixo principal para a configuração da democracia como um ideal do atual estado de direito. Diante disso, pode-se considerar como um instrumento legitimador das normas jurídicas de um estado pautado em direitos fundamentais que admitem a dignidade da pessoa humana como o fundamento central do ordenamento jurídico. Atrelado a essa ideia, deve-se compreender que esse princípio também admite a função de servir de parâmetro para a interpretação e aplicação das normas de todo os institutos legais, reconhecendo-o como o princípio ápice desencadeador da estrutura do padrão valorativo o qual refletirá nas demais searas jurídicas do sistema (SARLET, 2002, p. 83-85).

Os Direitos Humanos, por sua vez, configuram-se como um parâmetro normativo-sistemático de ambito internacional, o qual foi criado tendo em vista a necessidade de positivação de novos valores jurídicos no pós-guerra. Dessa forma, pautado na ideia de aplicação ética quanto ao contexto jurídico mundial, o Direito Internacional dos Direitos Humanos também reconheceu como fundamento base os ideais e valores da dignidade humana, o que acabou proporcionando, uma ênfase maior da sua influencia na formação do ordenamento constitucional de alguns países, pautados assim, em uma maior interferência principiológica quanto a aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais (PIOVESAN, 2003, p. 196).

Em uma configuração pós-moderna, é possível considerar que houve uma incorporação ao ordenamento jurídico, acerca de questões que são inerentes a condição humana, que envolvem desde aspectos subjetivos à expressões decorrentes de fatores externos como a economia, a cultura, politica, as quais são

fundamentais para a estrutura e concretização das normas jurídicas voltadas a regulação das relações sociais. Dessa maneira, a partir do momento em que a própria Constituição Federal permite uma maior incidência de princípios vetores das normas legais, acaba conseqüentemente, admitindo uma outra visão de aplicação de justiça e do próprio direito. Assim, permite-se inferir que a Constituição, ao permitir essa incidência principiológica, passou a adotar a ideia de norma de princípio, a qual se tornou um instrumento norteador de interpretações jurídicas e, reconhecendo o princípio da dignidade humana como a principal referência. E com a utilização desse novo meio de interpretação e essa referência, isso reflete em uma direção de efetividade maior quanto a devida justiça e ética material que consiste nessas normas jurídicas, em razão da possibilidade de uma escala de abrangência maior, permitindo interferir em questões tanto de ordem pública quanto nas relações privadas, de maneira a configurar como um parâmetro necessário prévio a aplicação de qualquer norma ao caso concreto, se submetendo-as a sua averiguação quanto a devida interpretação pautada nos direitos humanos e os valores democráticos os quais estão respaldados a diretriz constitucional atual (CASTRO, 2006, p. 152-161).

Dessa forma, é possível compreender que a dignidade humana é considerada como um instrumento de limitação seja diante da atuação do estado ou da sociedade, no que consiste a interpretação e aplicação jurídica. Assim, ela acaba por centralizar tanto o Estado na promoção das suas políticas e atuações quanto a própria sociedade, ao ponto de se conscientizarem acerca dos preceitos necessários para garantia de uma vida digna. Por esse modo, o Estado Democrático de Direito, para que ele seja legitimado como tal, deve desempenhar todos os seus atos, intenções e finalidades resguardados sob a égide da dignidade humana e os demais direitos fundamentais, dos quais estes direitos, permitem também que o princípio da dignidade humana possa ser o fundamento jurídico e filosófico, como também permitem que sejam um canal aberto para a sua expressão em diferentes graus (COSTA, 2008, p. 36-38).

Essa expressão dignidade pode admitir diversas referências ideológicas para a sua interpretação. Assim, dentre uma delas, está a relação com as ideias de Immanuel Kant, do qual pode-se entender que o ser humano não pode ser algo que seja passível de ser utilizado como um objeto, ou seja, como um instrumento que admita apenas como finalidade para a realização das vontades de outros indivíduos. Essa

ideia decorre da significação intrínseca que o homem carrega sobre si mesmo, ou melhor, da percepção da sua moral e valores os quais se fazem prioritários em relação a qualquer outra questão material que advenha do ser humano (PEREIRA, 2012, p. 116).

Assim é possível reconhecer que o homem carrega dentro de si algo que o dignifica a ser um “bem” maior em sociedade, de modo que os valores que o regem a constituir a sua personalidade de maneira positiva e construtiva devam ser preservados e resguardados pelo direito, em razão dos seus reflexos externos os quais permitem que sejam identificados e relativizados ao contribuir para a formação da personalidade de alguém que constitui a base íntima da preservação da dignidade humana racional (PEREIRA, 2012, p. 117-118).

Diante disso, não restam dúvidas de que ao reconhecer e ser algo já resguardado tanto pelo texto legal quanto socialmente, o princípio da dignidade humana é algo que é reconhecido como algo a ser sempre protegido pelo Estado, além dele sempre promover a máxima necessária para garantir uma vida digna a todos. Essa proteção a qual demanda primeiramente do Estado, destaca-se a priori, numa privação de atos que interfiram na vida privada do indivíduo, os quais possam de alguma maneira serem consideradas diversas à própria ideia de uma vida digna, bem como de defender contra qualquer tipo de acometimento prejudicial de quem quer que seja, especialmente de outros indivíduos nas relações particulares. Além disso, tendo em vista o seu conteúdo em torno dos direitos fundamentais, o mesmo também implica, ainda que ressalvados algumas exceções, intervenções estatais em atos pessoais de indivíduos, que podem estar agindo contra o resguardo dessa primazia maior, restando ao Estado ainda sim, resguardar em todas as esferas sociais a efetivação desse princípio. Assim, ao considerar a intersubjetividade da qual decorre a aplicação da dignidade humana, deve-se se atentar ao seu dever de resguardo por parte de toda sociedade e para com ela, e conseqüentemente, esse resguardo acaba por interferir em algumas restrições ainda que protegidas constitucionalmente, de maneira que esse mesmo princípio acabe por limitar certas normas e valores, em momentos de ponderação, em detrimento de uma aplicação máxima e sem mitigação de um princípio o qual tem o seu local de hierarquização preservado em todas as formas jurídicas e sociais (SARLET, 2002, p. 111-115).

Ao considerar essas questões, não se demonstra favorável à aplicação do direito pautada em interpretações restritas e isoladas de textos legais do restante do ordenamento jurídico. A carga valorativa do princípio da dignidade humana perpassa por todo o sistema jurídico, e dessa forma, ele se insere como um princípio de parâmetro tanto valorativo quanto legal, que permite compreender que consiste em uma simetria interpretativa, a qual se encarrega de garantir uma estrutura equilibrada em relação a todo o sistema jurídico, contribuindo para a tutela axiológica que compreende todo o ordenamento brasileiro. Assim, as concepções advindas do princípio da dignidade humana podem ser assim apreciadas como a base e o objetivo com os quais, os aplicados do direito devem sempre se adentrar a fim de que seus reflexos mantenham o caráter ético e justo das suas decisões (PIOVESAN, 2003, p. 192-193).

Dessa forma, ainda que o direito venha a intervir de modo a fortalecer as bases antropológicas formadas, e dentre elas pode-se considerar que o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, se prosperou também e, adquiriu uma maior abrangência de perpetuação, e desse modo, seus efeitos acabaram repercutindo no próprio direito. Isso pôde ser demonstrado na própria parte do Código Civil de 2002, o qual carregava por muito tempo o cunho patrimonialista no íntimo da criação das suas normas. Desde então, passou-se a permitir que se interpretassem de maneira mais humanista e menos patrimonialista, de modo a considerar primeiramente a tutela protecionista da pessoa humana em detrimento das questões patrimoniais, atuando em conjunto com a valorização constitucional atual (BRITO, 2006, p. 2).

O Código Civil de 2002, ao estabelecer suas normas e preceitos, admite sempre suas influências constitucionais. Da mesma forma que há a exigência de se pautar nas regras constitucionais, a mesma análise precisa basear as suas normas com base principiológica da mesma carta magna em questão. Assim, com base no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade humana deve ser o pilar de todo o regramento do qual se adere as demais normas infraconstitucionais.

Entretanto, para que o uso da dignidade humana seja algo que produza de fato, soluções positivas nas relações sociais no plano da realidade, este depende de uma efetiva materialização acerca dos seus preceitos fundamentais. Diante disso, compreendendo que a mera definição em abstrato e o reconhecimento formal como

garantia desse princípio a todos os indivíduos, por si só, não é ferramenta suficiente para produzir os resultados desejados, havendo a necessidade da correlação e interpretação dos preceitos normativos com base no caso individual de cada ser humano. Assim, pode-se considerar que há a necessidade de se atentar a individualidade do sujeito do caso em concreto, e para isso a utilização da noção da autonomia privada se faz necessário como um dos instrumentos aptos a concretizar o princípio da dignidade humana, uma vez que a autonomia privada detém o seu exercício, derivado e voltado para a própria condição humana em particular, baseado na necessidade e ideia de vontade do mesmo. Dessa forma, sabendo-se que o princípio da autonomia privada é aquele considerado fundamental para a normatização do Direito Civil, justamente por se tratar de uma seara jurídica a qual se volta para uma maior possibilidade de iniciativa e autodeterminação por parte do sujeito, paralelo a regulamentação do Estado (REQUIÃO, 2014, p. 18-21).

Diante disso, a família pode ser considerada como o núcleo social, o qual mais retrata e abrange os ideais do respeito à dignidade humana. As mudanças no contexto social refletem visivelmente as novas concepções de dignidade humana, a qual vive em constância adaptação e evolução, porém sempre em permanência com as compreensões acerca dos Direitos Humanos (GOLÇALVES, 2013, p.22).

A despeito disso, a autonomia privada se faz veemente presente, uma vez que em sede de entidade familiar, este pode ser considerado como o núcleo principal que auxilia no desenvolvimento da personalidade humana de cada indivíduo. E diante dessa ideia, é possível compreender que a autonomia privada representa um instrumento que consolida as liberdades individuais resguardadas e decorrentes da própria noção do princípio da dignidade humana, o que permite reconhecer os seres humanos como seres individualizados e singulares (GODINHO, 2014, p. 32-33).

Desse modo, todas essas mudanças contribuíram para o fortalecimento do respeito à família, inclusive da consideração das suas atribuições correlacionadas a dignidade da pessoa humana como parâmetros de construção e efetivação dos direitos, valores e deveres necessários pela sociedade, garantindo de algum modo, a base existencial valorativa básica de todos os membros, principalmente os mais vulneráveis e dependentes de proteção (GOLÇALVES, 2013, p. 23).

3.3.2 Princípio da liberdade

O princípio da liberdade reconhece-se como um dos princípios que admite extrema aplicação no contexto atual da sociedade. O mesmo, vale frisar, estar posto no art. 5º da Constituição Federal de 1988, substanciado da ideia da preservação da igualdade entre todos os indivíduos.

Entretanto, a sua aplicação admite vários vieses a depender do contexto o qual se aplica. Dessa forma, na seara do direito de família, a ideia do princípio da liberdade pode se refletir de duas maneiras mais comuns que são a própria ideia das liberdades dos indivíduos em quererem constituir família, de viverem em comunhão ou constituírem uma nova, independente do modelo, assim como a própria liberdade de estabelecer uma afetividade entre os membros, principalmente nas relações entre os pais e filhos (ALBUQUERQUE, 2005, p. 2).

Em relação as maneiras de estabelecerem e das famílias se relacionarem é algo que não é mais pautado em um único regramento e modelo de formação familiar. Desse modo, seja através do casamento ou da união estável, o desejo de viver em comunhão familiar, e construir relações parentais decorrentes dessa junção são independentes de paradigmas. Assim, passou-se a admitir que essas ações independessem também de interferências externas, seja do próprio estado ou regramentos provenientes dos ordenamentos jurídicos, passando apenas ao mesmo reconhecerem e garantindo seus direitos decorrentes dessa união (GONÇALVES, 2013, p. 25).

Assim, protagonizando com essa ideia, dispõe o art. 1.513 do Código Civil de 2002 que “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”. Embora esse artigo faça parte do capítulo referente à família constituída por meio do casamento, pela interpretação extensiva, pode-se admitir também as uniões estáveis como um modo também de formação familiar, assim como possibilita a previsão pelo art. 226 § 3º da Constituição Federal de 1988.

Essa abertura significativa dos conceitos, permitiu não apenas considerar outras uniões de casais como entidades familiares, como também, as relações monoparentais entre um dos genitores com seus filhos. Permite reconhecer desse

modo que a finalidade familiar está muito mais à frente e, ratificando as ideias já postas anteriormente sobre os diversos critérios em que o direito de família hoje admite como configuração dessa entidade (GONÇALVES, 2013, p. 25).

Dessa forma, em outras palavras, o Código Civil de 2002 regulamentou essa ideia através da exposição do art. 226, § 4º que diz “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”.

Assim, a mesma ideia permite inferir que as possibilitar diversas maneiras de formação familiar, simultaneamente, permite que os genitores dessas famílias se separem e formem outras famílias com outro indivíduo ou decidam permanecerem sem companheiro ou cônjuge algum. Da mesma forma, a ideia de poder familiar/entidade familiar não se faz necessário acompanhar o status civil dos seus genitores, permitindo assim que o ideal de família permaneça e perpasse por outras uniões, mas resguardando algum critério básico do pressuposto de configuração parental (ALBUQUERQUE, 2005, p. 4).

Além disso, ao visualizar o outro aspecto que o princípio da liberdade permite interpretar, o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente consegue refletir a outra ideia a qual cabe como dever da própria família resguardar como direito que é:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária

Assim, ratificando o que está exposto pelo art. 227 da Constituição Federal, o respectivo artigo permite interpretar que dentre as efetividades as quais os genitores da família devem realizar, estar o de garantir que os seus membros possam, além de obterem dentre os seus direitos fundamentais pautados pela Constituição, resguardar também o seu direito de viver em liberdade e assim conviverem juntamente a sua família (ALBUQUERQUE, 2005, p. 3).

Assim, em respaldo pelas garantias ante expostas, os artigos 15 e 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente ratificam essa garantia de liberdade das relações por parte dos descendentes dos genitores, como está previsto pelo “Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.”.

Pelo art. 16 da respectiva legislação, permite-se entender quais as referências em que a ideia de liberdade proposta pelo artigo anterior quer relatar. Dentre elas, está relacionada ao direito de emitir “opinião e expressão”, além de “participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação”. Desses incisos, consideram-se os mais interligados aos preceitos familiares, uma vez que expressam de algum modo algum modo, o lado por parte desses outros membros familiares os quais também tem o direito de agir, dentro dos preceitos limitados por lei, de acordo como bem se sentirem, portanto, podendo fazer uma ligação com a ideia da socioafetividade como um dos preceitos do reconhecimento da filiação parental. Assim a liberdade vista do outro lado da relação também permite inferir e considerar como pressuposto para a devida configuração familiar (ALBUQUERQUE, 2005, p. 3).

3.3.3 Princípio da igualdade e isonomia entre os filhos

Pelo entendimento que se faz por esse princípio, trata-se previamente de utilização dos ideais postos pela própria Constituição Federal. Assim, é imprescindível fazer relação, com essas ideias acerca da igualdade de maneira geral, para que se consiga compreender as suas aplicações em mecanismos menores.

Desse modo, o próprio ordenamento jurídico brasileiro estabelece a sua aplicação acerca da igualdade partindo da necessidade de se estabelecer a igualdade material previamente nos textos legais. Por conseguinte, consegue estabelecer uma proteção visando todos os cidadãos de maneira geral, permitindo estar pautado em uma comprovação legal e explícita, da qual pode ser requerida e defendida caso não esteja sendo aplicada na prática, como contorna o art. 5º da Constituição Federal (DIAS, 2013, p. 67).

Em conformidade com esse entendimento, sabe-se que a mera previsão legal não é o suficiente para produzir os efeitos desejados os quais, a seu intencionalidade constitucional relata. Assim, faz-se necessário reconhecer e existência da igualdade material como pressuposto da atuação efetiva do que propõe a igualdade formal, pois ao considerar todos e todas as entidades familiares igualitárias estrito senso, as mesmas teriam os seus direitos da personalidade atingidos e possivelmente

menosprezados de alguma maneira, abrindo margem para o questionamento do que seria a efetivação da justiça (DELGADO, 2005, p. 37).

Dessa maneira, corroborada com as ideias de justiça, as quais prevalecem por todo o ordenamento jurídico instituído, as aplicações legais das normas deverão visualizar os casos concretos para que se aplique e satisfaça as demandas conforme as suas diferenças e necessidades, mas garantindo que essa forma não permita espaços para discriminações entre os envolvidos (DIAS, 2013, p. 67).

Assim, agindo de maneira a especificar melhor a propagação desse princípio, o legislador e a doutrina reconheceram a necessidade de se voltar para o direito de família admitindo o uso dessa igualdade, atrelada a outras facetas as quais perpassam essa seara, porém no caso desse trabalho em questão, à aplicação no que se refere ao tratamento dos filhos. Desse modo, a própria Constituição Federal decidiu dar a sua atenção também, como prevê o art. 227 § 6, ao especificar uma das possíveis concepções interpretativas que podem derivar do princípio da igualdade (DIAS, 2013, p. 68).

Ao considerar a igualdade e isonomia entre os filhos de maneira expressa, o mesmo texto legal acabou sendo novamente previsto, porém na lei infraconstitucional referente ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Dessa maneira, percebe que a própria academia jurídica tem a intenção de manter o mais resguardado possível essa avanço igualitário, se distanciando das considerações clássicas de filiação, de modo que seus efeitos materiais perpassem por outras searas as quais tratam do direito de alimentos, do direito sucessório, do direito de ingresso da ação investigatória de paternidade, dentre outros direitos os quais não admitem qualquer diferenciação depreciativa que venha a atingir quaisquer dos indivíduos envolvidos na filiação (ELIAS, 2014, p. 33).

Desse modo, tendo em vista o seu caráter abrangente, admitindo a finalidade de seguir atuando em conformidade com tudo o que se expressa o ordenamento jurídico, juntamente com os seus princípios implícitos e explícitos, especialmente ao que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, considerado seu corolário, não se permite admitir exceções as quais não estão previstas legalmente. Assim, não caberia outros interpretes aplicar certas restrições em determinadas situações, entendendo-se que isso poderá repercutir em efeitos os quais não faziam

parte das reais intenções estabelecidas ao legislar ao se basear algumas das suas normas por esse princípio (ALBUQUERQUE FILHO, 2005, p. 8).

Em outras palavras, vale reconhecer que toda a sociedade, principalmente os aplicadores da lei, devem em plena harmonia jurídica, resguardar os valores implícitos nas normas legislativas, mesmo não apresentando regramento para certas situações, mas privilegiando o caráter isonômico e o seu resultado na aplicação de cada caso de filiação e sua originalidade (DIAS, 2013, p. 69).

3.3.4 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Este princípio ganhou contornos maiores no meio jurídico tendo em vista as mudanças repercutidas na sociedade. A principal delas foi a decorrente das demais interpretações em que se deu a ideia de família, ou seja, dos novos paradigmas os quais permitiram afastar a função clássica remetida ao patrimônio, ao salvaguardar o núcleo familiar genético principalmente com a finalidade de manter preservado para as futuras gerações, admitindo um outro foco (PEREIRA, 2012, p. 148).

Assim, com os novos focos sociais, o núcleo familiar passou a ser de fato o indivíduo e seus reflexos quanto a sua dignidade humana. A valorização do que se considera família começou a ser voltado para os sujeitos pertencentes a esse grupo. Dessa forma, inevitavelmente, os indivíduos mais vulneráveis ganharam destaque também, pelo simples reconhecimento central dos seus fundamentais adentrarem novos focos (PEREIRA, 2012, p. 148/149).

Por admitirem novas posições centrais no contexto familiar, as crianças e adolescentes passaram a consagrar mais valores fundamentais em razão da precariedade em que lhe eram garantidos pela legislação. Assim, ao passarem a ser detentores, a própria Constituição Federal em seu art. 227 editou a consagração desses direitos fundamentais que norteiam esses indivíduos considerados mais frágeis em razão da sua natural evolução da personalidade. (PEREIRA, 2012, p. 151).

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente ressaltou em afirmar nos seu art. 3º e 4º a consagração reiterada desses conceitos fundamentais. Dessa forma, pelo

simples fato de serem considerados seres humanos, os mesmos já detinham seus direitos universais consagrados. Entretanto, vale a afirmação em razão da sua condição especial como vulnerável em razão da sua formação de personalidade. Desse modo, admite-se ser imprescindível as previsões e regramentos, de modo a resguardar as finalidades valorativas e garantistas das legislações atuais e preservar as criações futuras, que se pautem conforme os ideais protetivos desses vulneráveis (ELIAS, 2014, p. 14).

Em razão dessas novas centralidades em que o ordenamento jurídico passou a estabelecer em detrimento das crianças e dos adolescentes, principalmente pela consagração realizada pela própria Constituição Federal, passa então a considerar como dever jurídico efetivar ao máximo esses direitos resguardados e prioriza-los de maneira absoluta, independente de diferenças, evitando qualquer tipo de desrespeito e/ou discriminação (BARBOZA, 2000, p. 207).

O reforço estabelecido pelas demais leis infraconstitucionais, principalmente o Estatuto da Criança e do Adolescente vem garantir que o mesmo possibilite a diversidade de mecanismos e ferramentais legais que possam efetivar os preceitos fundamentais de existência de qualquer indivíduo, e ainda sim, lhes permitir fazer parte de todas as outras searas as quais se desdobram o direito de família, de modo a garantir a sua proteção integral garantida por lei (TARTUCE, 2006, p. 11).

Assim, não se tem como definir com exatidão o que definitivamente expressa o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Ele é posto de maneira a orientar os demais aplicadores do direito e seus interpretes a considerar e analisar o que seria de fato o bem-estar desse indivíduo. Além de resguardar o seu direito principal de que é garantir o direito de ter uma família, o mesmo exige dos responsáveis, que analisem toda a realidade e contexto social em que esses menores se inserem ou venham a se inserir, de modo a poder conferir à eles o melhor que esses direitos possam lhes dar (PEREIRA, 2012, p. 162).

3.4 PRESUNÇÕES LEGAIS DE PATERNIDADE

Tendo em vista a preservação do ordenamento jurídico em garantir a estabilidade e segurança jurídica dos atos humanos em conformidade com os preceitos legais, a

ideia de presunção de legalidade surgiu no direito de família, justamente para resguardar e fortalecer as relações derivadas dessas comunhões.

Em razão da consideração clássica da preservação do casamento a qual prevaleceu por muito tempo em torno das normas do direito de família principalmente, as presunções legais previstas no Código Civil de 2002 acabaram seguindo essa regra, se afastando nas positivamente legais, das previsões referentes às diversas manifestações relativas a filiação (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 591).

Assim, consideraram como certo historicamente, e que possibilitou refletir no ordenamento jurídico, a ideia de que será presumidamente pai aquele em que estiver em uma relação matrimonial com a genitora. Dessa forma, o estabelecimento de uma filiação decorrente de um estado de casamento é o que permite imputar presumidamente uma relação de filiação (DIAS, 2013, p. 367).

Arelado a isso, houve a influência histórica e social da função da mulher na sociedade, mais especificamente, do seu papel na construção familiar. Sabe-se que a mulher sempre carregou o fardo de ter que procriar, cuidar e estar em casa dedicada a criação desse filho (BRAGA; AMAZONAS, 2005, p.2).

E por conta disso, criou-se paralelamente à essas conjunturas o status de que a mulher seria sempre fiel ao seu marido. Assim, a própria interpretação a qual pode-se aferir acerca das normas instituídas é que admite-se a priori que houve uma fidelidade na relação conjugal desses genitores, uma vez que a esposa ao ter que exercer todas as suas funções decorrentes da sua condição de “mulher casada”, não teria motivo para se questionar outra paternidade (DIAS, 2013, p. 367).

A partir dessas concepções que se criou o que é chamado e conhecido como presunção *pater is est*, influência derivada do direito romano, o qual personifica o que era de mais valorizado dentre os valores sociais da época, que é a preservação da família, já que era considerada o núcleo social de maior prestígio da sociedade. Assim, preservará a imagem e funcionalidade da mesma, a partir do reconhecimento e consagração da esposa, marido e filhos decorrentes da formação matrimonial (VENCELAU, 2011, p. 4).

Assim, a sensação e necessidade de certeza acabam recaindo e exigindo do legislador, que estabeleça no mínimo parâmetros para os casos em que não se

consiga identificar de imediato as filiações existentes (DIAS, 2013, p. 368). Desse modo, prevê então o artigo 1.597 do Código Civil de 2002:

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

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

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

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

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

Desse modo, mesmo que ainda esteja fixado essas presunções de filiação, com base na realidade social atual, as mesmas não têm mais grande repercussão e incidência como antes. Isso decorre do fato de que, com os avanços modernos científicos, a intenção a qual era base da criação do ideal de presunção, que era de estabelecer de alguma maneira uma estabilidade, ou melhor, um estado de certeza, diante das relações de filiação, não se admitirá mais que certas filiações se configurem apenas com base nessas considerações presumidas legalmente (GONÇALVES, 2013, p. 322).

A ciência ao trabalhar de maneira tão avançada e precisa, trouxe suas vantagens também para a área biológica/reprodutiva em questão. Assim, com o próprio uso do DNA é possível concluir com certeza e segurança quase próxima ao 100% de confiança de que determinadas relações parentais são de fato existentes, partindo do pressuposto biológico e em casos de dúvida ou maiores esclarecimentos (GONÇALVES, 2013, p. 322-323).

Dessa forma, esses acontecimentos abrem margem para a consideração de provas para o estabelecimento da filiação. Assim, em meios de ação de reconhecimento de paternidade ou mesmo em situações de mera confirmação, a utilização de provas periciais, por meio de perícias técnico-científica, que utilizam de identificadores genéticos, as provas científicas por meio dos exames de sangue, que podem se desdobrar em diversos métodos como o mais comum que é o do DNA, o sistema MEN, o método de triagem HLA ou até pelo sistema RH (DIAS; NOGUEIRA, 2013, p.5).

Assim, esses meios probatórios sendo utilizados para a caracterização e configuração das relações parentais também permitem enfraquecer essas presunções por outro ângulo também. Pelo olhar dos critérios hoje compreendidos, como principalmente a consideração da filiação socioafetiva, na qual o mero reconhecimento do pai por um indivíduo, que estabelece relações de afeto já relativizaria essa consideração da presunção legal de paternidade, sejam nos casos referentes à adoção ou daqueles em que o pai sabe que não é o genitor mas decide e quer assumir como se filho biológico fosse. (GONÇALVES, 2013, p. 323).

Da mesma forma, esse outro critério de filiação, o socioafetivo, também iria relativizar a presunção nos casos relacionados as inseminações artificiais heterólogas. Nesses casos, essa presunção em virtude de uma concretização de certezas, acaba sendo mitigada já que o reconhecimento parental nesses casos se dará com base na própria relação afetiva, tendo em vista que, o material genético utilizado é baseada em uma doação, na qual embora a ligação representada fosse biológica, na prática, ela seria relativizada em prol do contexto social a qual se insere o concebido, além da consideração do bem estar do mesmo, ao efetivar a filiação com alguém que de fato o reconheça como tal, em comparação com alguém que apenas quer contribuir com a procriação de outrem, sem interesse de permanecer nessa relação (DIAS, 2013, p. 369).

Do mesmo modo, pode ser considerado em contrapartida, em relação as reproduções assistidas *post mortem*, as quais partindo do pressuposto em que as mulheres, estando ainda na condição de viúvas, resolvam realizar a vontade do marido já falecido, ou até mesmo diante da vontade própria da mesma, em realizar o procedimento de fecundação homóloga, em virtude do conhecimento genético do concebido, sabendo qual seria a sua filiação, o critério biológico nesse caso estaria preponderante sobre os demais, em um primeiro momento (GONÇALVES, 2013, p. 325).

Essa ideia, parte do pressuposto de uma eventual consideração de família monoparental, a qual não é algo descartável e fora do comum no contexto social atual. Desse modo, em virtude do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, ao reconhecer a filiação já consubstanciada nas comprovações genéticas demonstradas e indiscutíveis e, ao conceder à essa criança o direito de filiação desde o seu nascimento, mesmo já falecido o seu genitor, esses fatores

acabarão incentivando a ideia da preservação e contribuição para a formação da sua personalidade.

Uma vez que, podendo manter e resguardar fatores interligados ao indivíduo, não há o que mitigar, além de considerar a certa contribuição positiva em que uma certidão de nascimento pode conferir ao indivíduo, além das questões sociais referentes à uma possível convivência com a família paterna, questões sucessórias e eventuais fatores biológicos interligados.

Desse modo, pode-se perceber que as presunções legais de paternidade admitem um caráter relativo, tendo em vista os novos valores e ampliações de considerações parentais em que fazem com que as presunções não sejam aplicadas mais integralmente, e sim a depender da relevância e necessidade do caso em questão, podendo as mesmas serem contrapostas por outros meios de considerações de filiação, fazendo com que os critérios parentais reconhecidos sejam amplamente aplicados (FARIAS; RESEVALD, 2014, p. 593).

4 DA SUCESSÃO

Como consequência do contexto familiar, um dos vetores que compõe as implicações jurídicas decorrentes do status familiar, indiscutivelmente se faz necessário trazer à tona a importância de ressaltar os aspectos do direito sucessório como algo que conduz com qualquer relação tipo de relação familiar existente.

Entende-se que há diversos fundamentos para o surgimento e aplicação dos direitos sucessórios, dentre eles decorrente dos preceitos religiosos, ao assumir a sucessão como algo que seria tomado e repassado para o descendente homem que tiver a maior autoridade dentro da família, possivelmente o mais velho, como uma espécie de substituição daquele que detinha os comandos e autoridade atrelados a uma espécie de representante religioso da família, devendo o seu descendente prosseguir com essa ordem de herança (HIRONAKA, 2007, p. 2)

Da mesma forma, há defensores acerca da ideia do direito da sucessão como algo atrelado a própria noção da continuidade da vida humana, ou seja, como se os direitos sucessórios pudessem caracterizar a perpetuação, além dos meios patrimoniais, a própria qualificação biológica do ser humano, sendo esta, também representada a partir da possibilidade da ocorrência da transmissão hereditária. De maneira que, a sucessão possa configurar o prosseguimento das características genéticas e biológicas do indivíduo, conseqüentemente familiar, ainda que numa representação patrimonial (HIRONAKA, 2007, p. 3).

Para além dessas considerações históricas, o entendimento que passou a adotar os aspectos sucessórios como ramo específico e científico do direito, foi a partir da consideração do reconhecimento da propriedade privada. Em decorrência desse aspecto jurídico, passou-se a ter necessidade de regulamentar a transmissão dos patrimônios em decorrência da morte de um indivíduo para os seus devidos sucessores (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 53).

Essa relação decorre da própria análise socioeconômica do Estado capitalista, o qual se mantém na sociedade atual. Visto que esse Estado é baseado na livre iniciativa e reconhece a apropriação privada dos bens de consumo e produção, a herança se torna corolário natural e lógico desse conceito de propriedade, sendo a

sua subsistência algo necessário para manter essa ordem econômica e social (PEREIRA, 2013, p. 7).

A partir dessa ideia, ao se admitir socialmente e juridicamente a proteção da propriedade individual, inevitavelmente a interpretação e finalidade da sucessão passou a ser novamente modificada. Dessa vez, passa a abranger e ressaltar a constância da unidade patrimonial do indivíduo, porém de maneira a garantir o poder familiar do qual o *de cujus* fazia parte, de modo a estimular a permanência patrimonial em um mesmo grupo que implicasse a preservação econômica e mínima de estabilidade, a fim de resguardar essa entidade familiar representada por esses sucessores (HIRONAKA, 2007, p. 3-5).

Desse modo, é possível considerar as repercussões jurídicas do direito sucessório na realidade atual, como algo interligado a propriedade privada e os seus desdobramentos, admitindo dentre eles, a sua contribuição específica acerca da representação da função social, da qual influi efeitos (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 51).

4.1 CONCEITO

A própria noção geral da palavra “sucessão”, remete à ideia de substituição. No caso, ocorre a substituição do proprietário de bens específicos. Porém, a ideia de sucessão perpassa também pela lógica de mudança de titulares, sejam em relações jurídicas advindas de tradições ou em substituições em outros tipos de relações, como os que abarcam as relações de família, havendo substituição pelo tutor por exemplo, sendo estes, hipóteses denominadas *inter vivos*, os quais ocorrem quando a modificação engloba os agentes da relação todos em vida (GONÇALVES, 2017, p. 19).

Entretanto, a noção de sucessão restrita admite um outro viés conceitual. Esta, por sua vez, refere-se à transferência da herança decorrente da morte de um indivíduo, para os seus herdeiros, sendo ela denominada *sucessão mortis causa*. Configura-se, portanto, o direito por meio do qual, retrata a obtenção de bens constituídos da herança, sendo ela no primeiro momento indeterminada e universal, porém

abrangendo diversas relações jurídicas envolvendo encargos e direitos (DINIZ, 2019, p. 26).

Por isso que, vale ressaltar, que embora haja a morte do titular das relações jurídicas presentes, estas continuam existentes, o que leva a ocorrência da necessidade de substituto responsável por parte dos seus sucessores, não acabando por extinguir as relações por conta da ocorrência do fato morte, o que seria lógico pensar mas não se aplica a realidade jurídica concreta (LAFFITTE, 2018, p. 40).

Desse modo, essa situação de transmissão patrimonial iniciada após a morte do titular, acaba remetendo ao entendimento da própria percepção da noção de herança, a qual se justifica como algo amplo, que abrange diversas relações jurídicas que envolveram o titular, compreendendo tanto o ativo e o passivo econômico, bens corpóreos e incorpóreos, quanto os direitos e obrigações que foram travadas pelo *de cuius* ainda em vida (GONÇALVES, 2017, p. 32).

Assim, a transmissão da herança reforça a percepção histórica de que de fato, essa situação implica a transferência de patrimônio com intuito de permanecer em um grupo de indivíduos seletos e específicos, tais denominados familiares e herdeiros intitulados como testamentários. Porém, essa mesma situação demanda novas interpretações, adequações funcionais e finalísticas, visto que o ordenamento legislativo, especialmente constitucional, demandam novas convergências de valores e princípios, dos quais as relações interpessoais contemporâneas necessitam para que produzam os efeitos esperados conforme o contexto social e jurídico legal (SANTOS, 2017, p. 54).

Além disso, como quesito essencial, se torna necessário esclarecer e ressaltar, ao tratar de direitos sucessórios, no que tange a diferença conceitual do que se entende como herança e sucessão. A primeira, refere-se ao monte o qual abrange todas as relações patrimoniais, de maneira universal, envolvendo todos os direitos e deveres do falecido. Já a sucessão, denomina o direito o qual decorre do efeito da transmissão, sendo adotada a noção restrita, a visão especializada da *sucessão mortis causa* na aplicação do direito das sucessões (PEREIRA, 2013, p. 3).

4.2 O DIREITO À HERANÇA PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Historicamente, não há como não reconhecer que houve um momento em que o direito civil era tido como algo blindado à relações e mutações no seu regramento jurídico. Ou seja, embora houvesse mudança principiológica e valorativa nas relações humanas, as normas do direito civil eram admitidas como imodificáveis em razão dos seus preceitos jurídicos, independente da organização estatal e novas ideologias adotadas. Entretanto, essa interpretação civilista já admite ultrapassar essas barreiras, ao compreender que é necessário a interpretação em conjunto de todos os institutos jurídicos brasileiros, em relevância com a Constituição Federal de 1988, não se admitindo apenas a compatibilidade lógica legislativa, mas o conhecimento profundo valorativo da aplicação das normas do direito civil tendo como base principal as normas constitucionais (LÔBO, 2009, p. 23).

Com esse pensamento, pode-se compreender que a incidência constitucional não se restringiria apenas às relações privadas, na aplicação dos direitos e deveres decorrentes das normas civilistas, mas também na própria elaboração do texto legal, entendendo que o próprio legislador deverá se atentar, em relação a qualquer matéria, a devida compatibilidade com as normas constitucionais. Conseqüentemente, os intérpretes do direito, também serão partícipes desse sistema de visão e inclusão jusconstitucional (TEPEDINO, 2003, p. 118-119)

E foi a partir dessa mudança na estrutura jurídica brasileira, principalmente interpretativa, que permitiu os preceitos gerais do direito civil permanecerem, porém, ampliando o seu leque de aplicabilidade e eficácia na sociedade. Assim, parte-se dessa compreensão, a própria noção do direito de propriedade, da qual assume características e influências na formulação dos direitos sucessórios, previstos constitucionalmente, e que se admite hoje, pertinente e necessária interseção com a valoração da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, se extrai a noção da função social, como algo que permite relativizar a antiga visão estática quanto a finalidade individualizada do direito de propriedade, situação a qual atinge diretamente os direitos sucessórios, especificamente em relação a herança (DIAS, 2013, p. 33).

Essa situação, reflete as consequências propriamente decorrentes da sistemática constitucional brasileira após 1988. Haja vista que, o texto constitucional começa, em seu art. 1º, como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, ao reconhecer como Estado Democrático de Direito, admitindo como fundamento dos seus preceitos legais, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, forçoso é reconhecer que o mesmo se fez de maneira incisiva ao reconhecer e incluir, como dentre outros direitos e garantias fundamentais, dos direitos e deveres individuais e coletivos, o direito à herança como exposto no art. 5º, XXX.

A partir dessa previsão, se tornou imperioso ressaltar, dentre os diversos reflexos que o reconhecimento fundamental do direito à herança fez expandir, o entendimento e a previsão constitucional acerca da proibição de ser objeto de emenda constitucional, a revogação de qualquer dos direitos e garantias individuais, como exposto no art. 60, §4º, IV (GOMES, 2015, p. 108).

Por meio desse reconhecimento, se torna oportuno ressaltar os reflexos do princípio da aplicabilidade direta e imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, ao passo que esse princípio defende que essas normas constitucionais admitem sempre eficácia plena e jurídica, independentemente de qualquer intervenção legislativa para alcançar e conquistar a sua efetividade. Entretanto, as normas que definem os direitos fundamentais, sendo elas normas constitucionais, admitem grau de normatividade e funcionalidade diferentes entre si no tocante a sua finalidade no ordenamento jurídico, situação a qual traz por necessidade, enfatizar outros aspectos inerentes a esses direitos fundamentais como forma de ratificar o seu poder de eficácia. Desse modo, um desses meios de efetivar essas normas constitucionais, estão na própria aplicação dos direitos de defesa advindos dos direitos fundamentais, uma vez que eles a fim de garantir a proteção dos indivíduos, permitem que essas pessoas possam demandar tanto do poder público quanto do particular, atos que não obstem ou afetem a eficácia desses direitos. Assim, admite-se como exemplo o direito de propriedade, do qual detêm conexão e influência com o direito de herança, o qual reflete todos os seus efeitos de imediato para seus titulares, sendo resguardadas quaisquer ferramentas constitucionalmente aceitas para evitar qualquer abuso ou violação normativa (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 27-29).

Diante desses aspectos fundamentais, torna-se mais evidente que as normas civilistas admitidas antes da Constituição Federal de 1988 não serão mais utilizadas, por si só, com base na sua interpretação originária. Embora não mude o teor interpretativo, algo que não convém tendo em vista a incorporação social e prevenção da própria instabilidade jurídica, esse novo segmento passa a constar também de novas visões, tidas como fundamentais, que ensejará em reformulações argumentativas que conseqüentemente, irá atingir legislações infraconstitucionais, possibilitando um novo viés de aplicabilidade e indagações, principalmente no que tange ao direito de herança, que poderá ter dispositivos que limitem ou restrinjam o seu emprego jusfundamental (GOMES, 2015, p. 108-109).

De todo o modo, não há como negar que qualquer dispositivo referente ao direito de herança, que tenha sido modificado o seu modo e alcance de influência, deverá estar respaldado em valores constitucionais. À vista disso, e levando em conta a proteção constitucional das pessoas enquanto formadores de família, essa carta magna reforça a ideia de resguardar e tutelar aqueles que façam parte do âmbito familiar do *de cuius*, sejam decorrentes de relações de consanguinidade ou da própria relação de família, a qual era convivida pelo proprietário da herança, não tendo a mesmo grau de proteção aqueles que sucederem em razão da última vontade testamentária, levando a necessidade de reformulação minuciosa de se determinar e assegurar, quem serão os beneficiários de tal direito constitucional (LAFFITTE, 2018, p. 22-24).

4.3 BREVES NOÇÕES ESSENCIAIS ACERCA DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS

Ao se deparar com o que dispõe o Código Civil de 2002, em relação ao direito das sucessões, desde o início, ele refere-se ao termo abertura da sucessão. Este, por sua vez, configura-se como o pressuposto para que ocorra a devida transmissão da herança. Desse modo, a sucessão considera-se aberta no instante em que ocorre a morte ou haja a presunção da morte do indivíduo. Assim, esse termo acaba por representar o momento em que nasce os direitos sucessórios para os devidos herdeiros. Este momento também é tratado e considerado pelo chamado princípio de *saisine*, ou também conhecido *droit de saisine*, o qual também reconhece que é

neste momento da morte em que há a substituição das relações jurídicas do *de cuius* pelos seus sucessores (HIRONAKA, 2007, p. 6-7).

A palavra *Saisine* decorre do entendimento do direito francês, o qual admite como significado a ideia de prender, se apoderar. Desse modo, a sua aplicação no direito sucessório ocorre no exato momento da morte do autor da herança. Ou seja, ocorrendo a morte do titular do patrimônio, este se transfere automaticamente para o patrimônio dos seus herdeiros, sendo esta transmissão universal, uma vez que abarca tanto os herdeiros legítimos quanto os herdeiros testamentários, sendo esse princípio previsto no art. 1.784 do Código Civil de 2002. (DIAS, 2013, p. 108).

Entretanto, é importante deixar claro que a morte e a transmissão da herança não se configuram em um momento só. Ao analisar o art.1.784 do Código Civil de 2002, percebe-se que o legislador os definiu como se a ocorrência de ambos se desse no mesmo momento temporal da ação. Porém, se faz necessário ressaltar que é a morte pressuposto para que ocorra a transmissão da herança, embora tida como automática, sem possibilidade de intervalo de tempo, esses elementos não podem ser confundidos como um conjunto unitário de atos (GONÇALVES, 2016, p. 38).

A partir da previsão do texto legal, se configura como transmissão da herança, a transferência da posse e da propriedade do *de cuius*. Tendo em vista que essa transferência, por se caracterizar como uma transmissão universal, a mesma intensifica essa ideia, de modo que esses herdeiros se tornam coproprietários e copossuidores dos patrimônios decorrentes desse autor hereditário (FARIAS; ROSENWALD, 2017, p. 114).

Desse modo, a legislação traz uma hipótese de ficção jurídica, de maneira a ressaltar como finalidade, não permitir que o patrimônio do *de cuius* fique sem proprietário em razão da perda da personalidade por conta da ocorrência do fato morte. Por conta disso, todos os direitos, deveres e bens pertencentes ao titular são transmitidos de maneira automática e imediata, independentemente de qualquer ato prévio ou autorização judicial para que haja esse procedimento, devendo os herdeiros receberem da mesma forma a qual foi deixada pelo indivíduo antes da sua morte (CARVALHO, 2017, p. 70-75).

Essa transmissão automática, em tese, acaba ocorrendo a título universal, já que os herdeiros poderão sempre herdar desse modo, o qual refere-se a transmissão total

do patrimônio do *de cujus*, ou uma parte indeterminada que envolvam as relações jurídicas dele, podendo tanto a sucessão legítima quanto a testamentária ocorrer desse modo. Entretanto, existe também outro modo de suceder que é a título singular, a qual só ocorre nesse caso em relação aos sucessores testamentários, especificamente os denominados legatários, ou seja, aqueles em que só poderão herdar um bem certo e determinado disposto no testamento, diferente dos herdeiros os quais adquirem todas relações patrimoniais ou uma parte delas sem qualquer limitação (LEITÃO, 2011, p. 20-21).

Além disso, decorrente dessa característica da herança, esta também é pautada pelo princípio da indivisibilidade. Sua influência decorre, da noção em que o monte hereditário detém, abrangendo um universo de relações jurídicas, as quais caso haja mais de um sucessor, haverá o recebimento sob o aspecto de unitário, sendo ele tratado como algo de apenas unidade única até o momento em que ocorrer a partilha (LUCA, 2010, p. 15).

Com base no art. 1.791 caput do Código Civil, e o seu parágrafo único, está demonstrado a repercussão que esse princípio gera na transitoriedade da transmissão da herança. Dessa maneira, o que se determina é que havendo mais de um herdeiro, estes não terão domínio e posse exclusiva acerca de determinados bens que fazem parte do monte hereditário. O que ocorre de fato é que esses herdeiros detém a propriedade e posse de acordo com o regramento instituído das relações de condomínio, até que seja determinada a quota parte de cada herdeiro, passando assim a cada um exercer os seus direitos e deveres hereditário de modo particular (GONÇALVES, 2017, p. 50-51).

Ademais, outra questão essencial para que se dê a ocorrência da transmissão sucessória, está na necessidade dos beneficiários de terem capacidade sucessória para usufruírem desse direito. Diferente do entendimento acerca do que se compreende como capacidade jurídica, a capacidade sucessória restringe-se a qualidade do indivíduo em poder obter os direitos decorrentes da sucessão, estando essa capacidade incorporada na legislação com base na disposição do art. 1.798 do Código Civil. Além disso, corroborado com esse entendimento, se encontra o princípio da coexistência, que traz como base a ideia da necessidade dos herdeiros, sejam legítimos ou testamentários, estarem vivos, nem que sejam por pouco tempo, com o hereditando antes, e durante o momento da ocorrência da abertura da

sucessão, ou seja, antes do falecimento deste indivíduo, não sendo legítimas a concorrer, pessoas que não estejam vivas neste momento (CARVALHO, 2017, p. 162-163).

Entretanto, essa regra não é tida como absoluta, uma vez que o próprio legislador permitiu que aqueles na qualidade de nascituro possam vir a serem legítimos, ainda que de maneira especial, a sucederem tanto de maneira legal quanto testamentária. Esses, por sua vez, que são seres que ainda não nasceram, mas já são concebidos à época da abertura da sucessão, detêm uma expectativa de direito, da qual refere-se à aquisição da capacidade sucessória, já que eles só adquirem de fato com o nascimento com vida, ao adquirirem personalidade civil. Porém, uma outra questão se faz necessária a repercussão, no que se refere aos concebidos por meio de reprodução assistida, especialmente *post mortem*, visto que, estes podem ter, por exemplo, a sua fecundação realizada fora do útero da mulher, o que se faz questionar acerca da abrangência da interpretação sobre o nascituro e seu conceito de concebido com base na legislação atual no que se trata do direito a suceder. Além disso, o fato do legislador não trazer nenhuma normativa específica acerca desse modo de reprodução, no que tange os direitos sucessórios, este acaba por estimular dúvidas e inseguranças a respeito de qual modo ou espécie esses indivíduos poderão herdar, se admitem alguma peculiaridade sobre, ou até mesmo, se de fato eles detêm alguma expectativa de direito hereditário, assim como resguardo aos nascituros (DIAS, 2013, p. 121-124).

4.4 AS ESPÉCIES SUCESSÓRIAS

Em razão da cultura histórica em garantir bens e propriedades aos indivíduos membros e pertencentes a mesma família do indivíduo falecido, e considerando a evolução principiológica dos valores e normas jurídicas, ao admitir e reconhecer a importância da autonomia privada, esses aspectos acabaram por produzir efeitos na seara dos direitos sucessórios.

Assim, ao tratar do direito da sucessão, o mesmo demanda uma breve análise acerca do exercício da autonomia hoje admitida a possibilidade de poder testar para terceiros, fora do âmbito familiar, como também, a importância a qual já dada tanto

pelo ordenamento quanto pelo costume social, em resguardar o patrimônio adquirido pela abertura da sucessão aos membros familiares. Dessa forma, criou-se mecanismos os quais permitem reconhecer ambas as demandas sociais, tendo em vista a relevância a qual o tema é considerado por grande parte da sociedade (KANG, 2018, p. 118).

4.4.1 Sucessão legítima

Essa espécie sucessória é considerada a mais utilizada pelos indivíduos. Isso decorre tanto da legislação brasileira quanto dos costumes sociais, em já deixar claro quem irá fazer parte dessa modelo sucessório. Decorrente dos costumes, está a própria tradição cultural de priorizar a família e a restrição do patrimônio para esse exclusivo grupo social. Enquanto a normas legais, por meio do legislador, codificou o que era já era praticado, ao elencar e indicar aquelas pessoas que deverão suceder. Desse modo, acabou que esta normatização, configurou como se fosse uma vontade presumida do autor da herança, já que em virtude da possibilidade de realizar o testamento, este não ocorrendo, presume-se que aqueles elencados seriam aqueles de fato para qual deverá se dar o destino da herança (GONÇALVES, 2017, p. 42).

Dessa forma, na sucessão legítima, o que ocorre é que, em razão da ausência de um testamento expondo a última vontade do titular, a lei já presume o possível interesse do autor, ao indicar as pessoas as quais irão suceder, sendo conhecido também como uma forma de testamento tácito, ao entender que aquelas pessoas elencadas estariam legitimadas a adquirir esse monte hereditário. A partir dessa presunção, compreende-se como aqueles herdeiros legítimos, os parentes em linha reta, colaterais até o quarto grau, cônjuges. Entretanto, dentre esse elenco de herdeiros, há uma diferenciação legal, denominada de herdeiros necessários e herdeiros facultativos, sendo os primeiros aqueles os quais a lei atribui total proteção a sua parte hereditária, que corresponde aos cônjuges, descendentes e ascendentes, não permitindo que ela seja restrita ou modificada, nem mesmo por testamento, exceto em casos que venham a ser deserdados ou por meio de uma ação judicial de indignidade após a morte do autor. Já em relação aos herdeiros

facultativos, estes se referem aos parentes colaterais de segundo, terceiro ou quarto grau, os quais só poderão herdar nos casos em que o falecido não deixou nenhum herdeiro necessário ou se ele não destinou todo o monte em testamento para terceiros, podendo inclusive, serem afastados caso o autor tenha deixado em testamento a sua vontade de afasta-los da herança (DIAS, 2013, p. 113-114).

Em relação ao companheiro, tendo em vista o reconhecimento constitucional à união estável, bem como a sua proteção, a normativa do código civil garantiu ao companheiro ou companheira, o direito de suceder o patrimônio hereditário do outro, desde que se trate de bens adquiridos onerosamente na constância da união, podendo inclusive concorrer com herdeiros legítimos e parentes sucessíveis, como expõe o art. 1.790 do Código Civil (COLTRO, 2007, p. 35). Entretanto, necessário ressaltar que o companheiro não faz parte do que se entende como herdeiro necessário, e conseqüentemente, não faz parte da legítima como o cônjuge, o configurando então como mero sucessor regular, ou seja, herdeiro *sui generis* (DINIZ, 2019, p. 175-176).

Assim, conforme o Código Civil, está previsto no art. 1.845 aqueles que são considerados como herdeiros necessários, tendo a inclusão do companheiro ou companheira no direito de suceder, previsto no art. 1.790 do Código Civil. Além disso, os herdeiros necessários detêm o poder de averiguar o patrimônio hereditário da pessoa ainda viva, embora não seja permitido transacionar herança de pessoa viva, como expõe o art. 426 do Código Civil. Isso decorre do fato de que, embora haja a garantia dos atos de liberalidade previstos em favor do autor da herança, ele deverá sempre se atentar ao que dispõe o art. 1.876, ao garantir aos herdeiros necessários sempre a metade do que dispõe o monte, sendo está a constituição da legítima. Tendo isso em vista, a proteção infraconstitucional acaba permitindo que haja essa fiscalização quanto as disposições patrimoniais realizadas pelo autor enquanto vivo, mesmo embora, antes da morte, todos os herdeiros, sejam legítimos ou testamentários, ainda admitam apenas uma expectativa de direito de suceder, tendo em vista os aspectos excepcionais que venham a impossibilitar a concretização desse direito (KANG, 2018, p. 119).

A partir desses pressupostos, percebe-se que a sucessão legítima reforça o caráter social e familiar já disciplinado antes. Justifica elencar esse viés, uma vez que de maneira geral, os direitos sucessórios necessitam de uma estabilidade jurídica, da

qual, uma das vertentes essenciais está a legitimidade social que se faz necessária e presente para essa ocorrência. Para tanto, a ordem constitucional atual garante a proteção a família, de modo que os dispositivos infraconstitucionais vigentes ao Código Civil de 2002 reflitam o caráter de resguardar uma proteção patrimonial, ainda que considerada mínima, para o núcleo familiar que ainda exista. Dessa forma, ainda que os direitos sucessórios continuem em constância mudança, porém acompanhada das relações sociais as quais as norteiam, não se pode afastar, até o presente momento, a relevância e essencialidade a qual a normativa da sucessão legítima se faz para o direito sucessório e a segurança jurídica para as demais relações sociais que continuam após a morte (JEREISSATI, 2018, p. 202-204).

4.4.2 Sucessão testamentária

Para além da sucessão legítima como espécie sucessória, outra espécie normativa *mortis causa* prevista no Código Civil é a sucessão testamentária. Esta, por sua vez, de maneira geral, ocorre em razão da disposição das vontades realizadas pelo autor da herança, enquanto vivo. Porém este deve se atentar, a parte indisponível garantida aos membros que constituem a legítima, não podendo essa quota parte da herança ser objeto de modulação pelo autor (VELOSO, 2007, p. 126).

Como elemento necessário para a realização do testamento, em razão da possibilidade do exercício de liberalidade de testar em consonância com o exercício da autonomia, esses aspectos acabam por qualificar o testamento como um próprio negócio jurídico unilateral, em razão de elementos fundantes para a formulação desse sistema. Desse modo, para que seja possível, só poderá testar para agente capaz, como se visualiza na previsão do art. 1.857 do Código Civil. Além disso, embora se trate de ato personalíssimo e unilateral, o testamento é revestido por uma solenidade, a qual admite previsão de formas diferentes com base no Código Civil. Estas, as quais conforme o art. 1.862 estão previstos os testamentos conhecidos como ordinários, sendo eles o público, cerrado e o particular. Além deles, existem também os testamentos especiais, como expõe o art. 1.886 do Código Civil, os quais são permitidos devido a situações extraordinárias, que são o testamento marítimo,

militar e o aeronáutico, tendo os requisitos de ambos os tipos previstos nos dispositivos seguintes (KANG, 2018, p. 124-125).

Para além disso, compreende-se de maneira básica que o testamento não trata apenas de questões patrimoniais, isso porque, a sua essência está na liberdade concedida no exercício do princípio da autonomia da vontade a qual lhe é permitida. Desse modo, são possíveis realizar disposições testamentárias que abarquem questões referentes aos próprios interesses particulares do autor, como declarações de paternidade, disposições sobre o próprio corpo, nomeação de testamenteiro, dentre outras vontades. Ou seja, outra visão a qual se propõe a finalidade do testamento, é também garantir que o autor possa qualificar e salvaguardar questões pessoais os quais o consideram como importantes, permitindo que promova o resguardo de situações jurídicas personalíssimas e intrínsecas que mesmo após a morte, ainda detém o respaldo constitucional da dignidade da pessoa humana (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 384-386).

Desse modo, poderá o testador, a partir dos preenchimentos dos requisitos legais necessários, dispor de todo o seu patrimônio caso deseje, porém isso só seria possível caso não houvesse nenhum herdeiro legítimo necessário para suceder. Porém, caso haja, ele deverá se atentar ao limite de 50% do monte o qual poderá livremente testar para terceiros. Mas a sucessão testamentária também poderá coexistir com a sucessão legítima, conforme a previsão do art. 1.788 do Código Civil, em que caso as disposições do testamento não versarem sobre toda a metade a qual lhe é permitida testar, o restante dos bens fará parte do monte destinado aos herdeiros legítimos, assim como, caso o testamento for considerado nulo ou caducar, os mesmos bens dispostos não irão mais para os herdeiros previstos nesse testamento (LUCA, 2010, p. 19).

Em face dessas premissas, existem algumas questões que são pautadas na sucessão testamentaria, que demandam certa relevância, tendo em vista o enfoque do presente trabalho.

Dentre diversas possibilidades de disposições testamentárias possíveis para realização por parte do autor, uma em especial merece atenção, que se trata da possibilidade de dispor uma parte da herança em virtude de uma prole eventual. Assim, o Código Civil de 2002 traz previsão quanto a essa possibilidade, em seu art. 1.799, inciso I, como expõe: “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;”.

Dessa forma, a legislação trouxe de forma excepcional a possibilidade de a prole eventual vir a suceder, já que na hipótese de vocação hereditária, não seria possível. Assim, permitiu-se que, em um regramento específico, indivíduos que ainda não tenham nascido à época da abertura da sucessão, possam suceder desde que vivos os responsáveis por conceber essa futura pessoa. A partir dessa questão, surge inúmeros questionamentos e suposições quanto a interpretação a qual deva se aplicar nessa hipótese. No que consiste na indicação, esta não se limita a quantidade de proles que poderão indicar, nem quanto aos genitores, podendo ser o mesmo casal, apenas um indivíduo ou mais, não estando necessariamente em uma relação amorosa, assim como, abre brecha também para a possibilidade do reconhecimento das proles advindas de adoção. Para além dessas possibilidades, está também a hipótese da ocorrência da reprodução assistida *post mortem*, da qual embora não havendo extensivo regramento acerca desse modo reprodutivo, a sua relevância no que consiste uma melhor análise da matéria se torna indispensável, uma vez que atinge a seara patrimonial de um indivíduo, que poderá repercutir nos direitos hereditários resguardados de outros, quanto também deste futuro ser vivo (HENRIQUES, 2009, p. 22).

Além disso, existe uma outra perspectiva testamentária, a qual refere-se à possibilidade do autor da herança, além de dispor sobre bens patrimoniais, poder dispor sobre o seu material genético a fim de possibilitar e/ou permitir o uso para posterior procedimento de reprodução assistida *post mortem*. Desse modo, também conhecido como testamento genético, há quem entenda que este modelo de testamento reflita uma forma de declaração da vontade deste autor, em querer deixar o seu material genético reprodutivo para uma futura reprodução assistida, permitindo admitir, uma vontade de reconhecimento de filiação ainda que após a sua morte (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 387).

Desse modo, essas questões envolvendo futuros concebidos *post mortem* acabam por possibilitar novos questionamentos e análises acerca das próprias normativas que retratam o Código Civil, bem como a Constituição Federal, a fim de que não haja injusta restrição e mitigação de direitos tidos como fundamentais.

5 A (IM)POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE PROJETO PARENTAL DO CONCEBIDO POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM A PARTIR DO CONSENTIMENTO NÃO DOCUMENTAL

Diante do exposto, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro não conseguiu ainda auxiliar de maneira clara, qual seria a melhor aplicação em relação ao prosseguimento da reprodução assistida *post mortem* e os direitos devidos decorrentes desta. Desse modo, se faz necessário analisar, por quais critérios e fundamentos, o meio de manifestação da vontade, pelo qual refere o consentimento para realização da reprodução póstuma, admite outras interpretações, pautadas no que dispõe o próprio sistema jurídico brasileiro, que permitem reafirmar a sua importância e essencialidade, a fim de evitar quaisquer violação de direitos fundamentais.

5.1 O USO DO MATERIAL GENÉTICO DO FALECIDO E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

Como já se sabe, para que haja o procedimento de reprodução assistida utilizando o material genético do falecido, este deverá passar por um procedimento extracorpóreo, podendo ser por meio da fertilização *in vitro* ou por meio da injeção intracitoplasmática de espermatozoide, que é reconhecida como uma complementar à fertilização *in vitro*. Entretanto, para que ocorra um desses procedimentos, deverá haver necessariamente o método chamado de criopreservação, que é o congelamento, podendo ser tanto de embriões quanto de gametas (GOLDMAN, 2017, p.26-27).

Dessa maneira, reconhece-se hoje no Brasil, que esse procedimento de congelamento, seja de embriões ou de gametas, não é algo considerado ilegal pela legislação brasileira, uma vez que não há nenhuma norma a proibindo. Porém, deve-se atentar que independente do procedimento o qual deverá ocorrer, deve previamente haver o devido consentimento livre e esclarecido do paciente (AVELAR, 2008, p. 29).

Além disso, o que se tem como parâmetro ético-normativo para tais procedimentos, é o que dispõe a resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina. Desse modo, em relação especificamente a criopreservação, o mesmo prevê que é necessário que no momento em que aqueles pacientes desejem se submeter a esse procedimento, eles deverão manifestar as suas vontades quanto ao destino dos embriões no caso de divórcio ou dissolução de união estável ou dissolução de união estável, doenças graves ou morte de ambos ou algum deles, e caso também se desejam doar, devendo essa manifestação ser realizada por escrito.

Entretanto, em relação ao dispositivo que trata especificamente do procedimento de reprodução assistida *post mortem*, este, por sua vez, expõe que para que haja esse procedimento, deverá ter o falecido ou falecida, ter deixado uma autorização prévia e específica quanto a este desejo, devendo esta autorização estar de acordo com a disposição da lei normativa vigente. Entretanto, a legislação brasileira é omissa quanto a regulação do modo o qual se deve seguir ou compreender como “autorização expressa, prévia e específica”, ou seja, se silenciou quanto ao modo e exigência expressa quanto ao consentimento daquela pessoa que faleceu. Desse modo, a partir do momento em que a legislação civilista admite apenas a ideia de presunção de paternidade, se omitindo quanto a necessidade de exposto consentimento, ela acaba abrindo espaço para interpretações que podem prejudicar o real desejo do casal do ponto de vista do planejamento familiar, já que essas interpretações podem ser feitas tanto pela clínica quanto poder judiciário, pessoas que eram tidas como não tão próximas a realidade do casal, que implicarão em decisões viciadas. Assim, tal situação acaba atingindo a própria noção do princípio da autonomia da vontade, a qual deverá ser base para melhor compreensão e adequabilidade para essas interpretações (RANZONI, 2017, p. 91).

Inicialmente, deve-se compreender que o direito à autonomia da vontade é algo que pode ser considerado como projeção dos direitos da personalidade. Este, por sua vez, é considerado como os direitos os quais decorrem da própria condição humana, ou seja, se tutela os bens considerados como essências à pessoa humana, protegendo qualidades e características que são próprias do ser humano, como o direito ao próprio corpo, direito à honra, direito à liberdade, dentre outros direitos fundamentais à essência humana (BORGES, 2005, p. 20-21).

Essa tutela de direitos da personalidade vem para sustentar e reforçar uma outra ideia de proteção de direitos, os quais considerados não patrimoniais, que não tinham expressamente uma codificação tão expressa quanto a sua proteção em ordenamentos passados, mas que agora, admite uma maior segurança jurídica quanto ao acolhimento no sistema jurídico. Desse modo, ao reconhece-los em uma posição de importância no ordenamento jurídico, em razão da sua finalidade de resguardo aos atributos e expressões essenciais decorrentes de uma existência humana no mínimo digna e respeitosa, eles ainda que de maneira espaçada pelas legislações, se assentam em princípios que ao terem como finalidade preservar e defender o indivíduo, em sua integridade física e moral, acabam por permitir tutelar direitos específicos, como o caso do princípio da autonomia (PEREIRA, 2013, p. 201).

A autonomia, a compreendendo como uma qualidade do direito da personalidade, sendo reconhecido como um bem jurídico tutelado de maneira ampla, pode ser objeto de direito do qual trate de relações, situações ou negócios jurídicos, por conta da sua própria natureza. Assim, deve-se inicialmente compreender que a noção de autonomia jurídica perpassa pela ideia da liberdade, porém liberdade essa pautada no ordenamento jurídico. De maneira restrita a essa ideia, esta autonomia privada a qual corresponde a liberdade de negociar, ou seja, podendo as próprias pessoas regularem as suas próprias relações jurídicas, devendo as suas decisões estarem pautadas na legislação vigente para que se reconheça a sua aplicação. Entretanto, embora a autonomia privada seja pautada, principalmente, nos negócios jurídicos para a sua concretização no mundo real, esse princípio não se restringe apenas a esse viés. Admite-se também o uso da autonomia privada nas relações que tratem de aspectos subjetivos que decorram da personalidade da pessoa humana, como por exemplo quando envolve questões referentes a disponibilidade do próprio corpo (BORGES, 2005, p. 42-50).

Porém, ainda que haja expressões em relação a personalidade humana e dispostas de maneira livre e autônoma, estas ainda sim possuem certas limitações. Em relação aos contratos que tratem de reprodução humana, especificamente, pode-se perceber que eles são pautados na noção do negócio jurídico, entretanto, o poder qual lhe é atribuído pelo poder público tem caráter limitado, pois essa espécie de negócio jurídico trata de bens jurídicos, direitos e deveres os quais há uma limitação

em relação a sua disposição, seja em decorrência das leis, da moral ou dos bons costumes. Dessa forma, ao falar em disposição de expressões decorrentes da própria condição humana, deve-se considerar, no entanto, o exercício da autonomia privada restrita à certas limitações, embora aquelas que admitem um grau de subjetividade, como a moral e bons costumes, sejam objetivo de divergência pela doutrina ao entender que não seriam aspectos limitadores para o pleno exercício da autonomia privada nesse viés (MEIRELLES, 2014, p. 59).

Essas questões referentes à aspectos e expressões subjetivas do indivíduo remetem a uma outra noção quanto a ideia da autonomia. Por abranger aspectos pertencentes a uma seara não patrimonial e específica, referente as questões de liberdade pessoal, esta pode configurar a autonomia para um viés existencial, admitindo também uma interpretação conceitual de autonomia existencial. Esta, pode ser compreendida como algo que se refere à questões de disponibilidade pessoal, envolvendo a reafirmação da dignidade humana de acordo com os preceitos de liberdade de atuação e decisão, que envolvem os direitos da personalidade, também pode admitir o seu contexto quanto à autonomia na perspectiva da bioética, a partir de relação que se faz frente as tomadas de decisões conscientes e necessárias quanto a situações que envolvam relações entre médico e paciente, por exemplo (REQUIÃO, 2014, p. 88).

Assim, a partir do momento em que nasce e se admite a noção da autonomia existencial, está pode ser compreendida como algo que decorreu de fato de uma valorização e colocação da pessoa humana em primeiro plano, situação a qual, não permite mais admitir a depreciação das questões subjetivas e não-patrimoniais advindas da condição humana, o que fez com que o próprio sistema jurídico vise aumentar a sua dimensão de tutela a fim de garantir a proteção da personalidade e da própria pessoa humana, sempre guiado e submetido ao princípio da dignidade humana. E, ratificando os reflexos dessa dimensão à seara da bioética, o mesmo se percebe em razão da tutela jurídica da pessoa humana colocada como centro das questões as quais se fundam seus preceitos, pesquisas e ações, em que atua essencialmente o princípio da autonomia, ainda que passível de ponderação de frente a outras questões como o dever médico de beneficência, mas sempre vocacionado a dignidade humana, a fim de garantir que as liberdades e decisões

independentes as quais se baseiam a autonomia, não sejam no mínimo, consideradas e resguardadas ao máximo possível (COSTA, 2000, p. 161-163)

Pelo fato de envolver questões que tratam da liberdade pessoal, a noção de autonomia também perpassa a sua análise pela ideia da vontade. Está, já foi muito utilizada como parâmetro básico para as interpretações e realizações dos negócios jurídicos. Porém, a vontade enquanto interna, apenas exposta no próprio consciente da pessoa, além de não permitir que ela seja considerada por outras pessoas, também não é reconhecida juridicamente, não admitindo relevância social e nem jurídica. Desse modo, pode-se entender que foi a partir dessa análise quanto à vontade, em que passou a ser considerado a ideia de manifestação da vontade ou declaração da vontade, ao exigir repercussões externas, seja por comportamentos, falas, para poder se referir a ela, de maneira que esta vontade possa de fato repercutir principalmente no mundo jurídico. Por conseguinte, para que ela possa gerar efeitos e ter relevância no mundo real, entende-se que a pura manifestação da vontade, por si só, não é capaz de gerar os impactos jurídicos desejados, e por conta disso, deve estar submetida ao ordenamento jurídico, seja estando de acordo com as normas ou não confrontando-as (BORGES, 2005, p. 54).

Ao reconhecer e admitir a vontade como critério, este também já foi muito utilizado para caracterizar e qualificar a autonomia, sendo conhecida como autonomia da vontade. Porém, apesar da diferença a qual admite a autonomia privada e a autonomia da vontade, onde relaciona-se com as questões mais subjetivas enquanto aquela refere-se a questões objetivas e reais, o uso da autonomia da vontade não se faz tão presente enquanto o seu uso terminológico em face da nova construção social. O que se quer dizer, é que não é que deverá afastar a vontade enquanto elemento volitivo da autonomia privada, mas que a vontade enquanto caráter ilimitado e apenas voltado para o âmbito subjetivo individualista do indivíduo não é um ideal mais aceito juridicamente. Desse modo, a autonomia privada passa a ser a linha a ser consagrada para tratar dessas questões pertinentes, ao passo que preserva a questão da vontade individual, porém pautada no interesse coletivo e limitações jurídicas quanto aos direitos e deveres legais, aos quais devem estar em conformidade (RAPOSO, 2002, p. 84-86).

Diante desses fundamentos, tendo em vista que o uso do material genético é algo que decorre da condição humana e faz parte da sua existência, conseqüentemente,

está abrangido pelos direitos da personalidade, e com isso, reconhecendo os institutos do direito privado e seus princípios, o mesmo permite a incidência do princípio da autonomia privada, dotada de proteção jurídica. Desse modo, pelo fato de que as questões que envolvam a manipulação do material genético, acabem sempre envolvendo previamente relações, a priori, entre médico e paciente, não há como não se atentar e considerar a questão do consentimento informado como algo de grande relevância a ser consagrado no âmbito da autonomia privada e bioética. Assim, o consentimento informado pode ser compreendido “[...] como um instrumento de proteção da pessoa na medida em que lhe protege a vida, a liberdade, a autonomia e a sua integridade psicofísica”. Ou seja, admite-se a valoração quanto a algo de instituição dos direitos da personalidade, e por isso, demandam uma atenção e proteção quanto a intenção desse consentimento, tendo em vista também estar delineado sob os preceitos da dignidade humana (MADEIRA, 2016, p. 71).

Corroborando com essa ideia admitida acerca do consentimento informado, este por sua vez, se faz presente, por exemplo, enquanto documento público em situações necessárias que envolvam questões de vida ou morte, quando requisitados pelas autoridades. Diante disso, ao ser exposto esse tipo de documentação, o qual reconhece o consentimento do morto, por exemplo, em querer a criopreservação a fim de posteriormente efetivar um procedimento de reprodução assistida, este fato por si, já caracteriza a vontade em procriar, configurando um modo projeto familiar formulado pelo casal. Ainda que trate de um documento, o qual não deixa expressamente em palavras a autorização para utilização do material genético nos procedimentos de reprodução assistida *post mortem*, o seu núcleo consiste em uma declaração de vontade em procriar, a qual não deixa dúvidas em razão do seu consentimento já declarado, e ao expor, a sua intenção admitiria o caráter *erga omnes* (NERY, 2013, p.65).

5.2 A UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA COMO POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DO *ANIMUS* DE CONSTITUIR FAMÍLIA POR PARTE DO FALECIDO

A família, em seu conceito, se baseia basicamente em reconhecer uma variação de indivíduos, que estão interligados entre si, sejam pela razão biológica ou social. Inicialmente, era tida como aquela em que os indivíduos que formassem essa entidade decorriam daquelas relações já estabelecidas e decorridas do tronco ancestral comum, admitindo ainda os cunhados, enteados, noras e genros (PEREIRA, 2017, p. 25).

Entretanto, a partir do momento em que as estruturas familiares passaram a ser objeto de estudos e análises, percebe-se que a sua formação não permanece similar ao longo dos anos. A medida em que o avanço temporal juntamente com novas estruturas sociais se mostra constantemente em mutação, percebe-se que os moldes familiares tendem a se ajustar conforme as novas expressões da sociedade e devido a própria necessidade do ser humano em precisar se encaixar conforme a sua identidade social. Assim, foi possível perceber, a imersão de dimensões e aspectos os quais norteiam a estrutura familiar, como as questões biológicas, espirituais e sociais, das quais necessitam de análises e estudos voltados para diversas áreas do conhecimento, principalmente as das ciências da natureza e humanas, porém admitindo foco especial para a área do direito (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 35).

Por conta dessas influências e circunstâncias, a noção de família passou a ser considerada constantemente com base no que expressa a sociedade contemporânea, devendo admitir também os efeitos decorrentes dos avanços biotecnológicos quanto as novas formas culturais da sociedade. Dessa forma, em razão do surgimento de novos valores e possibilidades de relacionamentos que se modificam ao passar dos anos, fez com que a noção e o conceito de família tivessem que se adaptarem e ampliem as suas interpretações em relação a entidade familiar, de acordo com os elementos que o norteia (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 37).

Dessa forma, a partir da renovação de valores, as instituições familiares acabam passando por mudanças tanto na sua composição, quanto no modo como compõe,

o que faz com certos padrões de família sejam rompidos, permitindo assim, que novas formas de relacionamento também sejam caracterizadas como família como o caso de casais que não possuem filhos, casais inter-raciais, casais homossexuais, dentre outras formas de união. Assim, as próprias configurações das entidades familiares buscam hoje se configurarem de acordo com os comportamentos e emoções guiados pelos novos valores contemporâneos (CASTRO, 2015, p. 32).

Partindo desse pressuposto, percebeu-se que as próprias normas legislativas tiveram que se adaptar as novas configurações sociais. Por esse modo, partindo dessa noção, pôde-se perceber que em relação aos tratamentos dados pelo art. 1.723 do Código Civil e o art. 226 § 3º da Constituição Federal, ao trazerem o mesmo texto reconhecendo a “união estável entre homem e mulher”, eles passaram por uma nova construção interpretativa, de maneira que esses referentes artigos abrangem também as relações homoafetivas. Ou seja, se pretendeu então expandir as noções de relações entre homem e mulher, a fim de que se retire o padrão anteriormente estigmatizado heteronormativo, admitindo o reconhecimento de tratamento igualitário (SOUZA JUNIOR, 2017, p. 68).

Por esse modo, tendo em vista que a união de homossexuais é uma realidade, a qual não pode ser desconsiderada tendo em vista os novos preceitos que constituem o Estado Democrático de Direito, e dessa forma, embora não expressa da mesma maneira a qual é atribuída a tutela jurídica as determinadas entidades familiares, como união estável, ela não apresenta, em termos de elementos necessários para constituição de família, qualquer impedimento ou restrição de configurar também um novo modelo união afetiva (KIM, 2010, p. 29).

Pela mesma linha, porém hoje normatizado constitucionalmente e por leis infraconstitucionais, está a figura da união estável. Esta, por sua vez, passou a ser considerada legalmente como uma espécie de entidade familiar, que se assemelha as características do casamento, porém não admite a mesma formalidade e solenidade que essa figura familiar. Ao passo que, essencialmente, a união estável basicamente é considerada como uma união entre duas pessoas que estabelecem uma relação de afetividade, admitindo diversos graus de intensidade (PERES, 2018, p. 113-115).

Dessa forma, a união estável é caracterizada a partir de alguns elementos. Como expõe o art. 1.723 do Código Civil, para que seja reconhecida a união estável, deve

haver “configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Além disso, conforme o § 1º, para configurar a união estável, deve o casal não estar submetido aos impedimentos descritos no art. 1.521, com exceção ao inciso VI. Desse modo, além dos elementos de natureza objetiva como os que podem ser constatados como a convivência pública, contínua e duradoura, além dos impedimentos matrimoniais, existem também o de elemento subjetivo que é a própria noção do *animus familiare*, que corresponde a vontade de viver em família. Pode-se considerar que este elemento subjetivo é um dos mais importantes para a configuração da união estável enquanto entidade familiar, já que é por meio dessa intenção, que caracteriza e expõe a vontade de ambos em permanecerem juntos de duradoura e com objetivos de vida em comum atrelados ao caráter familiar. Por isso, para possibilitar a sua comprovação, tendo em vista o seu caráter subjetivo, é admitido pela legislação, diversos meios probatórios como forma de configurar o *animus familiare*, como por exemplo demonstrações e aparições públicas em conjunto, demonstrações de cunho patrimonial realizados em conjunto, declarações de projetos pessoais, testemunhas próximas como vizinhos e familiares, dentre outras opções as quais não são exaustivas a vista das inúmeras possibilidades que esse elemento subjetivo permite configurar (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 480).

Ao observar as mudanças nas concepções do conceito de família, está por sua vez também merece ressaltar e dar a devida importância as famílias monoparentais. Este modelo de entidade familiar, reconhecida legalmente pelo art. 226, § 4º da Constituição Federal, veio para resguardar também o caráter familiar daquelas famílias que são formadas só pela mãe ou só pelo pai, sendo apenas eles os responsáveis pelos filhos. Geralmente, essa formação familiar decorre de um fim de relacionamento após o estado gravidez ou mesmo em razão da morte de um dos cônjuges ou parceiros. Porém, em razão da evolução das técnicas biotecnológicas, em especial as técnicas de reprodução assistida, estas também interferiram na concretização de novos modelos de família, ao permitir que mulheres e homens solteiros também possam realizar esses procedimentos, como previsto na resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (DALABRIDA JUNIOR, 2018, p.21).

Dessa forma, ao passo em que é possível visualizar a possibilidade de reconhecimento de projeto parental por meio de reprodução assistida à uma pessoa

solteira, do mesmo modo, há a presunção de serem concebidos na constância do casamento aqueles filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, havidos a qualquer tempo desde que tratando de embriões excedentários em relação a inseminação artificial homóloga, e aqueles havidos por fecundação artificial heteróloga desde que com a prévia autorização do marido, como exposto no art. 1.597, incisos III a V do Código Civil, ou seja, reconhecendo a presunção de paternidade. Diante disso, pode-se compreender que poderia haver a possibilidade de reconhecimento de entidade familiar para a viúva ou viúvo, ou até mesmo nos casos do antigo companheiro ou companheira, a partir do procedimento de reprodução assistida *post mortem*.

Ao ressaltar a questão do projeto monoparental, reconhecido e resguardado pelo ordenamento jurídico, em razão do novo contexto das relações sociais atuais, admitir a possibilidade dessas pessoas recorrerem as técnicas de reprodução assistida não deve ser interpretada como algo necessariamente será penoso e desfavorável ao futuro filho ou ao próprio genitor, uma vez que não se pode garantir e pressupor que um filho terá uma vida menos digna por ser criado por apenas um dos pais. Da mesma forma, a convivência com os dois genitores, não infere, necessariamente, que é o melhor para essa criança, e dessa forma, se faz necessário relativizar certos pressupostos em relação a questões como essas (MEIRELLES, 2014, p. 67).

Embora, segundo a resolução do Conselho Federal de Medicina, já mencionada anteriormente, e o que dispõe o Enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal em que “Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte”, ao considerar necessário esse consentimento por escrito expresso para o procedimento *post mortem*, pode-se perceber por meio de decisões judiciais, que essa linha de pensamento não é amplamente utilizada (DUFNER; HIRAI, 2017, p. 20-21).

O caso que pode ser considerado como pioneiro que ascendeu no Brasil, as discussões acerca da relevância quanto ao consentimento expresso no que tange a utilização de gametas e embriões criopreservados para procedimento de reprodução humana assistida *post mortem* decorreu do caso que envolveu a professora Kátia

Lernerneier. Com base nas informações reportadas pelo Portal G1 Notícias (2010), a situação surgiu logo após a morte do seu marido, decorrente de problemas no tratamento contra o câncer, que fez com que Kátia entrasse com uma ação na justiça, a fim de fazer com que a clínica responsável pelo congelamento do sêmen do seu marido prosseguisse com o procedimento de inseminação que ambos tinham iniciado antes do falecimento do seu cônjuge. A clínica se recusava a realizar, alegando que com base no termo de consentimento feito por eles, previamente, para se submeter ao procedimento, não indicava expressamente qual seria o destino do gameta congelado e, tendo em vista as normas que compõe as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, que tratam sobre essa matéria, essa exigência se mantém. Entretanto, o entendimento do juiz foi contrário ao da clínica, e o magistrado acabou concedendo uma liminar determinando que a clínica realizasse o procedimento requerido por Kátia.

O fundamento que embasou esta liminar, basicamente partiu do entendimento de que a manifestação da vontade que configura o consentimento do indivíduo deve ser expressa, porém não baseada necessariamente em documentos escritos, pois admite-se que outros modos de aferir a vontade do ser humano, de maneira explícita e ainda em vida, por meio de condutas indiscutíveis que permitem revelar e representar na mesma qualidade das expressões literais, a vontade do indivíduo. E com base nesse entendimento, a sentença seguiu a mesma linha, ao entender que havia ocorrido a manifestação expressa quanto a vontade do *de cuius* em prosseguir com o procedimento para ser pai e, embora não tenha deixado nenhum documento, entendeu-se pela necessidade de haver, na verdade, o suprimento da vontade por decisão judicial, o que de fato ocorreu (NAVES; SÁ, 2015, p. 76).

Desse modo, a partir do momento em que esse assunto permite dar início a precedentes acerca dessa matéria, conseqüentemente, abre-se para um novo rol de discussões jurídicas que tendem a solucionar essas possíveis questões. Com base no Informativo de Jurisprudência nº 292, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, outro caso similar também chegou ao conhecimento do judiciário, porém com decisão final diferente. Com base no acórdão nº820873, julgado em 2014 pela 3ª Turma Cível, a decisão que a maioria dos desembargadores tiveram foi que não se poderia presumir o consentimento do *de cuius* para a realização do procedimento de inseminação *post mortem*, em face da falta de autorização expressa em relação

ao uso do seu material genético, podendo inclusive esse ato violar o princípio da autonomia da vontade. Entretanto, tendo em vista que a matéria não traz um entendimento unânime, o voto minoritário em contrapartida, defendeu justamente o que já foi mencionado anteriormente, a ideia de que pode-se considerar a celebração do contrato para fins de congelamento do gameta reprodutivo, para a submissão ao procedimento de reprodução humana, significa dizer que esses interessados pretendiam ter filhos, e por conta disso, é possível considerar caracterizado a autorização implícita pelo falecido para utilizar o seu material genético. Ou seja, esse argumento ratifica a ideia de que o comportamento humano em vida também pode ser um meio eficiente de configurar a manifestação da vontade de um indivíduo, não sendo necessário, se voltar apenas para os meios documentais.

Ao seguir a mesma linha de pensamento acerca dos meios de manifestação da vontade, essa questão também perpassa por outras discussões que também envolvem direitos da personalidade envolvendo um indivíduo morto. Ao sair um pouco da temática principal, percebe-se que o enfoque jurídico quanto ao reconhecimento do consentimento em vida para produzir efeitos além da morte, permanece em discussão. Com base em uma decisão recente sobre o Recurso Especial nº 1.693.718-RJ, proferida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 26 de março de 2019, no qual tratou-se de reconhecer possível e permitido permanecer o corpo de um brasileiro morto congelado nos Estados Unidos. Este caso fundamenta-se com base na matéria acerca da criogenia, a qual consiste em uma técnica de congelamento do corpo humano, em baixas temperaturas a fim de conservá-lo inteiramente, a fim de que no futuro, com base em novas técnicas científicas, este corpo possa ser reanimado e voltar a ter vida. Em tese, o *de cuius*, não deixou nenhuma declaração expressa quanto a disposição do seu corpo após a morte, porém, uma das suas filhas admitia ter pleno conhecimento acerca da vontade do seu pai quanto a disposição do seu corpo, e assim o fez. Com base nessas alegações, o Min. Relator do caso Marco Aurélio Bellizze, em seu voto, entendeu manter a sua análise voltada para a manifestação da última vontade do *de cuius*, se seria possível inferir que a criopreservação era de fato a sua vontade e, se não havia nenhuma violação a legislação brasileira.

Em síntese, o voto do Min. Bellizze (2019) se baseou na ideia que, em razão da falta de normatização acerca da criogenia, deve-se o caso ser pautado com base na analogia jurídica, se utilizando de normas similares que contenham elementos necessários para a solução do caso. Além disso, se voltou a afirmar que o presente caso, refere-se a direitos da personalidade, admitindo nesse caso o direito ao cadáver, e desse modo voltados ao âmbito do direito civil, o qual admite e rege pela autonomia privada, desde que não viole o restante do ordenamento. Desse modo, em razão dessa ausência, este Ministro entendeu que:

Ocorre que, analisando as regras correlatas dispostas no ordenamento jurídico - que disciplinam diferentes formas de disposição do corpo humano após a morte -, em razão da necessidade de extração da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto, considerando a existência de lacuna normativa, verifica-se que não há exigência de formalidade específica acerca da manifestação de última vontade do indivíduo.

E assim, com base na falta de exigência legal quanto à essa disposição expressa de vontade, Bellizze (2019) basicamente, concluiu que:

Logo, na falta de manifestação expressa deixada pelo indivíduo em vida acerca da destinação de seu corpo após a morte, presume-se que sua vontade seja aquela apresentada por seus familiares mais próximos. Trazendo a referida premissa para o caso dos autos, em decorrência da integração da norma pela analogia, conclui-se que os familiares podem traduzir a expressão da vontade da pessoa no sentido de ser submetida ao procedimento da criogenia após o seu falecimento, observando-se sempre as particularidades de cada caso concreto.

Com base nesses fundamentos, percebe-se que estes também são argumentos passíveis de serem aplicados de maneira analógica, no que tange a lacuna jurídica referente ao reconhecimento do consentimento do *de cujus* para procedimento de reprodução póstuma independente de manifestação expressa por documento.

Assim, ao passo que o próprio judiciário vem admitindo e reconhecendo a possibilidade de outros meios probatórios sem necessariamente ser o meio escrito, isso permite aferir que o reconhecimento de projeto parental, hoje, em razão da ausência de normas restritas à esse assunto, permite se encaixar e englobar o modelo de família formado a partir da reprodução assistida *post mortem*.

Ao considerar o que dispõe a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, através do Decreto-Lei nº 4.657/42, em seu art. 4º que diz que quando a lei for omissa, poderá o juiz decidir conforme analogia, costumes e princípios que fazem parte do direito. Desse modo, percebe-se que as atuações do judiciário quanto às matérias referentes a manifestação expressa de vontade, relativa ao consentimento

de situações *post mortem*, esta lacuna está sendo preenchida, por enquanto, de maneira que não encontra nenhum óbice até o momento.

Essas decisões também podem ser interpretadas tendo e vista a noção dos meios de prova em que o próprio processo civil admite e reconhece como modo de convencimento do juiz. Assim, a partir das manifestações realizadas pelo ser humano, qualquer decisão, situação ou ato podem ser base de elementos de comprovação de uma manifestação de vontade. Desse modo, a vista que o direito admite provas diretas quanto indiretas, pessoais e reais, além das possibilidades de formas como orais, documentais e materiais, a fim de possibilitar que, nesses casos de judicialização, o próprio órgão julgador possa ele mesmo estabelecer o seu valor quanto as provas que lhe entenderem suficientes para o seu convencimento motivado e racional, conforme o contexto do caso concreto (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 49, 105-107).

Além disso, em razão dos elementos os quais se configuram previamente a realização dos procedimentos de reprodução assistida, percebe-se que perpassa pela própria ideia de negócio jurídico. Desse modo, a exteriorização das intenções das partes, nesse caso do casal ao terem se submetido ao congelamento dos seus gametas ou embriões, se mostra de extrema necessidade para os casos em que há morte de um deles. Embora não se pode admitir, de fato, que há implicitamente a vontade de procriar ao momento em que se realiza ou se submete a criopreservação de gametas (ROCHA, p. 59), mas tendo em vista que essa situação reflete um negócio jurídico, ainda que não de cunho patrimonial, o mesmo não admite que a sua interpretação seja apenas voltado para o que foi estabelecido no momento da relação entre médico e paciente, que refletiu na formulação do consentimento informado, devendo considerar também para a devida interpretação da vontade daqueles que se submeteram, a manifestação de atos, símbolos, sinais dentre outras questões presentes ao meio externo, que devem ser levados em conta, conjuntamente, a fim de conhecer de fato a verdade e intenção concreta dessa vontade (GONÇALVES, 2016, p. 347).

Atrelado a essa ideia, deve-se ter em mente a questão a qual deve os interpretes e aplicadores do direito se desvincularem da ideia do formalismo exacerbado, no viés em que admite restrições de tutelas jurídicas em razão de conceitos estabelecidos e que não condizem mais com a sociedade atual. Em outras palavras, tendo em vista

que o direito é uma ferramenta voltada para a regulamentação das relações jurídicas, por sua vez, ele deve atuar com o rigor mínimo possível a fim de garantir a segurança jurídica esperada diante dos preceitos normativos, porém que os permita se adequarem aos valores ideológicos e culturais de cada momento, permitindo que o direito de fato regule a realidade atual. Desse modo, em razão do complexo de relações da vida mutáveis a todo momento, deve os institutos jurídicos acompanharem tais mudanças interpretativas, não cabendo os interpretes e aplicadores do direito se restringirem a conceitos estritos, e sim facilitarem a melhor flexibilização desses conceitos a fim de refletir melhor as demandas da sociedade a qual acompanha (PRAVATO, 2018, p. 22-25).

5.3 AS IMPLICAÇÕES DECORRENTES DO RECONHECIMENTO PARENTAL

Tendo em vista que do ponto de vista biológico e tecnológico, a reprodução humana assistida *post mortem* já é uma realidade de anos, a partir da possibilidade de conservar tanto um embrião já fecundado quanto de fecundar gametas criopreservados posteriormente. Conseqüentemente, essa perspectiva não se delimitou apenas a criar efeitos que atingisse apenas a seara da bioética, repercutindo necessariamente no âmbito jurídico, em razão da importância a qual se trata o objeto em questão, que é o ser humano e o surgimento de uma nova vida (DINIZ, 2017, p. 712-713).

Desse modo, pode-se perceber que esses avanços são conquistas as quais não admitem mais retrocesso, cabendo a sociedade ter que se modular em razão dos novos fatos sociais e biotecnológicos. Entretanto, estando a bioética pautada, e prevalecendo sempre, o princípio da dignidade humana, pode-se compreender que haverá a atuação do Estado em resguardar a pessoa humana, independente dos estágios de vida em que se apresente (ALMEIDA JÚNIOR, 2009, p. 11-13).

Assim, invariavelmente, a interferência do direito será solicitada e demandará atenção no que tange aos efeitos da repercussão da reprodução assistida póstuma, nas searas jurídicas que mais ressaltam as conseqüências acerca desses procedimentos que são tanto a área do direito de família quanto dos direitos

sucessórios, que são as searas normativas que tratam necessariamente das questões que envolvem o reconhecimento parental e suas implicações.

5.3.1 A adequabilidade do reconhecimento parental: legítima ou testamentária

Ao considerar a proteção constitucional exposta pelo art. 226 da Constituição Federal, esta por sua vez traz a garantia e a afirmação de que é a família a base da sociedade. Dessa forma, ao ser constitucionalmente preservado essa instituição social, e tendo em vista os novos valores que consagram essa constituição democrática, esta acaba resguardando também as várias formas de modelos familiares como a formada pelo casamento, pela união estável e também admitida a monoparental, formada por apenas um dos progenitores e seus descendentes, não havendo entre eles qualquer distinção valorativa, sendo todos igualmente importantes (LUCA, 2010, p.31).

A família ao ser resguardada própria Constituição Federal, acaba por refletir também uma outra proteção que é a garantia da dignidade humana. Ao ampliar e expandir as interpretações acerca da dignidade humana, esse princípio também permitiu interferir nos membros que compõe cada modelo de família, ao garantir e proteger os seus preceitos fundamentais e vontades individuais, das quais permitem o pleno desenvolvimento familiar (GUALBERTO, 2015, p. 59).

Como forma de caracterização dessa ordem de dignidade humana em meio a uma instituição geral democrática, está a noção do princípio do planejamento familiar. Este, por sua vez, é algo que foi criado a fim de que novas entidades familiares surjam e com isso, não tenham como se sustentar nos requisitos mínimos essenciais, além de possibilitar indiretamente um maior controle sobre o crescimento demográfico. Em razão disso, o próprio poder público propiciou instrumentos e recursos a fim de viabilizar o planejamento familiar para todas as pessoas indistintamente. Entretanto, se faz necessário ressaltar que o poder público não pode interferir, de maneira autoritária nas escolhas e modos de planejamento familiar, uma vez que essa decisão pertence exclusivamente aos membros da família. Dessa forma, houve a criação da lei nº 9.263/96, a qual estabeleceu normas que regulam os direitos acerca da possibilidade de manutenção pelo próprio indivíduo e sua família em torno da procriação, garantindo que todos tenham os

mesmos direitos, envolvendo técnicas e informações, embora na realidade isso não ocorra de fato (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 131-132).

Assim, é possível reconhecer que o instituto de planejamento familiar permite que os indivíduos, solteiros ou unidos enquanto família, possam decidir livremente se querem ter filhos, quantos e quando pretendem ter. Por esse modo, por ser algo também garantido como direito fundamental, ele envolve diversas questões que envolvem desde o auxílio na orientação sexual, assistência a gestantes e crianças, e inclusive, auxílio nos procedimentos de procriação nos casos de infertilidade. Dessa maneira, a partir dessa autonomia a qual é concedida aos casais, sejam elas heterossexuais ou homossexuais, da mesma forma se tiverem a intenção de formar uma família biparental ou monoparental, essa não é totalmente ilimitada, a vista que devem estar sempre submetidos aos principais princípios que versam o direito de família como o princípio do melhor interesse da criança, da paternidade responsável, bem como o princípio da dignidade humana (RIBEIRO, 2016, p. 30).

Desse modo, essa noção de planejamento familiar estimulou o entendimento e reconhecimento acerca da noção do direito de procriação ou reprodução. Este direito por sua vez, embora não expresso na Constituição Federal, o mesmo pode ser interpretado como algo que foi recepcionado pela ideia do planejamento familiar, ao passo que, em razão das evoluções tecnológicas e científicas, hoje se permite que os indivíduos possam, a partir da sua liberdade e autonomia resguardada, escolherem entre a procriação natural, aquela qual decorre do próprio ato sexual entre pessoas de sexo oposto e potencialmente férteis, ou da reprodução assistida, a qual inicialmente, era escolhida em razão da infertilidade a qual atingia um casal ou um deles, embora hoje visa a ser utilizada sem necessariamente ter ligação com a infertilidade (GUALBERTO, 2015, p. 49-57).

Além disso, entende-se que pode ser considerada as técnicas de reprodução assistida como um direito de acesso a saúde, ao qual, não se refere apenas em relação as enfermidades decorrentes da infertilidade dos indivíduos, mas reconhecendo de maneira ampla também, o acesso a soluções que envolvem mudanças positivas ao bem-estar psíquico do indivíduo. Ratificando assim, a consideração à existência de um direito de procriar (MEIRELLES, 2014, p. 65).

Esse direito de procriação nasceu atrelado simultaneamente a noção da possibilidade do direito de escolha em não procriar. Ao permitir que ambas opções

fossem passíveis de escolhas, essa sensação impulsionou ainda mais a caracterização da existência de direitos voltados a procriação. Assim, ao reconhecer esses direitos, permite-se acolher a noção da liberdade de escolha como ponto central de tais decisões. Em razão disso, e do conteúdo qual esse assunto permeia, que trata necessariamente em relação a saúde, se inseriu nesse campo de proteção a carga protetiva do estado ao ter que resguardar a devida educação sexual, plena assistência médica e serviços de saúde que permitam preservar e efetivar ambas essas escolhas. Conseqüentemente, essas ações permitiram que se consagrasse uma saúde reprodutiva pautada nos valores que norteiam a sociedade atual, enfatizando a autonomia e liberdade de escolha do indivíduo com seu próprio corpo, algo que admite um liame efetivo nos modelos de projetos parentais (MADEIRA, 2016, p. 113-114).

Diante disso, é possível considerar a noção do direito de procriação como elemento fundamental e norteador do que consiste o planejamento familiar, o qual em outras palavras, se revela como uma ferramenta de concretização de uma das vertentes decorrentes dos direitos da personalidade. E dessa forma, não é à toa que a própria Constituição Federal se fez por resguardar esse direito, permitindo assim não desvincular essas garantias e tutelas do cunho normativo dos direitos fundamentais (ROCHA, 2018, p. 16).

As técnicas de reprodução assistida se fazem muito presente em torno dessas novas concepções de entidade familiar. Embora não haja lei ordinária que regule essas técnicas, elas ainda sim se fazem presentes e lícitas no ordenamento jurídico, conforme a previsão do Código Civil. E por conta disso, é possível admitir que a reprodução póstuma também reflete efeitos. Com base no art. 1.597, especificamente nos incisos III e IV, ao tratar de reprodução assistida, o dispositivo já está fazendo referência a indicação de paternidade, ainda que de maneira presumida, em relação aos concebidos por meio desses procedimentos. Assim, admite-se a reprodução assistida homóloga em ambos os casos, certamente após a morte do marido no caso do inciso III, e presumidamente também após a morte, em relação ao inciso IV, quando se tratar de embriões excedentários. Embora a legislação esteja se referindo apenas a morte do homem (marido), pode-se interpretar de maneira semelhante em relação caso haja a morte da mulher, em razão do princípio da igualdade, porém adaptado ao fato de que necessitará de uma

substituição feminina para a gerar. Do mesmo modo, deve-se compreender também em relação a união estável. Além disso, em relação ao inciso V, que se refere a reprodução heteróloga, porém desde que tenha prévia autorização do marido. Na mesma linha, caso haja morte do marido, ou companheiro, antes do procedimento, havendo autorização daquele ao qual deseja ter filho, compreende-se que o mesmo deve prosseguir, caso for a vontade do parceiro vivo (DIAS, 2013, p. 124-126).

Diante desses argumentos, não há o que contestar acerca da possibilidade tanto jurídica quanto social, da realização do procedimento da procriação assistida, seja em vida ou *post mortem*. Pode-se perceber que não restam dúvidas, embora ainda não expressas de maneira clara e afirmativa pela legislação brasileira, ainda sim, pautado em interpretações implícitas e extensivas envolvendo outros regulamentos, que o próprio ordenamento jurídico atual, vem a reconhecer a filiação desses filhos concebidos nessas situações específicas (SILVA, 2017, p. 88). Desse modo, a partir de um reconhecimento que é proveniente de direitos fundamentais, que se efetivam juntamente com o princípio da igualdade entre os filhos, sendo este tutelado constitucionalmente, não há porque discriminar os filhos concebidos por meio de métodos diferentes dos convencionais, à partir do momento do seu reconhecimento de filiação, compreendendo desse modo que esta situação deve estar preservada pela filiação legítima, assim como se rege as demais formas de reconhecimento de projeto parental.

5.3.2 A possibilidade de inclusão do concebido no inventário em face dos direitos hereditários

O que se pode compreender é que o legislador, ao indicar que há a presunção de paternidade ao tempo em que havia o casamento (ou união estável), entre ambos os sujeitos, ele estaria retroagindo tanto a noção do concebido a ideia de nascituro, quanto atraindo efeitos e reflexos de quando o *de cuius* era vivo (podendo incluir, inclusive, a sua manifestação em procriar), de maneira a compreender e interpretar essas questões como se naquele tempo fosse, ainda que de uma maneira simulada, mas com efeitos e atos que estejam condizentes com o momento atual e o restante do ordenamento jurídico. Por esse modo, fácil extrair que há o reconhecimento

desses concebidos como filhos, havendo de fato a filiação em relação ao pai ou mãe vivos quanto com o outro parceiro morto, o que gera conseqüentemente, o reconhecimento sucessório desses concebidos em relação a legítima (NERY, 2013, p.66).

A partir dessa análise, surge então um novo foco quanto as conseqüências desse procedimento *post mortem*, que girão em torno dos direitos sucessórios. Em razão de não haver legislação que discipline essa questão, permanece até hoje, as discussões no meio bioético e jurídico quanto as possíveis soluções a curto prazo.

Do ponto de vista sucessório, considerando que há o reconhecimento de filiação do *de cuius* com os filhos concebidos após a sua morte, estes também deverão estar garantidos, conforme legislação constitucional e os princípios de igualdade entre os filhos, o da dignidade humana, bem como o direito constitucional à herança, dentre outros. Por isso, embora se reconheça o art. 1.798 do Código Civil, que compreende que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, este dispositivo deve ser interpretado de maneira ampla, de modo a compreender que esses concebidos podem ser tanto os embriões criopreservados, mesmo embora não estando no momento da morte implantados no útero feminino, ao compreender que já houve a fecundação em vida (podendo caracterizar uma manifestação de intencionalidade à procriar), além de não haver diferenciação feita pelo legislador quanto a concepção extracorpórea. O mesmo pode se aplicar em relação a realização da fecundação posterior a morte, ao deter apenas congelados os gametas, tendo em vista a consagração do princípio da dignidade humana em relação a esse possível concebido, como também em razão da falta de norma que proíba tal reconhecimento (LEITÃO, 2011, p. 50).

Nesse mesmo sentido, Maria Berenice Dias (2013, p. 125), expõe:

É difícil dar mais valor a uma ficção jurídica do que ao princípio constitucional da igualdade assegurada à filiação (CF 227 parágrafo 6º). Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798), e até às pessoas ainda não concebidas (CC 1.799 I), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem*. Deve ser dada ao dispositivo legal interpretação constitucional, pois o filho nascido de concepção póstuma ocupa a classe dos herdeiros necessários.

Dessa forma, não restam dúvidas de que a partir do momento em que a legislação brasileira reconhece a possibilidade de procriação por meio de técnicas de reprodução assistida *post mortem*, passa a considerar invariavelmente, o reconhecimento da filiação do concebido decorrente desses procedimentos. Especialmente no que tange aos embriões criopreservados, pelo fato destes representarem o próprio fruto inicial que poderá desencadear em uma nova vida, pode ser considerado já representado a própria intenção e manifestação da vontade de configurar um projeto parental por parte do genitor falecido ainda em vida. Por conta disso, encontra-se respaldo jurídico, o concebido nascido nessa situação e sua tutela acerca dos direitos hereditários decorridos dessa filiação, já que estes direitos decorrem necessariamente do preenchimento das condições enquanto filho, estando-os presentes inclusive nesses casos (ROCHA, 2018, p. 151).

Já do ponto de vista da ocorrência da concepção do embrião após a morte, porém por meio da manipulação dos gametas congelados, ainda que em um primeiro momento não pareça cabível o reconhecimento da sucessão hereditária dos concebidos a partir dessa situação, ao considerar decisões já favoráveis à ocorrência dessa possibilidade de reprodução, e tendo em vista que as normas que tratam do reconhecimento de filhos concebidos *post mortem* não trazem especificas delimitações acerca do modo o qual se dará a legitimidade sucessória desses filhos póstumos, em razão de uma proteção constitucional de tratamento igualitário entre os filhos, independente da maneira como foram originados (SANTOS, 2017, p. 78). Diante disso, pode-se compreender que a mesma maneira a qual considera o tratamento e reconhecimento hereditário quanto aos embriões criopreservados, o mesmo, tendo em vista as condições jurídicas atuais, pode ser aplicado quanto aos embriões formados após a morte diante da junção dos gametas congelados.

Já que ao tratar de concepção e formação do embrião, este por sua vez, ao ser permitido a formação dele ainda que após a morte de um dos genitores, não se pode afastar ou ignorar as características as quais decorrem da formação desse ser, que juntos representam a essencialidade da vida humana a qual se pretende efetivar, tendo em vista toda a carga genética individualizada e específica a qual foi gerada e, por conta disso, demanda total tutela jurídica em razão do princípio da dignidade humana (SILVA, 2017, p. 90). Assim, ainda que esses direitos hereditários possam estar condicionados a sua efetivação ao nascimento com vida, do ponto de vista

doutrinário da corrente natalista, ou já serem titulados por esse ser ainda na condição de nascituro ao considerar a corrente concepcionista, ou ainda, serem considerados como direitos condicionados à vista da teoria condicionalista, de todo o modo, a necessidade do nascimento com vida se apresenta imprescindível para efetivar ou meramente reconhecer o momento e o maneira como esses direitos subjetivos impactarão externamente (CARVALHO, 2017, p.170).

A partir dessa análise, é importante ressaltar que na hipótese da existência do embrião criopreservado, assim como, a existência do congelamento dos gametas feminino e masculino que poderão ser usados em uma futura inseminação por parte do companheiro ou cônjuge vivo, ainda que possa ser algo passível de consideração de manifestação de vontade de formação de entidade familiar, este por sua vez não apresenta previsão legal para sua formação de fato. Em outras palavras, nesses casos, não há um limite temporal pré-estabelecido nem socialmente entre as partes e nem exposto em lei. E por conta disso, em razão da indefinição acerca do momento em que irá consolidar essa vontade, esta situação acaba por provocar uma insegurança quanto a tutela sucessória, já que cria uma instabilidade inicial quanto ao momento da abertura da sucessão, e posteriormente, a abertura do inventário (ROCHA, 2018, p. 156).

Assim, se faz relevante reafirmar que uma das tutelas principiológicas pela qual se baseia a normativa dos direitos sucessórios, assim como o restante do ordenamento jurídico brasileiro, é o princípio da segurança jurídica. E desse modo, não se pode ignorar o fato da possibilidade de já existir, à época do nascimento desse concebido *post mortem*, demais herdeiros, os quais vivos ou já concebidos à época da morte do falecido, sucederam automaticamente essa herança, permitindo que estes iniciem o processo de inventário, podendo o mesmo já ter sido finalizado e a partilha devidamente atribuída à cada herdeiro. Diante dessas hipóteses, nasce a necessidade de haver no mínimo uma ponderação de princípios com base no que traz as normas atuais (SILVA, 2017, p. 95).

Desse modo, com base nesse contexto, não haveria como o filho póstumo (considerando o concebido extemporâneo e o decorrente da fertilização dos gametas), fazer parte do inventário e já nascer com sua partilha definida, uma vez que não seria razoável considerar previsível e certo que a parceira (o) viva (o) irá de

fato continuar com o procedimento. Porém, a fim de resguardar o princípio da dignidade humana, o qual já se faz jus a partir do momento em que ocorre a fertilização do embrião e, considerando os instrumentos normativos que o próprio ordenamento dispõe atualmente, seria possível esses herdeiros por meio dos seus representantes legais, entrarem com uma ação de petição de herança. Esta ação está prevista no art. 1.824 do Código Civil, a qual lhe é cabível para aqueles herdeiros conhecidos como preteridos, sejam eles legítimos ou testamentários, os quais não fizeram parte da partilha decorrida do inventário à época do seu acontecimento, e assim pode reclamar do seu direito sucessório a fim de modificar a partilha, reavendo a sua parte, desde que ocorra dentro do prazo prescricional legal (ROCHA, 2018, p. 159).

Assim, este instrumento processual poderia configurar como uma alternativa a ser considerada tendo em vista as possibilidades jurídicas existentes até o momento. Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que, embora essa alternativa se apresente, em um primeiro momento, bastante viável para a sua aplicação, ela carrega consigo muitas fragilidades que poderiam limitar a finalidade desejada, seja pela existência da possibilidade de se realizar o inventário extrajudicial, ou pela indefinição do tempo em que esses procedimentos poderiam ocorrer tendo em vista o prazo previsto para essas ações (SANTOS, 2017, p. 87).

Ao se basear nessa ideia da indefinição do tempo por exemplo, como uma forma de se buscar ainda algum atalho para reafirmar que o ordenamento jurídico apresenta mecanismos que permitem adaptar essas novas realidades ausentes de regulação, ainda que de maneira analógica, podendo considerar plenamente possível a extensão do que prevê o art. 1.800 § 4º do Código Civil. No que tange a esse artigo, este se refere a ideia de considerar os filhos não concebidos à época da morte de um dos seus genitores como herdeiros apenas se decorrer de uma manifesta previsão no testamento desse *de cujus*, tendo que ocorrer a concepção dentro de um prazo de dois anos a contar da abertura da sucessão (LÔBO, 2016, p. 106-107).

Porém, com base na previsão constitucional de garantir a efetivação do princípio da igualdade de tratamento entre os filhos, o fato de possivelmente atribuir a sucessão desses concebidos por meio testamentário não poderia prosseguir, uma vez que haveria nitidamente violação ao tratamento isonômico entre os demais filhos, caso

houvesse, os quais detém o direito à sucessão legítima, enquanto que, aqueles concebidos *post mortem* só poderiam suceder por meio de testamento. Além disso, se for se basear pelo art. 1.799 I, do Código Civil, ao tratar da possibilidade de suceder aqueles filhos ainda não concebidos das pessoas em que o testador indicar, desde que elas estejam vivas no momento da abertura da sucessão, o mesmo tratamento diferente entre filhos irá permanecer, pelo fato de que não seria possível o testador indicar o seu futuro filho, já que em tese não é a sua prole eventual, em regra, a qual sujeito deve indicar, e sim o seu genitor que esteja vivo no momento da abertura da sucessão, o que ratifica essa discriminação de descendentes, uma vez que ao serem filhos, devem seguir a sucessão hereditária pela legítima, como rege a legislação atual (LEITÃO, 2013, p. 52-53).

Do mesmo modo, não restam dúvidas de que, a partir do momento em que se defende que há a necessidade de haver uma regulação quanto a limitação temporal, seja para que ocorra a concepção e logo em seguida o nascimento com vida, ou para que haja um prazo razoável a fim de possibilitar o concebido póstumo, ao nascer, adquirir a sua parte da partilha decorrente da herança do seu genitor falecido, essa concepção também pode configurar como uma possível violação a alguns princípios. A partir do momento em que admite a intenção de estabelecer prazo para que ocorra a concepção, essa situação acaba atingindo os valores acerca da dignidade humana no sentido de que, estaria restringindo a sua liberdade quanto ao livre planejamento familiar, resguardado constitucionalmente. Além disso, o princípio do tratamento igualitário entre os filhos, já muito reafirmado até o momento, também poderia estar sendo atingido, uma vez que estaria por diferenciar e restringir claramente o modo pela qual, supondo a prévia existência de outros filhos, estes mesmos herdeiros nas mesmas condições de filiação, poderiam fazer parte da sucessão hereditária do mesmo *de cujus*. Entretanto, é perceptível, a necessidade de manter o mínimo de condições estáveis para todos os sujeitos envolvidos ou que venham a se envolver nessa situação. Diante disso, considerando a possibilidade de utilizar a petição de herança como forma de assegurar a parte a qual lhe é devida decorrente da partilha de inventário, o mesmo permite afirmar que a segurança jurídica quanto aos demais herdeiros existentes e pré-existentes à morte do titular da herança, poderia ser mitigada, uma vez que a própria legislação prevê essa possibilidade, não há o que se falar em ampla violação

a mesma, e sim em uma aplicação relativa. Por esse modo, uma possível solução legislativa quanto a possibilidade de regulamento quanto a essa situação, seria baseada na interpretação e aplicação de uma mudança posterior a realização de um suposto inventário e definição de partilha, com base na ideia de que rege a petição de partilha, bem como, atrelada a um tempo razoável de iniciativa (ROCHA, 2018, p. 158-159).

Ao tratar da necessidade de se estabelecer prazos e um período temporal, é importante se atentar quanto ao fato da viabilidade biológica que envolve esses futuros concebidos, tendo em vista o período de congelamento ao qual se submete os gametas e/ou o embrião já concebido. Assim, pode-se tomar como base inicial, a Lei sobre a Política Nacional de Biossegurança, da qual permite-se interpretar com base no que dispõe o art. 5º, II:

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:

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.

Com base nessa previsão, compreende-se que antes de introduzir alguma limitação temporal quanto ao procedimento e suas consequências jurídicas, deve-se tanto o legislador quanto o aplicador de direito se atentar também quanto a viabilidade biológica desses embriões e sua estrutura genética ao momento ainda propício para o seu devido desenvolvimento. Dessa forma, ao se basear nesse art. 5º da Lei 11.105/05, pode-se inferir que a partir de 3 (três) anos mantidos congelados, estes poderiam apresentar alguma deficiência quanto ao seu pleno desenvolvimento, no caso da escolha por parte do genitor vivo ao prosseguir com algum dos procedimentos de reprodução humana assistida, e por essa forma, se permitiu que pudessem ser utilizados para outros fins, caso ultrapassasse esse prazo temporal (ROCHA, 2018, p. 164).

Baseada nessa ideia, e compreendendo que já há um prazo delimitando situações decorrentes de prole eventual, por parte do Código Civil ao fazer referência ao que diz respeito o art. 1.800 § 4º, como antes mencionado, por mais que não demonstre ser a melhor ideia a ser defendida, ainda é um pressuposto interessante a se analisar, como um ponto inicial a ser considerado como margem para uma possível

regulação e limitação necessária para que se possa utilizar um futuro embrião criopreservado, mantendo suas características funcionais assim como, resguardando o mínimo de proteção jurídica para aqueles que porventura venham a nascer, como também na hipótese de já existirem outros herdeiros (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 133).

Além disso, é importante se atentar que, caso não haja previsão de um prazo temporal acerca dessa situação, que envolve os concebidos por meio de reprodução assistida *post mortem*, à estes só caberá o que a previsão do Código Civil possibilita, no que tange a prescrição, o prazo máximo de 10 anos como prevê o art. 205 do Código Civil de 2002. Diante disso, tendo em vista se tratar de uma busca de reconhecimento de direitos, a priori de modo imediato e, que envolve um absolutamente incapaz (caso haja nascimento com vida), o mesmo deve se atentar ao fato de que não corre a prescrição para os incapazes, como prevê o art. 198, I do Código Civil de 2002, argumentos os quais estimulam, ou ao menos deveria, os legisladores a fim de tentar evitar antinomias jurídicas que possam vir a tornar ainda mais duvidoso e inseguro a solução diante de situações como essas (SILVA, 2017, p. 100).

Ao considerar essas questões, deve-se também enfatizar no que tange o reconhecimento de outros modelos de família, dentre os quais, ao tratar da família monoparental, a qual é a referência que lhe cabe as circunstâncias provenientes da reprodução assistida *post mortem*, essa é amplamente dotada de proteção jurídica. Presente na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, em artigos perpassados do Código Civil de 2002, bem como em outros instrumentos de orientação legal, esse modelo de família acaba por demonstrar que detém reconhecimento legal e proteção jurídica suficiente para produção dos seus efeitos e constituição de novos projetos parentais. Por esse modo, pode-se compreender que a partir do momento em que o ordenamento jurídico brasileiro permite a existência plena da família monoparental, inclusive abrangendo situações as quais a sua existência decorre tanto do falecimento dos membros da família, quanto permite iniciar esse modelo de família já de maneira singular, como nos casos da possibilidade da ocorrência de um dos métodos de reprodução assistida *post mortem*, esta deve vir acompanhada de todas as

garantias e direitos os quais são juridicamente assegurados a qualquer entidade familiar (MADEIRA, 2016, p. 220).

Sendo assim, dentre os direitos os quais perpassam e decorrem do direito de família, o direito de herança acaba detendo também a sua importância dentro desse rol. Dessa forma, não há o que se negar para aqueles membros, que possuem a carga de filiação seja socioafetiva ou biológica decorrente da relação familiar formada, o seu direito enquanto herdeiro, especialmente ao herdeiro legítimo. Por essa linha de raciocínio, é que se defende e se faz necessário assegurar que os concebidos por meio de reprodução assistida *post mortem*, devem fazer parte do inventário do seu genitor morto, uma vez que ainda que não haja nenhuma previsão expressa negando a sua devida participação, em contrapartida, o próprio ordenamento jurídico brasileiro enfatiza e resguarda esses direitos em diversos normativos legais, o que de certo modo, implica a necessidade do legislador e/ou dos aplicadores do direito terem que ao menos reformulem suas ferramentas jurídicas, de maneira a se adequarem ao contexto social atual a qual demandam maiores instrumentos legais que resguardem demais direitos e não cerceiem os já protegidos legalmente.

6 CONCLUSÃO

Ao compreender que a formação de uma entidade familiar é algo que já faz parte da natureza e cultura do ser humano, desde o tempo em que conviver em sociedade se tornou um critério de relevância para a própria vivência humana, diversos pressupostos decorreram dessa realidade social, o que fez surgir novos parâmetros passíveis de influenciar em circunstâncias individuais de cada ser humano, que demandaram novas análises e críticas de acordo com essas mudanças da realidade social.

Entender que as mudanças que ocorrem na sociedade são produtos decorrentes de uma agregação de fatores que influenciam e, tendem a ser instrumentos de auxílio e agregação benéfica à vida humana, não se pode desconsiderar a importância em que cada fator contribui para as novas compreensões da realidade que envolve a sociedade humana e, de que modo fez surgir novas perspectivas sobre ela. A partir dessa consideração, um dos fatores que detém relevância na vida das pessoas decorre dos próprios preceitos e efeitos que advém da seara da ciência e medicina.

Assim, não se pode negar que as evoluções tecnológicas que atingiram a medicina, puderam refletir tantos benefícios quanto malefícios para sociedade, mas não restam dúvidas de que novos contextos sociais foram necessários se adequar diante das descobertas e respostas advindas dessa seara. Dessa forma, ao considerar que uma das premissas que envolvem os especialistas nessa área é a possibilidade de conseguir trazer o máximo possível de respostas capazes de solucionar quaisquer situações que agridem ou prejudiquem a saúde humana, em qualquer que for o seu estado, seja física ou psíquica, ou ao menos, trazer o mínimo de melhorias para cada circunstancia concreta.

A partir desse viés médico e científico, dentre os resultados que permitiram trazer novas visões e, consideráveis impactos na realidade humana, foram sem sombra de dúvidas, o surgimento dos procedimentos de reprodução humana assistida. Estes por sua vez, não se intimidaram em trazer uma modificação devidamente expressiva e complexa, a qual revolucionou os estudos acerca da reprodução humana, o que permitiu ultrapassar barreiras criadas pelo arsenal de conhecimento que se tinha decorrente da ciência até o momento.

Assim, uma das situações que serviram como base de justificativa e incentivo para tais criações, foram os diversos casos de pessoas que carregavam a infertilidade como deficiência, decorrente de uma falha biológica quanto aos seus órgãos reprodutores. Desse modo, permitiu-se que os mais variados métodos de reprodução assistida permitissem desconstruir certas premissas que até então, eram consideradas pela sociedade como inalteráveis, como a própria noção e conhecimento acerca do modo de reprodução clássica, decorrente da relação sexual, que já foi compreendida, como único meio e modo possível de poder ter filho.

Ao seguir o fluxo das evoluções que a biotecnologia pôde propiciar para os seres humanos e, no caso daqueles interessados em procriar, diversos aprimoramentos foram realizados, o que permitiu que as técnicas que envolviam os procedimentos de reprodução assistida pudessem ganhar novos contextos quanto a sua aplicação. Diante disso, não restou dúvidas de que estes procedimentos, ao atingir e influenciar as relações sociais em qualquer sociedade, estes demandam uma devida regulação, a partir do momento em que interferem na própria condição subjetiva, íntima e pessoal do indivíduo que opta em utiliza-los, além de atingir a própria saúde mental e física dos indivíduos interessados, a proteção quanto a dignidade do ser humano permanece e reclama de igual modo a sua tutela, independentemente da situação concreta apresentada.

Sendo a regulação à esses procedimentos, matéria inquestionável diante dos especialistas atuantes na área, bem como, das searas complementares como a jurídica, essas questões repercutiram em todo o mundo. Ao dirigir a devida atenção ao Brasil, entretanto, o seu ordenamento jurídico não se propôs a acompanhar a evolução biotecnológica a qual a sociedade brasileira já estava disposta a passar, ou até mesmo, já repercutindo os efeitos decorrentes do uso das técnicas de reprodução assistida, o que se permitiu inferir, que a sua proteção ainda se mostra fraca e silenciosa diante de um contexto social já configurado por diversas pessoas. Sendo assim, pode-se compreender que a atuação por parte do direito não se faz ainda presente no sentido de regulamentar devidamente a aplicação desses procedimentos no Brasil, restando apenas com o mínimo de parâmetro ético e orientativo, pautado no que demonstra estar presente nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, os quais admitem-se até então, como os indicadores que

restaram para “normatizar” esses procedimentos, ainda que não detenham força de lei.

Entretanto, ainda que não bastasse as novidades decorrentes das técnicas de reprodução assistida, estas se aprimoraram ao ponto de possibilitarem que a sua ocorrência pudesse se dar ainda que após a morte de um dos genitores. Essa situação, ainda que parecessem demonstrar como mais um meio inovador de reprodução humana, este não se restringiu apenas aos modos e técnicas que envolviam essa ciência. Assim, tendo em vista a sua carga inovadora, a reprodução assistida *post mortem* repercutiu seus efeitos em outras áreas que envolvem o ser humano enquanto ser digno perante toda a sociedade.

Porém, um fator essencial para que pudesse ocorrer este procedimento, perpassa pela ideia da comprovação jurídica do consentimento do *de cujus* para que este fato ocorra após a sua morte. Entretanto, é possível reconhecer que diante da realidade

Dessa maneira, pôde-se perceber que ao compreender as técnicas de reprodução assistida como um meio que possibilita a realização do desejo de se ter um filho, o mesmo implicava a análise quanto aos seus reflexos no direito de família. Assim, uma vez demonstrados que as características e pressupostos essenciais que norteiam o direito de família também condizem e se aplicam à essa nova possibilidade de geração familiar, não restam dúvidas de que o reconhecimento de filiação está garantido. Do mesmo modo, os concebidos da reprodução assistida *post mortem* também detiveram o seu resguardo na legislação infraconstitucional, como demonstra os artigos do Código Civil de 2002, exhaustivamente mencionados, que não permite afastar o devido reconhecimento, tão qual lhe é devido em razão da condição de filho, e tendo em vista as garantias constitucionais, não há embasamento suficiente que restrinja esse reconhecimento à condição de um consentimento prévio documental para tanto, já que o mesmo demonstra não estar condizente com os valores constitucionais atuais.

Do mesmo modo, ao tomar como base o reconhecimento de filiação anteriormente defendido ao concebido por reprodução assistida *post mortem*, ao envolver os aspectos sucessórios os quais decorrem da situação da morte, e nesse caso, da morte de um dos genitores do concebido por este meio, ainda que a legislação brasileira atual não traga normativas suficientes que permita garantir com segurança o resguardo quanto a herança à estes concebidos, a aplicação dos princípios

constitucionais como o tratamento igualitário entre os filhos, o da dignidade humana, bem como a garantia do direito à herança, estes por sua vez, configuram como instrumentos legais suficientes que permitem fundamentar e criar embasamentos com base nas normas que dispõe, no mínimo, de reconhecimento quanto a hipótese de concepção humana a partir de reprodução assistida *post mortem*. Sendo assim, ao se utilizar de instrumentos que admitam alto grau de proteção e tutela jurídica, estes permitem que, ao considerar aqueles concebidos após a morte de um dos genitores como filho destes, a sua vocação hereditária enquanto herdeiro legítimo acaba por ficar resguardada, inevitavelmente em decorrência do reconhecimento dessa filiação. Diante disso, a concessão quanto a herança decorrente da abertura da sucessão quanto a esta hipótese, deve ser modulada e adaptada com base nas normas positivadas, às ocorrências do caso concreto, que o sistema jurídico deve se voltar, impedindo que em decorrência das lacunas jurídicas, o próprio direito acabe violando demais normas e garantias legais.

Por fim, ao compreender que o concebido por meio de reprodução assistida *post mortem*, uma vez já prevista as hipóteses por meio de legislações infraconstitucionais, de maneira clara no que tange as normas de direito de família e direitos sucessórios, não restam dúvidas de que a sua condição como filho, ao nascer com vida, deve ser reconhecido. Dessa maneira, conseqüentemente, seus direitos decorrentes dessa filiação e condição individual, também merecem ser resguardados. Ao se atentar a essas questões, pôde-se perceber que a exigência de consentimento documental para reconhecimento enquanto filho, bem como o reconhecimento enquanto herdeiro legítimo, por si só, não se vigora diante do sistema jurídico brasileiro atual. A partir do momento em que, ao considerar o nascimento desse concebido, a formação de uma entidade familiar, a qual caberia a priori a monoparental, sendo esta tutelada juridicamente pela legislação pátria e, ao considerar as demais maneiras de formação de entidades familiares, bem como, o reconhecimento de filiação decorrente delas, percebe-se que o tratamento de consentimento para reconhecimento por meio documental não se prospera. Do mesmo modo, não deve ser aplicada de maneira diferente ou desigual, ao exigir uma prova documental de consentimento como esta, para os casos dos concebidos *post mortem*, o que infringiria muito mais direitos e garantias do que simplesmente garantisse a segurança jurídica dos indivíduos envolvidos.

Nesta mesma linha, compreende-se que se permite o reconhecimento de filiação, automaticamente seu direito a herdeiro legítimo já se configura como tal, não sendo exigível um consentimento documental para isso. Da mesma forma, esta situação deve ser visualizada aos demais casos de reprodução assistida *post mortem*, porém de maneira adequada e aplicada a esta situação, tendo em vista que esse entendimento se baseia em utilização de normas e instrumentos jurídicos permitem aplicar de maneira análoga e complementar essas situações que admitem lacunas jurídicas.

Assim, tendo em vista a realidade jurídica brasileira, se demonstra bastante clara e específica quanto a falta de regramento no que consiste os procedimentos de reprodução assistida, bem como nas hipóteses em que permite a ocorrência *post mortem*. Desse modo, em meio as considerações legais e os indícios que permeiam os entendimentos jurisprudenciais, pode-se compreender que com base na situação jurídica atual, é possível o reconhecimento de projeto parental por meio de reprodução assistida *post mortem* a partir do consentimento não documental. Entretanto, enquanto não há nenhuma posituação legal quanto ao assunto, cabe aos aplicadores do direito, os mais adequados no momento, por dirimir as melhores decisões quanto a ocorrência dessas questões, com base na ponderação dos mecanismos que o direito brasileiro permite hoje utilizar, porém de maneira adaptada a essa diferente, porém não tão nova realidade para alguns indivíduos, de modo a propiciar a melhor aplicação e efetivação jurídica, resguardada dos pressupostos principiológicos e de garantias constitucionais que devem abranger a todos igualmente.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. In: **Família e Dignidade Humana/Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte, Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, 2005.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.635 do CC/2002. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação Artificial *post mortem* e o direito sucessório. In: **Família e Dignidade Humana/Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 2005.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e Biodireito. **Revista de Direito de Família**, n. 55, v. 11, p. 11-84, ago./set. 2009.

ALMEIDA, Maria Christina de. O direito à filiação integral. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 417-434.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 229-247.

AVELAR, Ednara Pontes. **A responsabilidade civil médica em face das técnicas de reprodução humana assistida**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

BARBOSA, Rosana Machin. Relações de Gênero, infertilidade e novas tecnologias reprodutivas. **Estudos Feministas**, ano 8, p. 212-228, 1º semestre, 2000.

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A Família na Travessia do Milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 201-2013.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Bioética e início da vida: alguns desafios**. Aparecida: Idéias & Letras, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. In: ALVIM, Prof. Agostinho; LOTUFO, Renan (coord.). **Direitos de personalidade e autonomia privada**: direito civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p.

BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de Filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2002.

BRAGA, Maria da Graça Reis; AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida. Família: Maternidade e Procriação assistida. **Psicologia em Estudo**. Maringá, v. 10, n. 1, jan./abr. 2005, p. 11-18.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 02 nov. 2018.

BRASIL. **Lei 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

BRASIL. **Lei 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

BRASIL. Resolução nº 2.168/2017. **Conselho Federal de Medicina**. Brasília, DF: Comissão para revisão da resolução da CFM nº 2.121/2015, 2017.

BRASIL. **Lei 11.105**, de 24 de março de 2005. Dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança e dá outras providências. Brasília, DF, 24 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 24 maio 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 04 de setembro de 1942. Dispõe sobre a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF, 04 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 30 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1693718 – RJ. Proc. 2017/0209642-3. Recorrente: Ligia Cristina Mello Monteiro. Recorrido: Carmen Silvia Monteiro Trois; Denise Nazaré Bastos Monteiro. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. Brasília, DJ 26 mar. 2019. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=88644433&tipo=51&nreg=201702096423&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20190404&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Informativo de Jurisprudência n° 292**. Utilização do material genético post mortem – violação ao princípio da autonomia da vontade. out. 2014. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2014/informativo-de-jurisprudencia-n-o-292/utilizacao-de-material-genetico-post-mortem-2013-violacao-ao-principio-da-autonomia-da-vontade>>. Acesso em: 30 maio 2019.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Situando o direito de família entre os princípios da dignidade humana e da razoável duração do processo. In: **Família e Dignidade Humana/Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte, Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, 2005.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 135-179.

CASTRO, Rudney Avelino de. **Arranjos e re (arranjos) familiares: novas conjugalidades em perspectiva**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Transmissão do acervo hereditário. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 27-40.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Judith Martins. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do Biodireito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, v. 18, p. 153-169, 2000.

CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andréa. **Reprodução e bioética. A regulação da reprodução assistida no Brasil.** in: Caderno CRH, Salvador, v. 18, n. 43, jan/abril 2005, p. 103-112.

CORRÊA, Marilena C. D. V.; COSTA, Cristiano. **Reprodução Assistida.** Disponível em: <<http://www.ghente.org/temas/reproducao/index.htm>>. Acesso em: 1 de fev. 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O Estado constitucional inclusivo e os desafios da efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: DA CUNHA JÚNIOR, Dirley; BORGES, Lázaro Alves (coord.). **O Estado Constitucional Inclusivo e os desafios da Modernidade.** Salvador: Paginae, 2017, p. 15-50.

DALLABRIDA JUNIOR, César. **Das relações familiares no direito internacional privado.** 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, Centro Universitário Maringá, Maringá.

DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: **Família e Dignidade Humana/Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família,** Belo Horizonte, Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, 2005.

DIAS, Fatima Aparecida; NOGUEIRA, Hélcio Benedito. A prova na investigação de paternidade. **Revista de Ciências Jurídicas Sociais- UNG.** Guarulhos, v. 3, n.1, 2013, p. 2-6. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasesociais/article/view/1866/1466>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões.** revista, atualizada e ampliada. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil v.2:** teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e tutela provisória. v. 2. 11 ed. rev., ampl., e atual. Salvador: Juspodvm, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito das sucessões. 33 ed. V.6. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DINIZ, Debora; COSTA, Rosely Gomes. Infertilidade e Infecundidade: Acesso às Novas Tecnologias Conceptionais. **SérieAnis**, n. 37, p. 1-9, fev., 2005.

DUFNER, Samantha Khoury Crepaldi; HIRAI, Vinícius Yuri. A hermenêutica em resposta à problemática do direito de herança do filho concebido após a morte do pai por inseminação artificial homóloga *post mortem*. **Revista de Direito Privado**, v. 84, p. 15-31, dezembro/2017.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTADO, Agência. Juiz autoriza inseminação com sêmen do marido morto. **G1**, 25 de maio de 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/05/juiz-autoriza-inseminacao-com-semen-de-marido-morto.html>>. Acesso em: 25 maio 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. 6 ed. **Curso de direito civil. famílias**. Salvador: Editora Juspodvm, 2014, v.6.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**: rev., ampl. e atual. 3.ed. Salvador: Ed. Juspodvm, 2017.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Emerson. Dignidade da pessoa humana: referenciais metodológicos e regime jurídico. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, v.1, jan./jun. 2015, ed. comemorativa, p. 49-69.

GODINHO, Adriano Marteleto. Autonomia privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”: uma necessária ruptura com o regramento civil da (in)capacidade jurídica. *In*: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Juspodvm, 2014, p. 31-48.

GOLDMAN, Claudia Waymberg. **Bioética e reprodução assistida: o que pensam médicos em formação**. 2017. Dissertação (Mestrado em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação

Oswald Cruz, em regime de associação com a Universidade Federal do Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro.

GOMES, Felipe Lima. **O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização**. 2015. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1.

GUALBERTO, Ana Paula Felix de Souza Carmo. **Reprodução humana assistida no Brasil: necessidade de regulação do procedimento para a preservação dos direitos fundamentais**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia.

HENRIQUES, Fernanda de Borges. **A Repercussão da reprodução assistida *post mortem* e o direito de herança**. 2009. Artigo (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões: introdução. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 01-14.

JEREISSATI, Regis Gurgel do Amaral. **A vulnerabilidade e a solidariedade como critérios para o reconhecimento do herdeiro necessário na sucessão legítima**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Centro de Ciências Jurídicas, Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Trad. Célia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau, Monique Hulshof. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.

KIM, Richard Pae. Direito Fundamental de Constituir uma família – Adoção por casais homoafetivos. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 57, v. 11, p. 16-37, dez/jan., 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**, 2016, p. 106/107.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves (Coord.). **Leituras Complementares de Direito Civil**. Salvador: Juspodvm, 2009.

LAFFITTE, Amanda de Oliveira. **A concepção de família na sucessão por morte, leading cases do Supremo Tribunal Federal e a necessidade de releitura do direito das sucessões**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

LEITÃO, Camila Bezerra de Menezes. **Análise jurídica sobre direitos sucessórios decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem**. 2011. Dissertação (Especialização em Direito) – Escola Superior do Ministério Público, Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza.

LUCA, Caterina Medeiros. **O Concebido Post Mortem no Direito das Sucessões**. 2010. Artigo Científico (Pós-Graduação) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

MADEIRA, Juliana de Alencar Aular. **Reprodução Assistida: limites éticos à legislação**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

MADEIRA, Sérgio Danilo. **Autonomia privada existencial e proteção dos direitos da personalidade nas relações entre médicos e pacientes: relevância e papel do consentimento informado**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito e Justiça Social) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande.

MEIRELLES, Ana Thereza Araújo. **Neoeugenia e reprodução humana artificial**. Faculdade Baiana de Direito, Salvador: Juspodvm, 2014.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Panorama de bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil. **Revista de Bioética y Derecho**. Barcelona, n. 34, jan., 2015, p. 64-80.

NERY, Fernando Loschiavo. **O consentimento informado dos pais e o princípio da igualdade entre os filhos na reprodução póstuma**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. 2 ed. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PERES, Tatiana Bonatti. Proteção à família – novos rumos: a união estável e o direito de não casar. **Revista de Direito Privado**, v. 89, p. 111-137, maio/2018.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. *In*: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais. Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 181-197.

PRAVATO, Felipe. Autonomia privada e a função de autocontenção dos direitos da personalidade: reflexões em torno do sujeito de direitos. **Revista de Direito Privado**, v. 90, p. 17-63, junho/2018.

RANZONI, Raisa Mandja. **Direito reprodutivo e os beneficiários da procriação assistida: uma análise legislativa e jurisprudencial**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Fundamentais) – Gabinete de Estudos Pós-Graduados da Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa.

RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e autonomia da vontade em face das normas constitucionais. *In*: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002.

REQUIÃO, Maurício. Autonomia e suas limitações. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2014, p. 85-132.

REQUIÃO, Maurício. Autonomia privada como elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Juspodvm, 2014, p. 13-30.

RIBEIRO, Damáris Costa. **Implicações jurídicas da reprodução humana assistida**: o jurisprudencialismo como método na busca da correta decisão jurídica. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre.

ROCHA, Patrícia Ferreira. **A construção do conceito jurídico de concepção: uma análise da legitimidade sucessória a partir da reprodução humana assistida post mortem**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SANTOS, Agostinho Almeida; SANTOS, Teresa Almeida. Novas questões em reprodução medicamente assistida. In: ACHER, Luís; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter; RENAUD, Michel (coord.). **Novos desafios à bioética**. Porto – Portugal: Porto, 2001, p. 93-97.

SANTOS, Vanessa Gonçalves Melo. **A filiação póstuma decorrente do uso das técnicas de reprodução assistida e suas implicações no âmbito dos direitos sucessórios**. 2017. Dissertação (Mestrado Acadêmico) – Programa de Mestrado em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

SILVA, Tatiana Constancio. **Reprodução humana assistida post mortem: Desafios éticos e jurídicos**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis.

SIMONI, Fabiane. Tecnologias Conceptivas: gênero e poder em uma demanda por filhos. **Estudos Jurídicos**, n. 39, v.1, p. 33-44, jan./jun., 2006.

SOUZA JUNIOR, Ilson de Bacellar e. **Reconhecimento como problema: igualdade e diferença na equiparação das uniões homoafetivas à entidade familiar**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito com área de concentração em Teorias Jurídicas Contemporâneas) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro,22637.html>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 115-128.

VELOSO, Zeno. Testamentos – noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 125 – 190.

VENCELAU, Rose Melo. **Considerações sobre o pai presumido sob o prisma civil-constitucional**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/170.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018.

WIDER, Roberto. **Reprodução Assistida: Aspectos do Biodireito e da Bioética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.